TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MÜSPET ZARAR

DOKTORA TEZİ

Selmani OKUMUŞ

Ankara 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MÜSPET ZARAR

DOKTORA TEZİ

Selmani OKUMUŞ

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Selmani OKUMUŞ

MÜSPET ZARAR

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hasan AYRANCI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı	**İmzası**
1- Prof. Dr. Hasan AYRANCI	.....
2- Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	.....
3- Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR	.....
4- Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	.....
5- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	.....

Tez Savunması Tarihi: 31.05.2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Hasan AYRANCI danışmanlığında hazırladığım "Müspet Zarar (Ankara, 2022)" adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim. (31/05/2022)

Adı-Soyadı ve İmza
Selmani OKUMUŞ

ÖNSÖZ

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı bünyesinde hazırlanan bu tezde müspet zarar kavramı incelenmiştir. Bu çalışma, müspet zararın teorik yönünün ortaya konulması ve uygulamada ortaya çıkan temel problemlere çözüm önerileri sunulması suretiyle doktrin ve uygulamaya katkı sağlamak amacıyla hazırlanmıştır. Bununla birlikte, müspet zararın bütün yönleriyle ele alınması bir monografinin kapsamını aşacak niteliktedir. Bu sebeple, müspet zararın uygulama alanı genel borca aykırılık türleri bakımından ele alınmış, özel hükümlerdeki düzenlemeler ise tartışmalı olduğu ölçüde incelenmiştir.

Tezin yazılması aşamasında, öğrencilik yıllarımdan itibaren desteklerini hiçbir zaman esirgemeyip akademik hayatı öğreten, asistanı olmaktan şeref duyduğum, tez konumun belirlenmesinde önemli katkıları bulunan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR'ı ve Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU'nu kaybetmenin acısını yaşadık. Kendilerini rahmet, minnet ve özlemle anıyorum. Bu zorlu süreçte tez danışmanlığımı yürüten, akademik hayatta kendisinden çok şey öğrendiğim, takıldığım noktalarda yapıcı yönlendirmeleriyle yol gösteren, tezin bu hâliyle şekillenmesinde emeği büyük olan değerli hocam Prof. Dr. Hasan AYRANCI'ya katkılarından ötürü müteşekkirim. Bu sürecin her türlü yükünü benimle birlikte omuzlayan, desteğini her zaman hissettiğim değerli eşim Hanife OKUMUŞ'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Bu tezin yazılması aşamasında sağladıkları araştırma bursu sebebiyle TÜBİTAK kurumuna teşekkür ederim. Bu vesileyle Münih Ludwig Maximilians Üniversitesi'nde sürdürdüğüm araştırma faaliyetlerim sırasında yardımlarını ve hoş sohbetini benden esirgemeyen Prof. Dr. Andreas SPICKHOFF'a teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ I

İÇİNDEKİLER II

KISALTMALAR CETVELİ XII

BİBLİYOGRAFYA XVI

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ 1

II. KONUNUN ÖNEMİ 4

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI 10

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR VE MENFAAT KAVRAMLARININ TANIMI, MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR AYRIMI VE ARALARINDAKİ İLİŞKİ, DİĞER ZARAR TÜRLERİ

§ 1. ZARAR VE MENFAAT KAVRAMLARININ TANIMI 13

I. ZARAR KAVRAMI 13

A. Genel Olarak 13

B. Zarar Kavramını Açıklayan Teoriler 23

1. Fark Teorisi 24

2. Somut Zarar Teorisi 29

3. Teorilerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz 32

II. MENFAAT KAVRAMI VE ZARAR KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ 35

A. Genel Olarak 35

B. Menfaat Türleri 43

1. Olumlu ve Olumsuz Menfaat 44

2. Bütünlük Menfaati 48

a. Genel Olarak 48

b. Olumlu ve Olumsuz Menfaatle İlişkisi 56
§ 2. MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR AYRIMI 61
I. GENEL OLARAK 61
II. MÜSPET ZARAR KAVRAMI VE UNSURLARI 62
A. Tanımı 62
B. Unsurları 65
1. Geçerli Bir Borç İlişkisinin Bulunması 65
2. Borçlunun Borca Aykırı Bir Davranışta Bulunması 68
3. Alacaklının Borca Aykırılık Sebebiyle Zarara Uğraması 69
4. Güven Unsuru Bakımından Değerlendirme 71
III. MENFİ ZARAR KAVRAMI 73
IV. MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ 81
A. Genel Olarak 81
B. Müspet Zarar ve Menfi Zarar Arasındaki Farklılıklar 83
1. Korunan Menfaat Bakımından 83
2. Geçerli Bir Sözleşme İlişkisinin Mevcut Olması Bakımından 83
3. Zararı Doğuran Olay ve Hukukî Sebep Bakımından 84
4. Güven Unsuru ve İspatı Bakımından 85
5. Zararın Hesaplanması Bakımından 88
6. Zararın Tazmininde Aranan Kusur Bakımından 92
C. Müspet Zarar ve Menfi Zarar Ayrımının İstisnaları 95
1. Genel Olarak 95
2. Müspet Zarar Bakımından 95
3. Menfi Zarar Bakımından 97
D. Müspet Zarar ve Menfi Zararın Birlikte Talep Edilememesi 98
E. Menfi Zararın Müspet Zararı Aşıp Aşamayacağı Meselesi 104
F. Menfi Zarar Tazminatının Müspet Zararla Sınırlandırılması Tartışması ... 106

G. Müspet Zarar ve Menfi Zarar Ayrımının Gerekli Olup Olmadığı Tartışması 117
1. Genel olarak 117
2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler ve Kanaatimiz 118
§ 3. DİĞER ZARAR TÜRLERİ VE MÜSPET ZARARLA İLİŞKİLERİ 126
I. MADDİ ZARAR VE MANEVİ ZARAR 126
II. DOĞRUDAN ZARAR, DOLAYLI ZARAR VE YANSIMA ZARARI 130
III. NORMATİF ZARAR 139
IV. FİİLİ ZARAR VE YOKSUN KALINAN KÂR 148
V. MEVCUT ZARAR, MÜSTAKBEL ZARAR VE MUHTEMEL ZARAR 150
VI. KİŞİYE İLİŞKİN ZARAR, ŞEYE İLİŞKİN ZARAR VE DİĞER ZARARLAR 151

İKİNCİ BÖLÜM

MÜSPET ZARARIN KAPSAMI, TÜRLERİ, UYGULAMA ALANI VE BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

§ 4. MÜSPET ZARARIN KAPSAMI 154
I. GENEL OLARAK 154
II. FİİLÎ ZARAR KALEMLERİ 155
A. Borçlunun Ediminin Değeri 155
B. Masraflar 158
1. Sözleşmenin İfasına Yönelik Masraflar 158
a. Edim ve Karşı Edimi Muhafaza ve Bakım Masrafları 160
b. Edim ve Karşı Edimi Gönderme Masrafları 163
c. Seyahat Masrafları 164
2. İfa Edilmeyen Alacağı Elde Etmek Amacıyla Yapılan Masraflar 166
a. İhtar ve Bildirim Masrafları 167
b. Dava ve Takip Masrafları 170
aa. İcra Takip Masrafları 170
bb. Yargılama Giderleri 171

cc. Vekâlet (Avukatlık) Ücreti ... 173
dd. Tahsil Bürosu Masrafları ... 182
3. Zararın Tespiti ve Artışının Önlenmesi Amacıyla Yapılan Masraflar ... 184
4. İkame İşlemden Doğan Masraflar ... 185
a. Borçlu Temerrüdünde ... 185
aa. Gecikme Tazminatı Kalemleri ... 185
bb. Aşkın Zarar Kalemleri ... 187
cc. İfa Yerine Müspet Zarar Kalemleri ... 192
b. Diğer Borca Aykırılık Hâllerinde ... 194
C. Üçüncü Kişiye Ödenen Tazminat ve Ceza ... 196
D. Edimin Değerinin Düşmesinden Kaynaklanan Zararlar ... 199
1. Para Borçlarında ... 200
a. Paranın Değer Kaybetmesinden Doğan Zararlar ... 200
b. Yabancı Para Borçlarında Kur Değişikliğinden Doğan Zararlar ... 206
2. Diğer Borca Aykırılık Hâllerinde ... 209
E. Menfi Zarar ve Müspet Zararın Fiili Zarar Kalemleri Bakımından Karşılaştırılması ... 211
III. YOKSUN KALINAN KÂR KALEMLERİ ... 217
A. Genel Olarak ... 217
B. Yoksun Kalınan Kârın Görünüm Biçimleri ... 220
C. Menfi Zararın Kaçırılan Fırsat Kalemi ile Yoksun Kalınan Kârın Karşılaştırılması ... 230
§ 5. MÜSPET ZARARIN TALEP EDİLEBİLECEĞİ HÂLLER ... 235
I. GENEL OLARAK ... 235
II. İMKÂNSIZLIKTA MÜSPET ZARAR ... 235
A. Genel Olarak ... 235
B. Baştaki İmkânsızlıkta ... 238
C. Sonraki İmkânsızlıkta ... 248

1. Sonraki Kusurlu İmkânsızlıkta 249

2. Sonraki Kusursuz İmkânsızlıkta Müspet Zarar Talep Edilip Edilemeyeceği 260

III. GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME HÂLİNDE MÜSPET ZARAR 261

A. Genel Olarak 261

B. Müspet Zarar Talebi Çerçevesinde Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçları 268

1. Genel Olarak Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçları 268

2. Müspet Zarar Talebi 268

3. Gereği Gibi İfa Etmemenin Düzenlendiği Özel Hükümlerin Genel Hükümler ve Müspet Zararla İlişkisi 269

a. Genel Olarak 269

b. Satış Sözleşmesinde 270

aa. Ayıplı İfadan Sorumluluk 270

bb. Zapttan Sorumluluk 274

cc. Satış Sözleşmesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımının Müspet Zararla İlişkisi 276

c. Kira Sözleşmesinde 279

aa. Ayıplı İfadan Sorumluluk 279

bb. Zapttan Sorumluluk 282

d. Eser Sözleşmesinde 283

IV. BORÇLU TEMERRÜDÜNDE MÜSPET ZARAR 285

A. Genel Olarak 285

B. Borçlu Temerrüdünün Şartları 287

C. Müspet Zarardan Sorumluluk Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Hüküm ve Sonuçları 293

1. Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçlarının Müspet Zarar Bakımından İncelenmesi 293

a. Aynen İfa Yükümlülüğü 293

b. Gecikmeden Doğan Zarardan Sorumluluk 294
c. Beklenmedik Hâlden Doğan Zarardan Sorumluluk 300
d. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Ödeme Yükümlülüğü ve Aşkın Zarardan Sorumluluk 302
aa. Temerrüt Faizi 302
bb. Aşkın Zarardan Sorumluluk 308
2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdünün Hüküm ve Sonuçlarının Müspet Zarar Bakımından İncelenmesi 315
a. Genel olarak 315
b. Alacaklının Seçim Hakkını Kullanmasının Şartları 316
c. Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar 322
aa. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi 323
bb. Alacaklının Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebinden Vazgeçme Hakkı 324
aaa. Genel Olarak 324
bbb. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebinden Vazgeçen Alacaklının İkinci Seçim Hakkı 327
aaaa. İfa Yerine Müspet Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı .. 329
bbbb. Sözleşmeden Dönme ve Tazminat İsteme Hakkı 335
aaaaa. Alacaklının Sözleşmeden Dönme Hakkı 335
bbbbb. Sözleşmeden Dönen Alacaklının Menfi Zararını Talep Etme Hakkı 342
ccccc. Sözleşmeden Dönmede Müspet Zararın Talep Edilebilmesine İlişkin Görüşler ve Kanaatimiz 344
D. Borçlu Temerrüdünde Bazı Özel Durumların Müspet Zarar Talebine Etkisi 365
1. Kısmî Temerrütte 365
2. Ard Arda Teslimli Sözleşmelerde 368
3. Sürekli Edimli Sözleşmelerde 370

V. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEKİ KUSURLU DAVRANIŞTAN DOĞAN SORUMLULUKTA MÜSPET ZARAR 376
§ 6. MÜSPET ZARARIN BAZI KAVRAM VE KURUMLARLA İLİŞKİSİ 382
I. GENEL OLARAK 382
II. CEZA KOŞULU 382
A. Genel Olarak 382
B. Ceza Koşulunun Türleri 386
C. Ceza Koşulu ve Müspet Zarar İlişkisi 392
1. Genel Olarak Ceza Koşulu ve Zarar 392
2. Ceza Koşulu ve Müspet Zararın Benzerlikleri ve Farkları 396
3. Ceza Koşulu ve Hiç veya Gereği Gibi İfa Etmeme 398
4. Ceza Koşulu ve Gecikme Tazminatı 399
5. Ceza Koşulu ve Temerrüt Faizi 402
6. Ceza Koşulu ve Aşkın Zarar 407
7. Ceza Koşulu ve İfa Yerine Müspet Zarar Tazminatı 408
III. GÖTÜRÜ TAZMİNAT 411
A. Genel Olarak 411
B. Götürü Tazminat ve Müspet Zarar 417
IV. CEZALANDIRICI TAZMİNAT 422
V. KAİM DEĞER TALEBİ 428
§ 7. ALMAN HUKUKUNDA MÜSPET ZARARIN TALEP EDİLEBİLECEĞİ HÂLLER 432
I. GENEL OLARAK ALMAN HUKUKUNDA İFA ENGELLERİ SİSTEMİ 432
II. MÜSPET ZARARIN DÜZENLENİŞİNE GENEL BAKIŞ 435
III. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ TÜRLERİ VE TAZMİN EDİLECEK ZARAR 437
A. İmkânsızlıkta 437
B. Temerrütte 441
C. Gereği Gibi İfa Etmemede 445

D. Koruma Yükümlülüklerinin İhlalinde 446

E. Boşa Çıkan Masrafların Tazmini 448

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜSPET ZARARDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI, MÜSPET ZARARIN BELİRLENMESİ, ZARARIN TAZMİNİ VE TAZMİNAT TALEBİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

§ 8. MÜSPET ZARARDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI 452

I. GENEL OLARAK 452

II. KUSUR 452

III. UYGUN İLLİYET BAĞI 461

§ 9. MÜSPET ZARARIN BELİRLENMESİ 466

I. GENEL OLARAK 466

II. ZARARIN BELİRLENMESİNDE ALACAKLININ KENDİ EDİMİNİN DURUMU 467

A. Genel Olarak 467

B. Mübadele Yöntemi 470

C. Fark Yöntemi 472

1. Genel Olarak 472

2. Mutlak Fark Yöntemi 475

3. Sınırlı Fark Yöntemi 476

D. Mübadele ve Fark Yöntemlerine Karşı İleri Sürülen Eleştiriler ve Kanaatimiz 479

E. Mübadele ve Fark Yöntemlerinin Hangi Aşamada Uygulanacağı Meselesi 493

III. ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİ 497

A. Genel Olarak 497

B. Müspet Zararın Genel Hükümlere Göre Belirlenmesi 498

1. Genel Olarak 498

2. Fiili Zararın Belirlenmesi ve İspat Yükü 501

3. Yoksun Kalınan Kârın Belirlenmesi ve İspat Yükü 502
C. Müspet Zararın Özel Hükümlere Göre Belirlenmesi 510
1. Satış Sözleşmesinde Somut ve Soyut Yöntemler 510
a. Genel Olarak 510
b. Satıcının Temerrüdü Hâlinde 516
aa. Somut Yöntem 517
bb. Soyut Yöntem 525
cc. Alıcının Seçim Hakkı 534
c. Alıcının Temerrüdü Hâlinde 538
aa. Somut Yöntem 539
bb. Soyut Yöntem 542
2. Eser Sözleşmesinin Tazminat Karşılığı Feshinde Toplama ve Kesinti Yöntemleri 544
a. Genel Olarak 544
b. Toplama ve Kesinti Yöntemleri 546
D. Zararın Belirlenmesinde Esas Alınması Gereken Zaman 558
1. Genel Olarak Zararın Hesabında Esas Alınması Gereken Zaman 558
2. Müspet Zararın Hesabında Esas Alınması Gereken Zaman 562
a. Genel Olarak 562
b. Kusurlu İmkânsızlık ve Gereği Gibi İfa Etmemede 564
c. Borçlu Temerrüdünde 566
E. Denkleştirme 572
§ 10. MÜSPET ZARARIN TAZMİNİ 577
I. TAZMİNAT KAVRAMI VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ 577
II. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ VE İNDİRİLMESİ 580
A. Genel Olarak 580
B. Tazminatın İndirilmesi 582
1. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı 582

2. Tazminatın Borçluyu Yoksulluğa Düşürecek Olması 585
3. Alacaklının Ortak Kusuru 586
a. Genel Olarak 586
b. Alacaklının Zararın Doğmasındaki Ortak Kusuru 587
c. Alacaklının Zararı Azaltma Külfeti 589
4. Alacaklının Zarara Rıza Göstermesi 598
5. Diğer İndirim Sebepleri 599
III. TAZMİNATIN TÜRÜ 601
§ 11. MÜSPET ZARAR TALEBİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ 607
SONUÇ 612
ÖZET 623
ABSTRACT 624

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Art.	: Artikel
AS	: Amtliche Sammlung
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
CC	: Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
CCI	: Codice Civile Italiano (İtalyan Medenî Kanunu)
CISG	: Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	: Çeviren
DB	: Der Betrieb
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EİTİAD	: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
eBK/BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
ff.	: folgende Seiten
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Hb.	: Halbband
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsgb.	: Herausgeber
HukukTürk	: HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JdT	: Journal des Tribunaux
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: JuristenZeitung
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Kap.	: Kapitel
LZ	: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.	: madde

MARUHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Nummer (No) / Numara
nbt.	: neubearbeitet
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW - Rechtsprechungs – Report Zivilrecht
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rev.	: Review
RG	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
T.	: Tarih
t.y.	: Yayınlanma tarihi yok
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
Tb.	: Teilband
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
V.	: Volume
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vdğ.	: ve diğerleri
Vorbem.	: Vorbemerkungen
vs.	: ve saire
Y.	: Yıl

y.y.	: Yayınlanma yeri yok
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZgS	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZRG-RA	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BİBLİYOGRAFYA[1]

AKINCI, Bekir : Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar, Konya 2014. (Kısaltılmışı: Akıncı, Temerrüt).

AKINCI, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi, 7. Baskı, Konya 2013. (Kısaltılmışı: Akıncı, Borçlar).

---------- : Roma Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Konya 2017. (Kısaltılmışı: Akıncı, Roma).

AKKANAT, Halil : "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1-49.

AKMAN, Sermet : "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar", İBD, 1989, C. 63, S. 10-11-12, s. 624-636.

AKÜNAL, Teoman : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.

AKYOL, Şener : Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995. (Kısaltılmışı: Akyol, Borçlar).

---------- : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006. (Kısaltılmışı: Akyol, Dürüstlük Kuralı).

ALBAŞ, Hakan : Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105), Ankara 2004.

[1] Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ALTINOK ORMANCI, Pınar : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011. (Kısaltılmışı: Altınok Ormancı, Fesih).

---------- : Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul 2016. Kısaltılmışı: Altınok Ormancı, Zararı Azaltma).

ALTMEPPEN, Holger : "Untaugliche Regeln zum Vertrauens-schaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf", DB, 2001, Heft 26, s. 1399-1405.

ALTUNKAYA, Mehmet : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

ANTALYA, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019. (Kısaltılmışı: Antalya, C. V/1, 1).

---------- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019. (Kısaltılmışı: Antalya, C. V/1, 2).

---------- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 3, 2. Baskı, Ankara 2019. (Kısaltılmışı: Antalya, C. V/1, 3).

APATHY, Peter/RIEDLER, Andreas : Bürgerliches Recht Bd. III: Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., Wien 2010.

ARAL, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel : İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021. (Kısaltılmışı: Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra).

---------- : Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021. (Kısaltılmışı: Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul).

ATAAY, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 4. Bası, İstanbul 1986. (Kısaltılmışı: Ataay, Borçlar).

---------- : Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1980. (Kısaltılmışı: Ataay, Medenî).

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/
ERDOĞAN, Ersin : Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2018.

ATAMER, Yeşim M. : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996. (Kısaltılmışı: Atamer, Sorumluluğun Sınırlandırılması).

---------- : "Taşınır Satımı Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Derleyen: İnceoğlu, M. Murat, İstanbul 2012, s. 187-221. (Kısaltılmışı: Atamer, Taşınır Satımı).

---------- : "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 - Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-", BATİDER, 2007, C. XXIV, S. 1, s. 81-106. (Kısaltılmışı: Atamer, Tüketici).

---------- : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (Kısaltılmışı: Atamer, CISG).

ATAMER, Yeşim M./
EGGEN, Mirjam : "Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts, eine Übersicht", ZBJV, 11/2017, s. 731-787.

AYAN, Serkan : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008. (Kısaltılmışı: Ayan, İnşaat).

---------- : "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", DEÜHFD, C. 12, Özel sayı, 2010, s. 717-793. (Kısaltılmışı: Ayan, Temerrüt).

AYBAY, Aydın : Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 14. Bası, İstanbul 2016.

AYDOĞDU, Murat/
KAHVECİ, Nalan : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2014.

AYİTER, Nûşin : Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968.

AYRANCI, Hasan : Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Ankara 2006. (Kısaltılmışı: Ayrancı, Munzam Zarar).

BARLAS, Nami : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1972.

BARTH, Hans Rudolf : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Aarau 1958.

BASLER KOMMENTAR : Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Begründet von Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt, Hrsgb.: Widmer Lüchinger, Corinne /Oser, David, 7. Aufl., Basel 2020. (Kısaltılmışı: BSK OR I-Yazar Adı).

BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998. (Kısaltılmışı: Başpınar, Butlan).

---------- : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004. (Kısaltılmışı: Başpınar, Özen).

BAYGIN, Cem : "Culpa in contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 345-377.

BAYSAL, Başak : Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012.

BECKER, Hermann : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941. (Kısaltılmışı: BK OR-Becker).

---------- : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934. (Kısaltılmışı: BK OR-Becker).

BERGER, Bernhard : Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018.

BERKİ, Şakir : Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1962.

BİLGE, Necip : Cezai Şart, Ankara 1957.

BİRİNCİ UZUN, Tuba : Götürü Tazminat, Ankara 2015.

BOßHARDT, Oskar : "Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107/109)", SJZ 34, 1933, Heft 6, s. 81-82.

BREHM, Roland : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006. (Kısaltılmışı: BK OR-Brehm).

BROX, Hans/
WALKER, Wolf-Dietrich : Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl., München 2019. (Kısaltılmışı: Brox/ Walker, Schuldrecht).

---------- : Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl., 2018. (Kısaltılmışı: Brox/Walker, BGB).

BUCHER, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988. (Kısaltılmışı: Bucher, AT).

---------- : Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988. (Kısaltılmışı: Bucher, BT).

BUDEWIG, Klaus/
GEHRLEIN, Markus : Das Haftpflichtrecht nach der Reform, München 2003.

BURCUOĞLU, Halûk : "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", DÜHFD, S. 2, 1984, s. 163-173.

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

---------- : "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 139-150. (Kısaltılmışı: Buz, Değerlendirme).

---------- : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Kısaltılmışı: Buz, YDH).

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

BÜHLER, Theodor : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Hrsgb.: Gauch, Peter/Schmid, Jörg, Zürich 1998. (Kısaltılmışı: ZK-Bühler).

BÜYÜKSAĞİŞ, Erdem : Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.

BYDLINSKI, Peter : Bürgerliches Recht, Bd. I Allgemeiner Teil, Hrsgb.: Apathy, Peter, 4. Aufl., Wien 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm : Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971. (Kısaltılmışı: Canaris, Vertrauenshaftung).

---------- : "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", JZ, 2001/10, s. 499-528. (Kısaltılmışı: Canaris, Reform).

---------- : "Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtigen Verträgen", JZ, 1965/15-16, s. 475-482. (Kısaltılmışı: Canaris, Ansprüche).

CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, Ankara 2017.

COHNFELDT, Richard : Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung, Leipzig 1865.

COUCHEPIN, Gaspard : "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Çev. Erdem, Mehmet/Kara, Doğan, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, C. I, İstanbul 2020, s. 485-521. [Kısaltılmışı: Couchepin (Erdem/Kara)].

CHRISTEN, Urs : in: Beobachter OR für den Alltag, Kommentierte Ausgabe aus der Beobachter-Beratungspraxis, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 2007. (Kısaltılmışı: Beobachter/Christen).

ÇELEBİ, Özgün : "Şans Kaybının Tazmini", BATİDER, 2018, C. XXXIV, S. 2, s. 121-196.

DAUNER-LIEB, Barbara : "Das Leistungsstörungsrecht im Überblick", in: Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Hrsgb. Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/Ring, Gerhard, Heidelberg 2002, s. 64-120.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan : Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

DEUTSCH, Erwin : "Der Ersatz des reinen Vermögensschadens", Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Berlin 1995, s. 79-93.

DEUTSCH, Erwin/
AHRENS, Hans-Jürgen : Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009.

DİRİCAN, Gökhan : Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.

DOMANİÇ, Hayri : Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, Ankara 1998.

DÖLLE, Hans : "Aussergesetzliche Schuldpflichten", ZgS, Bd. 103, 1943, s. 67-102.

DURAL, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.

DURAL, Mustafa/SARI, Suat : Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, İstanbul 2011.

EDİS, 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. 109 OR, Diss., Zürich 1990.

EKİNCİ, Hüseyin : Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004.

EMMERICH, Volker : Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.

ENGİN, Baki İlkay : Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.

ERDEM, Mehmet : "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 97-124.

ERDOĞAN, İhsan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2019.

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016. (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar Genel).

---------- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018. (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar Özel).

---------- : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Kısaltılmışı: Eren, Uygun İlliyet).

---------- : "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461-491. (Kısaltılmışı: Eren, Normun Koruma Amacı).

ERGÜNE, Mehmet Serkan : Olumsuz Zarar, İstanbul 2008. (Kısaltılmışı: Ergüne, Olumsuz Zarar).

---------- : "Culpa in contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 909-926. (Kısaltılmışı: Ergüne, CIC'de Olumlu Zarar).

---------- : "Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları", İÜHFM, 2004, C. LXII, S. 1-2, s. 351- 380. (Kısaltılmışı: Ergüne, Reform).

ERMAN KOMMENTAR : Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Hrsgb.: Harm Peter Westermann, 11. Aufl., Münster-Köln 2004. (Kısaltılmışı: Erman/Yazar adı).

ESENER, Turhan : Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.

ESSER, Josef / SCHMIDT, Eike : Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Tb. 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000.

FAUST, Florian : Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden 2018.

FELLMANN, Walter : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992. (Kısaltılmışı: BK OR-Fellmann).

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977. (Kısaltılmışı: Feyzioğlu, II).

---------- : Borçlar Hukuku Hususî Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 2. Bası, İstanbul 1970. (Kısaltılmışı: Feyzioğlu, BÖ).

FIKENTSCHER, Wolfgang/
HEINEMANN, Andreas : Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., Berlin-Boston 2017.

FISCHER, Thomas : Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998. (Kısaltılmışı: Fischer, T.).

FISCHER, Willi : Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungs-geschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Diss., Zürich 1985. (Kısaltılmışı: Fischer, W.).

FROST, Marina : Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten, Berlin 1981.

FURRER, Andreas/
MÜLLER-CHEN, Markus : Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008.

FURRER, Rolf : Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss., Zürich 1973.

GALLIGAN, Thomas C. : "Disaggregating More-Than-Whole Damages in Personal Injury law: Deterrence and Punishment", Tennessee Law Rev., 2003, V. 71 (1), s. 117-153.

GAUCH, Peter : Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich Basel Genf 2019. (Kısaltılmışı: Gauch, Werkvertrag).

---------- : System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg Schweiz 1968. (Kısaltılmışı: Gauch, Dauerverträgen).

---------- : "Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)", Recht, 1989/4, s. 122-128. (Kısaltılmışı: Gauch, Recht 1989).

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 9. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008. (Kısaltılmışı: Gauch/ Schluep/Schmid, Bd. I).

---------- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008. (Kısaltılmışı: Gauch/ Schluep/Emmenegger, Bd. II).

GAUCH, Peter/ SWEET, Justin : "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 117-140.

GAUTSCHI, Georg : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungs-verhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, Bern 1962. (Kısaltılmışı: BK OR-Gautschi).

---------- : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967. (Kısaltılmışı: BK OR-Gautschi).

GEZDER, Ümit : Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.

GIGER, Hans : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Kauf und Tausch–Die Schenkung, Allgemeine Bestimmungen-Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979. (Kısaltılmışı: BK OR-Giger).

GLASL, Daniel G. : Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Diss., Zürich 1992.

GLÄTTLI, Elisabeth : Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich 1998. (Kısaltılmışı: Glättli, Diss.).

---------- : "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", SJZ 93, 1997, s. 233-243. (Kısaltılmışı: Glättli, SJZ).

GONZENBACH, Rainer : Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.

GRUNSKY, Wolfgang : "Entgangene Urlaubzeit als Vermögensschaden", NJW 1975, Heft 14, s. 609-612.

GRUNEWALD, Barbara : "Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens", JZ, 2001/9, s. 433-436.

GSELL, Beate : "Aufwendungsersatz nach § 284 BGB", in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente-Brennpunkte-Ausblick, Hrsgb. Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten, Köln-Berlin-Bonn-München 2003, s. 321-346.

GUHL, Theo/ KOLLER, Alfred/
SCHNYDER, Anton K./
DRUEY, Jean Nicolas : Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000. (Guhl/Yazar adı).

GÜL, İbrahim : ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2017.

GÜNDOĞDU, Fatih : Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.

GÜNDÜZ, Şefika Deren : Olumlu Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2019.

HAAS, Lothar/MEDICUS, Dieter/
ROLLAND, Walter/SCHÄFER, Carsten/
WENDTLAND, Holger : Das Neue Schuldrecht, München 2002. (Kısaltılmışı: Das Neue Schuldrecht/ Yazar adı).

HARTMANN, Stephan : Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Zürich-Basel-Genf 2005. (Kısaltılmışı: Hartmann, Rückabwicklung).

---------- : Die Vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg Schweiz 2001. (Kısaltılmışı: Hartmann, Informationspflichten).

HATEMİ, Hüseyin/
GÖKYAYLA, K. Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.

HAVUTÇU, Ayşe : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

HELVACI, Mehmet : Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.

HIGI, Peter/WILDISEN, Christoph : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-265 OR, Hrsgb.: Schmid, Jörg, 5. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2019. (Kısaltılmışı: ZK-Higi/Wildisen).

HIRSCH, Christoph : Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden 2018.

HOFSTETTER, Josef : Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Tb. VI, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000.

HONSELL, Heinrich : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006. (Kısaltılmışı: Honsell, BT).

---------- : Römisches Recht, 7. Aufl., Berlin-Heidelberg 2010. (Kısaltılmışı: Honsell, Römisches Recht).

---------- : "Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht", JuS 1973, Heft 2, s. 69-75. (Kısaltılmışı: Honsell, Interessebegriff).

---------- : Quod Interest im Bonae-Fidei-Iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969. (Kısaltılmışı: Honsell, Quod Interest).

---------- : Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2005. (Kısaltılmışı: Honsell, Haftpflichtrecht).

HONSELL, Heinrich/
HARRER, Friedrich : "Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht", JuS 1985, Heft 3, s. 161-170. (Kısaltılmışı: Honsell/Harrer, Entwicklungstendenzen).

---------- : "Schaden und Schadensberechnung", JuS 1991, Heft 6, s. 441-448. (Kısaltılmışı: Honsell/Harrer, Schaden).

HONSELL, Heinrich/
MAYER-MALY, Theo/SELB, Walter : Römisches Recht, Berlin-Heidelberg-New York 1987.

HORN, Norbert : "Culpa in contrahendo", JuS 1995, Heft 5, s. 377-387.

HORNUNG, Rainer : Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht, Diss., Baden-Baden 1998.

HÖPFNER, Clemens : "Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse, Zur Begrenzung der Schadensersatzpflicht des Anfechtenden", AcP 212, 2012, s. 853-874.

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie : Art. 184-196a, 211-215 OR in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, İnnominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Liehe, Art. 184-318 OR, Hrsgb.: Müller-Chen, Markus/ Huguenin, Claire, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016. (Kısaltılmışı: CHK/Hrubesch-Millauer).

HUANG, Sung-Mao : Die Schadensersatzhaftung wegen anfänglicher Leistungshindernisse und anfänglicher unbehebbarer Mängel der Kaufsache, Bochum 2017.

HUBER, Ulrich : "Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung", AcP 177, 1977, s. 281-348.

HUBER, Peter/MULLIS, Alastair : The CISG, München 2007.

HUGUENIN, Claire : Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008. (Kısaltılmışı: Huguenin, AT).

---------- : Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008. (Kısaltılmışı: Huguenin, BT).

HULLIGER, Urban/HEINRICH, Peter : Art. 253-274g OR in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, İnnominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Liehe, Art. 184-318 OR, Hrsgb.: Müller-Chen, Markus/ Huguenin, Claire, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016. (Kısaltılmışı: CHK/ Hulliger/Heinrich).

İMRE, Zahit : Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, 1980.

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge : İnan Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

JAUERNIG KOMMENTAR : Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsgb.: Stürner, Rolf, 17. Aufl., München 2018. (Kısaltılmışı: Jauernig/Yazar adı).

JÄGGİ, Peter : "Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit", ZSR, Bd. 79, 1960, Heft 4, s. 133a-261a.

JERMANN, Philipp : Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, Diss., Bamberg 2003.

JURIS PRAXISKOMMENTAR : Juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2, Schuldrecht, Bandherausgeber: Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/ Rüßmann, Helmut, 8. Aufl., Saarbrücken 2017. (Kısaltılmışı: jurisPK-BGB/Yazar adı).

KAPANCI, K. 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 Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", GSÜHFD, 2018/I, s. 483-530.

KARAGÖZ, Veli : İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.

KARAHASAN, Mustafa Reşit : Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Doktrin, Yargı Kararları, İstanbul 1996.

KARAKAŞ, Fatma Tülay/
SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem : "Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi", BATİDER, 2006, C. XXIII, S. 3, s. 157-181.

KARATAŞ, İzzet : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009.

KASER, Max : Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, München 1971. (Kısaltılmışı: Kaser, 1971).

---------- : Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht, München 1935. (Kısaltılmışı: Kaser, 1935).

KELLER, Alfred : Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002. (Kısaltılmışı: Keller, I).

---------- : Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998. (Kısaltılmışı: Keller, II).

KELLER, Max : Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau 1948. (Kısaltılmışı: Keller, M.)

KELLER, Max/
SCHÖBI, Christian : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.

KELLER, Max/
GABI-BOLLIGER, Sonja : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.

KELLER, Max/
SIEHR, Kurt : Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995.

KEUK, Brigitte : Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018. (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Borçlar).

---------- : Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Fikri Haklar).

KIRCA, Çiğdem : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004. (Kısaltılmışı: Kırca, Sorumluluk).

---------- : "Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 433-458. (Kısaltılmışı: Kırca, Kaldırılması Gereken Bir Ayrım).

KOCAAĞA, Köksal Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu 21-22 Ekim 1977, Ankara 1980, s. 141-180.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014. (Kısaltılmışı: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı, Kacoyusufpaşaoğlu).

---------- : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998. (Kısaltılmışı: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi).

---------- : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2016. (Kısaltılmışı: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan).

KOLLER, Alfred : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009. (Kısaltılmışı: Koller, OR 2009).

---------- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Grundriss des Allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. II, Bern 2006. (Kısaltılmışı: Koller, II).

---------- : Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz 1985. (Kısaltılmışı: Koller, Der gute und der böse Glaube).

KOZIOL, Helmut : Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Wien 1997. (Kısaltılmışı: Koziol, Haftpflichtrecht).

---------- : "Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen", in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Hrsgb.: Griss, Irmgard/Kathrein, Georg/Koziol, Helmut, Wien 2006, s. 23-35. (Kısaltılmışı: Koziol, Schaden).

KOZIOL, Helmut/
BYDLINSKI, Peter/
BOLLENBERGER, Raimund : ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar zum ABGB, 3. Aufl., Wien-New York 2010 (Kısaltılmışı: KBB/Yazar adı).

KÖPCKE, Günther : Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965.

KRAMER, Ernst A. : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991. (Kısaltılmışı: BK OR-Kramer).

---------- : Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel 2009.

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/ NOBEL, Peter/SCHWANDER, Ivo/ WOLF, Stephan : OFK- Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009. (Kısaltılmışı: OFK-2009/Yazar adı).

---------- : OFK- Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016. (Kısaltılmışı: OFK-2016/Yazar adı).

KURT, Leyla Müjde : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012. (Kısaltılmışı: Kurt, Temerrüt).

---------- : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara 2016. (Kısaltılmışı: Kurt, İmkânsızlık).

KURU, Baki : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016. (Kısaltılmışı: Kuru, İcra).

---------- : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017. (Kısaltılmışı: Kuru, Usul).

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder : Medenî Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010.

KUTLU SUNGURBEY, Ayfer : Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.

LANGE, Hermann : "Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterischen Rechtswissenschaft", ZRG-RA, Bd. 72, 1955, s. 211-244. (Kısaltılmışı: Lange, ZRG).

---------- : Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterischen Rechtstheorie, Münster-Köln 1955. (Kısaltılmışı: Lange, Schadensersatz).

LANGE, Hermann/
SCHIEMANN, Gottfried : Schadensersatz, Hrsgb.: Joachim Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2003.

LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987. (Kısaltılmışı: Larenz, I).

---------- : "Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht", Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, München und Berlin 1965, s. 489-507. (Kısaltılmışı: Larenz, Vermögensbegriff).

LEMP, Paul : Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1939.

LEONHARD, Marc : "Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung", AcP 199, 1999, s. 660-694.

LESER, Hans G. : Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975.

LOOSCHELDERS, Dirk : Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2017. (Kısaltılmışı: Looschelders, Schuldrecht).

---------- : "Pflichtverletzung als Prüfstein der Privatrechtsdogmatik", Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert- Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin-Boston 2017, s. 403-424. (Kısaltılmışı: Looschelders, Pflichtverletzung).

LORENZ, Egon : Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld", Berlin 1981. (Kısaltılmışı: Lorenz, E).

LORENZ, Stephan : "Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht", NJW 2004, s. 26-28. (Kısaltılmışı: Lorenz, Schadensersatz).

---------- : "Grundwissen-Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB)", JuS 2008, Heft 3, s. 203-206. (Kısaltılmışı: Lorenz, Schadensarten).

LORENZ, Stephan/RIEHM, Thomas : Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.

LÜCHINGER, Niklaus : Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 1999.

MAGNUS, Ulrich : Schaden und Ersatz, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen, Tübingen 1987.

MATTHEUS, Daniela : "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002, Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts", JuS, 2002, Heft 3, s. 209-219.

MEDICUS, Dieter : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 2006. (Kısaltılmışı: Medicus, Schuldrecht).

---------- : Gesetzliche Schuldverhältnisse, Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, 5. Aufl., München 2007. Kısaltılmışı: (Medicus, Gesetzliche Schuldverhältnisse).

---------- : "Normativer Schaden", JuS 1979, Heft 4, s. 233-239. (Kısaltılmışı: Medicus, Normativer Schaden).

---------- : Id Quod Interest, Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln-Graz 1962. (Kısaltılmışı: Medicus, Id Quod).

MEDICUS, Dieter/
LORENZ, Stephan : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl., München 2012.

MERTENS, Hans-Joachim : Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967.

MERZ, Hans : Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg Schweiz 1988. (Kısaltılmışı: Merz, Vertrag).

---------- : Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Tb. I, Basel 1984. (Kısaltılmışı: Merz, OR).

MOMMSEN, Friedrich : Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853. (Kısaltılmışı: Mommsen, Unmöglichkeit).

---------- : Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig, 1855. (Kısaltılmışı: Mommsen, Interesse).

MÜNCHENER KOMMENTAR : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsgb.: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019. (Kısaltılmışı: MüKo/ Yazar adı).

MÜLLER-CHEN, Markus : Art. 197-210, 222-225 OR in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, İnnominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Liehe, Art. 184-318 OR, Hrsgb.: Müller-Chen, Markus/ Huguenin, Claire, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016. (Kısaltılmışı: CHK/ Müller-Chen).

MÜLLER-STOY, Walter : Schadensersatz für Verlorene Chancen, Diss., Freiburg 1973.

NEUENSCHWANDER, Markus : Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971.

NEUNER, Robert : "Interesse und Vermögensschaden", AcP 133, 1931, s. 277-314.

NOMER, Haluk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015. (Kısaltılmışı: Nomer, Borçlar Hukuku).

---------- : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996. (Kısaltılmışı: Nomer, Maddî Tazminat).

NOMER, Haluk Nami/
ENGİN, Baki İlkay : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, C. I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül, 5. Baskı, Ankara 2021.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil W. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.

OERTMANN, Paul : Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901.

OĞUZMAN, M. Kemal/
ÖZ, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 13. Bası, İstanbul 2015. (Kısaltılmışı: Oğuzman/Öz, C. I).

---------- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, İstanbul 2016. Kısaltılmışı: Oğuzman/Öz, C. II)

OĞUZMAN, M. Kemal/
BARLAS, Nami : Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 17. Bası, İstanbul 2011.

OĞUZMAN, M. Kemal/
SELİÇİ, Özer/
OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.

OKUMUŞ, Selmani : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara 2015.

OSER, Hugo/
SCHÖNENBERGER, Wilhelm : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Hb.: Art. 1-183 2. Aufl., Zürich 1929. (Kısaltılmışı: ZK-Oser/Schönenberger).

---------- : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184- 418, 2. Aufl., Zürich 1936. (Kısaltılmışı: ZK-Oser/Schönenberger).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin : "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", GÜHFD, 1999, C. 3, S. 1-2, s. 60-118.

ÖCAL APAYDIN, Bahar/
İNCE AKMAN, Nurten : "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi", MARUHAD, C. 25, S. 1, 2019, s. 220-261.

ÖÇAL, Akar : "Munzam Zarar", EİTİAD, 1967, C. III, s. 144-158.

ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku, Ankara 1990. (Kısaltılmışı: Önen, Borçlar).

---------- : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975. (Kısaltılmışı: Önen, Temerrüt).

ÖZ, Turgut : "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", İÜMHAD, 1985, C. 13, S. 16, s. 131-172 (Kısaltılmışı: Öz, Dönme).

---------- : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. (Kısaltılmışı: Öz, Eser).

---------- : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006. (Kısaltılmışı: Öz, İnşaat).

ÖZDEN MERHACI, Selin : Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013.

ÖZKAN, Zehra : "İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini", AÜHFD, 2013, C. 62, S. 4, s. 1105-1138.

ÖZEL, Çağlar : "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, 2001, C. 50, S. 4, s. 81-106.

PARLAK BÖRÜ, Şafak : "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", TBBD, 2017, S. 129, s. 195-228.

PEKCANITEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet : Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 15. Baskı, İstanbul 2021.

PEKCANITEZ USÛL/ATALAY : Medenî Usûl Hukuku, Editörler: Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltılmışı: Pekcanıtez Usûl/Atalay).

PEKMEZ, Cüneyt : "Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", TAAD, Y. 6, S. 20, 2015, s. 523-565.

POHLMANN, Andre : Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, Berlin 2002.

PÖGGELER, Wolfgang : "Schadensersatz", JA, 1999, Heft 6, s. 505-515.

PWW Kommentar : Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsgb.: Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd, 13. Aufl., Köln 2018. (Kısaltılmışı: PWW/Yazar adı).

RABEL, Ernst : "Der sogen. Vertrauenschaden im schweizerischen Recht", ZSR, Bd. 49 (27), 1908, s. 291-328.

RABL, Christian : Schadenersatz wegen Nichterfüllung, Wien 1998.

RADO, Türkân : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2014.

REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012.

RENGIER, Hans-Bernhard : Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin 1977.

REY, Heinz : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008.

RUEDIN, Philippe : in: Beobachter OR für den Alltag, Kommentierte Ausgabe aus der Beobachter-Beratungspraxis, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 2007. (Kısaltılmışı: Beobachter/Ruedin).

SARI, Suat : Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.

SAYMEN, Ferit, H. : Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Umumi Hükümler, İstanbul 1950.

SCHENKER, Franz : Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg Schweiz 1988. (Kısaltılmışı: Schenker, Schuldnerverzug).

---------- : "Schadensberechnung im Verzugsrecht", in: Haftung aus Vertrag, Hrsgb.: Koller, Alfred, St. Gallen 1998, s. 27-41. (Kısaltılmışı: Schenker, Schadensberechnung).

SCHERRER, Karl : Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Zürich 1928.

SCHIEMANN, Gottfried : " Neues allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?", Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, s. 259-267.

SCHLECHTRIEM, Peter : "Schadenersatz und Schadensbegriff", ZEuP, 1997, s. 232-254.

SCHLECHTRIEM, Peter/
SCHMIDT-KESSEL, Martin : Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005.

SCHLECHTRIEM, Peter/
SCHWENZER, Ingeborg/
SCHROETER, Ulrich G. : Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG) : Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7. Aufl., München 2019 (Kısaltılmışı: Schlechtriem/Schwenzer/ Schroeter, (Yazar adı)).

SCHMID, Jörg/
STÖCKLI, Hubert : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010.

SCHMIDLIN, Bruno : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995. (Kısaltılmışı: BK OR-Schmidlin).

SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen : Das neue Schuldrecht, Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln-Berlin-Bonn-München 2002.

SCHÖNLE, Herbert : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Bd. V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Hrsgb.: Gauch, Peter, 3. Aufl., Zürich 1993. (Kısaltılmışı: ZK-Schönle).

SCHÖNLE, Herbert/
HIGI, Peter : Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Bd. V/2a: Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Hrsgb.: Schönenberger, Wilhelm/Gauch, Peter/Schmid, Jörg, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2005. (Kısaltılmışı: ZK-Schönle/Higi).

SCHÖNLE, Herbert/
KOLLER, Thomas : Kommentar Zum UN-Kaufrecht, Hrsgb.: Honsell, Heinrich, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg 2010.

SCHUBIGER, Alfred : Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichhterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff.-OR 97 ff., Bern 1957.

SCHULZE, Reiner : Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Aufl., Nomos Kommentar, Baden-Baden 2019. (Kısaltılmışı: Hk-BGB/Schulze).

SCHWARZ, Andreas B. : Roma Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, (Çev. Rado, Türkan), İstanbul 1956. (Kısaltılmışı: Schwarz, Roma).

---------- : Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, (Çev. Bülent Davran), İstanbul 1948 (Kısaltılmışı: Schwarz, Borçlar).

SCHWARZ, Günter/
WANDT, Manfred : Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht- Schadensrecht-Bereicherungsrecht-GoA, 9. Aufl., München 2019.

SCHWARZE, Roland : Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., Berlin-Boston 2017.

SCHWENZER, Ingeborg : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009. (Kısaltılmışı: Schwenzer, OR).

---------- : "Aufwendungsersatz bei nicht durchgeführten Verträgen", Festschrifft für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, s. 657-676. (Kısaltılmışı: Schwenzer, Aufwendungsersatz).

SEÇER, Öz : "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İÜHFD Özel Sayı C. 2, 2015, s. 877-944.

SENNE, Petra : "Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", JA, 2002, Heft 5, s. 424-433.

SEROZAN, Rona : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2006. (Kısaltılmışı: Serozan, BÖ).

---------- : Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007. (Kısaltılmışı: Serozan, Dönme).

---------- : " 'Culpa in contrahendo', 'Akdin Müspet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜMHAD, 1968, C. 2, S. 3, s. 108-129. (Kısaltılmışı: Serozan, İÜMHAD-1968).

---------- : "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 67-101. (Kısaltılmışı: Serozan, Manevi Tazminat).

---------- : "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM, 2000, C. LVIII, S. 1-2, s. 231-248 (Kısaltılmışı: Serozan, Alman Hukuku).

---------- : "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: 'Sözleşmenin Müspet İhlali' ve 'Culpa in contrahendo'", İÜMHAD, 1990, C. 15, S. 18, s. 27-42. (Kısaltılmışı: Serozan, İÜMHAD-1990).

SIMONIUS, August : "Über den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens", ZSR, Bd. 59 (37), 1918, s. 225-287.

STARK, Emil W., : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Aufl., Zürich 1988.

STAUDINGER KOMMENTAR : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. (Kısaltılmışı: Staudinger/Yazar adı).

---------- : BGB §§ 241-243 Treu und Glauben, Neubearbetiung von Looschelders, Dirk/ Olzen, Dirk/Schiemann, Gottfried, Berlin 2015.

---------- : BGB §§ 249-254 Schadensersatzrecht, Redaktor: Kaiser, Dagmar, Berlin 2017.

---------- : BGB §§ 255-304 Leistungsstörungsrecht 1, Redaktor: Löwisch, Manfred, Berlin 2014.

---------- : BGB §§ 315-326 Leistungsstörungsrecht 2, Redaktor: Löwisch, Manfred, Berlin 2015.

---------- : BGB §§ 311, 311a-c Vertragsschluss, Redaktor: Kaiser, Dagmar, Neubearbetiung von Feldmann, Cornelia/ Schumacher, Robert, Berlin 2018.

STEIN, Peter : "Der Schaden, Ein juristisches Märchen", SJZ 91, 1995, s. 153-154.

STOLL, Hans : Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo", Festschrifft für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, s. 435-474. (Stoll, culpa in contrahendo).

---------- : "Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel", AcP 176, 1976, s. 145-196. (Kısaltılmışı: Stoll, Haftungsverlagerung).

---------- : Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Heidelberg 1993. (Kısaltılmışı: Stoll, Haftungsfolgen)

STOLL, Heinrich : "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung: Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre", AcP 136, 1932, s. 257-320. (Kısaltılmışı: Stoll, AcP).

---------- : Die Wirkungen des vertragsmässigen Rücktritts, Bonn 1921, Diss., (Stoll, Rücktritt).

---------- : Die Lehre von den Leistungsstörungen, Denkschrift des Ausschusses für Personen-Vereins- und Schuldrecht, Tübingen 1936. (Kısaltılmışı: Stoll, Leistungsstörungen).

---------- : "Haftung für das Verhalten während der Vertragssverhandlungen", LZ 19/20, 1923, s. 532-548. (Kısaltılmışı: Stoll, LZ).

STÜRNER, Rolf : "Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten", JZ, 1976/13, s. 384-392.

TANDOĞAN, Halûk : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961. (Kısaltılmışı: Tandoğan, Mesuliyet).

---------- : Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963. (Kısaltılmışı: Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı).

---------- : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008. (Kısaltılmışı: Tandoğan, I/1).

---------- : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Baskı, İstanbul 2008. (Kısaltılmışı: Tandoğan, I/2).

---------- : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010. (Kısaltılmışı: Tandoğan, II).

---------- : "Hukuka Aykırılık Bağı", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu 21-22 Ekim 1977, Ankara 1980, s. 5-27. (Kısaltılmışı: Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı).

TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TEKİNAY, S. Sulhi : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

THIELE, Wolfgang : "Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung: Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts", JZ, 1967/21, s. 649-657.

TİFTİK, Mustafa : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994. (Kısaltılmışı: Tiftik, Maddi Tazminat).

---------- : "Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini", EÜHFD, C. X, s. 3-4, 2006, s. 397-417. (Kısaltılmışı: Tiftik, İrade Sakatlığı).

TOPUZ, Murat : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976. (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Borçlar Genel).

---------- : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul 1977. (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Borçlar Özel).

---------- : Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963 (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Cezaî Şart).

TÜRKER, Gökçen : İcracı Sanatçıların Hakları, Ankara 2016.

ULUSAN, İlhan : "Culpa in contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 275-319.

UMUR, Ziya : Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumî Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1982.

UYGUR, Turgut : Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I-II-III-IV, 3. Baskı, Ankara, 2010.

ÜNAL, Mehmet : "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, 1978, C. 35, S. 1, s. 397-437.

ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel : Şeklî Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2018.

van den DAELE, Wolfgang : Probleme des gegenseitigen Vertrages, Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten, Hamburg 1968.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : "Umumî Bakımdan Zarar ve Tazminat", Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s. 739-758.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

von BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

von JHERING, Rudolf : "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", aus: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), Bd. 4 (1861), Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 7-91.

von TUHR, Andreas : Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, München und Leipzig 1914.

von TUHR, Andreas/PETER, Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984.

von TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984.

WAGNER, Gerhard : "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht- Anmaßung oder legitime Aufgabe?", AcP 206, 2006, s. 352-476.

WALTER, Hans Peter : "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", ZBJV, 4/1996, s. 273- 295.

WEBER, Rolf H./
EMMENEGGER, Susan : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl., Bern 2020. (Kısaltılmışı: BK OR-Weber/Emmenegger).

WIEGAND, Wolfgang : "Die Leistungsstörungen, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung", Recht 1983, s. 118-131. (Kısaltılmışı: Wiegand, Recht 1983).

---------- : "Die Leistungsstörungen, 2. Teil: Verzug und Schlechterfüllung", Recht 1984, s. 13-22. (Kısaltılmışı: Wiegand, Recht 1984).

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 1976, s. 545-578.

YAVUZ, Cevdet/
ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014.

YILDIRIM, Abdulkerim : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2016. (Kısaltılmışı: Yıldırım, A.).

YILDIRIM, M. Fadıl : Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002. (Kısaltılmışı: Yıldırım, Hile).

YILDIRIM, M. Fadıl/
BAŞPINAR, Veysel : "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve

Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1093-1125.

YILDIZ, Mustafa Göktürk : Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2017.

YILMAZ, Süleyman : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013.

ZÄCH, Roger : Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990. (Kısaltılmışı: BK OR-Zäch).

ZEYTİN, Zafer : Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, 2. Baskı, Ankara 2015. (Kısaltılmışı: Zeytin, CISG).

---------- : "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddî Zarar Olarak 'Özel Kullanım Kaybı'", BATİDER, 1999, C. XX, S. 2, s. 73-89. (Kısaltılmışı: Zeytin, I).

---------- : "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - III: Manevî Zarar Olarak 'Boşa Geçen Tatil Zamanı'", BATİDER, 2003, C. XXII, S. 1, s. 185-200. (Kısaltılmışı: Zeytin, III).

ZEUNER, Albrecht : "Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden", AcP 163, 1964, s. 380-400.

ZEVKLİLER, Aydın/
GÖKYAYLA, K. Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Sözleşme, belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukukî işlemdir[1]. Bu hukukî işlem, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi meydana getirir[2]. Sözleşme ilişkisi içeriğine göre farklı türlere ayrılır. Tarafların arzu ettiği hukukî sonuç bir borç ilişkisi kurulmasına

---

[1] **ZK-Oser/Schönenberger,** Vorbem. zu Art. 1, N. 48, 60; **von Tuhr, Andreas/Peter, Hans,** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984, s. 144, 145, 147; **Bucher, Eugen,** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 97; **Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 9. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, N. 224; **Koller, Alfred,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, s. 45, 52 vd.; **Esener, Turhan**, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s. 14; **Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Hâlûk/Altop, Atillâ,** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 42, 51, 62; **Tunçomağ, Kenan,** Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 136; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, s. 95, 165; **Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 200; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut,** Boçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2015, s. 42; **Reisoğlu, Safa,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012, s. 52; **Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 53, 54, 70, 73; **Nomer, Haluk N.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 31; **Erdoğan, İhsan,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 50, 61, 62; **Antalya, O. Gökhan,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 159, 271, 272.

[2] **von Tuhr/Peter,** s. 147; **Bucher,** AT, s. 97, 98; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 234; **Koller,** OR 2009, s. 52, 53; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 165, 166; **Eren,** Borçlar Genel, s. 203; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 43; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 78; **Antalya,** C. V/1, 1, s. 273.

yönelikse, borç sözleşmesi söz konusu olur[3]. Borç sözleşmesinde, taraflardan en az birinin borçlanma irade beyanı, yani edim yükümlülüğü bulunmaktadır[4]. İlke olarak, iradesiyle bir borç altına giren tarafın, borcunu usulüne uygun bir şekilde yerine getirmesi beklenir. Ancak, durum her zaman böyle değildir. Gerçekten, bazı hâllerde borçlu borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmez. Borçlu sözleşmeden doğan bir borcunu ihlal ettiğinde, bu borcun alacaklısı olan karşı tarafın mal veya şahıs varlığı değerlerinde bir azalma meydana gelebilir. Buna, borca aykırılıktan doğan zarar denir. Borçlu, borca aykırı davranış kendisine yükletilebilen bir sebepten kaynaklanıyorsa meydana gelen zarardan sorumlu tutulur.

Zarar, tazminat sorumluluğunun temel unsurlarından biridir. Zira ilke olarak, zarar yoksa sorumluluk da yoktur. Gerçekten, Türk/İsviçre hukukunda tazminatın amacı zarar verenin cezalandırılması veya zarar görenin tazminat yoluyla zenginleştirilmesi değil, yalnızca meydana gelen zararın telafi edilmesidir[5]. Geniş bir

---

[3] **von Tuhr/Peter,** s. 148; **Bucher,** AT, s. 99 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 237, 246 vd.; **Koller,** OR 2009, s. 48, 55; **Esener,** s. 15 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 51; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 95, 165; **Eren,** Borçlar Genel, s. 204, 206; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 43; **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 10 vd.; **Antalya,** C. V/1, 1, s. 274.

[4] Borçlar hukukunda sözleşme kavramından öncelikle borç sözleşmeleri anlaşılır. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Vorbem. zu Art. 1, N. 66, 67; **von Tuhr/Peter,** s. 148; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 245; **Koller,** OR 2009, s. 55; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 51; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 98; **Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu,** s. 79. Bu çalışmanın konusunu oluşturan müspet zararın en önemli uygulama alanı, borç sözleşmelerinde borca aykırılıktır. Bu sebeple, tezin genelinde "sözleşme" kavramıyla, aksi belirtilmediği sürece borç sözleşmeleri kastedilmiştir.

[5] **Larenz, Karl,** Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s. 424; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 8; **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Oftinger, Karl/Stark, Emil W.,** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, s. 378; **Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried,** Schadensersatz, Hrsgb.: Joachim Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2003, s. 9 vd.; **Merz, Hans,** Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Tb. I, Basel 1984, s. 214; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 25; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581, 583; **Tandoğan, Hâlûk,** Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961,

uygulama alanı olan zararın farklı ölçütlere göre çeşitli ayrımları yapılmaktadır. Örneğin, maddi ve manevi zarar, mevcut ve müstakbel zarar, doğrudan ve dolaylı zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr, müspet ve menfi zarar söz konusu ayrımlardan bazılarıdır.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta zarara ilişkin ayrımlar içerisinde en önemlisi müspet zarar ve menfi zarar ayrımıdır. Bu ayrım içerisinde daha geniş uygulama alanı bulan zarar türü ise müspet zarardır. Gerçekten bir sözleşme ilişkisinde alacaklının alışveriş menfaatinin iki yönü bulunmaktadır. Bu menfaatin bir yönü sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvendir. Bu güvenin ihlalinden doğan kayıpların giderilmesi, alacaklıyı o sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş duruma getirmeyi sağlayan menfi zararın tazminiyle sağlanır[6]. Alışveriş menfaatinin diğer yönü ise borcun tam ve gereği gibi ifa edilmesi, yani ifa menfaatidir. Sözleşmeden doğan borca aykırı davranış, çoğu zaman alacaklının tam ve gereği gibi ifaya olan menfaatini ihlal eder. İfa menfaatinin ihlali ise çalışmamızın konusunu oluşturan

s. 315; **Nomer, Haluk N.,** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 1091; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut,** Boçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2016, s. 114; **Erdoğan,** s. 139.

[6] **von Tuhr/Peter,** s. 86, 87; **Bucher,** AT, s. 342 vd.; **Keller, Max,** Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau 1948, s. 5; **Keller, Max/Schöbi, Christian,** Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel-Frankfurt 1988, s. 279; **Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, N. 2899; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 291; **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 12; **Rengier, Hans-Bernhard,** Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin 1977, s. 50; **Horn, Norbert,** "Culpa in contrahendo", JuS 1995, Heft 5, s. 382; **Beobachter/Ruedin**, s. 133; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Saymen, Ferit, H.,** Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Umumi Hükümler, İstanbul 1950, s. 282; **Önen, Turgut,** Borçlar Hukuku, Ankara 1990, s. 213; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Kılıçoğlu, Ahmet M.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018, s. 930, 931; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382; **Ergüne, Mehmet Serkan,** Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 44, 45.

müspet zararı meydana getirir[7]. Nitekim alacaklı, müspet zararın tazminiyle, borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirilir[8].

Bu çalışmada zarar kavramına ilişkin ayrımlardan müspet ve menfi zarar ayrımının bir tarafı olan müspet zarar kavramı incelenmiştir. Müspet zararı tazmin yükümlülüğünün düzenlendiği genel hükümler TBK m. 112-126 arasında yer almaktadır. Bu hükümlerde, borca aykırılığın temel türleri olan imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve borçlu temerrüdü düzenlenmiştir. Bununla birlikte, müspet zarar ifa menfaatinin ihlal edildiği her durumda meydana gelebilen, uygulama alanı oldukça geniş bir müessesedir.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Sorumluluğun temel unsurlarından biri olan zarar kavramı kanunda tanımlanmamış, bu iş doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Bu bakımdan öncelikle

---

[7] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898, 2900; **Rengier,** s. 49; **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Lange/Schiemann,** s. 65, 66; **Keller, M.,** s. 4; **Schwenzer, Ingeborg,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N. 14.30; **Koller,** OR 2009, s. 699 vd.; **Lüchinger, Niklaus,** Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg Schweiz 1999, N. 117; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 426; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 55; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977, s. 182; **Ataay, Aytekin,** Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 4. Bası, İstanbul 1986, s. 90; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 382; **İnan, Ali Naim/Yücel, Özge,** İnan Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 610; **Aral, Fahrettin,** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 162; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382

[8] **Lemp, Paul,** Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1939, s. 146 vd.; **Medicus, Dieter,** Gesetzliche Schuldverhältnisse, Delikts- und Schadensrecht, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, 5. Aufl., München 2007, s. 94; **Bucher,** AT, s. 342; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 288; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898, 2900; **Lange/Schiemann,** s. 66; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38a, Art. 107, N. 17; **Koller,** OR 2009, s. 698; **Schwenzer,** OR, N. 14.30; **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 12; **Rengier,** s. 49; **Lüchinger,** N. 117 vd.; **Beobachter/Ruedin**, s. 133; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **PWW/Luckey,** § 249, N. 17, 18; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382; **Havutçu, Ayşe,** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 68; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

hukukî anlamda zarar kavramının tanımlanması gerekir. Diğer taraftan, zararın bir türü olan müspet zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği de tespit edilmelidir. Gerçekten, alacaklının müspet zararının doğru bir şekilde belirlenebilmesi için bu kavramın tanımının ortaya koyulması gerekir. Bu sayede, müspet zarar diğer zarar türlerinden ve özellikle menfi zarardan ayrılabilir. Bu bakımdan, müspet zarar kavramının tanımı, sınırları ve kapsamı açık bir şekilde ortaya koyulmaya muhtaçtır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan müspet zarar, ifa menfaatinin ihlal edildiği her durumda meydana gelebilen, uygulama alanı çok geniş bir müessesedir. Gerçekten, müspet zarar her türlü borç sözleşmesinde ve ifa menfaatinin ihlal edildiği her türlü borca aykırılıkta meydana gelebilir. Sözleşme türlerinin ve ifa menfaatinin ihlal edildiği borca aykırılık hâllerinin çeşitliliği göz önüne alındığında, müspet zararın önemi ortaya çıkmaktadır.

Borca aykırılığın bir türü olan sonraki imkânsızlıkta tazmini talep edilen zarar müspet zarardır. Yine, gereği gibi ifa etmeme hâllerinde ilke olarak müspet zarar tazmin edilir. Benzer şekilde, borçlunun temerrüdünde alacaklının talep edebileceği tazminat türlerinin büyük çoğunluğu müspet zarara yöneliktir. Gerçekten, aynen ifa ile birlikte istenen gecikme tazminatı müspet zararı giderir. Diğer taraftan, para borçlarının ifasında temerrüde düşüldüğünde talep edilebilen temerrüt faizi, niteliği bakımından müspet zarardır. Alacaklının uğradığı zararın temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı olan aşkın zarar da özünde müspet zarardan başka bir şey değildir. Ayrıca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının aynen ifadan vazgeçip talep ettiği zarar, müspet zararın en kapsamlı uygulama alanlarından biridir.

Müspet zararın uygulama alanı, geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektiren temel borca aykırılık türleri olan imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrütte meydana gelen zarar ile sınırlı değildir. Gerçekten, sürekli edimli sözleşmeler fesih yoluyla sona erdirildiğinde ilke olarak müspet zarar talep edilir. Diğer taraftan, *culpa*

in contrahendo (sözleşme görüşmelerindeki kusur) sorumluluğunda tazmini gereken zarar kural olarak menfi zarardır. Bununla birlikte kanunda, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun tipik birer uygulaması olan yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalinde ve yetkisiz temsilde temsil olunanın işlemi onamaması hâlinde hakkaniyet gerektiriyorsa müspet zararın tazminine imkân tanınmıştır[9]. Doktrinde, diğer *culpa in contrahendo* sorumluluğu hâllerinde hakkaniyet gerektiriyorsa bu hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır[10]. Ayrıca *culpa in contrahendo* sorumluluğunda genel bir ilke olarak müspet zararın istenebileceği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Bu hususların incelenerek açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nda, temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklıya yalnızca menfi zararını talep etme hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, doktrinde bu hüküm kapsamında müspet zararın talep edilebileceğini öne süren görüşler bulunmaktadır. Ayrıca, diğer ülke hukuklarında ve uluslararası düzenlemelerde modern eğilimler, sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı tanınması yönündedir. Bu sebeple, yürürlükteki hukuk ve olması gereken hukuk bakımından sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını talep edip edemeyeceğinin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sözleşmeden dönmeyle birlikte istenebilecek zararın türü uygulama bakımından özel bir önem arz etmektedir. Nitekim uygulamada sözleşmeden dönmeyle birlikte

---

[9] **von Tuhr/Peter,** s. 403; **Simonius, August,** "Über den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens", ZSR, Bd. 59 (37), 1918, s. 279, 280; **Eren,** Borçlar Genel, s. 475, 476; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 737, 738.

[10] **BK OR-Becker,** Art. 31, N. 17; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 870, 886; **Merz, Hans,** Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg Schweiz 1988, N. 140; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 470; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63, 172; **Ergüne, Mehmet Serkan,** "Culpa in contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 919, 920.

müspet zararın talep edilmesi sık karşılaşılan bir meseledir. Böyle durumlarda alacaklının iradesinin sözleşmeden dönme yönünde mi yoksa müspet zararını talep etme yönünde mi olduğunun tespiti önemlidir. Diğer taraftan, bu konu müspet ve menfi zarar ayrımının ve aralarındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması ile de doğrudan bağlantılıdır. Zira uygulamada müspet ve menfi zarar ayrımı yeterince bilinmediği için bu iki zarar türünün birlikte talep edildiği çok sayıda dava dilekçesine rastlanmaktadır. Bu taleplerin önemli bir kısmında aynı zamanda sözleşmeden dönüldüğü (feshedildiği) belirtilmektedir. Üstelik müspet ve menfi zararın birlikte tazmin edileceği yönünde yargı kararları da bulunmaktadır[11]. Bu sebeple, sözleşmeden dönen alacaklının hangi zararını isteyebileceği ve müspet ve menfi zararın birlikte talep edilip edilemeyeceği meselelerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Baştaki kusurlu imkânsızlıkta sözleşme TBK m. 27/I gereğince kesin hükümsüz sayılmakta ve bu sebeple baştaki imkânsızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde sözleşmeyi yapan taraf yalnızca menfi zararından sorumlu tutulabilmektedir. Oysa sonraki kusurlu imkânsızlıkta sözleşme geçerliliğini devam ettirmekte ve müspet zarar talep edilebilmektedir. Kusurlu imkânsızlık hâlleri arasında yaptırım ve talep edilebilecek zarar bakımından mevcut olan bu ayrım adaletsiz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu sebeple mevzu hukukta baştaki imkânsızlıkta müspet zararın tazminine

[11] Örneğin bkz. HGK, 28.09.1994 T., 1994/2-47 E., 1994/564 K. (YKD, 1994, C. 20, S. 12, s. 1895 vd.); 15. HD, 16.10.1989 T., 1989/1623 E., 1989/4247 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 4, s. 582, 583.); 4. HD, 26.02.1971 T., 9501 E.,1819 K. (**Uygur,** C. III, s. 3648); HGK, 09.10.1996 T., 1996/2-406 E., 1996/672 K. (Yasa Hukuk Dergisi, 1997, s. 221 vd.); 15. HD, 13.10.1994 T., 1994/414 E., 1994/5816 K.; 15. HD, 02.04.1998 T., 1998/833 E., 1998/1348 K.; 15. HD, 05.10.1987 T., 1986/4079 E., 1987/3415 K.; HGK, 18.09.1996 T., 1996/498 E., 1996/595 K.; HGK, 02.04.1997 T., 1997/7 E., 1997/286 K.; HGK, 07.06.2000 T., 2000/959 E., 2000/972 K.; 23. HD, 18.12.2018 T., 2016/1715 E., 2018/5919 K.; HGK, 07.04.2004 T., 2004/208 E., 2004/211 K.; 23. HD, 08.11.2018 T., 2018/1844 E., 2018/5208 K.; 15. HD,27.01.2012 T., 2010/7098 E., 2012/350 K.; 23. HD, 28.05.2015 T., 2015/3299 E., 2015/4023 K. (HukukTürk).

imkân tanınıp tanınamayacağı ve olması gereken hukukta konunun nasıl düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmelidir.

Müspet zarar bakımından bir diğer önemli mesele de bu zarar türünün kapsamının tespit edilmesidir. Zira teori ve uygulamada esasen müspet zarar niteliğinde olmayan zarar kalemlerinin müspet zarar kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Özellikle müspet zarar ve menfi zarar ayrımı ile bu zarar türlerinin kapsamına giren zarar kalemlerinin yeterince bilinmemesi bu problemin başlıca kaynağıdır. Diğer taraftan, yoksun kalınan kâr kavramının sınırlarının henüz tam olarak çizilememiş olması da bu problemin önemli bir sebebidir. Bu husus tazminatın telafi edici işlevini aşan sonuçlara sebep olabilecek niteliktedir. Gerçekten, müspet zarar kapsamında özellikle menfi zarar kalemlerinin de tazmin edilmesi, alacaklının gereği gibi ifadan daha iyi bir duruma getirilmesi sonucunu doğurur. Ayrıca, müspet zararın kendi içinde birbiriyle çakışan zarar kalemleri de bulunmaktadır. Müspet zarar hesaplanırken bu zarar kalemlerinin birlikte tazmin edilmesi alacaklının tazminatla zenginleşmesine sebep olur. Bu sakıncaların giderilebilmesi için müspet zararın kapsamının zarar kalemleri arasındaki ilişkiyle birlikte ortaya konulması, çerçevesinin doğru bir şekilde çizilmesi ve diğer zarar türleriyle ilişkisinin belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle müspet zarar ve menfi zarar ayrımının detaylı bir şekilde incelenmesi, aralarındaki benzerlik ve farklılıkların tespit edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde menfi zararın veya menfi zarar tazminatının müspet zararla sınırlandırılması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır[12]. Az sayıda olmakla

[12] Örneğin bkz. **BK OR-Becker,** Art. 26, N. 5, Art. 109, N. 9; **Rabel, Ernst,** "Der sogen. Vertrauenschaden im schweizerischen Recht", ZSR, Bd. 49 (27), 1908, s. 326; **von Tuhr, Andreas,** Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, München und Leipzig 1914, s. 359, dn. 161; **Scherrer, Karl,** Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Zürich 1928, s. 72 vd.; **Keller, M.,** s. 254, 255; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 27, 28; **Stoll, Hans,** Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo", Festschrifft für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, s. 436 vd., 441, 451 vd.; **Simonius,** s. 243 vd., 280

birlikte, menfi zararın müspet zarardan fazla olamayacağı yönünde yargı kararları da bulunmaktadır. Diğer taraftan, doktrinde müspet ve menfi zarar ayrımının gerekliliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu meselelerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Müspet zararın miktarının nasıl belirleneceği teori ve uygulama açısından önem taşımaktadır. Özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde müspet zarar talep eden alacaklının kendi edimi bakımından durumu tespit edilmedir. Bu konuda kabul edilen mübadele yöntemi ve özellikle fark yönteminin nasıl uygulanacağı belirlenmelidir. Diğer taraftan satış sözleşmesinde temerrüt hâlinde fark yönteminin birer uygulaması olarak somut ve soyut yöntemler düzenlenmiştir. Müspet zararın hesabında alacaklıya önemli kolaylıklar sağlayan bu yöntemlerin incelenmesi, nasıl uygulanacağının ve müspet zararın tazminine ilişkin genel hükümlerle ilişkisinin tespit edilmesi alışveriş hayatı ve uygulama bakımından faydalı olacaktır.

Sözleşmeden doğan borcun hiç veya geniş anlamda gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde uygulama alanı bulan başka kavram ve kurumlar da bulunmaktadır. Temerrüt faizi, ceza koşulu, götürü tazminat, kaim değer talebi ve cezalandırıcı tazminat (medenî ceza) bu kapsamda zikredilebilir. Müspet zarar ile söz konusu kurumların ilişkisinin, uygulama alanlarının ve aralarındaki benzerlik ve farklılıkların tespit edilmesi müspet zararın sınırlarını çizmek adına önem arz etmektedir.

vd.; **Önen, Turgut,** Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s. 96; **Kutlu Sungurbey, Ayfer,** Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 154; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Uygur, Turgut,** Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. III, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 3677; **Reisoğlu,** s. 389.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmanın konusunu oluşturan müspet zarar, edim yükümlülüğünün bulunduğu her türlü borç ilişkisinde ve neredeyse her borca aykırılık türünde meydana gelebilecek niteliktedir. Bu bakımdan müspet zararın uygulama alanı tek bir monografide incelenemeyecek kadar geniştir. Bu sebeple çalışmamızda esas olarak Türk Borçlar Kanunu'nda müspet zararı düzenleyen genel hükümler incelenmiştir. Bu kapsamda müspet zararın uygulama alanı, ilke olarak temel borca aykırılık türleri bakımından açıklanmıştır. Bununla birlikte, müspet zarar bakımından önem arz eden özel düzenlemeler yeri geldikçe ele alınmıştır. Çalışmada müspet zararın benzer kavramlar, diğer zarar türleri ve özellikle menfi zararla ilişkisi görece geniş bir şekilde ele alınarak kavramsal çerçeve belirlenmiştir. Müspet zarar konusunda genel olarak aynı düzenlemeleri içermesi sebebiyle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine ve doktrindeki görüşlere tezin genelinde yer verilmiştir. Ayrıca, yeri geldikçe diğer hukuk sistemlerine de göz atılmıştır. Bu kapsamda, Türk hukuku bakımından örnek teşkil edebilecek düzenlemeler içermesi sebebiyle Alman ifa engelleri hukuku ayrı bir başlık altında kısaca açıklanmış, yeri geldikçe bu hukuk sistemindeki düzenleme ve görüşlere mukayeseli olarak yer verilmiştir.

Tezin genelinde konular açıklanırken, uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm önerilerimiz ve sistemin daha iyi bir noktaya taşınması amacıyla ileri sürdüğümüz görüşlerimiz gerekçelendirilerek açıklanmıştır. Ayrıca, tezin teorik düzeyde kalmaması amacıyla yeri geldikçe konu ile ilgili Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmamız, giriş bölümünü takip eden üç bölümden ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde, öncelikle zarar kavramının tanımı ve zarar kavramına ilişkin görüşler açıklanarak değerlendirilmiştir. Daha sonra menfaat kavramının tanımı, türleri ve zarar kavramıyla ilişkisi incelenmiştir. Devamında müspet zarar

kavramı tanımlanarak unsurları açıklanmış ve menfi zarar kavramı ile ilişkisi ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu kapsamda müspet zarar ve menfi zarar arasındaki benzerlik ve farklılıklar, ayrımın istisnaları, birlikte talep edilip edilemeyecekleri, menfi zarar tazminatının müspet zarar ile sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı ve ayrımın gerekliliği yönündeki tartışmalar izah ve ifade edilmiştir. Son olarak müspet zararın sınırlarının çizilebilmesi amacıyla diğer zarar ayrımları kısaca açıklanarak bunların müspet zararla ilişkisi değerlendirilmiştir.

İkinci bölüm, müspet zararın kapsamı, uygulama alanı ve benzer kavramlarla karşılaştırılmasına özgülenmiştir. Bu bölümde ilk olarak uygulamada en çok karşılaşılan müspet zarar kalemleri açıklanmış, müspet ve menfi zarar kalemlerinin birbirleriyle ilişkisi ve farkları ortaya konulmuştur. Devamında, müspet zararın uygulama alanı başlığı altında imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme, borçlu temerrüdü ve *culpa in contrahendo* sorumluluğunda müspet zarar incelenmiştir. Daha sonra, ceza koşulu, götürü tazminat, kaim değer talebi ve cezalandırıcı tazminat kurumları müspet zarar kavramı ile benzerlik taşıdıkları ölçüde ve uygulamadaki önemleri nispetinde ele alınmıştır. Son olarak Alman ifa engelleri hukuku özellikle müspet zararı düzenleyen hükümler çerçevesinde kısaca açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde ise müspet zarardan sorumluluğun şartları, müspet zararın belirlenmesi, müspet zarar tazminatının belirlenmesi ve indirilmesi ile müspet zarar talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi açıklanmıştır. Müspet zararın belirlenmesi başlığı altında, öncelikle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının kendi ediminin durumunu tespit eden ve zararı hesaplama yöntemleri olan mübadele ve fark yöntemleri ele alınarak değerlendirilmiştir. Ayrıca fark yönteminin satış sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak düzenlenmiş türleri olan somut ve soyut yöntem ile yine müspet zararın belirlenmesine ilişkin hesap yöntemleri olan toplama ve kesinti yöntemleri incelenmiştir. Tazminatın belirlenmesi başlığı altında, özellikle

tazminattan indirim sebepleri müspet zararın niteliğine göre değerlendirilmiştir. Bu bölümde son olarak müspet zarar talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR VE MENFAAT KAVRAMLARININ TANIMI, MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR AYRIMI VE ARALARINDAKİ İLİŞKİ, DİĞER ZARAR TÜRLERİ

§ 1. ZARAR VE MENFAAT KAVRAMLARININ TANIMI

I. ZARAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Sorumluluğun önemli bir unsuru olan zarar, hukukî açıdan tanımlanması oldukça zor ve karmaşık bir kavramdır[1]. Nitekim bilimin ve hatta hukukun farklı dallarında zarara ilişkin birçok farklı tanım ve açıklama mevcuttur. Zarar kavramını, hukukî boyutunun yanında ekonomik boyutunu da dikkate alarak tanımlamak gerekir[2]. Zira her ekonomik kayıp hukuken zarar olarak nitelendirilemeyeceği gibi, ekonomik kayıp ile zararın giderilmesine yönelik tazminatın farklı miktarlarda olması da mümkündür. Bu sebeple, zarar kavramı tanımlanırken hukukî ve ekonomik

---

[1] Bkz. **Schlechtriem, Peter,** "Schadenersatz und Schadensbegriff", ZEuP, 1997, s. 232 vd.; **Gauch, Peter/Sweet, Justin,** "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 117, 118; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 35; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 7.

[2] Alman Federal Mahkemesinin, zarar kavramının salt hukukî bir kavram olmayıp, hukuk düzeniyle ilgili ekonomik bir kavram olduğu yönündeki görüşü ve zarar kavramının detaylı incelemesi için bkz. ve krş. **Wolf, Ernst,** "Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis", Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, s. 545 vd. Ayrıca bkz. **Lüchinger,** N. 40; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 7.

boyutlarının birlikte ele alınması zorunludur. Aksi takdirde zarar kavramının özünün ve unsurlarının tam olarak ortaya konulabilmesi mümkün değildir.

Zarar, sözleşme dışı ve sözleşmeden doğan sorumlulukta karşılaşılan bir kavramdır. Zira tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için öncelikle bir zararın varlığı gerekir. Alman Medeni Kanunu'nda zararın tanımı yapılmamıştır. Benzer şekilde, Türk/İsviçre hukukunda kanun koyucu hem haksız fiilden hem de sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde zararın tanımını yapmaktan bilinçli olarak[3] kaçınmıştır. Medeni hukukun en önemli kavramlarından biri olan zararın kanunda tanımlanmaması, bir hata veya isabetsiz bir tercih değildir[4]. Bunun sebebi, gerçekleşme ihtimali olan bütün somut hâlleri kapsayan ve uygun sonuçlar ortaya koyabilen bir zarar tanımı yapmanın mümkün olmamasıdır[5]. Bu bakımdan, kanunda zararın tanımlanmamış olması, pratikte gelişen ve değişen ihtiyaçlara uyum

[3] Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın kamuoyuna sunulan ilk hâlinin 50. maddesinde zarar kavramı fark teorisi temelinde tanımlanmıştı. Ancak bu tanım, her şeyden önce tazminatın tespitinde zarar görenin bütün malvarlığını dikkate almaya gerek olmayan hâlleri açıklamakta yetersiz kalmaktaydı. Nitekim zarar tanımı, yöneltilen eleştiriler sonucunda isabetli olarak tasarıdan çıkartılmıştır. Söz konusu tasarıdaki metin için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 8, dn. 5; **Topuz, Murat,** İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 18.

İsviçre'de de sorumluluk hukukunda genel revizyon yapılması için kurulan çalışma komisyonu, zarar kavramını tanımlamanın mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Dahası, komisyon üyelerinden biri, zararı tanımlama çabalarını, "bir hukukî masal" (*Der Schaden, ein juristisches Märchen*) olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Schlechtriem,** s. 234; **Stein, Peter,** "Der Schaden, Ein juristisches Märchen", SJZ 91, 1995, s. 153, 154.

[4] **Esser, Josef/ Schmidt, Eike,** Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Tb. 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, s. 178, 179. Aynı yönde bkz. **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 5.

[5] Bkz. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, s. 19 (https://books.google.co.jp/books?id=2Ss2AAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Erişim tarihi: 28.05.2019). Ayrıca bkz. **Esser/Schmidt,** s. 179, dn. 1; **Schlechtriem,** s. 239; **Lange/Schiemann,** s. 26, dn. 2; **Stoll, Hans,** Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Heidelberg 1993, s. 238, 239; **Lüchinger,** N. 39; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 8; **Topuz,** s. 19.

sağlayabilmeyi ve zararın kapsamını yeni ihtiyaçlara göre belirlemeyi kolaylaştırmaktadır[6]. Buna karşılık, bazı hukuk sistemlerinde kanun koyucu zarar kavramını tanımlamayı tercih etmiştir. Örneğin, Avusturya Medenî Kanunu'nda zarar, *"bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya şahsında meydana getirilen her türlü kayıp"* şeklinde tanımlanmıştır[7]. Avusturya kanun koyucusu, bu hüküm ile zararın tanımını geniş tutarak, gerçekleşebilecek bütün hâlleri kapsam altına almaya çalışmıştır[8]. Kanaatimizce, hayatın akışı içinde devamlı değişim ve gelişim sürecinde olan ihtiyaçlara tam olarak cevap verebilmek için zararın tanımının doktrin ve yargı kararlarına bırakılması daha isabetli bir çözümdür[9].

Kelime anlamı olarak zarar, meydana geliş şekli ve sebebi önemli olmaksızın, her türlü eksilmeyi, olumsuz sonucu ve kaybı ifade eder[10]. Hukukî açıdan ise her türlü eksilme ve kayıp zarar olarak kabul edilemez. Zira yalnızca hukuken korunmaya değer görülen menfaatlerin haksız şekilde ihlalinden kaynaklanan eksilmeler zarar olarak kabul edilir. Doktrinde zarar kavramına ilişkin olarak geniş anlamda zarar ve dar anlamda zarar şeklinde bir ayrım yapılmaktadır. Zarar, geniş anlamıyla hem maddi hem de manevi zararı kapsar[11]. Bu bakımdan, geniş anlamda zarar, bir kimsenin maddi

---

[6] **Esser/Schmidt,** s. 179; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 2.

[7] ABGB § 1293: *"Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Recht oder seiner Person zugefügt worden ist."*. Maddenin devamı ise şu şekildedir: *" Olayların normal akışına göre beklenebilecek kâr kaybı, bundan farklıdır.". (Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.)*.

[8] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 8, dn. 4.

[9] Aynı yönde bkz. **Esser/Schmidt,** s. 179; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 8; **Topuz,** s. 18, dn. 23.

[10] Bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/ (Erişim tarihi: 29.10.2017); **Kılıçoğlu,** s. 396; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 5; **Schwenzer,** OR, N. 14.03.

[11] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 547; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 63; **Saymen,** s. 281; **Ataay,** Borçlar, s. 85; **Cansel, Erol/Özel, Çağlar,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 317; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 381 vd., 572; **İnan/Yücel,** s. 399; **Antalya, O. Gökhan,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 133; **Tiftik, Mustafa,** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 51; **Akünal, Teoman,** Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul

ve manevi hukukî değerlerinde (malvarlığında veya şahıs varlığında) iradesi dışında meydana gelen eksilmedir[12]. Alman hukukunda[13] ve Avusturya hukukunda[14] tek başına kullanılan "zarar" kelimesinden, geniş anlamda zarar anlaşılmaktadır. Buna karşılık Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş, tek başına kullanılan "zarar" kavramından yalnızca maddi zararı anlamaktadır[15]. Buna, dar anlamda zarar da

1977, s. 43; **Aral,** s. 156; **Ünal, Mehmet,** "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, 1978, C. 35, S. 1, s. 398, 399.

[12] **Honsell, Heinrich,** Römisches Recht, 7. Aufl., Berlin-Heidelberg 2010, s. 87; **Jauernig/Teichmann,** Vorbem. §§ 249-253, N. 4; **Koziol, Helmut,** Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Wien 1997, s. 9 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 63; **Saymen,** s. 281; **Ataay,** Borçlar, s. 85; **İnan/Yücel,** s. 399; **Eren,** Borçlar Genel, s. 543; **Ünal,** s. 399, 400; **Aral,** s. 156; **Antalya,** C. V/1, 2, s. 133; **Erdoğan,** s. 129; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 51; **Akünal,** s. 43; **Zeytin, Zafer,** "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-I: Maddi Zarar Olarak 'Özel Kullanım Kaybı'", BATİDER, 1999, C. XX, S. 2, s. 75.

[13] Alman hukuku için bkz. **Lange/Schiemann,** s. 50; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 16; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 46; **Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich,** Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl., München 2019, § 29, N. 1 vd.; **Budewig, Klaus/Gehrlein, Markus,** Das Haftpflichtrecht nach der Reform, München 2003, Kap. 15, N. 6; **Deutsch, Erwin,** "Der Ersatz des reinen Vermögensschadens", Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1995, s. 80 vd.; **Pöggeler, Wolfgang,** "Schadensersatz", JA, 1999, Heft 6, s. 506.

[14] Avusturya hukuku için bkz. **Koziol,** Haftpflichtrecht, s. 9 vd.; **KBB/Karner,** § 1293, N. 1, 2; **Apathy, Peter/Riedler, Andreas,** Bürgerliches Recht Bd. III: Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., Wien 2010, N. 13/7-8; **Koziol, Helmut,** "Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen", in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Hrsgb.: Griss, Irmgard/Kathrein, Georg/Koziol, Helmut, Wien 2006, N. 26, 27.

[15] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 41, N. 74, Art. 97, N. 10; **von Tuhr/Peter,** s. 83; **von Büren, Bruno,** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 42; **Oftinger/Stark,** s. 71; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 185 vd.; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 69, 76, 76a; **Bucher,** AT, s. 341, 342; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38; **Schwenzer,** OR, N. 14.03; **Honsell, Heinrich,** Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2005, s. 7, 9; **Rey, Heinz,** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, N. 151, 155; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2848, 2850; **Keller, Alfred,** Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, s. 64, 65; **Keller, Alfred,** Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, s. 26; **Glättli, Elisabeth**, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich 1998, s. 74; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 63, 64; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Önen,** Borçlar, s. 132; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016, § 16, N. 5; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** Borçlar Hukuku

denilmektedir. Doktrinde kabul edilen şekliyle dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir[16].

Genel Bölüm, C. II: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 46, 105, 106; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 381; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, 40; **Cansel/Özel,** s. 317; **Akünal,** s. 57; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 148; **Aybay, Aydın,** Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 2016, s. 90; **Serozan, Rona,** "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 69, 70; **Büyüksağiş, Erdem,** Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 45, 46; **Topuz,** s. 20, 23. Aksi görüşte bkz. **Saymen,** s. 281; **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet,** "Umumî Bakımdan Zarar ve Tazminat", Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s. 743. Dar anlamda zarar deyiminin maddi veya manevi zarardan birini ifade ettiği görüşü için bkz. **Aral,** s. 156. Önünde bir ek olmadan kullanılan "zarar" teriminden geniş anlamda zararın anlaşılması gerektiği, ancak açıklık kazandırmak için zarar türüne göre önüne maddi ve manevi sıfatlarının eklenmesi gerektiği görüşü için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 543. Zarar tabirinden maddi zararın anlaşılması gerektiğini savunmakla birlikte, eserinde aksi belirtilmediği sürece zarar deyiminin manevi zararı da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanıldığını belirten görüş için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, 41. Eserinde haksız fiil kısmında zararı açıklarken, bu terimin yalnızca malvarlığında eksilme meydana getiren maddi zararı ifade ettiğini belirtip, borca aykırılık kısmında zarar teriminin içine manevi zararın da girdiği yönünde açıklama yapan görüş için bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446, 806. Genel olarak zarar kavramını, dar anlamına uygun biçimde bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen her türlü azalma şeklinde tanımlayan, ancak bu kavramın tanımı gereği manevi zararı da kapsadığını ifade eden çelişkili görüş için bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381, 572.

Yargıtay da tek başına kullanılan zarar ifadesinden kural olarak maddi zararı anlamaktadır. Örneğin bir karara göre: "*Borçlar Kanununun 41. (TBK m. 49) maddesinde deyimini bulan zarar, malvarlığında meydana gelen zarardır… Kuşku yoktur ki, bu tanım sadece maddi zararı kapsamaktadır.".* 4. HD, 12.12.1979 T., 9779 E., 13899 K. (**Uygur, Turgut,** Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. II, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 1444, 1445). Aynı nitelikte bkz. 4. HD, 12.01.1982 T., 13394 E., 274 K. (**Uygur,** C. II, s. 1436); 4. HD, 23.12.1982 T., 1982/7190 E., 1982/11637 K. (YKD, 1983, C. 9, S. 4, s. 520 vd.); 10. HD, 12.11.2012 T., 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.); 4. HD, 27.02.1975 T., 1973/13954 E., 1975/2496 K. (HukukTürk).

[16] **von Tuhr/Peter,** s. 83; **Bucher,** AT, s. 341, 342; **Oftinger/Stark,** s. 71; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 7, 9; **Rey,** N. 151, 155; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2848, 2850; **Keller,** II, s. 26; **Keller,** I, s. 64; **Schwenzer,** OR, N. 14.03; **Glättli,** Diss., s. 74; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 63; **Saymen,** s. 281; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Önen,** Borçlar, s. 132; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 381; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39; **Ataay,** Borçlar, s. 86; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 51; **Cansel/Özel,** s. 317; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381; **İnan/Yücel,** s. 399, 400; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi,** s. 46; **Ünal,** s. 398; **Erdoğan,** s. 130; **Başpınar, Veysel,** Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 206; **Antalya,** C. V/1, 2, s. 133; **Antalya, O. Gökhan,** Borçlar

Kanaatimizce bu tanım bir yönüyle eksiktir. Zira söz konusu tanım yalnızca malvarlığında fiilen meydana gelen eksilmeyi, yani fiili zararı ifade etmektedir. Oysa zarar, aşağıda ayrıntılı şekilde açıklandığı gibi, fiili zararın yanında yoksun kalınan kârı da kapsar. Kâr yoksunluğunda zarar görenin malvarlığında fiili bir eksilme söz konusu değildir. Bununla birlikte zarar veren, alacaklının malvarlığında meydana gelecek olan artışı engellemiştir. Bu sebeple, zararın tanımını şu şekilde yapmak daha kapsayıcı olur: *Zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme veya engellenen artıştır*[17].

Sözleşmeden doğan sorumlulukta, bir borcun ihlali sonucu alacaklının hukuken korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeye geniş anlamda sözleşmeden doğan zarar denir. Bu tanım, maddi ve manevi zararı kapsamaktadır[18]. Buna karşılık, dar anlamıyla sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan zarar, sözleşmeden doğan bir borcun ihlali sonucu alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme[19] veya engellenen artıştır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kural olarak, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin malvarlığındaki etkisi zararın ölçüsü olarak kabul edilmektedir[20]. Bu sebeple, sözleşmeden doğan sorumlulukta da tek başına

---

Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 3, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 380; **Aybay,** s. 90; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 148; **Akünal,** s. 43; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5; **Büyüksağiş,** s. 45, 46.

[17] Zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen olumsuz etki olarak da tanımlanabilir. Bu tanım hem malvarlığındaki fiili eksilmeyi, hem de engellenen artışı (yoksun kalınan kâr) kapsamaktadır.

[18] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 806; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1074; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381; **Erdoğan,** s. 225.

[19] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855 vd; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 381 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi,** s. 47. Geniş anlamda zarar görüşünü benimsemekle birlikte, dar anlamda zarar bakımından bu görüşte bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381.

[20] Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi,** s. 47; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 382; **Erdoğan,** s. 224. Sözleşmeden doğan sorumlulukta çoğunlukla geçerli bir sözleşmenin ihlali söz konusu olduğu için bu kabul müspet

kullanılan "zarar" ifadesinden, manevi zararın dâhil olmadığı dar anlamda zararı anlamak gerekir[21].

Dar anlamda zarar, malvarlığı değerlerinin yanında, şahıs varlığı değerlerinin ihlalinden de kaynaklanabilir. Bununla birlikte şahıs varlığı değerlerinin (kişilik haklarının) ihlali, yalnızca, malvarlığı üzerinde olumsuz ekonomik etkiler doğurması hâlinde maddi zarara yol açar[22]. Örneğin, borçlanılan edimin ifası sırasında alacaklının öldürülmesi veya vücut ya da ruh bütünlüğünün ihlal edilmesi tedavi masraflarına, destek veya kazanç kaybına yol açıyorsa malvarlığı üzerinde olumsuz bir etki doğmaktadır[23]. Buna karşılık, şahıs varlığına ilişkin değerlerin ihlali, malvarlığı üzerinde olumsuz bir etki doğurmadığı sürece, dar ve teknik anlamıyla "zarar"

---

zarara ilişkindir. Bununla birlikte, ileride açıklandığı gibi, sözleşmeler hukukunda ifa menfaatinin yanında başka menfaatlerin ihlalinden doğan zararlar (menfi zarar gibi) da mevcuttur.

[21] Sözleşmeden doğan sorumlulukta manevi zararın tazmini ise TBK m. 114/II atfıyla, TBK m. 56 ve 58'e göre açılacak manevi tazminat davasıyla talep edilebilir. Bu konuda Türk/İsviçre hukukunda ileri sürülen farklı görüşler için bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 99, N. 14; **Barth, Hans Rudolf,** Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Aarau 1958, s. 206, 207; **von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold,** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984, s. 103; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 189, Art. 99, N. 237 vd.; **Keller/Schöbi,** s. 264; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2850, 2851; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 424; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 857 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 806, 824 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1076; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 388, 389; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 564, 829; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 383; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5, 5a.

[22] **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Guhl, Theo/Koller, Alfred/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas,** Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 10, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 67; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 105; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi,** s. 101 vd., 105; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **Ünal,** s. 399; **Aral,** s. 159; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 398; **İnan/Yücel,** s. 401; **Büyüksağiş,** s. 49.

[23] **Guhl/Koller,** § 10, N. 6; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **Larenz,** I, s. 428; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 67; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 105; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **İnan/Yücel,** s. 401.

kavramının içeriğine dâhil değildir[24]. Bu bakımdan doktrin ve uygulamadaki hâkim görüşe uygun olarak, tek başına kullanılan "zarar" deyiminden yalnızca malvarlığındaki eksilme veya engellenen artış, yani maddi zarar anlaşılmalıdır[25].

Zararın varlığı, üç unsurun mevcut olmasına bağlıdır. İlk unsur, malvarlığında[26] bir azalmanın meydana gelmesi veya artışın engellenmesidir[27]. Bu azalma veya

[24] **von Tuhr/Peter,** s. 83, 84, 86; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 40, 41; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 11, 12; **Büyüksağiş,** s. 53, 54. Doktrinde, zarar denilince akla dar anlamda zararı ifade eden maddi zararın gelmesi gerektiği, manevi zararın gerçek anlamda zarar olarak görülemeyeceği kabul edilmektedir. Zira, şahıs varlığına yönelik ihlalin malvarlığına dâhil olmadığı, para ile ölçülemeyeceği ifade edilmektedir. Bu bakımdan manevi zararın bir miktar para ödenmesi yoluyla giderilmesi mümkün değildir. Buna rağmen kişi varlığına dâhil değerlerin ihlali karşılığında manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenerek bir nevi teselli, telafi amacı güdülmektedir. Bununla birlikte, gerçek anlamdaki zarar ile manevi zararın temeli, şartları ve sonuçları birbirinden farklıdır. Gerçekten, İsviçre borçlar hukukunda manevi zarar bakımından zararın tazmini (*Schadensersatz*) tabiri değil, *Genugtuung, réparation morale, immaterielle Unbill, seelische Unbill* gibi zarar kelimesini barındırmayan ifadeler kullanılmaktadır. Bu sebeple zarar terimi tek başına kullanıldığında dar anlamda anlaşılmalıdır. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 41, N. 74, 75; **von Tuhr/Peter,** s. 83, 84, 126 vd.; **Oftinger/Stark,** s. 71; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 189; **Schwenzer,** OR, N. 14.03, 17.01; **Guhl/Koller,** § 10, N. 7, 8; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2850; **Rey,** N. 442 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 63; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, 655 vd.; **İnan/Yücel,** s. 401; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Aral,** s. 157; **Akünal,** s. 44 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi,** s. 105, 106. Bkz. ve krş. **Ünal,** s. 400 vd.

[25] Bu çalışmada hâkim görüşe uygun olarak, tek başına "zarar" kelimesi, maddi zararı ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Aynı şekilde, çalışmanın konusu olan müspet zarara yönelik açıklamalar da manevi zararı kapsamamaktadır.

[26] Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilir nitelikteki hukukî değerlerden meydana gelen bir bütündür. Malvarlığı, aktif ve pasif unsurlardan meydana gelir. Borç ve yükümlülükler malvarlığının pasif kısmıdır. Aynî haklar, alacak hakları, fikrî ve sınaî haklar ve ekonomik gelecek malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Kişilik hakları malvarlığına dâhil değildir. Bununla birlikte, kişilik (şahıs varlığı) hakkı kapsamındaki değerlerin ihlalinin doğurduğu para ile ölçülebilen eksilme ve kayıplar malvarlığı kapsamında değerlendirilmektedir. Malvarlığı ile ilgili geniş bilgi için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 84 vd.; **Oftinger/Stark,** s. 71; **Larenz,** I, s. 479, 480; **Larenz, Karl,** "Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht", Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, München und Berlin 1965, s. 498; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 187 vd.; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **Ayiter, Nûşin,** Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968, s. 93 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Eren,** Borçlar Genel, s. 543 vd.; **Aral,** s. 159; **Cansel/Özel,** s. 317.

[27] **von Tuhr/Peter,** s. 83, 84; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja,** Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel-Frankfurt 1988, s. 9 vd.;

engellenen artış, malvarlığındaki aktiflerin eksilmesi veya pasiflerin artması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi[28], aktiflerin artışının veya pasiflerin azalmasının engellenmesi yoluyla da meydana gelebilir[29]. Malvarlığındaki azalma hâlihazırda gerçekleşmiş veya ileride gerçekleşecek olmalıdır. Buna karşılık, yalnızca azalmanın gerçekleşme ihtimali zarar olarak kabul edilmez[30]. Diğer unsur ise söz konusu eksilmenin parayla ölçülebilir nitelikte olmasıdır[31]. Zira ekonomik açıdan ölçülemeyen bir eksilmeyi dar anlamda zarar olarak kabul etmek ve bunu tazmin etmek mümkün değildir. Son olarak, malvarlığındaki eksilmenin kişinin iradesi dışında meydana gelmesi gerekir. Azalmanın irade dışı olması, zarar görenin rızası hilafına veya rızası olmaksızın gerçekleşmesini ifade eder[32].

Keller, I, s. 64 vd.; **Keller,** II, s. 26; **Oftinger/Stark,** s. 71 vd.; **Lange/Schiemann,** s. 50, 51; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 382; **İnan/Yücel,** s. 400; **Ünal,** s. 398; **Büyüksağiş,** s. 49.

[28] **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, 40; **İnan/Yücel,** s. 400; **Büyüksağiş,** s. 49.

[29] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561; **Ataay,** Borçlar, s. 92; **Ünal,** s. 398; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 10; **Topuz,** s. 25, 26.

[30] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 807; **Saymen,** s. 281. Doktrinde, "şans kaybının" tazmini gerektiğini kabul eden bir görüş bulunmaktadır. Örneğin, yarış atı binicisinin kusurlu davranışı yüzünden yarışı kazanamaması hâlinde at sahibi veya bir avukat kâtibinin temyiz dilekçesini zamanında mahkemeye sunmaması sonucu davanın kaybedilmesi hâlinde dava sahibi kazanma şansını yitirmiştir. Bu görüşe göre, böyle hâllerde atın yarışı kazanacağı veya kararın bozulacağı kesin şekilde bilinemese de bu yönde mevcut olan bir şans kusurlu hareketle kaybedilmiştir. Bu sebeple, sözkonusu şans kaybı bir zarar teşkil eder ve tazmini gerekir. Bkz. **Önen,** Borçlar, s. 133. Şans kaybının tazmini meselesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Özkan, Zehra,** "İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini", AÜHFD, 2013, C. 62, S. 4, s. 1105-1138; **Çelebi, Özgün,** "Şans Kaybının Tazmini", BATİDER, 2018, C. XXXIV, S. 2, s. 121-196. Ayrıca bkz. **KBB/Karner,** § 1293, N. 5. Kanaatimizce sorumluluk hukukunun bütün ilkelerine ters düşen böyle bir yaklaşımı en azından Türk hukuku için kabul etmek mümkün değildir.

[31] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Ünal,** s. 398; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 12, 13; **Büyüksağiş,** s. 49. Örneğin, bir kilisede bedelsiz olarak org çalan bir müzisyen, geçirdiği bir trafik kazası sonucu çalışamadığı yaklaşık bir yıllık süre için ortalama bir müzisyene ödenecek ücreti zarar olarak talep etmiştir. OLG, davacının talebini zaten ücretsiz çalıştığı için malvarlığında bir azalma olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. NJW 1988, s. 2618 (**Lüchinger,** N. 45'ten naklen).

[32] Kişinin hukuken korunan değerlerinde iradesiyle meydana gelen azalma, kural olarak zarar kapsamında değerlendirilmez. Örneğin, bir sözleşme ile borç yüklenen kişinin malvarlığının pasifindeki

Bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilme iki şekilde ortaya çıkar. Bunlardan ilki olan fiili zararda (*damnum emergens*), malvarlığının aktifleri azalır veya pasifleri artar[33]. Diğer ihtimal olan yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) ise malvarlığındaki aktiflerin artmasının veya pasiflerin azalmasının engellenmesini ifade eder[34]. Aynı olayda malvarlığındaki eksilme bu ikisinden biri

bu artış, bir eşyanın mülkiyetini devir veya mülkiyet hakından feragat ya da eşyayı yok etme yahut bir malı kullanarak tüketme gibi hâllerde malvarlığındaki azalma veya kayıp kişinin kendi iradesine dayanmaktadır. Yine bir şey veya kimse için kişinin kendi iradesiyle yaptığı harcamalar da zarar kapsamında değerlendirilmez. Bununla birlikte, söz konusu masraflarla ulaşılmak istenen amaca ulaşılması başka bir kimse tarafından engellenirse boşa giden bu masraflar zarar olarak kabul edilir. Bu kabul tarzına, beklentinin boşa çıkması görüşü (*Frustrationtheorie*) denmektedir. Benzer şekilde, malvarlığındaki eksilme kişinin iradesine dayansa bile bu eksilmeyi oluşturan harcamalar, kişinin iradesine aykırı olarak bir başkasının sebep olduğu bir durum yüzünden yapılmak zorunda kalınmışsa bu masrafları da zarar olarak kabul etmek gerekir. Örneğin, bir kaza sonucu yapılan tedavi giderleri veya borçlunun edimini ifa etmemesi yüzünden alacaklının yapmak zorunda kaldığı takip masrafları yahut üçüncü kişilere ödediği tazminat ve cezalarda kişi bu masrafları iradesiyle yapmasına rağmen, bu giderleri de zarar saymak gerekir. Benzer şekilde aşırı yararlanmada ve irade sakatlıklarından aldatma ve korkutmada malın değeri ve yapılan giderleri zarar kapsamında değerlendirmek gerekir. Bkz. ve krş. **von Tuhr/Peter,** s. 84, 85; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 190 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 68, 69; **Eren,** Borçlar Genel, s. 547; **İnan/Yücel,** s. 400; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 9; **Büyüksağiş,** s. 51, 52. Ayrıca krş. **Oftinger/Stark,** s. 72, özellikle dn. 11. Bir görüş ise zararı kelime anlamıyla kabul ederek her türlü eksilme ve kaybı zarar olarak görmekte, ancak her türlü zararın tazminata konu olmayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, kişinin iradesiyle veya tabiat olayları sonucu ya da hukuka uygun fiiller sonucu meydana gelen eksilmeler de zarardır, ancak sorumluluğa yol açmazlar. Bkz. **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 5. Yukarıdaki örneklerdeki gibi kişinin malvarlığında rızasıyla gerçekleşen azalmanın zarar olmadığı, yalnızca kişinin haksız fiil sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraf ve yüklendiği borcun zarar olduğu görüşünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 40.

[33] **von Tuhr/Peter,** s. 85; **Oftinger/Stark,** s. 73; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 186, 257, 258; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 6; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Rey,** N. 345, 346; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 856; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 806; **Ataay,** Borçlar, s. 88; **Eren,** Borçlar Genel, s. 548, 1075; **İnan/Yücel,** s. 400; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 150.

[34] **Oftinger/Stark,** s. 73; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 186, 257; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 6, 6a; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Rey,** N. 347; **Tandoğan,**

şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, her ikisinin birlikte meydana gelmesi de mümkündür. Bu bakımdan, malvarlığındaki eksilmeyi ifade eden zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârın toplamından oluşur. Aynı şekilde, bu çalışmanın konusu olan müspet zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârı bünyesinde barındırır. Bu sebeple, malvarlığındaki eksilmenin meydana geliş şekline göre yapılan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı, müspet zarar ve menfi zarar ayrımından farklı, ancak onu dışlamayan bir ayrımdır[35].

B. Zarar Kavramını Açıklayan Teoriler

Yukarıda bahsedildiği gibi Türk/İsviçre hukukunda ve Alman hukukunda kanun koyucu zararın tanımını yapmaktan kaçınmış, bu işi isabetli olarak doktrin ve uygulamaya bırakmıştır. Doktrinde, oldukça tartışmalı olan zarar kavramını açıklamak amacıyla farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerin ortak noktası, zararın belirlenmesi için bir karşılaştırma yapmayı öngörmeleridir. Gerçekten, malvarlığındaki eksilmeyi ve engellenen artışı ifade eden zarar, zorunlu olarak bir karşılaştırma yapmayı gerektirmektedir. Bu bakımdan, zarar verici olay sonrasındaki mevcut durum ile öncesindeki durum veya zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak olan durum arasında bir karşılaştırma yapılır. Zararın belirlenmesine ilişkin bu karşılaştırmada hangi malvarlığı değerlerinin ve hangi durumların dikkate alınacağı konusunda ise söz konusu teoriler farklı esaslar benimsemiştir. İleri sürülen teoriler zararın kapsamının belirlenmesini temel almakla birlikte, zarar kavramının tanımını da içermektedir. Bu çalışmanın sınırlarını aşacak nitelikte olması sebebiyle aşağıda her bir teoriye yer vermek yerine, en temel görüşler olarak kabul edilen fark

---

Mesuliyet, s. 65 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 856; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Eren,** Borçlar Genel, s. 548; **İnan/Yücel,** s. 400; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41.

[35] Fiili zarar-yoksun kalınan kâr ayrımının müspet-menfi zarar ayrımıyla ilişkisi için bkz. Bölüm I, § 3, IV; Bölüm II, § 4.

(menfaat) ve somut (tabii) zarar teorileri incelenmiştir. Zira diğer görüşlerin büyük çoğunluğu söz konusu iki teoriden etkilenerek ortaya atılmıştır. Doktrinde belirtildiği gibi, söz konusu iki teori bir ağacın gövdesi, diğer görüşler ise bu ağacın dalları olarak kabul edilebilir[36].

1. Fark Teorisi

Fark (menfaat) teorisi (*Differenzhypothese*/*Differenztheorie*)[37], *Friedrich Mommsen*'in menfaat (*das Interesse*) kavramına dayanmaktadır[38]. Bu görüşe göre zarar (menfaat), malvarlığının zarar verici olay sonrasındaki fiili durumu ile bu olay meydana gelmeseydi içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farkı[39] ifade eder[40].

---

[36] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 14. Bu teorileri değiştirmek veya geliştirmek amacıyla ortaya atılan diğer görüşler için bkz. **Lange/Schiemann,** s. 29 vd.; **Magnus, Ulrich,** Schaden und Ersatz, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen, Tübingen 1987, s. 11 vd.

[37] *Mommsen*'in teorisi Alman Hukukunda fark hipotezi anlamına gelen "*Differenzhypothese*", Türk/İsviçre hukukunda ise fark teorisi anlamına gelen "*Differenztheorie*" şeklinde ifade edilmektedir. Bununla birlikte, Türk/İsviçre hukukunda müspet zararın hesabında uygulanan fark yöntemi de çoğunlukla fark teorisi (*Differenztheorie*) olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmada *Mommsen*'in zarar tanımını ifade etmek üzere "fark teorisi (*Differenztheorie*)", zararın hesabına ilişkin yöntemi ifade etmek üzere ise "fark yöntemi (*Differenzmethode*)" kavramı kullanılmıştır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm III, § 9, II, A.

[38] *Mommsen*'e göre, teknik anlamı ile menfaat, bir kişinin malvarlığının belirli bir zamandaki miktarı ile bu malvarlığının belirli bir zarar verici olay araya girmeseydi söz konusu zamanda sahip olacağı miktar arasındaki farktır. Bkz. **Mommsen, Friedrich,** Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, s. 3 vd. Fark teorisinin tarihi gelişim sürecine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Schiemann, Gottfried,** "Neues allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?", Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, s. 260 vd.

[39] *Mommsen*'in eserinde menfaati açıklarken verdiği, doktrinde zamanla zarar kavramını açıklamak için kullanılan bu tanım esasen ilk olarak *Mommsen* tarafından bulunmuş değildir. Gerçekten, yazarın bahsi geçen eserinde, kendisinden önce bu tanımı kullanmış olanlara (Hotman, Puchta, Unterholzner, Arndts) atıf yapılmıştır. Bkz. **Mommsen,** Interesse, s. 4, dn.1. Hatta bu yazarların hepsinden önce *Ludwig J. F. Höpfner*'in, 1803 tarihli eserinde, zararı bu düşünce tarzı içinde tanımladığı yönünde bkz. **Schiemann,** s. 261.

[40] **Mommsen,** Interesse, s. 3, 4; **von Tuhr/Peter,** s. 84; **Lange/Schiemann,** s. 28; **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 5; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 59; **Honsell, Heinrich,** "Herkunft und

Mommsen, malvarlığının iki durumu arasındaki bu farkı menfaat (*Interesse*) kavramıyla açıklamış ve zararın bu menfaate denk olduğu şeklindeki görüşünü ortaya atmıştır[41]. Başka bir ifadeyle zarar, zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaate eşittir[42]. Bu görüş malvarlığının fiili durumu ile farazi durumu arasındaki farkın tespitini temel aldığı için fark teorisi (*die Differenztheorie*) veya fark hipotezi (*Die Differenzhypothese*) şeklinde adlandırılmaktadır[43]. Fark teorisinde, yalnızca zarar verici olayın üstünde gerçekleştiği hak konusu varlıkta meydana gelen eksilme değil, bu olayın bütün malvarlığında meydana getirdiği etki dikkate alınmaktadır. Nitekim zarar verici olay sonucunda doğrudan zarar konusu somut malvarlığı değerinde gerçekleşen eksilmenin yanında, malvarlığının bütününde başka eksilmeler de ortaya çıkabilmektedir. Bu bakımdan fark teorisine göre, zarar verici olayın kişinin malvarlığının bütünü üzerinde meydana getirdiği olumsuz etkiler toplamı zarar olarak adlandırılır.

Fark teorisi, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim görüş olarak kabul edilmektedir[44]. Bu genel kabul o kadar yaygındır ki, zararın çoğunlukla bu teoriye göre

---

Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht", JuS 1973, Heft 2, s. 69; **Schwenzer,** OR, N. 14.03; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548; **Saymen,** s. 282; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544, 545; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39; **Akünal,** s. 52; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 149; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 51; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 381; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 8; **Büyüksağiş,** s. 50.

[41] **Mommsen,** Interesse, s. 3, 4.

[42] **Eren,** Borçlar Genel, s. 545; **Aral,** s. 158.

[43] Fark teorisinin zararı matematiksel açıdan ele aldığı ve soyut biçimde değerlendirdiği yönünde bkz. **Honsell, Heinrich/Harrer, Friedrich,** "Schaden und Schadensberechnung", JuS 1991, Heft 6, s. 442; **Schiemann,** s. 259, 260; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 51; **Akünal,** s. 52 ve orada anılan yazarlar.

[44] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Saymen,** s. 282; **İnan/Yücel,** s. 400; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544, 545, 1075; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 383; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39; **Cansel/Özel,** s. 310, 317; **Aral,** s. 157, 158; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5, 5a, § 17, N. 8; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 381; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 149; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 8 vd.; **Erdoğan,** s. 225; **Akünal,** s. 52 vd.; **Başpınar,** Özen, s. 206; **Atamer, Yeşim,** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun

açıklanması sonucunda, fark teorisi zarar kavramının kökleşmiş tanımı hâline gelmiştir. Fark teorisine göre sadece fiili zarar (*damnum emergens*) değil, yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) da zararın kapsamına dâhildir. Buna göre zarar, malvarlığında hâlihazırda gerçekleşen fiili azalma ile zarar verici olay olmasa gerçekleşeceği beklenen artışların toplamından meydana gelmektedir[45]. Söz konusu

Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 32; **Buz, Vedat,** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 239 vd.; **Rado, Türkân,** Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, s. 33.

4. HD, 23.12.1982 T., 1982/7190 E., 1982/11637 K. (YKD, 1983, C. 9, S. 4, s. 520 vd.); 4, HD, 12.01.1982 T., 1982/13394 E., 1982/274 K. (**Uygur,** C. II, s. 1435 vd.); 4. HD, 12.12.1979 T., 9779 E., 13899 K. (**Uygur,** C. II, s. 1444, 1445); 4. HD, 23.03.2010 T., 2009/4929 E., 2010/3231 K. (YKD, 2010, C. 36, S. 8, s. 1414 vd.); 7. HD, 06.03.2007 T., 2006/4082 E., 2007/762 K. (YKD, 2007, C. 33, S. 6, s. 1087 vd.); 11. HD, 07.05.2018 T., 2016/7975 E., 2018/3256 K. (HukukTürk).

İsviçre Hukuku için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 84; **Oftinger/Stark,** s. 72, 73; **von Büren,** s. 42, 43; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 196 vd.; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 70b; **Guhl/Koller,** § 10, N. 18; **Bucher,** AT, s. 341, 342; **Keller,** II, s. 26; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 8; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2848, 2849; **Schwenzer,** OR, N. 14.03; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381. İsviçre Federal Mahkemesi de zararı fark teorisinden hareketle tanımlamaktadır. Bkz. BGE 87 II 290; 104 II 199; 116 II 441 vd.; 127 III 76. ATF 133 III 462; ATF 127 III 403, JdT 2001 I 482 (**Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 381'den naklen).

Alman hukuku için bkz. **Lange/Schiemann,** s. 27, 28; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 18 vd.; **Esser/Schmidt,** s. 182 vd.; **Staudinger/Schiemann,** § 249, N. 7; **Larenz,** I, s. 482; **Mertens, Hans-Joachim,** Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, s. 17; **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 4 vd.; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 59; **Schlechtriem,** s. 244; **Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin,** Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005, Kap. 6, N. 255 vd.; **Schwarz, Günter/Wandt, Manfred,** Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht-Schadensrecht-Bereicherungsrecht-GoA, 9. Aufl., München 2019, s. 472 vd.; **Budewig/Gehrlein,** Kap. 15, N. 8; **Magnus,** s. 301. Aksi görüşte olan Medicus, fark teorisinin her zaman malvarlığının para olarak karşılığının bulunarak karşılaştırılmasını gerektirdiğini, dolayısıyla zararın kendisinin de her zaman bir miktar para olarak tespit edildiğini, bu durumun ise BGB § 249'a uymadığını belirtmektedir. Bkz. **Medicus,** Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 2006, N. 595. Honsell, BGB § 249'da fark teorisinin temel alınmadığını, ancak uygulama ve doktrinde bu teorinin tereddütsüz kabul edildiğini belirtmiştir. Yazar, fark teorisine karşı çıkmaktadır. Bkz. **Honsell,** Interessebegriff, s. 70.

[45] **Lüchinger,** N. 52; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1075; **İnan/Yücel,** s. 400, 401; **Akünal,** s. 52, 53; **Başpınar,** Özen, s. 206; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 16; **Büyüksağiş,** s. 50, 51.

zarar kalemlerinin tespiti, bir karşılaştırmaya ihtiyaç duymaktadır. Bununla birlikte, yapılan karşılaştırmada temel alınması gereken değerler birbirinden farklıdır. Gerçekten, fiili zarar tespit edilirken malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu (a) ile olaydan sonraki durumu (b) karşılaştırılır[46]. Yoksun kalınan kârda ise malvarlığının zarar verici olay öncesi durumu (a) ile bu olay meydana gelmeseydi içinde bulunacağı varsayılan durum (c) karşılaştırılır[47]. Bu sebeple toplam zarar (a-b)+(c-a) yani (c-b) formülüyle tespit edilir[48].

Zarar belirlenirken yalnızca malvarlığının zarar verici olaydan önce içinde bulunduğu durum ile olay sonrası içinde bulunduğu mevcut durum arasındaki fark dikkate alınırsa, kâr mahrumiyeti şeklindeki zarar tespit dışı bırakılmış olur. Çünkü yoksun kalınan kâr bakımından, zarar verici olaydan önceki durum ile sonraki fiili durum arasında herhangi bir farklılık mevcut değildir[49]. Bu sebeple fark teorisine göre toplam zarar, malvarlığının zarar verici olay sonrası durumu ile bu olay hiç olmasaydı içinde bulunacağı farazî durum arasındaki fark hesaplanarak tespit edilir[50].

---

[46] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 10; **Keuk, Brigitte,** Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, s. 17; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65.

[47] Yoksun kalınan kar tespit edilirken karşılaştırılması gereken değerlerin fiili zarardan farklı olması gerektiği yönünde bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 10, 11; **Keuk,** s. 16, 17; **Honsell,** Interessebegriff, s. 70; **Oftinger/Stark,** s. 73; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 70e.

[48] Fark teorisine göre zararın tespitine ilişkin bu formül için bkz. **Keuk,** s. 17; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 17. Bir görüşe göre yoksun kalınan kâr, malvarlığının olaydan sonraki durumu ile çoğalma gerçekleşseydi göstereceği durum arasındaki farktır. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65. Ancak, bu kabul genel olarak toplam zararın hesabına ilişkin fark formülüne tekabül etmektedir. Zira böyle bir karşılaştırma yalnızca yoksun kalınan kârı değil, aynı zamanda fiili zararı da kapsamaktadır.

[49] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65.

[50] Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, zarar verici olay öncesi malvarlığı toplamı 100, zarar verici olay sonrasındaki fiili durum ise 80 birim diyelim. Bunun yanında olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum ise 130 birimdir. Bu örnekte sadece malvarlığının olay sonrası durumu ile olay gerçekleşmeden önceki durumunu dikkate alırsak toplam zarar 20 birim çıkar. Oysa zarar gören, zarar verici olay sebebiyle elde edeceği 30 birim kârdan da mahrum kalmıştır. Sonuçta malvarlığında meydana gelen toplam zarar 20+30=50 birimdir. Benzer şekilde zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi

Fark teorisinin tanımlayıcı niteliği, sadece zarar verici olayın üzerinde gerçekleştiği münferit malvarlığı değerindeki olumsuz etkileri değil, olay sebebiyle malvarlığının bütününde meydana gelen eksilmeyi dikkate almasıdır[51]. Bu bakımdan fark teorisi malvarlığında gerçekleşen tüm olumsuz etkileri dikkate alarak uğranılan zararı bir bütün olarak hesaplama amacı taşımaktadır[52]. Bununla birlikte zararın hesabında, yalnızca zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerini dikkate almak yeterli değildir. Bunun yanında malvarlığında meydana gelen olumlu etkiler de hesaba katılmalıdır. Nitekim tazminata esas olacak zarar miktarının tespitinde malvarlığında meydana gelen olumlu ve olumsuz etkilerin denkleştirilmesi fark teorisi bakımından zorunludur[53]. Olumlu etkiden kasıt, zarar görenin zarar verici olay sebebiyle elde ettiği yararlardır. Bu bakımdan fark teorisine göre tazmini gereken zarar, zarar verici olay sebebiyle malvarlığında meydana gelen olumsuz etkilerden bu

---

malvarlığının içinde bulanacağı farazî durum ile olaydan önceki durumu karşılaştırırsak, sadece kâr mahrumiyeti olan 30 birimi tespit etmiş oluruz ki bu da gerçek zarar miktarını ortaya koymaz. Bu sebeple toplam zararın hesabında malvarlığının zarar verici olay sonrası durumu ile bu olay hiç olmasaydı içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farkın tespiti gerekir.

[51] Fark teorisinin bu yaklaşımı sebebiyle doğrudan-dolaylı zarar, fiili zarar-yoksun kalınan kâr gibi alt ayrımlara ihtiyaç kalmadığı görüşünde bkz. **Honsell/Harrer,** Schaden, s. 442; **Akünal,** s. 52, 53.

[52] **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 5; **Akünal,** s. 52, 53; **Eren,** Borçlar Genel, s. 546; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 17; **Antalya,** C. V/1, 2, s. 136; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 8.

[53] **Akünal,** s. 53, 59 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 17; **Antalya,** C. V/1, 2, s. 136. Fark teorisi, malvarlığındaki olumlu ve olumsuz etkileri herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmadan bir matematik işlemi gibi dikkatte aldığı ve denkleştirme kurumunun bağımsızlığını zedelediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, zarar kavramı normatif niteliği sebebiyle, matematiksel bir formülle ifade edilse bile sadece olanı değil, bir değer yargısına dayanarak olması gerekeni ortaya koyduğu için basit bir matematik işleminden farklıdır. Bu bakımdan tüm malvarlığının dikkate alınması, zarar verici olay sebebiyle meydana gelen bütün yararların hiçbir değerlendirmeden geçmeden hesaba dâhil edildiği anlamına gelmemektedir. Gerçekten, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumunun tespiti, olayın malvarlığı üzerindeki olumlu etkilerinin kısmen veya tamamen bu değere dâhil edilip edilmeyeceği probleminin çözümüne bağlıdır. Bu sebeple fark teorisi, denkleştirme müessesesinin niteliğini ve önemini etkilemez. Aksine denkleştirme müessesesi, fark teorisi bakımından zararın belirlenmesinde zorunlu bir unsurdur. Bkz. **Akünal,** s. 59, 60. Krş. **Schiemann,** s. 265, 266; **Honsell,** Interessebegriff, s. 74.

olay sebebiyle elde edilen yararların denkleştirme suretiyle düşülmesi sonucunda geriye kalan değerdir[54].

Fark teorisinde zarar verici olayın üzerinde doğrudan etki doğurduğu belirli bir malvarlığı değerinin objektif veya sübjektif değeri yerine, malvarlığının bütünü dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan fark teorisinde zarar, matematiksel açıdan soyut bir değerlendirmenin konusudur[55]. Bu sebeple, aynen tazmin, yani zarar verici olay meydana gelmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durumun fiilen tesis edilmesi[56] bakımından fark teorisi yetersiz kalmaktadır[57].

2. Somut Zarar Teorisi

Somut (tabii) zarar teorisi (*die Konkrete Schadenstheorie*), fark teorisine bir eleştiri olarak ileri sürülmüş ancak onun kadar kabul görmemiştir[58]. Somut zarar

---

[54] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 17. Bu bakımdan, fark teorisine göre zararın, ancak zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri olumlu etkilerinden fazlaysa söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Akünal,** s. 53.

[55] **Honsell/Harrer,** Schaden, s. 442; **Akünal,** s. 52; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 51; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 18; **Antalya,** C. V/1, 2, s. 136. 4. HD, 12.01.1981 T., 1981/13394 E., 1982/274 K. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, dn. 1d'den naklen). *Mommsen*'in soyut bir matematiksel hesaplamanın yanında hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde bir değerlendirme yapmasını da öngördüğü yönünde geniş bilgi için bkz. **Schiemann,** s. 264 vd.

[56] Fark teorisi doktrinde ve uygulamada baskın görüş niteliğinde olsa da somut uyuşmazlıklarda malvarlığının bütününde meydana gelen farkı araştırmak yerine sadece zarara uğrayan hak konusu varlıkların dikkate alınması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu yönde bkz. **Keuk,** s. 20, dn. 42; **Honsell,** Interessebegriff, s. 70, 71; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 9; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 70b. Krş. **Lange/Schiemann,** s. 43, 44; **Lüchinger,** N. 16, 72.

[57] Fark teorisi çerçevesinde aynen tazmin yoluna başvurmak mümkün olmakla birlikte, bütün malvarlığı yerine hak konusu belirli şeyi esas alan somut zarar teorisi aynen tazminin niteliğine daha uygun düşmektedir. Aynı yönde bkz. **Akünal,** s. 58; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 18.

[58] Somut zarar teorisinin ortaya çıkmasında, denkleştirme müessesesi dikkate alınarak fark teorisine karşı ileri sürülen eleştiriler etkili olmuştur. Yine bu görüşe göre, fark teorisi sadece malvarlığı zararını dikkate almakta, maddi olmayan yani manevi varlıklarda meydana gelen eksilme ve değişiklikleri kapsamamaktadır. Oysa zararın günlük dildeki anlamı ve BGB'nin zararı düzenleme biçimi bunların da zarar kavramı kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu görüşün fark teorisini eleştirdiği diğer bir nokta ise BGB'de benimsenen aynen tazmin prensibini açıklamakta yetersiz kaldığı iddiasıdır.

teorisini savunan yazarlara göre, zararın tespitinde çok geniş bir ölçüt olan bütün malvarlığının dikkate alınması gereksiz ve yersizdir. Zarar tespit edilirken sadece ihlale uğrayan hak konusu varlığın kendisi ve o varlıkta meydana gelen eksilme veya değişikliklerin dikkate alınması yeterlidir. Bu bakımdan somut zarar teorisine göre zarar, kişinin mal veya şahıs varlığındaki[59] belirli bir değerden yoksun bırakılması veya o değerin hasar görmesi şeklinde uğradığı somut[60] kayıptır[61]. Diğer bir deyişle zarar, zarar verici olayın mal veya şahıs varlığına dâhil olan belirli bazı münferit varlıklarda meydana getirdiği somut eksilme veya değişikliklerdir[62].

Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **Honsell,** Interessebegriff, s. 70 vd.; **Oertmann, Paul,** Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901, s. 10 vd.; **Zeuner, Albrecht,** "Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden", AcP 163, 1964, s. 380-400; **Lüchinger,** N. 69 vd; **Lange/Schiemann,** s. 29 vd; **Akünal,** s. 53- 55.

[59] Wallsman'a göre somut zarar, kişinin malvarlığındaki belirli bir değerden yoksun bırakılması veya o değerin hasar görmesi şeklinde uğradığı somut kayıptır. **Walsmann**, s. 10 (**Oertmann**, s. 6, 7'den naklen). Oertmann, bir taraftan somut zarar tanımını Walsmann'ın zarar tanımına dayandırırken, diğer taraftan da yazarın yalnızca malvarlığını dikkate alan yaklaşımını eleştirmekte, şahıs varlığı zararlarını da tanıma eklemektedir. Bkz. **Oertmann**, s. 6, 7.

[60] Bu görüşün önde gelen temsilcilerinden Oertmann**,** tanımdaki "somut" ifadesinden yalnızca dar anlamıyla "maddi" olan anlaşılırsa zarar kavramının her duruma uymayacağını belirtmektedir. Zira bu görüşe göre zarar sadece fiziksel sonuç doğuran durumlarla sınırlı değildir. Kişinin maddi olmayan varlıklarının etkilendiği veya malvarlığındaki pasifin arttığı durumlar da zarar kapsamında değerlendirir. Yazara göre, burada "somut" ifadesinin kullanılması, daha uygun bir ifadenin bulunamamasından ve özellikle soyut teorinin aksini yansıtma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. **Oertmann,** s. 7.

[61] **Oertmann,** s. 6, 7. Açıkça belirtmemekle birlikte malvarlığının tamamının karşılaştırılmasının yanında, olayın özelliğine göre sadece bazı malvarlığı değerlerinin karşılaştırılması gerektiğini de kabul eden görüş için bkz. **Wolf,** s. 577, 588. Benzer yönde bkz. **Lüchinger,** N. 15, 16. Türk hukukunda hangi görüşü benimsediğini açıkça belirtmemekle birlikte zararı, bir malın değerinde malikin iradesine aykırı eksilme şeklinde tanımlayan görüş için bkz. **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 105. Görüşe katılmamakla birlikte tanım bakımından bkz. **Akünal,** s. 53; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 7; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, dn. 94; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 381, dn. 284.

[62] Bu görüşle ilgili açıklamalar için bkz. **Zeuner,** s. 381 vd.; **Keuk,** s. 13, 21 vd.; **Honsell,** Interessebegriff, s. 70 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 18; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 7; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, dn. 94; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 381, dn. 384.

Somut zarar teorisine göre, zararın tespitinde hak konusu münferit varlığın zarar verici olaydan sonra içinde bulunduğu fiilî durum ile söz konusu olay hiç olmasaydı içinde bulunacağı farazî durum arasındaki fark dikkate alınır[63]. Tıpkı fark teorisinde olduğu gibi, bu görüşe göre de zarar tespit edilirken fiilî durum ile farazî durum arasında bir karşılaştırmaya başvurulmaktadır. Ancak buradaki karşılaştırmada zarar görenin tüm malvarlığı yerine, sadece zarara uğrayan somut varlık dikkate alınmaktadır.

Somut zarar görüşüne göre, hak konusu varlıkta meydana gelen değişiklikler malvarlığında bir eksilmeye yol açmasa bile zarar olarak kabul edilmelidir. Buna göre, fark teorisi malvarlığında bir eksilme meydana gelmemesine rağmen hak konusu varlıkta ortaya çıkan değişiklikleri açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Örneğin, bir eşya sahibinin rızası olmaksızın başka bir renge boyanırsa, bu eşyada ve malvarlığında ekonomik değer olarak bir eksilme meydana gelmese bile bir zarar mevcuttur. Çünkü o şeyde hak sahibi bakımından olumsuz bir değişiklik meydana gelmiştir. Bu zararın telafisi aynen tazmin yoluyla olur. Dolayısıyla, zarar veren ya o eşyayı tekrar eski rengine boyamalı ya da boyama masrafını eşyanın sahibine ödemelidir[64]. Oysa fark teorisine göre bu durumda malvarlığının iki hâli arasında bir fark oluşmadığı için tazmini gereken bir zarar bulunmamaktadır. Hatta başka bir açıdan bakılırsa, bir taşınmazdaki estetik olarak rahatsız edici bir heykelin sahibinin iradesi dışında yok edilmesi taşınmazın değerini artırabilir. Bu durum fark teorisine göre değerlendirildiğinde malvarlığının iki durumu arasında bir eksilme değil, aksine bir artış meydana geldiği için tazmini gereken bir zarar bulunmamaktadır. Ancak somut

[63] **Lange/Schiemann,** s. 29; **Oertmann,** s. 6, 7; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 7. Somut zarar teorisinde, zarar gören eşyanın mevcut durumu ile sağlam durumunun karşılaştırıldığı yönünde bkz. **Akünal,** s. 58.

[64] **von Tuhr/Peter,** s. 116, dn. 13; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 7.

zarar teorisine göre, sonuçta heykel sahibinin rızası dışında yok edilmiş ve tazmini gereken bir zarar meydana gelmiştir[65].

Somut zarar teorisi, zararın tespitinde fark teorisine nispetle daha pratik bir çözüm sunmakla birlikte, üçüncü kişilere karşı borç altına girme veya yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan malvarlığı zararlarının hesabı konusunda yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[66].

3. Teorilerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Fark teorisi ve somut zarar teorisi zarar kavramına farklı açılardan yaklaşmakla birlikte, bu görüşlerin birbirlerini tamamen reddettikleri söylenemez. Nitekim her iki görüşün taraftarlarının önemli bir kısmı, bazı hâllerde diğer görüşe başvurmayı faydalı, hatta gerekli olarak kabul etmişlerdir[67]. Örneğin, fark teorisinin kurucusu *Mommsen*, aynen tazminin mümkün olduğu hâllerde tüm malvarlığının değerini belirlemeye ihtiyaç olmadığını kabul etmiştir[68]. Benzer şekilde, somut zarar teorisinin önde gelen isimlerinden Oertmann, fark teorisini tamamen reddetmek yerine, kendi görüşünün yanında fark teorisinin de tamamlayıcı olarak uygulanabileceğini kabul etmiştir[69].

---

[65] **Koller, Alfred,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Grundriss des Allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. II, Bern 2006, s. 140, 141.

[66] **Lange/Schiemann,** s. 29; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 20. Türk hukukunda somut zarar teorisine ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 6-8, 16; **Akünal,** s. 53 vd.

[67] Türk hukuku bakımından genel olarak fark teorisini kabul etmekle birlikte, şeye verilen zararda yalnız bir malvarlığı değeri yok edilmiş veya tahrip edilmişse malvarlığının bütününü hesap etmeye gerek olmadığı yönünde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 547. Objektif değeri belli somut bir nesnenin tahrip edilmesinden ibaret olan zararlarda somut zarar teorisinin uygulanmasının bir fark ve sakınca doğurmadığı görüşünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, dn. 94.

[68] **Mommsen,** Interesse, s. 13, 14.

[69] Bkz. **Oertmann,** s. 10, 11. Benzer şekilde, "objektif zarar" kavramını savunan Neuner de fark teorisini tümüyle reddetmeyip tamamlayıcı bir şekilde uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bkz. **Neuner, Robert,** "Interesse und Vermögensschaden", AcP 133, 1931, s. 286, 287, 296, 307, 312 vd. Yeri gelmişken objektif zarar görüşüne kısaca değinmek faydalı olur. Neuner tarafından ileri sürülen ve

Fark teorisi ve somut zarar teorisi arasındaki farklılık teorik açıdan iki noktada toplanmaktadır. İlk olarak, fark teorisi yalnızca malvarlığı zararını dikkate alırken, somut zarar teorisi bunun yanında şahısvarlığı değerlerini de zarar tanımına dâhil etmektedir. İkinci olarak, fark teorisi bütün malvarlığını, somut zarar teorisi ise yalnızca ihlale uğrayan mal veya şahıs varlığı değerini dikkate almaktadır. Bu teorik farklılığın pratik sonuçları daha çok tazminatın türü bakımından kendisini göstermektedir[70]. Gerçekten, somut zarar teorisi yalnızca hak konusu varlığın kendisinde meydana gelen eksilme ve olumsuz etkilerden yola çıkarak aynen tazmini esas almaktadır[71]. Buna karşılık, fark teorisi malvarlığının bütününde meydana gelen değer azalmasını esas alarak nakden tazmini benimsemektedir. Görüldüğü gibi burada esas mesele, meydana gelen zararın iki farklı yoldan tazminidir. Bu bakımdan, teoriler

Alman hukukunda taraftar bulan "objektif zarar görüşü" fark teorisini eleştirmektedir. Buna göre, malvarlığı zararı, para karşılığında kazanılan veya devredilen ve objektif olarak değerlendirilebilen bir malvarlığı menfaatinin ihlalidir. Zarara uğrayan sadece bu objektif değerin tazminini talep edebilir. Bu görüşe göre tazminat alacağı "hakkın takip edilmesi" (*Rechtsverfolgungsgedanke*) amacına dayanır. Bu sebeple, tazminat alacağı ihlal edilen hakkın yerine geçer. Dolayısıyla zarar, ihlale uğrayan şeyin objektif değeridir. Bununla birlikte alacaklı, objektif değeri aşan bir zarara uğramışsa bunu fark teorisine göre ispat ederek talep edebilir. Özellikle, dolaylı zararların fark yöntemine göre hesaplanması gerekir. Bkz. **Neuner,** s. 279 vd. Ayıca bkz. **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 16. Bu görüşün hakkın takip edilmesi amacına dayanan, maddi-manevi zarar veya fiili zarar-yoksun kalınan kâr gibi kanuni zarar ayrımlarını dikkate almayan yaklaşımının eleştirisi için bkz. **Lange/Schiemann,** s. 30; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 19, dn. 38.

[70] **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16. Esasen, somut zarar teorisinin fark teorisine yönelttiği en önemli eleştirilerden biri olan denkleştirme bakımından da bu teoriler arasındaki fark görünüşte kalmaktadır. Gerçekten, fark teorisinde zarar verici olay sebebiyle meydana gelen yararlar sadece soyut bir hesaplama yoluyla dikkate alınmamaktadır. Aksine, zararın belirlenmesinde bu olumlu etkiler hâkim tarafından yapılacak bir değerlendirme sonucunda hesaba katılmaktadır. Bkz. **Zeuner,** s. 384, 385; **Akünal,** s. 58, dn. 50, s. 59, 60; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 20, dn. 43. Bkz. ve krş. **Honsell,** Interessebegriff, s. 74.

[71] **Oertmann,** s. 10 vd.; **Zeuner,** s. 384; **Lange/Schiemann,** s. 29, 43 vd.; **Honsell/Harrer,** Schaden, s. 443; **Koller,** II, s. 154; **Akünal,** s. 54 vd.

birlikte ele alındığında, iki farklı zarar kavramının değil, zararın iki farklı görünüş biçiminin söz konusu olduğunu kabul etmek yerinde olur[72].

Yukarıda açıklandığı gibi, işin doğası gereği zararın tespinde fiili durum ile farazî durum arasında bir karşılaştırma yapmak gerekmektedir[73]. Bu bakımdan, ilk bakışta fark teorisi daha kapsayıcı olması sebebiyle en uygun çözümü sunan yöntem olarak ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte, kural olarak bütün malvarlığı bakımından soyut bir sonuç ortaya koyan fark teorisinin yapısı ve hesaplama biçimi nakdî tazmine daha uygundur. Aynen tazminin talep edildiği hâllerde fark teorisinin bu soyut ve bütüncül hesaplama yöntemi çoğu zaman gereksiz kalmaktadır. Nitekim aynen tazminde karşılaştırma, bütün malvarlığı yerine zarar gören münferit hak konusuyla sınırlı olarak yapılmalıdır[74]. Bu sebeple, zararın aynen tazmin edileceği hâllerde somut zarar teorisinin uygulanması daha uygun ve pratiktir. Buna karşılık, zarar verici olayın her zaman sadece hak konusu belirli bir varlığı etkilediği iddiasıyla malvarlığının tamamının hiçbir şekilde dikkate alınmaması yerinde bir yaklaşım olmaz. Zira zarar verici olayın malvarlığında başka zararlar meydana getirmesi de mümkündür[75]. Hatta zarar verici olay malvarlığındaki belirli bir varlığı

[72] Aynı yönde bkz. **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 20.

[73] Doktrinde fark teorisinin tümüyle reddedilmesi gerektiğini savunan bir görüşe göre, fark hesabı sadece bir şeyin kısmî zarar gördüğü hâllerde gereklidir. Böyle durumlarda tazmini gerekli zararın miktarı, şeyin sağlam hâlinin değeri ile zarar görmüş hâlinin değeri arasındaki fark kadardır. Burada, zarardan sonra bir artık değer söz konusu olduğu için fark hesaplaması gereklidir. Buna karşılık değer kaybı yerine tamirat masrafları talep edildiğinde artık fark hesabına ihtiyaç yoktur. Bkz. **Honsell,** Interessebegriff, s. 71, 74.

[74] **Lange/Schiemann,** s. 43; **Oertmann,** s. 7 vd.; **Koller,** II, s. 154; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 21.

[75] Örneğin, hasara uğrayan araç sebebiyle ortaya çıkan kâr mahrumiyeti veya araçtaki değer kaybında durum böyledir. Bkz. **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 21. Buna karşılık, zarar verici olayın, zarar görenin gözlüğünün hasara uğraması veya zarar görenin bir tavuğunun öldürülmesi hâlinde olduğu gibi malvarlığının tamamını değil, sadece belirli bir şeyi etkilemiş olması da mümkündür. Böyle bir ihtimalde artık malvarlığının tamamının dikkate alınmasına ihtiyaç

etkilememesine rağmen, malvarlığının bütününü etkilemiş dahi olabilir[76]. Bu bakımdan kanaatimizce bahsi geçen teorilerden sadece birini benimseyip diğerini reddetmek yerinde değildir. Bu sebeple, zararın tanımı ve belirlenmesi bakımından her iki teoriyi birbirini tamamlayacak şekilde kabul etmek daha isabetli bir yaklaşımdır[77].

II. MENFAAT KAVRAMI VE ZARAR KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Alman hukukunda özellikle sorumluluk hukuku doktrininde geniş bir şekilde incelenen menfaat kavramı (*der Interessebegriff*), Türk hukukunda pek ele alınmamıştır. Roma hukukuna kadar uzanan bir geçmişe sahip olan menfaat

bulunmamaktadır. Bkz. **Oftinger/Stark,** s. 73, dn. 15; **Larenz,** I, s. 481, 482; **Eren,** Borçlar Genel, s. 547; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 21, dn. 46.

[76] Örneğin, zamanında ifa etmeme sebebiyle alacaklının üçüncü kişilere karşı borç altına girmesi hâlinde malvarlığındaki belirli bir varlık etkilenmemesine rağmen malvarlığının bütününde bir eksilme meydana gelmiştir. Böyle bir ihtimalde zararın tespiti zorunlu olarak fark teorisine göre yapılır. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 21, dn. 46.

[77] Aynı görüşte bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, dn. 94; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 22. Roma hukukunda fark teorisinden ziyade somut zarar teorisine uygun bir anlayışın hâkim olduğu, ancak bunun mutlak bir kural olmadığı yönünde bkz. **Topuz,** s. 221.

İsviçre sorumluluk hukukunda revizyon yapılması için toplanan komisyonda da fark teorisinin zarar tanımı kabul edilmekle birlikte, bu geleneksel zarar tanımı çerçevesinde tek bir kavram şeklinde özetlenemeyen münferit bazı değerlendirmeler yapılması gerektiği görüşü hakim olmuştur. Bu kapsamda somut olayın özelliğine göre, tamamlayıcı olarak farklı teorilerden yararlanılması da mümkündür. Geniş bilgi için bkz. **Schlechtriem,** s. 234 vd.

Alman Hukukunda tazminat borçlusunu zarara yol açan olay olmasaydı zarar görenin malvarlığının içinde bulunacağı hâli tesis etmekle yükümlü tutan BGB § 249 da bu yaklaşımı desteklemektedir. Gerçekten, söz konusu hüküm zararın tespitinde karşılaştırmanın hangi yönteme göre yapılacağını düzenlememiştir. Bu sayede, zarar belirlenirken hâlin gereklerine göre bütün malvarlığının dikkate alınması mümkün olduğu gibi, sadece hak konusu belirli bir değerin dikkate alınması da imkân dâhilindedir. Belirtmek gerekir ki Alman hukuk doktrininde BGB § 249'un temelde fark teorisine dayandığı kabul edilmektedir. Örneğin bkz. **Lange/Schiemann,** s. 28; **Honsell/Harrer,** Schaden, s. 442; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 22. Buna karşılık, BGB § 249 hükmünün *Mommsen*'in fark teorisi temelinde kurgulanmış olması azımsanmayacak bir kesim tarafından eleştirildiği gibi, söz konusu hükmün aynen tazmini esas aldığını kabul eden görüşler de bulunmaktadır.

kavramının Alman hukukuna etkisi, müşterek hukuk (*römisch-gemeines Recht*)[78] döneminden gelmektedir[79].

Roma hukukunda Klâsik Hukuk Dönemi ile birlikte zararın belirlenmesinde ilk defa *Interesse* (*id quod interest*)[80] kavramı kullanılmaya başlanmıştır[81]. Zararın, zarar görenin menfaati (*Interesse*) esas alınarak belirlenmesi fikri öncelikle sözleşmeye

[78] BGB'nin yürürlüğe girdiği 01.01.1900 tarihinden önce yerel hukuklarda (Cermen hukukunda) çözüm bulunmayan hâllerde, tamamlayıcı nitelikte uygulanan Roma hukuku kurallarına "müşterek hukuk" denmektedir. Müşterek hukuk, pandekt hukuku olarak da adlandırılmaktadır. Bu dönemde öncelikle yerel hukuk uygulanmakta, yerel hukukta çözüm bulunamayan hâllerde ise genel ve müşterek hukuk niteliğindeki Roma hukukuna başvurulmaktaydı. Konuya ilgili olarak bkz. **Schwarz, Andreas B.,** Roma Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, (Çev. Rado, Türkan), İstanbul 1956, s. 194, 195; **Tekinay, S. Sulhi**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 41, 42; **Dural, Mustafa/Sarı, Suat,** Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, İstanbul 2011, s. 17; **Ataay, Aytekin,** Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1980, s. 64; **İmre, Zahit,** Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, 1980, s. 70; **Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami,** Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2011, s. 9; **Umur, Ziya,** Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumî Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1982, s. 295-299; **Akıncı, Şahin,** Roma Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Konya 2017, s. 63, 64.

[79] **Honsell,** Interessebegriff, s. 69; **Wieling, Hans Josef,** Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch, Köln-Wien 1970, s. 4 vd.; **Lange/Schiemann,** s. 27.

[80] Latincede mevcut olmayan *"das Interesse"* kelimesi, *Corpus Iuris Civilis*'de yer alan "*id quod interest* (davacının menfaati neyi gerektiriyorsa)" şeklindeki kullanıma dayandırılmaktadır. **Honsell,** Interessebegriff, s. 69; **von Tuhr/Peter,** s. 84, dn. 11; **Medicus, Dieter,** Id Quod Interest, Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln-Graz 1962, s. 1 vd.; **Schwarz, Andreas B.,** Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, (Çev. Bülent Davran), İstanbul 1948, s. 123; **Lüchinger,** N. 56, dn. 57. *Id quod interest* tabirinin Roma hukukunda dört farklı anlamda kullanıldığı kabul edilmektedir. İlk olarak en çok kullanılan şekliyle söz konusu ifade davacının davalıdan talep edebileceği şeyin içeriği anlamında kullanılmıştır. Bu ifade ikinci olarak paylaştırma ilkesini belirtmek amacıyla "ona düşen şey" anlamında kullanılmıştır. Bu anlamıyla, bir eşya üzerinde hak sahibi olan birden fazla kişiden sadece birinin dava açması durumunda dava açan "*id quod eius interest*"i elde eder. *"Id quod interest"*in üçüncü anlamı, aslî edime ek olarak sağlanan tazminatı ifade ettiği kullanım tarzıdır. Son olarak ve sıklıkla kullanılan "arada duran şey" yani iki değer arasındaki fark anlamındaki kullanımdır. **Medicus,** Id Quod, s. 300 vd.; **Topuz,** s. 164 vd.; **Karakaş, Fatma Tülay/Söğütlü Erişgin, Özlem,** "Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi", BATİDER, 2006, C. XXIII, S. 3, s. 165, dn. 33.

[81] **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 165; **Medicus,** Id Quod, s. 294 vd.; **Wieling,** s. 2; **Topuz,** s. 133, 145 vd.

aykırılıktan kaynaklanan malvarlığı zararının giderilmesinde ortaya çıkmıştır[82]. Bu sayede, zararın tespitinde zarar görenin, şeyin objektif değerini aşan diğer menfaatlerinin de dikkate alınabilmesi mümkün hâle gelmiştir[83]. Roma hukukunda *Interesse* kavramı, zararın somut olayın durumuna göre tespit edilmesi sürecinde hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını belirlemekte ve genişletmektedir[84]. *Id quod interest*, objektif değerin tespit edilemediği veya hakkaniyeti sağlayamadığı hâllerde başvurulan bir terimdir. Bu bakımdan, zararın miktarı tespit edilirken *id quod interest* esas alınarak objektif değerin üzerinde veya altında bir miktar belirlenebilmektedir[85]. Dolayısıyla bu dönemde menfaat kavramı, zararın belirlenmesinde dikkate alınan bir yöntemdir[86]. *Interesse* kavramı ile birlikte, fiili zararın yanında yoksun kalınan kârın (*lucrum cessans*) tazmini de mümkün hâle gelmiştir[87]. Klasik sonrası dönemde ise menfaat (*Interesse*) kavramı bütün davalarda uygulanabilir hâle gelmiştir[88]. Bu dönemde mala verilen zarar anlayışından malvarlığı zararı anlayışına geçilmiştir. Yine

---

[82] **Lange, Hermann,** Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterischen Rechtstheorie, Münster-Köln 1955, s. 10; **Kaser, Max,** Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, München 1971, s. 501; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 166.

[83] **Honsell,** Interessebegriff, s. 70; **Honsell,** Römisches Recht, s. 88; 89; **Wieling,** s. 2, 3; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 23; **Kaser, Max,** Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht, München 1935, s. 6 vd.; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 165; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 23.

[84] **Medicus,** Id Quod, s. 327; **Kaser,** 1971, s. 500; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 23; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 165; **Topuz,** s. 146 vd. *Quod interest* tabirinin, hâkimin takdir yetkisine dayanarak değerlendireceği çok farklı tazminat kalemleri için özetleyici bir ifade olduğu görüşünde bkz. **Honsell,** Interessebegriff, s. 70

[85] **Kaser,** 1971, s. 500 vd.; **Cohnfeldt, Richard,** Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung, Leipzig 1865, s. 168 vd.; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 166; **Topuz,** s. 140.

[86] **Medicus,** Id Quod, s. 329 vd.; **Topuz,** s. 149.

[87] Bu dönemde yoksun kalınan kazancın tazminini kabul eden metinlerin yanında, reddeden metinlerin de mevcut olmasının bu kabulün bir ilke hâline gelemediğini gösterdiği yönünde bkz. **Lange, Hermann,** "Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterischen Rechtswissenschaft", ZRG-RA, Bd. 72, 1955, s. 222; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 166.

[88] **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 169.

bu dönemde fiili zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) ayrımının yapılmaya başlanması ve tazmin edilebilirliğin kapsamının genişlemesi sonucu menfaat kavramı da genişlemiştir[89]. *Iustinianus* döneminde ise zararın şahsî menfaate göre belirlenmesi kural hâline gelmiştir[90]. Ortaçağ hukukunda zararın belirlenmesi bakımından genel bir menfaat öğretisi kabul edilmiştir[91]. Bu dönemde menfaat, "fiili zarar ve yoksun kalınan kâr" şeklinde tanımlanmaya başlanmıştır[92]. Normun koruma amacı ve uygun illiyet bağı kriterlerinin mevcut olmadığı Roma hukukunda, bu dönemde zararın sınırlandırılması bakımından *Interesse* kavramının çeşitli alt ayrımları da ortaya atılmıştır[93].

Menfaat kavramının teknik anlamda bir temele oturtulup şekillendirilmesi 19. yüzyıl Alman Pandekt hukukçularının eseridir. Bu dönemde, menfaat kavramına ilişkin olarak tüm alanlarda çalışmalar yapılmış ve menfaat öğretisi sistematik hâle

---

[89] Bununla birlikte, bu dönemde yeknesak bir menfaat kavramı ortaya konulamamıştır. **Wieling,** s. 10; **Medicus,** Id Quod, s. 340; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 169.

[90] Böylece, sadece zarar gören eşyanın objektif değerinin değil, o şeyin malik için arz ettiği değerin dikkate alınması ilkesi kabul edilmiştir. Ancak bu kural, belirlenen tazminatın, objektif değerin iki katını aşamayacağı ilkesiyle sınırlandırılmıştır. **Honsell,** Römisches Recht, s. 89; **Rado,** s. 33, 34; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 169.

[91] **Medicus,** Id Quod, s. 341; **Wieling,** s. 10 vd.,12; **Lange,** Schadensersatz, s. 97 vd., 101; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 171; **Topuz,** s. 154.

[92] **Wieling,** s. 12 vd.; **Lange,** Schadensersatz, s. 32 vd.; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 23, 24. Bu dönemde menfaat ilk olarak Accursius tarafından "bir malın kendisine özgü değeri", başka bir ifade ile "ifa etmeme sebebiyle ortaya çıkan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr" şeklinde tanımlanmış, daha sonra Baldus tarafından yukarıdaki tanım ortaya atılmıştır. Accursius'un tanımı iki yönden eleştirilmektedir. Bunlardan ilki yazarın zarar ile menfaati eş tuttuğu, ancak menfaat ile zararın eşdeğer olmadığı, sadece menfaatin miktarının zararın miktarına eşit olduğudur. Buna göre, menfaat, zararı tazmin etmek için gerekli olan edimi ifade eder. Diğer eleştiri ise yazarın tanımında sadece ifa etmemeden doğan taleplere yer vermiş olduğudur. Bkz. **Wieling,** s. 12-17; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 171.

[93] **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 170-172; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 23. *"Interesse circa rem -Interesse extra rem", "Interesse Singulare-Interesse Commune-Interesse Conventum"* şeklindeki ayrımlar hakkında geniş bilgi için bkz. **Cohnfeldt,** s. 5 vd.; **Medicus,** Id Quod, s. 342 vd.; **Wieling,** s. 26 vd.; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 172 vd.; **Topuz,** s. 156 vd., özellikle 180 vd.

getirilmiştir[94]. Pandekt hukukunda, zararın kapsamını belirleyebilmek amacıyla mevcut malvarlığından farklı olarak, zarar verici olay gerçekleşmeseydi oluşacak olan farazî malvarlığı varsayımı geliştirilmiştir. Böylece fark teorisine ulaşılmıştır. Fark teorisiyle ilgili fikirler ilk olarak başka yazarlar tarafından ileri sürülmekle birlikte[95], bu teoriyi bütün ayrıntılarıyla ele alan ilk çalışma *"Zur Lehre von dem Interesse"* adlı eseriyle *Mommsen* tarafından yapılmıştır[96]. Yazar, Roma hukukundaki *"id quod interest"* ifadesini temel alarak *Interesse* (menfaat) kavramına ulaşmıştır[97]. *Mommsen*'e göre *id quod interest* ifadesi bir karşılaştırmaya işaret eder ve bu karşılaştırma menfaat kavramının temelidir[98]. Yani *Interesse* (menfaat) kavramı bir kimsenin malvarlığının iki durumu arasındaki farkı (*inter-esse*) ifade eder. Bu fark, malvarlığının zarar verici olay gerçekleştikten sonraki durumu ile bu olay gerçekleşmeseydi arz edeceği farazî durumu arasındaki karşılaştırma ile tespit edilir[99]. Zarar veren, kendisi için öngörülebilir olup olmadıklarına bakılmaksızın, fiilinin bütün sonuçlarından sorumludur. Bu bakımdan zarar veren, zarar görenin uğradığı bütün kayıpları tazmin etmelidir[100]. Menfaat (*Interesse*) kavramına ilişkin alt ayrımların

---

[94] **Topuz,** s. 161 vd.

[95] Menfaatin tanımında fark formülünün kullanılması esasen ilk olarak Ortaçağda *Hotman* tarafından ileri sürülmüştür. Yazar, menfaatin zarar görenin malvarlığının zarardan önceki ve sonraki durumuna göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. **Hotman**, **Franc**, disp. de eo quod interest § 1 (**Mommsen,** Interesse, s. 4, dn. 1'den naklen). Ancak, yazarın bu tanımı döneminde kabul görmemiş ve zamanla unutulmuştur. Bkz. **Wieling,** s. 19; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 175, dn. 83; **Topuz,** s. 160. Menfaatin ve zararın tarifinde malvarlığının iki durumu arasındaki farktan hareket eden formül, 19. yüzyılın ortalarında öncelikle *Puchta, Unterholzner, Sintenis* ve *Arndts* tarafından kullanılmıştır. **Mommsen,** Interesse, s. 4, dn. 1; **Wieling,** s. 24.

[96] Bkz. **Mommsen,** Interesse, s. 3 vd.; **Wieling,** s. 24; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2849; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 175.

[97] Yazarın bu görüşünü kaynaklardaki münferit ifadelerden ziyade menfaat kavramına dayanan hükümlerin genel içeriklerinden çıkardığı yönünde bkz. **Mommsen,** Interesse, s. 4.

[98] **Mommsen,** Interesse, s. 3.

[99] **Mommsen,** Interesse, s. 3, 4.

[100] **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 176; **Topuz,** s. 137, dn. 400.

ortadan kalkıp tek ve genel bir menfaat kavramına ulaşılmasını sağlayan bu kapsayıcı kabul tarzı[101], zamanla zarar kavramının da tanımı olarak çoğunluk tarafından benimsenmiştir[102].

Doktrinde *Mommsen*'in Roma hukukundaki *id quod interest* ifadesini temel alarak ortaya attığı menfaat kavramıyla ilgili bazı eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu eleştiriler ilk olarak, *Mommsen*'in Roma hukuku kaynaklarından çıkardığı *Interesse* kavramını yanlış anladığı yönündedir[103]. Bu görüşteki yazarlara göre *Interesse* kavramı malvarlığının iki durumu arasındaki farkı ifade etmez[104]. Roma hukukunda menfaat kavramı bakımından malvarlığına ilişkin böyle bir karşılaştırma mevcut değildir[105]. Bu görüşü savunan yazarlar ikinci olarak *Mommsen*'in menfaat ile zararı

---

[101] **Wieling,** s. 65; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 176; **Topuz,** s. 137, dn. 400.

[102] Bkz. Bölüm I, § 1, I, B, 1 ve 3.

[103] **Keuk,** s. 15, 16, 55; **Honsell,** Interessebegriff, s. 69, 70; **Wolf,** s. 565; **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 176, dn. 84.

[104] **Honsell,** Interessebegriff, s. 69, 70; **Keuk,** s. 55; **Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter,** Römisches Recht, Berlin-Heidelberg-New York 1987, s. 224; **Medicus,** Id Quod, s. 299 vd.; **Honsell, Heinrich,** Quod Interest im Bonae-Fidei-Iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969, s. 31, 63, 64; **Cohnfeldt,** s. 3, 4.

[105] *Keuk*'a göre, Roma hukuku kaynaklarında "*id quod interest*" in yer aldığı ifadeler tamamen farklı yönde bir karşılaştırmayı amaçlamaktadır ve aynen tazminin tanımlanmasına yöneliktir. Zira burada malvarlığı farkı değil, münferit mallar dikkate alınmaktadır. Ayrıca menfaat, borçlunun usulüne uygun olarak hareket etmesi hâlinde, alacaklının elde edeceği avantajlı durumu ifade eder. Bu bakımdan borçlunun usulüne uygun davranması ile davranmaması arasındaki somut fark menfaattir. Tazminatın kapsamı belirlenirken de bu somut fark esas alınmalıdır. Burada amaç, malvarlığının zarar gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumun değil, zarar veren usulüne uygun hareket etseydi ortaya çıkacak durumun yeniden sağlanmasıdır. Zira zarar görenin menfaati zarar verici olay meydana gelmeden önce zaten mevcuttur. Yoksa zarar verici olay meydana geldikten sonra ortaya çıkmaz. Dolayısıyla, zarar veren usulüne uygun davransaydı zarar görenin içinde bulunacağı somut elverişli durum, tazminat yoluyla yeniden sağlanır. Bkz. **Keuk,** s. 15, 16, 52 vd.

Honsell'e göre ise, Roma hukukunda hiçbir kaynakta *id quod interest* ifadesi "fark" anlamında kullanılmamıştır. Menfaat, "arada duran şeyi" değil, kişi ile mal arasındaki ilişkiyi yani, sübjektif değerlendirmeye dayanan "bir şeyin bir kişi için önemini" ifade eder. Bkz. **Honsell,** Römisches Recht, s. 89; **Honsell,** Interessebegriff, s. 69, 70; **Honsell,** Quod Interest, s. 31, 32; **Honsell/Mayer-Maly/Selb,** s. 224.

bir tutan yaklaşımına karşı çıkmaktadırlar. Buna göre, menfaat ve zarar birbirinden farklı kavramlardır[106]. Menfaat, alacaklının tazminat olarak talep edebileceği miktarı ifade eder[107]. Bu bakımdan zarar kavramıyla alakalı olmayan menfaat, tazminat yükümlülüğünün kapsamını ve miktarını belirler[108]. Kanaatimizce, menfaat kavramını tazminatla ilişkilendirmek isabetli değildir. Zira zarar ve zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi farklı safhalardır. Menfaat kavramının tazminatın kapsamı ve miktarıyla ilgisi yoktur. Roma hukukunda Klasik Dönemdeki anlamıyla bile menfaat, tazminatın belirlenmesine değil zararın belirlenmesine ilişkin bir kavramdır. Nitekim Klasik Dönemde menfaat, objektif zarar anlayışının karşısında sübjektif zarar anlayışının bir tezahürüdür.

Roma hukukunda, her zaman olmasa da zararın belirlenmesinde bir karşılaştırma yapıldığı görülmektedir. Bu karşılaştırmada kimi zaman zarar görenin malvarlığının tamamı, kimi zaman da yalnızca zarar gören somut malvarlığı değeri esas alınmıştır[109]. Bu bakımdan *Mommsen*'in teorisinin Roma hukukuna dayandığı fikrine tamamıyla karşı çıkmak doğru olmadığı gibi, bu fikri tam olarak kabul etmek de yerinde değildir. *Mommsen*, Roma hukuku kaynaklarını inceleyerek *id quod interest* kavramından hareket etmiş, bu kavramın kullanım şekillerinden biri olan malvarlığının iki durumu arasındaki farkı, kendi zarar teorisine temel almıştır. Böylece yazar, hem zarar

---

[106] **Lüchinger,** N. 57 vd.; **Medicus,** Id Quod, s. 327 vd. Menfaat ile zararın aynı kabul edilmesinin etimolojik bakımdan da yanlış olduğu yönünde bkz. **Keuk,** s. 53; **Cohnfeldt,** s. 3, 4; **Honsell,** Interessebegriff, s. 70; **Honsell,** Quod Interest, s. 63, 64. Cohnfeldt'e göre zarar ile menfaat aynı şey değildir. Yalnızca menfaat ile zararın kapsamı eşittir. Zarar, hiçbir zararı gerektirmeyen menfaatin özünü ortaya koyamaz. Bkz. **Cohnfeldt,** s. 3 vd., 64.

[107] **Honsell,** Interessebegriff, s. 70; **Keuk,** s. 52 vd.; **Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas,** Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., Berlin-Boston 2017, s. 367.

[108] **Honsell,** Interessebegriff, s. 70; **Keuk,** s. 54 vd. *Fikentscher*'e göre, zarar ve menfaat birbirinden farklı, ancak birbiriyle ilişkili kavramlardır. Zarar tazminatın kurucu öğesi iken, menfaat tazminatın hukukî sonucudur. Bu bakımdan menfaat, tazminatın kapsamı/çerçevesi ile eş anlamlıdır. Bkz. **Fikentscher/Heinemann,** s. 367. Aynı yönde, **Karakaş/Söğütlü Erişgin,** s. 171.

[109] **Topuz,** s. 144.

kavramının tanımında hem de zararın hesabında modern hukukta çoğunluk tarafından kabul gören bir zarar teorisi geliştirmiştir.

Kanaatimizce doktrindeki hâkim görüşe uygun olarak menfaat ile zarar kavramlarını denk kabul etmek daha yerinde bir yaklaşımdır[110]. Gerçekten, menfaatin zarardan farklı olduğunu savunan yazarların ileri sürdüğü gerekçeler, bu kavramların sonuçta aynı şeyi ifade ettiği kabulünü çürütecek nitelikte değildir[111]. Aksine bu yazarlar dahi, "menfaat, fiili zarar ve yoksun kalınan kârdır" tanımını kabul etmektedirler. Fiili zarar ve özellikle yoksun kalınan kârın malvarlığının bütünü dikkate alınarak daha iyi tespit edilebileceği gerçeği unutulmamalıdır.

Kanaatimizce menfaat ve zarar kavramları bir madalyonun iki yüzü gibidir. Nitekim, konumuz bakımından en genel anlamıyla menfaat, kişinin zarar verici olayın gerçekleşmemesindeki çıkarıdır. Esasen, sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından alacaklının borçlunun usulüne uygun davranmasındaki çıkarı bundan farklı bir şey değildir. Tıpkı zararın birçok türü olduğu gibi menfaatin de farklı türleri mevcuttur. Yukarıda açıklandığı gibi zarar malvarlığında irade dışı meydana gelen eksilme veya engellenen artıştır. Söz konusu zarar, ilgili menfaatin ihlali sonucu ortaya çıkmıştır.

---

[110] Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda menfaat kavramı değişik anlamlarda kullanılmıştır. Bunlardan biri de menfaatin "fark" anlamında kullanılmasıdır. Gerçekten, fark teorisinin kurucusu *Mommsen* de Roma hukukunda menfaatin sadece "fark" anlamına geldiğini iddia etmemiştir. Yazar, Roma hukukundaki menfaate ilişkin ifadelerin genel içerikleri ve kullanım şekillerden hareket ederek kendi teorisini oluşturmuştur. Aynı yönde bkz. **Topuz,** s. 144. Diğer taraftan günümüzde de menfaat kavramının fark teorisi bakımından zarar ile aynı anlamda kullanılmasının yanında, başka anlamlarda da kullanıldığını unutmamak gerekir. Örneğin, menfaat kavramının, alacaklı bakımından zarar gören malların ifade ettiği değer, yani bir şeyin bir kimse için taşıdığı değer gibi başka anlamları da bulunmaktadır. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 26. Ayrıca, bir kimsenin kendi hakkı üzerinde sahip olduğu menfaat, hukuken korunan ve korunmayan menfaat, genel menfaat gibi kullanım şekilleri için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 84, dn. 11; **Lange/Schiemann,** s. 28, 29; **Larenz,** I, s. 482.

[111] Aynı görüşte bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 25. Schwarz'a göre, "*Interesse*" kavramı Roma hukukunda zararı ifade etmek için de kullanılmıştır. Yazara göre, Roma hukukunda bu kavram ile zarar verici olayın ve sonuçlarının meydana gelmemesindeki menfaat kastedilirdi. Bkz. **Schwarz,** Borçlar, s. 123.

Bu bakımdan kişinin ilgili menfaatinin ihlalinin derecesi, meydana gelen zararın miktarına denktir[112]. Malvarlığının iki durumu arasında yapılan karşılaştırma sonucunda ortaya çıkan fark zarardır. Bu zarar aynı zamanda kişinin ihlal edilen menfaatine denktir. Nitekim, zararın giderilmesiyle kişinin söz konusu menfaati sağlanmış olur. Başka bir ifadeyle, kişinin zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaati ile bu olay sonucu meydana gelen zarar aynıdır[113]. Bu sebeple menfaat ve zararı aynı anlamda kullanmanın herhangi bir sakıncası bulunmamaktadır.

B. Menfaat Türleri

Zarar görenin uğradığı zarar miktarının belirlenmesinde ihlal edilen menfaatin türünden hareket edilmelidir. Zira kişinin herhangi bir menfaatinin ihlal edilmediği hâllerde zarardan bahsedilmesi mümkün değildir. Zarar tanımı, haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumluluğu bünyesinde barındırmaktadır. Bu bakımdan bir kimsenin hukuken korunan bütün değerleri menfaatin konusudur. Böylece, genel anlamda menfaat başlığının altında, kişinin korunmaya değer farklı menfaat türleri bulunmaktadır. Aynı şekilde, genel anlamda tek bir zarar kavramı bulunmakla birlikte, çeşitli ayrımlara göre farklı zarar türleri kabul edilmektedir. Temel bir ayrım olarak sözleşmeden doğan sorumlulukta haksız fiil sorumluluğundan farklı menfaatler dikkate alınmaktadır. Gerçekten, zarar görenin sözleşmenin gereği gibi ifasındaki menfaati, sözleşme ilişkisine hiç girmemesindeki menfaati ve hukukî değerlerinin bütününün korunmasındaki menfaati birbirinden farklıdır. Her biri farklı bir zarar

[112] Zarar ile menfaatin aynı şey olmadığını savunan Cohnfeldt'e göre de zararın kapsamı ile menfaatin kapsamı tam olarak örtüşmektedir. Bu sebeple, tazminat söz konusu olduğunda, zararı da menfaatle aynı şey olarak belirlemek mantıklıdır. Bkz. **Cohnfeldt,** s. 3, 63 vd.

[113] Aynı yönde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 545; **Aral,** s. 158; **Antalya,** C. V/1, 2, s. 136.

türüne işaret eden bu menfaatlerden, bu çalışmanın konusu ile ilgili olanlar aşağıda açıklanmıştır[114].

1. Olumlu ve Olumsuz Menfaat

Zarar kavramının görünüm biçimlerinden olmakla birlikte, birbirinden farklı olguların dikkate alındığı iki zarar türü müspet zarar ve menfi zarardır. Söz konusu zarar türleri, olumlu ve olumsuz menfaat ayrımına denk gelmektedir[115]. Gerçekten, sözleşmeden ve sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumlulukta tazmin edilecek zararın türü, dikkate alınan menfaate bağlı olarak değişmektedir. Bu bakımdan ihlal edilen menfaatin türü, zararın çerçevesini çizmektedir.

Roma hukukunda, menfaat kavramı (*id quod interest*) mevcut olmakla birlikte, olumlu ve olumsuz menfaat şeklinde bir ayrıma rastlanmamaktadır[116]. Bu bakımdan, Roma hukukunda günümüzdeki anlamlarıyla olumlu ve olumsuz menfaat

---

[114] Diğer menfaat türlerinin detaylı açıklaması için bkz. **Topuz,** s. 188 vd.

[115] **MüKo/Oetker,** § 249, N. 127 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 14.29 vd.; **von Tuhr/Peter,** s. 86, 87; **Bucher,** AT, s. 341 vd.; **Keller, M.,** s. 2 vd., 16 vd.; **Lange/Schiemann,** s. 63 vd.; **Guhl/Koller,** § 10, N. 48 vd.; **Pöggeler,** s. 508; **Medicus,** Id Quod, s. 312; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 31.

[116] Roma hukukunda menfaat (*id quod interest*) kavramı genellikle malvarlığının iki durumunun karşılaştırılmasına konu edilmemekte, hep satım parası veya kira bedeli gibi başka bir değerle karşılaştırma yapılmaktadır. Bu sebeple *Corpus iuris Civilis*'de geçersiz sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler de nadiren bulunmaktadır. Hatta Roma hukuku öğretisinde olumsuz menfaatten yalnızca hukukî işlemlere konu olamayan mallar (*res extra commercium*) ve henüz mevcut olmayan terekenin (*hereditas non existens*) satımında bahsedilmektedir. *Jhering* de *culpa in contrahendo* tezini bu iki olaydan hareket ederek oluşturmuştur. İlgili metinler ve konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **von Jhering, Rudolf,** "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", aus: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), Bd. 4 (1861), Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 12 vd.; **Scherrer,** s. 6 vd; **Iustinianus**, Institutiones, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1968, s. 269; **Ulusan, İlhan,** "Culpa in contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 294, 295; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 28 ve oradaki dipnotlar.

kavramlarının bilinmediği kabul edilmektedir[117]. Bununla birlikte, bu kavramlara benzerlik gösteren hâller mevcuttur[118]. Doktrinde ilk kez olumlu ve olumsuz menfaat kavramına *Savigny* değinmiş[119], modern hukuk anlamında ise bu kavramları ilk kez *Mommsen* ele almıştır[120]. Bu ayrımdaki olumsuz menfaat kavramını detaylı şekilde inceleyerek kurumsallaştıran ve günümüzdeki terminolojinin yerleşmesini sağlayan ise "*Culpa in contrahendo"* isimli eseriyle *Jhering* olmuştur[121].

Olumlu ve olumsuz menfaat bakımından, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak olan durum ile olay gerçekleştikten sonraki fiili durum arasındaki fark karşılaştırılırken birbirinden farklı durumlar dikkate alınmaktadır[122]. Bu

---

[117] **Medicus,** Id Quod, s. 312 vd.; **Kaser,** 1971, s. 501, dn. 17; **Wieling,** s. 28; **Honsell,** Quod Interest, s. 73, 78, 105; **Keller, M.,** s. 25 vd.; **Simonius,** s. 285, dn. 119; **Scherrer,** s. 6 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 29.

[118] Örneğin, satış sözleşmesinden ayıp sebebiyle dönme davası (*actio redhibitoria*) olumsuz menfaatin, satış sözleşmesinde ayıp sebebiyle semenin indirilmesi davası (*actio quanti minoris*) ise olumlu menfaatin tazminine yönelikti. Bkz. **von Jhering,** s. 18; **Honsell,** Quod Interest, s. 70-72, 78. Roma hukukundaki olumlu ve olumsuz menfaate yönelik örnekler için bkz. **Medicus,** Id Quod, s. 314; **von Jhering,** s. 12 vd.; **Topuz,** s. 183 vd.

[119] **Keller, M.,** s. 25, 26; **Medicus,** Id Quod, s. 313; **Leonhard, Marc,** "Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung", AcP 199, 1999, s. 661, dn. 2; **Simonius,** s. 236, 237; **Bucher,** AT, s. 342, dn. 54; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 29. *Honsell*'e göre ayrım *Savigny*'den, bu ayrımın olumlu-olumsuz menfaat şeklinde adlandırılması ise *Jhering*'ten gelmektedir. Bkz. **Honsell,** Quod Interest, s. 87.

[120] **Mommsen, Friedrich,** Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Brundschweig 1853, s. 107; **Mommsen,** Interesse, s. 7 vd.

[121] Yazar söz konusu kavramları, olumlu ve olumsuz sözleşme menfaati (*positives Vertragsinteresse-negatives Vertragsinteresse*) şeklinde kullanmaktadır. Bkz. **von Jhering,** s. 17, 18.

[122] Haksız fiilden doğan sorumlulukta ise zararın belirlenmesi için yapılan karşılaştırmada olumlu ve olumsuz menfaatten bahsedilmesi ilke olarak mümkün değildir. Bu husus işin doğasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tarafların birbirleriyle önceden bir hukukî ilişkisi mevcut değildir. Tesadüfi karşılaşmaların esas olduğu haksız fiil sorumluluğunda, sözleşmeler hukukundaki gibi işlemsel temas sırasında meydana gelen yoğun ve somut bir güven ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir. Herkese karşı gösterilmesi gereken davranışlardan doğan soyut ve yüzeysel bir güven ortamı, olumlu ve olumsuz menfaatin dikkate alınması için yeterli bir sebep değildir. Bkz. **Keller, M.,** s. 15; **Lange/Schiemann,** s. 66, 67; **Lüchinger,** N. 93 vd.; **Medicus,** Id Quod,

karşılaştırma her iki menfaat türünde fark teorisi çerçevesinde yapılmakla birlikte, her bir menfaat türünde dikkate alınan olgular farklıdır.

Olumlu menfaatte, ifanın hiç veya gereği gibi yapılmaması sonucu malvarlığının içinde bulunduğu fiili durum ile borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı farazi durum karşılaştırılmaktadır. Buna karşılık olumsuz menfaatte, malvarlığının sözleşmenin hüküm ifade etmemesi sebebiyle içinde bulunduğu fiili durum ile bu sözleşme ilişkisine hiç girilmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark dikkate alınmaktadır[123].

Olumlu menfaat, alacaklının borcun tam ve doğru ifa edilmesindeki menfaatidir. Alacaklı sözleşme ilişkisine girerken elde edeceği edim bakımından bazı amaçlar taşımaktadır. Gerçekten, alacaklı, başta edimin malvarlığında meydana getireceği artış olmak üzere, şeyi kullanmak, tekrar satmak veya diğer malvarlığı değerlerini korumak gibi amaçlarla sözleşme yapar[124]. Alacaklının edimin ifasındaki bu menfaatine, ifa menfaati (*Erfüllungsinteresse*) de denilmektedir. Edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde alacaklının olumlu (ifa) menfaati ihlal edilmektedir. Bu menfaatin ihlali

---

s. 312, 313; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 8; **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Bucher,** AT, s. 341, 342; **MüKo/Oetker,** § 249, N: 130; **Budewig/Gehrlein,** Kap. 15, N. 14; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 71, 426; **Eren,** Borçlar Genel, s. 552. Bununla birlikte, borç ilişkisine aykırılığın aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği hâllerde taleplerin yarışması söz konusu olur. Bu ihtimalde, zarar gören kendisi için daha avantajlı olan borca aykırılık hükümlerinin uygulanmasını tercih ederse, zararın hesabında olumlu ve olumsuz menfaat ayrımına gidilir. Bu gibi hâllerde haksız fiil ile olumlu-olumsuz menfaat ayrımının kesiştiği söylenebilir. Diğer taraftan, örneğin sözleşme görüşmelerinde karşı tarafın korkutmasıyla sözleşme yapan taraf bu sözleşmeyi iptal etmek istemezse, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayanabileceği gibi haksız fiil hükümlerine dayanarak da tazminat talep edebilir. İşte haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edilen bu hâllerde de zararın hesabında olumlu-olumsuz menfaatin dikkate alınması mümkündür. Bkz. **Lange/Schiemann,** s. 67; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 30. Ayrıca bkz. ve krş. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 8, 9. Buna karşılık, Alman hukukunda istisnaen de olsa haksız fiil sorumluluğunda olumsuz menfaatten söz eden karar ve yazarlar bulunmaktadır. Bu kullanımın doğru olmadığı yönünde bkz. **Lange/Schiemann,** s. 67, dn. 99; **Fikentscher/Heinemann,** s. 367.

[123] **von Jhering,** s. 17 vd.

[124] **Rengier,** s. 49.

sonucu meydana gelen zarara müspet zarar denir. Olumsuz menfaat ise alacaklının sözleşme görüşmelerine veya hükümsüz kalan sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olmasındaki menfaatidir[125]. Alacaklı söz konusu sözleşme ilişkisine girmekle bazı masraflar yapmış veya daha iyi şartlarda başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olabilir. Bu menfaatin, geçerli bir borç ilişkisi kurulacağı yönünde güven oluşturularak bu güvenin boşa çıkarılması şeklinde ihlal edilmesiyle ortaya çıkan zarara ise menfi zarar denir.

Olumlu menfaat ileriye yöneliktir. Gerçekten, ifanın tam ve gereği gibi yapılması olumlu menfaatin sağlanması sonucunu verir. Bu menfaat ihlal edildiğinde, ikincil yükümlülük[126] niteliğinde olan müspet zarar tazminatıyla söz konusu olumlu menfaat karşılanır. Buna karşılık olumsuz menfaat geriye dönüktür. Zira olumsuz menfaatin konusu edimin ifa edilmesi değildir. Aksine, olumsuz menfaat hükümsüz kalan borç ilişkisine hiç girilmemiş olması hâlindeki durumu ifade ettiği için, menfi zarar da bu durumu tesis etmeye yönelir[127].

Olumlu ve olumsuz menfaatin zararın belirlenmesi amacıyla yapılan karşılaştırmada farklı çıkış noktalarına dayanması, bu ikisi arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır. Bu sebeple, iki menfaat türü arasındaki ayrım, tazmin edilecek zararın edim borcunun ihlalinden mi yoksa bir sözleşme ilişkisinin geçerli olacağına duyulan güvenden mi kaynaklandığına göre belirlenmektedir. Bu bakımdan, kural olarak

[125] **Rengier,** s. 50.

[126] İkincil yükümlülük (tâlî yükümlülük), başka anlamlara da gelmekle birlikte, her şeyden önce aslî edim yükümlülüğünün borçlu tarafından ihlal edilmesi hâlinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğünü ifade eder. Geniş bilgi için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 30 vd.

[127] **Rengier,** s. 50, 51. Alacaklı hükümsüz sözleşme ilişkisine hiç girmeseydi o sözleşmeyi kurmak için yaptığı masrafları da yapmayacağı için olumsuz menfaatin kapsamındadır. Yine, zarar görenin hükümsüz kalan sözleşme ilişkisine girdiği için kaçırdığı başka bir sözleşme yapma fırsatından doğan zarar da bu gerekçeyle tazmin edilir.

olumlu menfaat sözleşmenin geçerli olmasına, olumsuz menfaat ise güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğüne dayanmaktadır[128].

2. Bütünlük Menfaati

a. Genel Olarak

Sözleşmenin ifası veya sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen zararlar yalnızca olumlu veya olumsuz menfaatin ihlalinden kaynaklanmamaktadır. Gerçekten, bir sözleşme yapmak amacıyla işlemsel temasa geçen tarafların, bu hukukî ilişkinin konusu dışında kalan başka mal ve şahıs varlığı değerleri de bulunmaktadır. Söz konusu mal ve şahıs varlığı değerlerinin, taraflar arasındaki sözleşmeyle veya sözleşme görüşmeleriyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, tarafların olumlu ve olumsuz menfaatlerinin yanında, diğer hukukî değerlerinin bütünlüğünün korunmasına yönelik bir menfaatleri de bulunmaktadır. Bir kimsenin işlemsel temasın konusu olan değerlerinin dışındaki diğer şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik olan bu menfaate, bütünlük menfaati (*Integritätsinteresse*/ *Erhaltungsinteresse*)[129] denilmektedir[130]. Bütünlük menfaati özellikle, kişinin vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı, mülkiyet hakları gibi mutlak şekilde korunan değerlerini

---

[128] **von Jhering,** s. 18; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 30.

[129] Bütünlük menfaati (*Integritätsinteresse*) deyimi yerine, koruma menfaati (*Erhaltungsinteresse*/ *Schutzinteresse*) tabiri de kullanılmaktadır. Örneğin bkz. **Stoll, Heinrich,** "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung: Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre", AcP 136, 1932, s. 298; **Keuk,** s. 162; **Bucher,** AT, s. 342, dn. 54; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38; **Eren,** Borçlar Genel, s. 40; **Aral,** s. 174. Bir görüş, bütünlük menfaati (*Integritätsinteresse*) ve koruma menfaati (*Erhaltungsinteresse*) ayrımı yapmaktadır. Bu görüşe göre, koruma menfaati üst başlıktır ve bütünlük menfaati ile olumsuz menfaati kapsar. Bkz. **Rengier,** s. 53, dn. 68. Ayrıca bkz. ve krş. **Keuk,** s. 162 vd.

[130] **Stoll,** AcP, s. 298; **Fikentscher/Heinemann,** s. 257, 305; **Lange/Schiemann,** s. 70; **Rengier,** s. 53; **Bucher,** AT, s. 342, dn. 54; **Lüchinger,** N. 350, 369; **Keuk,** s. 162; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2904; **Schwenzer,** OR, N. 14.32; **Glättli,** Diss., s. 25, 26; **Eren,** Borçlar Genel, s. 40; **Aral,** s. 49, 174.

konu edinir[131]. Esasen söz konusu değerler sözleşme görüşmelerinden ve edimin ifasından bağımsız olarak her an ihlal edilebilir niteliktedir[132].

Sözleşme yapmak amacıyla işlemsel temasa giren kişiler, birbirlerinin bütünlük menfaatine zarar vermemek için her türlü özeni göstermek, zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Karşı tarafın bütünlük menfaati olarak tanımlanan söz konusu diğer mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar vermeme yükümlülüğüne koruma yükümlülükleri[133] veya davranış yükümlülükleri denilmektedir[134]. Başka bir ifadeyle,

---

[131] **Lüchinger,** N. 350; **Lange/Schiemann,** s. 70; **Stoll,** AcP, s. 298; **Rengier,** s. 53 vd., 89; **Eren,** Borçlar Genel, s. 40, 41.

[132] Bu bakımdan bütünlük menfaati esasen haksız fiilin konusudur. Ancak taraflar arasında sözleşme görüşmesi veya sözleşme gibi güvene dayalı bir hukukî ilişkinin mevcut olduğu hâllerde, bütünlük menfaatinin korunması da sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bkz. **Stoll,** AcP, s. 298; **Rengier,** s. 53; **Serozan, Rona,** "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: 'Sözleşmenin Müspet İhlali' ve 'Culpa in contrahendo'", İÜMHAD, 1990, C. 15, S. 18, s. 36, 38.

[133] Doktrinde koruma yükümlülükleri (*Erhaltungspflichten*/*Schutzpflichten*) yerine davranış yükümlülükleri (*Verhaltenspflichten*), diğer davranış yükümlülükleri (*weitere Verhaltenspflichten*), güvence yükümlülükleri (*Sicherungspflichten*) veya özen gösterme yükümlülüğü (*Sorgfaltspflicht*) tabirleri de kullanılmaktadır. Bkz. **Stoll,** AcP, s. 298 vd.; **Fikentscher/Heinemann,** s. 29, 30; **Staudinger/Olzen,** § 241, N. 154; **Esser/Schmidt,** s. 135 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 40; **Aral,** s. 49; **Kırca, Çiğdem,** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 155; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 112, dn. 132; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12; **Akyol, Şener,** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 46. Larenz, "diğer davranış yükümlülükleri" (*weitere Verhaltenspflichten*) deyimini, bütünlük menfaatini koruma yükümlülüklerinin (*Schutzpflichten*) yanında, sadakat yükümlülüğünü (*Loyalitätsinteresse*) de kapsayan bir üst başlık olarak kullanmaktadır. Bkz. **Larenz,** I, s. 9 vd. Bu bakımdan, bütünlük menfaatinin korunmasını amaçlayan yükümlülükleri ifade etmek için kullanılacak kavramda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çalışmada bütünlük menfaatini korumaya yönelik yükümlülüklerini ifade etmek üzere, koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*/ *Erhaltungspflichten*) ve davranış yükümlülükleri (*Verhaltenspflichten*) deyimleri tercih edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu çalışmada kullanılan "davranış yükümlülükleri" tabirinin, Larenz'in "diğer davranış yükümlülükleri" tabiri ile alakası bulunmamaktadır.

[134] Bkz. **Stoll,** AcP, s. 298, 299; **Dölle, Hans,** "Aussergesetzliche Schuldpflichten", ZgS, Bd. 103, 1943, s. 84; **Stoll, Heinrich,** Die Lehre von den Leistungsstörungen, Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, Tübingen 1936, s. 26 vd.; **Larenz,** I, s. 9 vd.; **Walter, Hans Peter,** "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", ZBJV, 4/1996, s. 279; **Merz,** Vertrag, N. 121 vd.;

koruma yükümlülükleri, kişinin sözleşmenin konusu dışındaki şahıs ve malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet eder[135]. Edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız olan[136] koruma yükümlülükleri, kaynağını TMK m. 2/I dürüstlük kuralından almaktadır[137]. Bu sebeple, koruma yükümlülükleri

Staudinger/Olzen, § 241, N. 154 vd.; **Thiele, Wolfgang,** "Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung: Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts", JZ, 1967/21, s. 650; **Frost, Marina,** Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten, Berlin 1981, s. 38 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 211 vd.; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 46 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 39 vd.; **Serozan, Rona,** " 'Culpa in contrahendo', 'Akdin Müspet İhlali' ve 'Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme' Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", İÜMHAD, 1968, C. 2, S. 3, s. 117 vd.; **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 35; **Aral,** s. 49 vd.; **Ulusan,** s. 315; **Kırca,** Sorumluluk, s. 155 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 112; **Baygın, Cem,** "Culpa in contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, s. 354 vd.

[135] **Stoll,** AcP, s. 298, 299; **Stoll,** Leistungsstörungen, s. 27 vd.; **Stürner, Rolf,** "Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten", JZ, 1976/13, s. 385; **Köpcke, Günther,** Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965, s. 79; **Rengier,** s. 89, 90; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 118; **Eren,** Borçlar Genel, s. 41; **Aral,** s. 49, 174, 175.

[136] Borç ilişkisinde aslî ve yan edim yükümlülükleri bulunmaktadır. Aslî edim yükümlülüğü borç ilişkisinin tipini belirleyen yükümlülüktür. Borç ilişkisinde aslî edim yükümlülüğünün yanında yan edim yükümlülükleri de bulunabilir. Buna ek olarak, bir borç ilişkisinde aslî ve yan edim yükümlülüklerinin yanında bir de yan yükümlülükler bulunmaktadır. Doktrinde yan yükümlülüklere ilişkin çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Bağımsız olarak dava edilebilirliklerine göre yapılan bir ayrım, bağımlı yan yükümlülük ve bağımsız yan yükümlülük şeklindedir. Başka bir ayrıma göre ise yan yükümlülükler, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır. Burada işlenen yükümlülükler, koruma (davranış) yükümlülükleridir. Bunlar, edim yükümlülüklerinden bağımsızdır. Öyle ki, koruma (davranış) yükümlülükleri tarafların iradelerinden de bağımsız olarak TMK m. 2/I dürüstlük kuralından doğar. Koruma yükümlülükleri edim yükümlülüğü niteliğinde olmadığı için, kural olarak yerine getirilmeleri dava ile talep edilemez. Bu sebeple koruma (davranış) yükümlülükleri ihlal edildiğinde ancak meydana gelen zararın tazmini talep edilebilir. Buna karşılık tarafların anlaşarak koruma (davranış) yükümlülüklerini yan edim yükümlülüğü hâline getirmeleri de mümkündür. Diğer taraftan, aşağıda açıklandığı gibi koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin mevcut olmadığı hâllerde de söz konusu olabileceğini unutmamak gerekir. Bkz. **Stoll,** Leistungsstörungen, s. 27 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 37 vd., özellikle 39 vd.; **Aral,** s. 33 vd.; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 117, 119; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 45 vd.

[137] **Stoll,** AcP, s. 299; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 212; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12; **Eren,** Borçlar Genel, s. 41; **Aral,** s. 53; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 112, 113; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 46; **Ulusan,** s. 314.

sözleşme öncesinde, sözleşme esnasında ve hatta sözleşme sonrasında mevcuttur[138].

Bütünlük menfaati ve dolayısıyla koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri ile yakından ilişkilidir. Gerçekten, bir hukukî işleme yönelmiş şekilde işlemsel temas içerisine giren taraflar arasında, içeriği yalnızca koruma (davranış) yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi şeklinde ifade edilen bu hukukî ilişkide tarafların bir edim yükümlülüğü bulunmamaktadır[139]. Aksine bu borç ilişkisinde tarafların en önemli borçları koruma yükümlülüklerine uygun davranmak, yani karşı tarafın bütünlük menfaatini ihlal etmemektir. Koruma yükümlülüklerine aykırı hareket ederek karşı tarafın bütünlük menfaatini ihlal eden taraf, meydana gelen zarardan sorumlu olur. Koruma yükümlülüklerine göre üst başlık olan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi, bir hukukî işlem kurmak amacıyla temasa geçen kişiler arasında, birbirlerine karşı özen gösterme, doğru bilgi verme, aydınlatma, karşı tarafın ve etki alanındaki üçüncü kişilerin[140] bütünlük menfaatini ihlal etmeme borçlarını doğurur[141]. Bu borç ilişkisi, niteliği bakımından sözleşmeye dayanan bir

---

[138] Koruma yükümlülükleri, doğuş anları bakımından sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri (*vorvertragliche Schutzpflichten*), sözleşme esnası koruma yükümlülükleri (*vertragliche Schutzpflichten*) ve sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri (*nachvertragliche Schutzpflichten*) olmak üzere üçe ayrılır. Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 41; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 46 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12 vd.; **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 35.

[139] **Larenz,** I, s. 14; **Koller,** OR 2009, s. 15; **Canaris, Claus-Wilhelm,** "Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtigen Verträgen", JZ, 1965/15-16, s. 475; **Thiele,** s. 649 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 211; **Eren,** Borçlar Genel, s. 42; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 39; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12, 13; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 121.

[140] Üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkileri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 43; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 54, 56.

[141] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 211, 212; **Eren,** Borçlar Genel, s. 44; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 114, 115; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 39, 40; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 19, N. 1 vd.; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 121 vd.; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 47 vd.

borç ilişkisi değil, TMK m. 2/I dürüstlük kuralından kaynaklanan bir kanunî borç ilişkisidir[142]. Söz konusu kanunî borç ilişkisi, tarafların iradesinden, yaptıkları veya yapacakları sözleşmeden bağımsızdır[143]. Bu bakımdan, amaçlanan sözleşmenin kurulup kurulamaması veya kurulmasına rağmen geçersiz olması edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin varlığına etki etmez[144].

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi en önemli etkisini sözleşme görüşmeleri sırasında gösterir. Gerçekten bu borç ilişkisinin sözleşme görüşmeleri sırasındaki ihlali hâlinde haksız fiil değil, sözleşme hükümleri uygulanır. Çünkü sözleşme yapmak amacıyla işlemsel temasa geçen kişiler arasında, haksız fiildekinden daha yakın ve güvene dayalı bir ilişki kurulmaktadır[145]. Bu sebeple karşı tarafın bütünlük menfaatinin ihlal edilmemesi için her türlü özenin gösterilmesi gerekir.

---

[142] **Canaris,** Ansprüche, s. 476; **Larenz,** I, s. 9 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 212; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 13; **Eren,** Borçlar Genel, s. 44; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 46; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 115.

[143] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 212; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 13; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 39; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 121, 122; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 116.

[144] Koruma yükümlülükleriyle aynı doğrultuda olmak üzere, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi sözleşme görüşmeleri sırasında, sözleşme esnasında ve hatta bazen sözleşmeden doğan edim borçları tamamen ifa edildikten sonra bile varlığını sürdürür. Örneğin, bir mal satın alan kişinin, mağazadan çıkarken bakımı yapılmamış tabelanın kafasına düşmesi sonucu yaralanması hâlinde koruma yükümlülüklerinin, dolayısıyla edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlali söz konusu olur. Yine, kiraya verenin kira sözleşmesi sona ermesine rağmen kiracının yeni adresini gösteren bir tabelanın asılı kalmasına uygun bir süre katlanma yükümlülüğü de edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin konusudur. Bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 212; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 13; **Eren,** Borçlar Genel, s. 44; **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 41, 42; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 19, N. 6; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 53; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 40; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 117, dn. 146. Krş. **Kutlu Sungurbey,** s. 113, dn. 45.

[145] **Lüchinger,** N. 346; **Larenz,** I, s. 7; **Bydlinski, Peter,** Bürgerliches Recht Bd. I Allgemeiner Teil, Hrsgb.: Apathy, Peter, 4. Aufl., Wien 2007, N. 6/35; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 12, 13; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 211; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 122; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 38; **Aral,** s. 52.

Koruma yükümlülüklerine aykırı davranıldığında, bu güvene dayalı yakın ilişki sebebiyle artık haksız fiil hükümlerinden[146] daha avantajlı olan sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanmalıdır[147]. Örneğin, Alman hukuk uygulamasında verilen iki önemli karar olan muşamba topu[148] ve muz kabuğu[149] kararlarında, sözleşme görüşmeleri sırasında satıcının dükkanında vücut bütünlüğü zarar gören alıcının bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararı tazmin edilmiştir[150]. Burada, satıcının

[146] Yukarıda bahsedildiği gibi esasen bütünlük menfaatinin korunması tipik olarak haksız fiil hukukunun kapsamındadır. Bununla birlikte, haksız fiil sorumluluğunda ispat, zamanaşımı, yardımcı kişiden sorumluluk gibi konular sözleşmeden doğan sorumluluğa nazaran daha elverişsizdir. Bu sebeple, herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hâllerde, bütünlük menfaatinin ihlali sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabi tutulmaya çalışılmaktadır. Bkz. **Lüchinger,** N. 372 vd., N. 412. Ayrıca bkz. **Rengier,** s. 53; **Stoll,** AcP, s. 298; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1073; **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 36, 38.

[147] Sözleşme görüşmeleri sırasında edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlali *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile örtüşmektedir. Aynı yönde bkz. **Rengier,** s. 53; **Bydlinski,** N. 6/35; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 8 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 115, 116. Ayrıca dikkat edilmelidir ki, menfi zarar da çoğu zaman sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri, sözleşme görüşmelerinde bütünlük menfaatini koruduğu gibi, olumsuz menfaati de korumaktadır.

[148] 1911 tarihli bu karara konu olan olayda, satıcının, muşamba alma niyetiyle mağazasına gelen kişi ve çocuğunu, muşamba topunu düşürerek yaralaması sonucu oluşan zararın *culpa in contrahendo* sorumluluğu hükümlerine tabi olması gerektiğine hükmedilmiştir. Mahkeme, müşterinin muşambanın gösterilmesini talep etmesi ve satıcının bunu kabul etmesiyle aralarında sözleşme benzeri bir ilişkinin kurulduğunu kabul etmiştir. RGZ 78, 239 vd. (**Lüchinger,** N. 352'den naklen).

[149] Bu kararda ise ev eşyası satan bir mağazaya gelen bir kişi, yerdeki muz kabuğuna basarak düşüp yaralanmıştır. Federal mahkeme bu olayda, henüz satım sözleşmesine ilişkin bir görüşme başlamamış olsa bile, bir sözleşme yapma amacıyla bir mağazaya giren herkesin bu andan itibaren şahsî güvenliğinin sözleşmeye dayalı sorumluluk çerçevesinde korunması gerektiği gerekçesiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gitmiştir. BGH NJW 1962, 31-32 (**Lüchinger,** N. 353'ten naklen).

[150] Burada, taraflar arasında bir hukukî işlem (sözleşme) kurma amacı bulunduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Zira bir kimsenin işlemsel temas gibi bir amacı yokken yanlışlıkla bir dükkana girip bütünlük menfaatinin ihlali sebebiyle zarara uğraması hâlinde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine gidilemez. Aynı yönde bkz. **Staudinger/Feldmann,** § 311, N. 109; **Lüchinger,** N. 367. Aksi görüşte bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 40. İşlemsel temas yerine "sosyal temas" tabirini tercih eden ve taraflar arasındaki sosyal temasın hukukî işlem kurma amacına yönelmesinin şart olmadığını, hukuken yasaklanmamış bir amaca ulaşmak için mal ve şahıs varlığını bir başkasının müdahalesine açık

koruma yükümlülüklerine aykırı davranması sonucu edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi ihlal edilmiştir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanan bu tazminat, alıcının olumlu ve olumsuz menfaatini değil, bütünlük menfaatini korumaktadır[151].

Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu hâllerde kanunî borç ilişkisi niteliğindeki edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin akıbeti tartışmalıdır. Bir görüş, bu kanunî borç ilişkisinin sözleşmeden doğan borç ilişkisinin yanında ve ondan bağımsız olarak varlığını sürdüreceğini savunmaktadır[152]. İsabetli bulduğumuz diğer görüş ise sözleşmenin kurulmasıyla birlikte edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin sözleşmenin içeriğine dâhil olacağını, dolayısıyla hem edim yükümlülüklerini hem de davranış yükümlülüklerini içeren bir sözleşmeden doğan borç ilişkisinin söz konusu olacağını kabul etmektedir[153]. Sözleşmenin ifası sırasında koruma (davranış)

---

hâle getirmenin yeterli olduğunu savunan görüş için bkz. **Dölle,** s. 68 vd.; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 123 vd.; **Ulusan,** s. 316.

[151] **Lüchinger,** N. 354, 366; **Rengier,** s. 53, dn. 70; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 32; Buna karşılık sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış bütünlük menfaatini değil de olumsuz menfaati ihlal etmişse, *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde menfi zarar talep edilir. Aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 9. Sözleşme öncesi görüşmelerdeki edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisine aykırılıkta her durumda menfi zararın tazmin edileceği yönündeki katılma imkânı bulamadığımız görüş için bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 214.

[152] Bkz. **Canaris,** Ansprüche, s. 478 vd.; **Frost,** s. 153 vd.; **Thiele,** s. 653 vd.; **Kırca,** Sorumluluk, s. 159, 173; **Ulusan,** s. 316; **Esser/Schmidt,** s. 153 vd.; Birlik-teklik teorisi (*Einheitstheorie*) şeklinde adlandırılan bu görüşe ilişkin detaylı bilgi ve eleştiriler için bkz. **Aral,** s. 54 vd., 122 vd.

[153] **Larenz,** I, s. 14, 15, 117 vd.; **Staudinger/Feldmann,** § 311, N. 120; **Eren,** Borçlar Genel, s. 44, 45; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 14. Krş. **Stoll, Hans,** "Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel", AcP 176, 1976, s. 150, dn. 21; **Huber, Ulrich,** "Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung", AcP 177, 1977, s. 296 vd., özellikle 316 vd. Bu görüşe katılmakla birlikte, ayrıca sözleşme görüşmelerinin başarısızlıkla kesilmesi veya sözleşmenin kurulmasıyla sona ermesi hâlinde bile, bu ana kadar *culpa in contrahendo*'dan doğan tazminat taleplerinin varlığını sürdüreceği yönünde bkz. **Staudinger/Feldmann,** § 311, N. 120; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 117, dn. 146. Dönüşme teorisi (*Umschlagstheorie*) şeklinde adlandırılan bu görüşe ilişkin geniş bilgi için bkz. **Aral,** s. 56, 57, 122.

yükümlülüklerine aykırı davranış sonucu meydana gelen zarar, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmin edilir. Örneğin, bir opera gösterisinde görevlinin ihmâliyle çıkan yangın sonucu bir seyircinin yaralanması[154] veya su borularını tamir eden ustanın elektrik tesisatına zarar vermesi hâllerinde olumlu menfaatin ihlalinden kaynaklanan bir müspet zarar bulunmamaktadır[155]. Çünkü bu olaylarda sözleşmeden doğan edimin ifasına ilişkin menfaatin dışında, alacaklının bütünlük menfaati (vücut bütünlüğü ve mülkiyet hakkı) ihlal edilmiştir. Ancak taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunduğu için *culpa in contrahendo*'dan değil, sözleşmeye aykırılıktan (sözleşmenin olumlu ihlali)[156] doğan sorumluluğa gidilir.

Sözleşmenin sona ermesinden sonraki edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamına giren koruma yükümlülüklerine aykırılıklarda (*culpa post pactum perfectum*) da sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uygulanır. Aslında, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonraki bütünlük menfaatinin ihlali haksız fiilin konusudur[157]. Ancak burada da taraflar arasındaki özel güven ilişkisi sebebiyle borca aykırılık hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir[158].

Bütünlük menfaatinin ihlali çoğu zaman farklı bir sorumluluk rejiminin uygulanmasını gerektirmez. Çünkü geçerli bir sözleşmenin bulunduğu hâllerde bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlar, borca aykırılık hükümleri kapsamında

---

[154] Benzer bir olayda, bir bedel karşılığı girilen bir ulusal kutlamada bir seyirci havaî fişek yüzünden gözünden yaralanmıştır. Federal mahkeme, organizatörün, ziyaretçinin edimin ifasından herhangi bir zarar görmemesini sağlamakla yükümlü olduğu gerekçesiyle esasen koruma yükümlülüğü ve dolayısıyla bütünlük menfaatini konu alan bu zararın sözleşmenin ihlali kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. BGE 70 II 215 vd. (**Lüchinger,** N. 356, 357'den naklen).

[155] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 33.

[156] **Rengier,** s. 53, 89 vd.; **Lüchinger,** N. 360; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 33.

[157] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 38.

[158] **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 42. Sona eren vekâlet sözleşmesinde vekilin sır saklama yükümlülüğü gibi bazı yükümlülüklerin doğrudan sözleşmeden doğduğu ve ayrı bir teoriye başvurmaya ihtiyaç olmadığı görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 38.

tazmin edilir. Diğer taraftan, sözleşme görüşmeleri sırasında bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlar bakımından da durum farklı değildir. Nitekim sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen zararlar, menfi zarar veya bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zarar ayrımı yapılmaksızın borca aykırılık hükümlerine tabi tutulmaktadır[159]. Bu bakımdan, yalnızca taraflar arasında herhangi bir sözleşme veya sözleşme görüşmesinin bulunmadığı hâllerde haksız fiil hükümlerine gidilmektedir[160].

Bütünlük menfaatinin ihlaliyle ortaya çıkan zararları, kişiye ilişkin zararlar, şeye ilişkin zararlar ve salt (saf) malvarlığı zararları şeklinde sınıflandırmak mümkündür[161]. Ölüm hâlinde uğranılan zararlar ve bedensel zararlar bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlardandır. Şeye ilişkin zarar, eşyanın hasara uğraması, tamamen yok olması ve kaybolmasından kaynaklanan malvarlığı zararıdır[162]. Kişiye ve şeye verilen zarar dışında kalan malvarlığındaki eksilmeler ise salt malvarlığı zararıdır[163].

b. Olumlu ve Olumsuz Menfaatle İlişkisi

Bütünlük menfaati ile korunmak istenen hukukî durum, sözleşme görüşmelerinden veya sözleşmenin konusu olan edimden bağımsızdır[164]. Bu

---

[159] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 212, 213; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 9; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 37 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 36.

[160] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 36.

[161] Bkz. **Lüchinger,** N. 387 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 33, 34. Zarar verici olayla tesadüfen çakışan ve başka sebeplere dayanan tehlikeler bütünlük menfaatinin koruma alanına girmez. Örneğin, bir kazada yaralanan kişiye, polis kontrolünde ayrıca ehliyetsiz araç kullandığı için de idari para cezası kesilmişse, yaralanma bütünlük menfaatinin kapsamındayken, idari para cezası bu menfaatin kapsamında kabul edilmez ve zarar veren bundan sorumlu olmaz. Benzer şekilde, kaza sonucu yapılan muayenede önceden var olan bir beyin sklerozu tespit edilir ve bu sebeple kişi erken emekli olursa, zarar veren, yaralanmaya bağlı olmayan bu sonuç yüzünden zarar görenin uğradığı kazanç kaybından sorumlu olmaz. Bkz. **Rengier,** s. 54.

[162] **Oftinger/Stark,** s. 363; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 77; **Schwenzer,** OR, N. 18.01; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 275; **Eren,** Borçlar Genel, s. 763.

[163] Bkz. Bölüm I, § 3, V.

[164] **Frost,** s. 38 vd.; **Lüchinger,** N. 370; **Aral,** s. 174.

bakımdan, bütünlük menfaati olumlu ve olumsuz menfaatten ayrılmaktadır. Nitekim alacaklının olumlu veya olumsuz menfaatinin kapsamına girmeyen bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlar, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkabileceği gibi, sözleşme sırasında ve hatta sözleşmeden sonra bile ortaya çıkabilir.

Bütünlük menfaati, hiç veya gereği gibi ifa etmemeden ya da sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvenilmesinden doğan zararın giderilmesine değil, taraflar arasındaki işlemsel temasa yabancı olan değerlerin korunmasına hizmet eder. Bu sebeple, olumlu ve olumsuz menfaat ile bütünlük menfaati birbirlerini dışlamazlar. Bu bakımdan, aynı olayda olumlu veya olumsuz menfaatten biri ile bütünlük menfaatinin birlikte talep edilmesi mümkündür[165].

Başka bir açıdan bakılırsa, korunan değerler farklı olduğu için, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararın olumlu veya olumsuz menfaatin değerini aşması mümkündür[166]. Örneğin, katıldığı bir konserde yaralanan bir kişinin tedavi masrafları, bilete ödediği bedelden yüksek olabilir.

Bazı durumlarda, olumlu menfaatin ihlali aynı zamanda bütünlük menfaatini etkileyebilir. Örneğin, tedavi sözleşmesi veya ödünç sözleşmesinde olduğu gibi alacaklının hukukî değerlerinin korunması, aynı zamanda sözleşmenin içeriğini oluşturabilir. İşte böyle hâllerde iki menfaat türü örtüşmekte ve olumlu menfaatle birlikte bütünlük menfaati de korunmaktadır[167]. Buna karşılık bütünlük menfaati ile olumsuz menfaat arasında böyle bir kesişme söz konusu değildir. Zira olumsuz menfaatte işin doğası gereği alacaklının hukukî değerlerinin korunmasını içeren herhangi bir edim yükümlülüğünden bahsedilemez[168].

---

[165] **Lange/Schiemann,** s. 70; **Lüchinger,** N. 382; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 35. Açıkça belirtmemekle birlikte bu yönde bkz. **Schwenzer,** OR, N. 14.32.

[166] **Larenz,** I, s. 112; **Lüchinger,** N. 384.

[167] **Lüchinger,** N. 379.

[168] **Lüchinger,** N. 380.

Alacaklı, ilk sözleşmedeki borca aykırılık sebebiyle bir üçüncü kişiyle arasında mevcut olan başka bir borç ilişkisindeki edimini ifa edemeyip tazminat ödemek zorunda kalabilir. Alacaklının bu sebeple uğradığı zararlar bütünlük menfaatinin kapsamına girdiği gibi, olumlu ve olumsuz menfaatin de kapsamı dâhilindedir. Sorumluluk menfaaati (*Haftungsinteresse*) adı verilen bu tür zararlar başka bir hukukî ilişkiden doğmakla birlikte, ilk sözleşmedeki borçlunun edim veya davranış yükümlülüklerini ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır[169]. Bu sebeple, bütünlük menfaatine dâhil olan söz konusu zararlar, aynı zamanda geçerli bir sözleşmenin bulunduğu hâllerde olumlu menfaatin, sözleşmenin hükümsüz kaldığı hâllerde ise olumsuz menfaatin kapsamına girerler[170].

Birbirinden farklı iki menfaat türü olan bütünlük menfaati ve olumsuz menfaat arasında bazı noktalarda benzerlikler bulunmaktadır. Gerçekten, bütünlük menfaatinde, hukukî değerlerin ihlal edilmesi sonucu meydana gelen durumun tazminat yoluyla hiç olmamış hâle getirilmesi amaçlanmaktadır. Benzer şekilde, olumsuz menfaatte oluşturulan güvenin ihlali sonucu hüküm ifade etmeyen sözleşme ilişkisine girilmiş olması durumunun, tazminat yoluyla hiç olmamış hâle getirilmesi hedeflenmektedir[171]. Bu bakımdan, her iki menfaat türünde tazminat talebi olumsuz

[169] Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 34, dn. 104.

[170] Bir görüş, bu tür zararların yalnızca bütünlük menfaatinin bir kalemi olduğunu, olumlu veya olumsuz menfaat kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Yazara göre, alacaklının üçüncü kişiye karşı üstlendiği ceza koşulu ve tazminatın, zarar veren ile arasındaki sözleşmenin içeriğiyle bir ilgisi yoktur. Söz konusu zarar, ilk sözleşmeden bağımsız olarak, alacaklının malvarlığının pasif kısmında yer alır. Bu sebeple, borçlunun edimi gereği gibi ifa etmemesi sonucu alacaklının üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat veya ceza koşulu bütünlük menfaatinin bir parçasıdır. Bkz. **Lüchinger,** N. 145, dn. 157, 291, 402. Sorumluluk menfaatini yalnızca bütünlük menfaatinin kapsamında değerlendiren bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu tür zararlar, borçlunun alacaklının olumlu veya olumsuz menfaatini ihlal etmesinin uygun sonucu olarak da ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple, söz konusu zarar kalemleri, çoğu zaman müspet veya menfi zarar kapsamında talep edilebilmektedir.

[171] Olumsuz menfaatte, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi tarzında meydana gelen durumun tazminat yoluyla hiç olmamış hâle getirilmesinin hedeflendiği şeklindeki kabul tarzı (bkz. **Ergüne,** Olumsuz

bir durumun sağlanmasına yönelmektedir[172]. Buna karşılık olumlu menfaatte, hiç veya gereği gibi yapılmayan ifanın gereği gibi yapılmış olması hâli tazminat yoluyla sağlanmaya çalışılır. Bu bakımdan olumlu menfaatin tazmini, olumlu bir durumun sağlanmasına yönelmektedir.

Bütünlük menfaati, çoğunlukla kişiye gelen zararda kazanç kaybı ve şeye gelen zararda üretim kaybı gibi yoksun kalınan kazancı kapsamakla birlikte, bu kayıplar olumlu menfaatin kapsamındaki yoksun kalınan kârdan farklıdır[173]. Gerçekten, bütünlük menfaatinde zarar veren, karşı tarafın sözleşmenin konusuyla ilgili olmayan kâr beklentilerine zarar verir. Buna karşılık olumlu menfaatte borçlu, doğrudan ifayı vaat ettiği edimle ilgili olan kâr beklentilerini yok eder[174]. Olumsuz menfaatteki kaçırılan fırsatlar ile bütünlük menfaatindeki kazanç kayıpları arasında ilk bakışta bir benzerlik bulunmaktadır. Gerçekten, her iki menfaat türünde de zarar gören tarafın, borçlunun edimiyle ilgili olmayan kazanç beklentilerinin kaybı söz konusudur[175].

Zarar, s. 35, dn. 107) olumsuz menfaate kastedilenin ötesinde bir anlam yüklemektedir. Zira sözleşmenin hüküm ifade etmemesi tarzında meydana gelen durumun tazminatla hiç olmamış hâle getirilmesi, sözleşmenin hüküm ifade ettiği bir durumu sağlar. Bu son durum ise olumsuz menfaatin değil, olumlu menfaatin konusudur. Bu sebeple, kanaatimizce "hüküm ifade etmeyen sözleşme ilişkisine girilmiş olması durumu" şeklindeki bir ifade tarzı olumsuz menfaatin yapısına daha uygun düşmektedir. Esasen bu son ifade tarzı, aynı yazarın kabul ettiği olumsuz menfaat ve menfi zarar tanımlarına da daha uygundur.

[172] **Lange/Schiemann,** s. 70; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2904; **Lüchinger,** N. 371, dn. 466; **Keuk,** s. 162; bkz. ve krş. **Schlechtriem/Schmidt-Kessel,** Kap. 6, N. 285; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 35, dn. 107. Bütünlük menfaati ile olumsuz menfaat arasında korunan hukukî değerler bakımından da bir benzerlik kurmak mümkündür. Gerçekten, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan tazminat talebi, zarar görenin edim menfaati dışında kalan hukukî varlıklarında meydana gelen zararı gidermeyi amaçlamaktadır. Benzer şekilde, olumsuz menfaatin konusu da zarar görenin ifa menfaati dışında kalan değerleridir. Bununla birlikte, olumsuz menfaatin varlığı, kurulamamış veya geçersiz bir sözleşmeye doğrudan bağlıyken, bütünlük menfaati bir sözleşmenin varlığından bağımsız olarak, işlemsel temasa giren tarafların sözleşme görüşmelerine ve sözleşmeye yabancı olan diğer hukukî varlıklarını konu edinir. Bkz. **Rengier,** s. 53, dn. 68; **Lüchinger,** N. 371; **Aral,** s. 174, 175.

[173] **Lüchinger,** N. 408.

[174] **Lüchinger,** N. 409.

[175] **Lüchinger,** N. 410.

Ancak, olumsuz menfaatte, sözleşme veya sözleşme görüşmeleri hiç yapılmasaydı içinde bulunulacak farazî durum dikkate alınırken, bütünlük menfaatinde yalnızca zarar verici davranışın gerçekleşmemiş olması ihtimali dikkate alınır[176]. Zira bütünlük menfaatinde, taraflar arasında bir sözleşme veya sözleşme görüşmesi bulunup bulunmadığı, zararın tespitinde önem taşımaz.

[176] **Lüchinger,** N. 411.

§ 2. MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR AYRIMI

I. GENEL OLARAK

Genel tanımıyla zarar, malvarlığında irade dışı meydana gelen eksilme veya engellenen artıştır. Yukarıda açıklandığı gibi bütün ihtimalleri kapsayacak şekilde bir zarar tanımı yapmak sorumluluk hukukunun en zor meselelerinden biridir. Bunun altında yatan temel sebeplerden biri, zararın niteliği ve kapsamının taraflar arasındaki hukukî ilişkiye ve zararın meydana geliş şekline göre değişiklik göstermesidir. Bu sebeple doktrinde farklı ölçütlere göre zarar ayrımları yapılmaktadır. Bunların başında maddi zarar ve manevi zarar ayrımı gelir. Bunun yanında doğrudan zarar, dolaylı zarar ve yansıma zararı; tabii zarar ve normatif zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kâr; mevcut zarar, müstakbel zarar ve muhtemel zarar; müspet zarar ve menfi zarar şeklinde ayrımlar bulunmaktadır.

Roma hukukunda terminolojik açıdan müspet ve menfi zarar kavramları mevcut olmadığı gibi, bu hukuk sistemi olumlu ve olumsuz menfaat kavramlarına da yabancıdır. Gerçekten, Roma hukukunda söz konusu kavramların bilinmediği oybirliğiyle kabul edilmektedir[177]. Bununla birlikte, içerik bakımından müspet zarar ve menfi zarara ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır[178]. Doktrinde, ilk defa *Savigny* tarafından değinilen[179] ve daha sonra *Mommsen* tarafından ele alınan müspet ve menfi zarar kavramları[180], nihayet *Jhering* tarafından menfi zarar kavramının detaylı incelemesiyle modern anlamda kurumsal bir yapıya kavuşmuştur[181]. *Jhering*,

[177] **Medicus,** Id Quod, s. 312 vd.; **Wieling,** s. 28; **Honsell,** Quod Interest, s. 73, 78, 105; **Keller, M.,** s. 25 vd.; **Simonius,** s. 285, dn. 119; **Scherrer,** s. 6 vd.

[178] Bkz. **Medicus,** Id Quod, s. 313 vd.; **von Jhering,** s. 12 vd., 18; **Honsell,** Quod Interest, s. 70-72, 78.

[179] **Keller, M.,** s. 25, 26; **Medicus,** Id Quod, s. 313; **Leonhard,** s. 661, dn. 2; **Simonius,** s. 236, 237; **Bucher,** AT, s. 342, dn. 54. Ayrıca bkz. ve krş. **Honsell,** Quod Interest, s. 87.

[180] **Mommsen,** Unmöglichkeit, s. 107; **Mommsen,** Interesse, s. 7 vd.

[181] **von Jhering,** s. 17 vd.

bu zarar türlerinin temelinde yatan şartlardan hareket etmiştir. Gerçekten, yazara göre müspet zarar, temelinde sözleşmenin geçerli olması şeklinde olumlu bir şartın varlığını gerektirmektedir. Buna karşılık menfi zararın temelinde, sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olması şeklinde olumsuz bir şartın varlığı aranmaktadır[182].

II. MÜSPET ZARAR KAVRAMI VE UNSURLARI

A. Tanımı

Alacaklı bir borç ilişkisine taraf olurken, ilke olarak bazı çıkarlar elde etme beklentisiyle hareket eder. Bu bakımdan, alacaklının borcun ifasına ilişkin bir menfaati bulunmaktadır. Gerçekten, borç tam ve gereği gibi ifa edilirse alacaklının malvarlığında bazı olumlu sonuçlar meydana gelir. Alacaklının borcun ifasındaki bu menfaatine, ifa menfaati (*Erfüllungsinteresse*), olumlu menfaat (*positives Interesse*) veya olumlu sözleşme menfaati (*positives Vertragsinteresse*)[183] denilmektedir[184]. Borç

[182] **von Jhering,** s. 17, 18; Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. **Keller, M.,** s. 5; **Buz,** Dönme, s. 239; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 55.

[183] *Positives Vertragsinteresse* ifadesini ilk defa *Jhering* kullanmıştır. Bkz. **von Jhering,** s. 18. Doktrinde, olumlu menfaat (*positives Interesse*) tabirinin, kasdedilen doğru ifaya olan menfaat anlamından çok daha geniş bir şekilde, "herhangi bir yararlı durumun meydana gelmesindeki menfaat" anlamına geldiği, bu sebeple olumlu sözleşme menfaati (*positives Vertragsinteresse*) tabirini kullanmanın daha yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Keller, M.,** s. 3.

[184] **von Jhering,** s. 17, 18; **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Rengier,** s. 49; **Aral,** s. 162. Müspet (olumlu) zarar ifadesi Türk hukukuna özgüdür. Gerçekten, Almanca'da müspet zararı ifade etmek için *positives Interesse* (*das positive Interesse*) veya *Erfüllungsinteresse* ifadeleri kullanılmaktadır. Bu ifadelerin kelime anlamı olarak tam karşılıkları sırasıyla olumlu menfaat ve ifa menfaatidir. Dikkat edilirse müspet zarar kavramı Almanca'da çoğunlukla "*Interesse*" yani menfaat terimi ile tanımlanmaktadır. Bunun sebebini, *Mommsen*'in menfaati zarara denk tutan fark teorisinde aramak gerekir. Zira yukarıda açıklandığı gibi fark teorisinde müspet zarar olumlu menfaate eşdeğer kabul edilmektedir. Bu kabul o kadar yerleşmiştir ki fark teorisini eleştiren yazarlar bile müspet zararı çoğunlukla zarar kelimesinin Almanca tam karşılığı olan "*Schaden*" terimiyle değil, menfaat anlamına gelen "*Interesse*" terimiyle ifade etmektedir.

hiç veya gereği gibi ya da zamanında[185] ifa edilmezse, alacaklının ifadaki bu menfaati zedelenir. İfa menfaatinin zedelenmesinin alacaklının malvarlığında meydana getirdiği olumsuz sonuçlar müspet zarar[186] şeklinde ifade edilir[187]. Bu bakımdan müspet zarar (*positives Interesse*/*Nichterfüllungsschaden*), alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatine karşılık gelir[188]. Kısaca müspet zarar, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır[189]. Başka bir ifadeyle müspet zarar, borç tam

[185] Zamanında ifa etmeme kanunda özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, ifa modalitelerinden biri de zaman olduğu için, esasen gereği gibi ifa etmemenin bir türüdür. Bu sebeple aşağıdaki açıklamalarda aksi belirtilmedikçe gereği gibi ifa etmeme tabiri, zamanında ifa etmemeyi de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

[186] Dikkat edilmesi gereken başka bir önemli husus, müspet zararın kelime anlamı olarak Almanca tam karşılığı olan "*positiver Schaden*" ifadesidir. Bu ifade, ilk bakışta müspet zararın karşılığı gibi görünse de durum farklıdır. Gerçekten, yukarıda açıklandığı gibi Almanca'da müspet zarar, *Interesse* (menfaat) kelimesi ile tanımlanmaktadır. "*Positiver Schaden*" ifadesi ise "fiili zarar"ı (*damnum emergens*) karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Örneğin bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 85, dn. 13; **Bucher,** AT, s. 342, dn. 55; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898.n Doktrinde bu hususun gözden kaçırıldığı eserler bulunmaktadır. Örneğin, bkz. **Ataay,** Borçlar, s. 90; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 930. Dokrinde bir görüş ise "*positiver Schaden*" ifadesini fiili zarar (*damnum emergens*) anlamında kullanırken, yoksun kalınan kârı (*lucrum cessans*) ifade etmek için "*negativer Schaden*" tabirini tercih etmektedir. Bkz. **Koller,** OR 2009, s. 695.

[187] Bu sebeple ifa menfaati (*Erfüllungsinteresse*), olumlu sözleşme menfaati (*positives Vertragsinteresse*) ve müspet zarar (*das positive Interesse* veya *positives Interesse*/ *Nichterfüllungsschaden*) kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Lemp,** s. 147; **Havutçu,** s. 68; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 55 vd.

[188] **von Jhering,** s. 18; **Rengier,** s. 49; **Koller,** OR 2009, s. 698 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 288; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38a, Art. 107, N. 17; **Lüchinger,** N. 117 vd.; **Keller, M.,** s. 4; **Lemp,** s. 147; **Horn,** s. 382; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 426; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 806; **Ataay,** Borçlar, s. 90; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 382; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 930; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382; **Aral,** s. 162; **Havutçu,** s. 68.

[189] **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Medicus,** Gesetzliche Schuldverhältnisse, s. 94; **Koller,** OR 2009, s. 699 vd.; **Koller,** II, s. 144 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898, 2900; **Rengier,** s. 49; **Lange/Schiemann,** s. 65, 66; **Lüchinger,** N. 117; **Keller, M.,** s. 4; **Schwenzer,** OR, N. 14.30; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **Apathy/Riedler,** N. 13/9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 426; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 55; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Ataay,** Borçlar, s. 90; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 382; **İnan/Yücel,** s. 610; **Aral,** s. 162;

ve doğru şekilde ifa edilseydi alacaklının uğramayacak olduğu zararlardır. Tüm unsurları kapsayacak şekilde bir tanım vermek gerekirse *müspet zarar, kural olarak geçerli bir borç ilişkisinde, taraflardan birinin borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında ifa etmemesi sebebiyle diğer tarafın uğradığı zarardır.*

Müspet zarar, alacaklının borcun tam ve doğru ifasındaki menfaatine karşılık gelmektedir. Bu sebeple, müspet zararın ifanın sürrogati olduğu kabul edilmektedir[190]. Gerçekten, müspet zararın tazmini, borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumu sağlamayı hedeflemektedir[191]. Başka bir ifadeyle, adı gibi içeriği de "olumlu" bir sonuca yönelmiş olan[192] müspet zarar, tazminat yoluyla hiç veya gereği gibi yapılmayan ifanın yapılmış olması hâlindeki farazî durumu tesis etmeyi amaçlar. Bu bakımdan fark teorisinden hareketle[193] müspet zarar, borç usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile hiç veya gereği gibi ifa edilmediği için malvarlığının hâlihazırda içinde bulunduğu durum arasındaki farktır[194]. Tüm bu

---

Erdoğan, s. 133; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382; **Tiftik, Mustafa,** "Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini", EÜHFD, C. X, s. 3-4, 2006, s. 400.

[190] **Keller, M.,** s. 14; **Serozan,** Dönme, s. 583; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

[191] **Bucher,** AT, s. 342; **Lemp,** s. 146 vd.; **Rengier,** s. 49; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 288; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898, 2900; **Lange/Schiemann,** s. 66; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38a, Art. 107, N. 17; **Koller,** OR 2009, s. 698; **Schwenzer,** OR, N. 14.30; **Lüchinger,** N. 117 vd.; **Apathy/Riedler,** N. 13/9; **Höpfner**, **Clemens,** "Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse, Zur Begrenzung der Schadensersatzpflicht des Anfechtenden", AcP 212, 2012, s. 866; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Havutçu,** s. 68; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

[192] **Keller, M.,** s. 5; **Keuk,** s. 162; **Lüchinger,** N. 371, dn. 466; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

[193] Somut zarar teorisine göre ise müspet zarar, borcun ifa edilmemesi sonucu münferit malvarlığı değerinin içinde bulunduğu durum ile gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunucağı farazî durum arasındaki fark şeklinde tanımlanabilir. Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 56, dn. 185.

[194] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 288, Art. 107, N. 166; **Lemp,** s. 146; **Keller, M.,** s. 4; **jurisPK-BGB/Rüßmann,** § 249, N. 5, 12; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 426; **Saymen,** s. 282; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 383; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **İnan/Yücel,** s. 404, 610; **Aral,** s. 162; **Cansel/Özel,** s. 310; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 400; **Ergüne,**

açıklamalardan anlaşılacağı üzere, müspet zarar yalnızca edimin hiç ifa edilmemesi hâlinde değil, usulüne uygun olarak ifa edilmemesi hâlinde de meydana gelir. Bu bakımdan ifa menfaati, edimin tam ve doğru ifasını kapsar. Borçlu borcunu gereği gibi, yani ifa modalitelerine uygun bir şekilde ifa etmezse alacaklının ifa menfaati ihlal edilir ve müspet zarar söz konusu olur[195].

B. Unsurları

1. Geçerli Bir Borç İlişkisinin Bulunması

Kural olarak TBK m. 112 vd. hükümleri yalnızca sözleşmeden doğan borçlara değil, her türlü borç ilişkisine uygulanır. Gerçekten, söz konusu hükümler borcun kaynağının ne olduğu fark etmeksizin her türlü borç ilişkisinde uygulanabilir

Olumsuz Zarar, s. 56; **Havutçu,** s. 68; **Yıldırım, Abdulkerim,** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 319. Doktrinde bir görüş, kusurlu imkânsızlıkta talep edilen müspet zararın kapsamına maddi zararın yanında manevi zararın da girdiğini savunmaktadır. Bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 806, 807.

[195] Yargıtay da bir kararında müspet zararı şöyle tanımlamıştır; *" Olumlu zarar ise, genel bir anlatımla sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarardır. Alacaklının malvarlığının, borcun (edimin) yerine getirilmesi sonucu ulaşacağı durum ile borcun (edimin) yerine getirilmemesinden ötürü göstereceği durum arasındaki fark, olumlu zarar diye nitelenir. Burada, borcun yerine getirilmesindeki çıkarın (menfaatin) gerçekleşmemesinden ötürü uğranılan zarar söz konusudur. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, alacaklıyı gerçekleşmesini beklediği çıkardan yoksun bırakır ki, borçlu, meydana gelen zarar giderimi ile sorumlu tutulur."*. 13. HD, 13.03.1981 T., 1344 E., 2019 K. (**Uygur,** C. III, s. 3645 vd.). Benzer şekilde;*"Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müsbet zarardır. Diğer bir anlatımla müsbet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır."*. HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 13. HD, 26.03.1981 T., 1411 E., 2138 K. (**Karahasan, Mustafa Reşit,** Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Doktrin, Yargı Kararları, İstanbul 1996, s. 83, dn. 61); 13. HD, 25.05.1993 T., 1993/2905 E., 1993/4544 K.; 15. HD, 04.07.2019 T., 2018/3513 E., 2019/3182 K.; 15. HD, 10.05.2018 T., 2016/5440 E., 2018/1884 K.; 15. HD, 27.03.2017 T., 2016/1750 E., 2017/1330 K.; 11. HD, 07.05.2018 T., 2016/7975 E., 2018/3256 K.; 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K.; HGK, 05.07.2006 T., 2006/499 E., 2006/507 K. (HukukTürk); 3. HD, 03.11.1986 T., 8736 E., 10040 K. (**Uygur,** C. III, s. 3640); 13. HD, 10.02.1986 T., 7669 E., 669 K. (**Uygur,** C. III, s. 3642); 13. HD, 02.10.1992 T., 7755 E., 7381 K. (**Uygur,** C. III, s. 3257); 13. HD, 12.11.1987 T., 4830 E., 5513 K. (**Uygur,** C. III, s. 3262).

niteliktedir. Bu bakımdan bir borç ilişkisi sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş olsa bile hakkında özel düzenleme bulunmadığı sürece TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulama alanına girer[196]. Bu sebeple, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun meydana gelen müspet zarardan sorumluluğu, ilke olarak her türlü borç ilişkisi için geçerlidir[197]. Bununla birlikte, doktrin ve uygulamada borcun ifa edilmemesinden doğan zarara ilişkin söz konusu hükümler çoğunlukla sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde ele alınmaktadır[198]. Aynı doğrultuda olmak üzere, müspet zararın yalnızca sözleşmeden doğan sorumluluk alanında ortaya çıktığı kabul edilmektedir[199]. Bu sebeple, TBK m. 112 vd. hükümleri ve bu arada müspet zarar, sözleşmeden doğan sorumluluk özelinde incelenmektedir. Zira kural olarak her türlü borç ilişkisini düzenleyen söz konusu hükümlerin en önemli ve en geniş uygulama alanı sözleşmeden doğan sorumluluktur[200].

---

[196] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 94, dn. 2a; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 853; **Eren,** Borçlar Genel, s. 929, 1050; **Akman, Sermet,** "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar", İBD, 1989, C. 63, S. 10-11-12, s. 633.

[197] *"...BK. nun 105. maddesindeki* (TBK m. 122) *zarara dayanak alınan alacak kavramına, sözleşmelerden doğan veya haksız fiile dayalı alacakların tamamı dâhil olup, temerrüde konu ve faize hak veren yasal bir alacağın mevcudiyeti yeterlidir.".* 19. HD, 27.10.1993 T., 1993/1542 E., 1993/7085 K. (YKD, 1994, C. 20, S. 8, s. 1313 vd.). *"Kural olarak, BK. nun 104 ve 105. maddelerinin* (TBK m. 120, 122) *sözleşme dışı sorumluluk hâllerinde de uygulanacağı kabul edilmektedir.".* 4. HD,04.03.1986 T., 1986/685 E., 1986/2012 K. (YKD, 1986, C. 12, S. 8, s. 1133 vd.). *"BK. 105, kaynağı ne olursa olsun, temerrüt faizi yürütülebilir nitelikte olmak koşuluyla bütün para borçlarında uygulanma olanağına sahiptir. Borcun dayanağı haksız fiil, sözleşme, nedensiz zenginleşme kanun, vekâletsiz iş görme olabilir.".* HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. HGK, 05.07.2000 T., 2000/1072 E., 2000/1124 K.; HGK, 10.11.1999 T., 1999/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk).

[198] Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2933 vd.

[199] Örneğin bkz. **Medicus,** Gesetzliche Schuldverhältnisse, s. 94; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 71; **Havutçu,** s. 68 vd.; **Ataay,** Borçlar, s. 90; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Eren,** Borçlar Genel, s. 552.

[200] TBK m. 112 vd. (OR Art. 97 vd.) hükümlerinin her türlü borç ilişkisinde uygulanabileceği, ancak öncelikle sözleşmeden doğan sorumluluğa yönelik olduğu yönünde bkz. **Lüchinger,** N. 115, dn. 122.

Müspet zarar alacaklının ifa menfaatine karşılık gelmektedir. İfa menfaati ise geçerli bir borç ilişkisinin varlığını gerektirir. Bu bakımdan sözleşmeler açısından müspet zararın varlığı için aranan ilk şart, kural olarak taraflar arasında kuruluş ve geçerlilik şartlarına uygun şekilde kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmasıdır[201]. Ayrıca, ilke olarak bu sözleşmenin sona erme sebeplerinden biriyle sona erdirilmemiş olması gerekir[202]. Bununla birlikte, sözleşmenin geçersiz olduğu veya sona erdirildiği bazı istisnaî hâllerde müspet zararın talep edilmesi mümkündür. Bunlardan ilki sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin feshidir. Bu hâlde, sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilmesine rağmen müspet zarar talep edilebilmektedir[203]. Diğer taraftan irade sakatlıklarında sözleşmenin iptali hâlinde, şartları varsa müspet zarar talep edilebilmektedir. Buna yetkisiz temsili de eklemek gerekir[204].

Bu çalışmada da aksi belirtilmediği sürece borç ilişkisi kavramının kullanıldığı hâllerde kastedilen sözleşme ilişkisidir.

[201] **von Jhering,** s. 17, 18; **Keller, M.,** s. 4, 12; **Rabel,** s. 291; **Barth,** s. 68; **Lüchinger,** N. 214; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 415; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1074; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 61.

[202] *"Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı yani müsbet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine (dönme) göre hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez."*. HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk*). "Bu tür bir zarar ayrımı, sözleşme sorumluluğunda söz konusu olmaktadır. Genel olarak menfi zarar sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. Sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre yerel mahkemece hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönülerek, sözleşmenin 14. maddesinde yer alan sabit fiyat güvencesi kaçırılan fırsat olarak değerlendirilerek hüküm kurulması isabetli bulunmamaktadır."*. HGK, 05.07.2006 T., 2006/499 E., 2006/507 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K. (HukukTürk).

[203] İfasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin temerrüt sebebiyle feshi ile ilgili açıklamalar için bkz. Bölüm II, § 5, IV, D, 3.

[204] İrade sakatlıkları ve yetkisiz temsilde müspet zararın tazmini için bkz. Bölüm I, § 2, IV, C, 2; Bölüm I, § 2, IV, F; Bölüm II, § 5, V.

2. Borçlunun Borca Aykırı Bir Davranışta Bulunması

Müspet zararın meydana gelmesi için borçlunun borca aykırı bir davranışta bulunması gerekir. Gerçekten, alacaklının, edimin borçlu tarafından usulüne uygun bir şekilde yerine getirileceği konusunda haklı bir beklentisi bulunmaktadır. Borçlunun bu haklı beklentiyi ihlal eden davranışı borca aykırılık teşkil eder. Başka bir ifadeyle borca aykırı davranış, borçlunun borç ilişkisinden doğan borcunu olması gerektiği gibi ifa etmemesidir[205].

Borçlunun borca aykırı davranışı farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu bakımdan, müspet zarar öncelikle borç hiç ifa edilmediğinde meydana gelir. Örneğin kusurlu sonraki imkânsızlık bu kapsamda değerlendirilir. Bununla birlikte müspet zararın ortaya çıktığı hâller hiç ifa etmemeyle sınırlı değildir. Gerçekten, borca aykırı davranışın diğer bir türü borcun gereği gibi ifa edilmemesidir. Gereği gibi ifa etmeme, sözleşmenin müspet ihlalini kapsadığı gibi, ayıplı ifayı da içerir. Gereği gibi ifa etmemenin kanunda özel olarak düzenlenmiş bir türü olan temerrüt de müspet zarara sebep olabilir. Yukarıda sayılan tüm hâllerde borçlunun borca aykırı bir davranışı bulunmaktadır. Diğer taraftan, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğduğu istisnaî bazı hâllerde müspet zarar söz konusu olabilir. Borca aykırı davranış, bizzat borçlunun veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışı olabilir. Diğer taraftan borca aykırılık, borçlunun müspet (aktif) veya menfi (pasif) bir davranışından kaynaklanabilir[206].

---

[205] **Keller, M.,** s. 20; **Koller,** OR 2009, s. 699 vd.; **Rengier,** s. 49; **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898, 2900; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 438; **Lange/Schiemann,** s. 65, 66; **Lüchinger,** N. 117; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855.

[206] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1074.

3. Alacaklının Borca Aykırılık Sebebiyle Zarara Uğraması

Müspet zararın varlığı için borçlunun mevcut bir borç ilişkisinde borca aykırı davranışının bulunması yeterli değildir. Borçlunun bu borca aykırı davranışı sonucunda alacaklının ifa menfaati ihlal edilmeli, bir zarar meydana gelmelidir. İşte ifa menfaatinin ihlali sonucunda meydana gelen bu zarara müspet zarar denir. Borca aykırı davranışa rağmen alacaklının ifadaki menfaati zedelenmemişse, müspet zarardan bahsetmek mümkün değildir.

Müspet zararın sözleşmeden doğan sorumluluk alanında pek çok farklı görünüm şekli bulunmaktadır. Örneğin, kusurlu ifa imkânsızlığında tazmini istenen zarar müspet zarar niteliğindedir. Benzer şekilde, borcun gereği gibi yerine getirilmemesinde müspet zarar talep edilir. Müspet zararın söz konusu olduğu en önemli hâl ise borçlunun temerrüdüdür. Gerçekten, borçlu temerrüdünde aynen ifayla birlikte istenen gecikmeden doğan zarar, para borçlarında temerrüt faizi ve munzam zarar, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifadan vazgeçilerek tazmini istenen zarar ve ifasına başlanmış sürekli sözleşmelerde fesih hâlinde tazmini istenen zarar hep müspet zarardır. Diğer taraftan *culpa in contrahendo* sorumluluğunda bazı hâllerde talep edilebilen menfi zararı aşan zararın niteliği de müspet zarardır.

Müspet zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşur. Bu zarar kalemlerinin içeriğini sınırlayıcı bir şekilde tek tek saymak mümkün değildir. Fiili zarar ve yoksun kalınan kârın içeriği her somut olayın özelliğine göre farklı zarar kalemlerinden oluşur[207]. Genel olarak fiili zarar, alacaklının malvarlığının aktifindeki azalma veya pasifindeki artmadır. Aktifin azalması, malvarlığına dâhil bir şeyin tahrip veya yok olması, hasara uğraması, bir hak veya bir şeyin kaybedilmesi, eşyanın miktarında veya

[207] Müspet zararın kapsamına giren fiili zarar kalemlerinin ayrıntılı açıklaması için bkz. Bölüm II, § 4, II.

niteliklerinde eksilme ve kaybolmaya sebep olunması şeklinde ortaya çıkabilir[208]. Pasifin artmasına ise reddedilen şeyin muhafazası veya nakli gibi sözleşmenin ihlali sebebiyle borçlanılan giderler ya da bir ipotek kurulması örnek verilebilir[209]. İfası imkânsızlaşan edimin değeri, hiç veya gereği gibi ifa etmeme sebebiyle yapılan ihtar ve tespit giderleri, seyahat, muhafaza ve bakım masrafları, dava ve takip masrafları müspet zararın fiili zarar kalemlerine örnek verilebilir. Diğer taraftan alacaklı, borçlunun edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle, üçüncü kişiyle yaptığı bir sözleşmedeki borcunu ifa edemez ve tazminat veya ceza koşulu ödemek zorunda kalırsa, bunlar da fiili zarar kapsamında değerlendirilir[210].

Müspet zarar bakımından yoksun kalınan kâr, borçlunun borca aykırı davranışı olmasaydı alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder[211]. Yoksun kalınan kâr, malvarlığının aktifinin artmasının engellenmesiyle ortaya çıkabileceği gibi, pasifinin azalmasının engellenmesiyle de meydana gelebilir. Örneğin, tekrar satmak veya kiralamak amacıyla satın alınan malın teslim edilmemesi sebebiyle, tekrar satım veya kiralama ile sağlanması beklenen ancak elde edilemeyen kazanç yoksun kalınan kârdır[212]. Benzer şekilde, borçlunun borçlandığı makineyi teslim etmemesi veya teslim etmekle birlikte bozuk olması sebebiyle alacaklının elde edemediği kazanç buraya girer[213]. Yine, bir araç veya makineyi tamir eden borçlunun bu eşyayı hasara uğratması

[208] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 856; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078, 1079.

[209] **Lüchinger,** N. 149; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Aral,** s. 163.

[210] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 856; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Aral,** s. 164.

[211] Müspet zararın kapsamına giren yoksun kalınan kârın ayrıntılı açıklaması için bkz. Bölüm II, § 4, III.

[212] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 857; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 426, 427; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 386.

[213] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 857; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Aral,** s. 164.

yüzünden eşya sahibinin işletmesinde söz konusu eşyayı kullanamaması sebebiyle elde edemediği kazanç yoksun kalınan kârdır[214].

4. Güven Unsuru Bakımından Değerlendirme

Müspet zararın tazmininde genellikle uyandırılan bir güvenin korunmasından bahsedilmez. Gerçekten, geçerli bir sözleşmenin mevcut olduğu hâllerde, müspet zararın tazmini borçlunun bu sözleşmeden doğan borcunu veya onun yerine geçen zararı tazmin etmesi gerekliliğine dayandırılır. Bu bakımdan, olumlu menfaatin korunması, doğrudan borçlunun edim taahhüdüne bağlılığından ve bunun talep edilebilirliğinden kaynaklanır. Bu husus, bir edimi ifa etme iradesini beyan eden kimsenin, bu taahhüdüyle bağlı olması gerektiği yönündeki pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesine tekabül eder[215]. Bu sebeple, sözleşmeye uygun davranışla dar anlamda güvenin korunması arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır. Gerçekten, bir borç ilişkisinde alacaklının, borçlunun taahhüt ettiği edimini gereği gibi yerine getireceği ve sonuçta bazı menfaatler elde edeceği konusunda haklı bir beklentisi bulunmaktadır[216]. İşte bu haklı beklentinin borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı bakımından müspet zararı ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeple, müspet zarar bakımından dar anlamda güven ihlali değil, esasen geniş anlamda bir güven ihlali mevcuttur[217].

Müspet zararın tazmini ile alacaklının borçlunun ifa taahhüdüne olan güveni korunur. Ancak, bu ifadeden borçlunun şahsına olan güven değil, sözleşmeye güven anlaşılmalıdır[218]. Gerçekten, tarafların karşılıklı iradelerinin değişimiyle kurulan bir

---

[214] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079.

[215] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 439; **Lüchinger,** N. 195. HGK, 21.03.2012 T., 2012/164 E., 2012/219 K. (HukukTürk).

[216] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2981; **Lüchinger,** N. 330.

[217] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 193 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57; **Gündüz, Şefika Deren,** Olumlu Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2019, s. 29. Bütün dar anlamda borca aykırılık hâllerinin temelinde güven ihlalinin bulunduğu görüşü için bkz. ve krş. **Serozan**, Dönme, s. 286, 587, 588.

[218] Benzer yönde bkz. **Esser/Schmidt,** s. 68; **Keller, M.,** 16; **Lüchinger,** N. 198 vd.

sözleşme ilişkisinde müspet zarar talebi, kimin kime fiilen güvendiğinden bağımsız olarak, doğrudan sözleşmeye olan güvenden kaynaklanır. Bu bakımdan, müspet zarar talebinde doğrudan bir kurum olarak sözleşmeye güven korunur. Bu sebeple sözleşmeye olan güven, borçlunun şahsına duyulan fiili güvenden ayrılmalıdır[219]. Diğer taraftan burada kastedilen, olumsuz zarardaki gibi sözleşmenin geçerli olduğu ve hüküm ifade edeceği yönünde bizzat borçlu tarafından uyandırılan güven değildir. Zira müspet zararda ilke olarak kurulmuş ve geçerli bir borç ilişkisi mevcuttur. Bu bakımdan, müspet zararın sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde oluşturulan güvenle bir ilgisi bulunmamaktadır. Aksine, müspet zararın meydana gelmesi sözleşmenin içeriğine, ifasına ilişkin bir meseledir. Bu sebeple müspet zararda güven unsuru sözleşmeye yönelik bir güvendir. Yani müspet zarardaki güven unsuru, alacaklının, salt sözleşme kurulurken açıklanan yükümlülük altına girme iradesi sebebiyle, ifayı veya sürrogati olan müspet zararı talep etmeye yetkili olması şeklinde anlaşılmalıdır[220].

Müspet zarar talebi, alacaklının borçlunun ifayı yerine getireceğine yönelik olarak şahsına karşı fiilen güven duyup duymadığından bağımsızdır. Gerçekten, taraflar arasında belirgin bir güvensizlik mevcut olsa bile geçerli bir sözleşmenin bulunması müspet zararın talep edilebilmesi için yeterlidir[221]. Zira buradaki güven, borçlunun şahsına yönelik, onun ifadaki istekliliği veya edimi ayıpsız şekilde ifa etme kabiliyetine ilişkin güven şeklinde anlaşılmamalıdır[222]. Aksine, bazı hâllerde borçlunun şahsına yönelik olarak borcunu gereği gibi ifa edeceğine ilişkin şüpheler

[219] **Lüchinger,** N. 208.

[220] Benzer yönde bkz. **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 208 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

[221] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 210, 211.

[222] **Lüchinger,** N. 208 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

bulunsa bile, o sözleşmeyi yapmak için başka haklı sebepler bulunabilir[223]. Dolayısıyla, müspet zarardaki güven unsuru, temelini her sözleşme ilişkisinde mevcut olan borçlunun ifa vaadinde bulmaktadır[224]. Bu bakımdan menfi zarardan farklı olarak alacaklının, zararın kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkması sebebiyle oluştuğunu ispat etmesi gerekmez. Hatta alacaklı, borçlunun edimini yerine getireceğine ilişkin fiili bir güvene sahip olduğunu da ispatlamakla yükümlü değildir. Zira sorumluluğun temel sebebi, sözleşmeye dayanan ifa vaadine güvenmeye yetkili olmaktan ibarettir. Bu bakımdan, geçerli bir borç ilişkisinin varlığı ve bu borç ilişkisinden doğan edimin kusurlu olarak tam ve doğru ifa edilmemesi müspet zarardan sorumluluk için yeterlidir[225]. Bu sebeple, müspet zararda dar anlamda bir güven ihlalinden değil, ancak geniş anlamda bir güven ihlalinden bahsedilebilir[226].

III. MENFİ ZARAR KAVRAMI

Roma hukukunda bir kurum olarak bilinmeyen menfi zarar, ilk defa *Jhering* tarafından "*Culpa in contrahendo*" isimli eserde ayrıntılı şekilde açıklanmıştır[227].

---

[223] Federal mahkeme, alacaklının sözleşme kurulurken sözleşmenin ihlalini hesaba katmak zorunda olduğunu iddia ederek tazminatın indirilmesini talep eden borçlunun bu talebini reddetmiştir. BGE 55 II 38 (**Lüchinger,** N. 208'den naklen).

[224] **Lüchinger,** N. 336.

[225] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 334 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

[226] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 193 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

[227] Yazar görüşünü oluştururken, yanılan tarafın yanılmasından kaynaklanan zarardan sorumlu olup olmadığı sorusundan hareket etmiştir. Buna örnek olarak, bir kimsenin 100 Pfundluk (1 Pfund = 0,5 kg.) bir mal sipariş etmek istemesi ama Pfundu Centner (1 Centner = 50 kg.) ile karıştırması; 100 Centner mal gelince de onu iade etmesini göstermiştir. Yazarın verdiği diğer örnekler ise şunlardır; bir ticarethanenin muhabiri, patron adına belli bir emtia sipariş verecektir, ancak kendi adına yazar. Habercinin yanlışlıkla 1/10 kutu puro yerine 10 kutu puro sipariş etmesi sonucu, alıcı malı iade eder. Bkz. **von Jhering,** s. 7 vd., 18. Yazar tüm bu hâllerde boşa yapılan paketleme ve nakliye masraflarını satıcının zararı olarak görmekte ve konuyu bu açıdan ele almaktadır. Hükümsüzlüğe (o dönemde irade teorisi gereğince irade sakatlığının hükümsüzlüğe sebep olduğu kabul edilmekteydi) kusuruyla sebep olan tarafın, karşı tarafın bundan kaynaklanan zararlarını karşılamakla yükümlü olması gerektiğini savunan yazar, bu soruya doktrinde bir cevap bulamadığını belirtmiştir. Çünkü yazara göre, burada

Jhering, o dönemde sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllerde meydana gelen zararın tazmini konusunda kanunî bir boşluk olduğunu ortaya koymuştur. Burada ne sözleşmeden ne de haksız fiilden doğan sorumluluk kurallarının uygulanamadığını tespit eden yazar, *culpa in contrahendo* teorisini geliştirmiştir. Yazara göre, borç ilişkisinin hükümsüz olduğu hâllerde borcun varlığından ve dolayısıyla ihlalinden bahsedilemediği için müspet zararın talep edilmesi mümkün değildir[228]. Diğer taraftan çoğu zaman bir mutlak hakkın ihlali söz konusu olmadığı için haksız fiil hükümlerine de gidilememektedir. Borç ilişkisinin hüküm ifade edeceğine dair kendisinde güven oluşturulan kişi, bu sebeple uğradığı zarara katlanmak zorunda bırakılırsa karşı tarafın sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışına kurban edilmiş olur[229]. Bu sebeple, borç ilişkisinin hükümsüzlüğüne kusuruyla sebep olan kişinin, en azından karşı tarafın olumsuz menfaatine denk gelen menfi zararını gidermesi gerekmektedir.

Doktrinde menfi zararın tanımı konusunda fikir birliği mevcut değildir. Gerçekten, menfi zararın kaynaklandığı olgular farklılık gösterdiği için hepsini kapsayacak şekilde bir tanım ortaya koymak mümkün olmamaktadır[230]. Hâkim görüş

---

sözleşme yürürlüğe girmediğinden sözleşmeden doğan kusur ilkelerinin uygulanabilirliği söz konusu olamaz, aynı şekilde sözleşme dışı yani haksız fiil sorumluluğuna da gidilemez. *Jhering*'e göre, böyle bir sonucun adaletsizliği ve pratikte faydasızlığı ortadadır, kusurlu taraf sorumluluktan kurtulurken, kusursuz olan taraf başkasının kusurunun kurbanı olmaktadır. Bkz. **von Jhering,** s. 8.

[228] **von Jhering,** s. 8.

[229] **von Jhering,** s. 8; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 37.

[230] Doktrinde bir görüş, menfi zararı, geniş anlamda herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat, dar anlamda ise sözleşme öncesindeki bir yükümlülüğün ihlali sonucunu doğuran bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat şeklinde tanımlamaktadır. Yazar, bu bakımdan menfi zararın "olumsuz" bir sonuca yöneldiğini; borçlunun zarar verici davranışını hiç yapılmamış hâle getirmeyi amaçladığını yani, zarar verici olay olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanmasını hedeflediğini belirtmektedir. Bkz. **Keller, M.,** s. 5 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 38. Kanaatimizce, bu görüşün geniş anlamda menfi zarar tanımına katılmak mümkün değildir. Zira söz konusu tanım müspet zararı da kapsamaktadır. Hatta her türlü zarar bu tanım dâhilinde kabul edilebilir. Bu sebeple, "herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaat" olsa olsa zararın genel tanımı olabilir. Yine zarar verici davranışı hiç yapılmamış hâle getirmeyi, zarar verici olay olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durumu yeniden sağlamayı

menfi zararı, sözleşmenin kurulamaması veya geçerli olmamasından doğan zarar olarak tanımlamaktadır[231]. Bu genel kabule göre, menfi zarar sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olduğuna duyulan güvenden kaynaklanan zarardır. Daha isabetli bir tanıma göre menfi zarar, istisnaî hâller bir kenara bırakılırsa, zarar gören tarafta bir borç ilişkisinin kurulacağına veya geçerli olacağına dair uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan zarardır[232]. Bu tanıma göre, bir taraf, karşı tarafta sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde bir güven oluşturmakta ve bu güveni boşa çıkarmaktadır. Başka bir ifade ile menfi zararda sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde bir güven oluşturulması ve bu güvenin ihlal edilmesi şeklinde iki unsur bulunmaktadır. Gerçekten, menfi zararın varlığından bahsedebilmek için yalnızca güvenin boşa çıkarılması unsuru yeterli değildir. Böyle bir varsayım, salt iptal hakkı gibi sözleşmeyi sona erdiren bir hakkın kullanılmasını menfi zararı doğuran olay olarak kabul etme sonucunu doğurur[233]. Oysa menfi zarar esas olarak sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümlülüklerine aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan menfi zararı doğuran olay, karşı tarafta bir güven oluşturma ve oluşturulan bu güveni boşa çıkarma şeklinde kabul edilmelidir[234].

---

hedefleme unsuru da menfi zarar için doğru olmakla birlikte, aynı zamanda müspet zarar için de geçerlidir.

[231] **von Tuhr/Peter,** s. 86, 87; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 291; **Bucher,** AT, s. 342 vd.; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2899; **Rengier,** s. 50, 51; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Saymen,** s. 282, 283; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 955; **Ataay,** Borçlar, s. 90; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 383; **Aral,** s. 165; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **İnan/Yücel,** s. 610; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 930; **Buz,** Dönme, s. 240, 241; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382. 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K. (HukukTürk).

[232] **Keller, M.,** s. 6; **Lüchinger,** N. 320; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 39, 40.

[233] **Keller, M.,** 6.

[234] **Keller, M.,** s. 6; **Lüchinger,** N. 320. Doktrinde bir görüş temel olarak bu görüşe katılmakla birlikte, menfi zarar tanımına "sözleşmenin ifasına ilişkin olarak karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılması", "sözleşmenin geçersizliğine rağmen ifa edileceğine dair güven uyandırılması ve bunun ihlal edilmesi", "hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına güven" tabirlerini de dâhil

Menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşme görüşmelerini hiç yapmamış veya borç ilişkisine hiç girmemiş olmasındaki menfaatine karşılık gelmektedir. Bu bakımdan menfi zararın konusu, sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış, borç ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı meydana gelmeyecek olan zarardır[235]. Borç ilişkisine hiç girmemiş olmaktaki menfaatin tazminat yoluyla sağlanması, menfi zarara "olumsuz" niteliğini vermektedir[236]. Fark teorisinden hareketle menfi zarar, güvenilen borç ilişkisinin kurulamaması veya hüküm ifade etmemesi sebebiyle alacaklının malvarlığının hâlihazırda gösterdiği durum ile bu borç ilişkisine hiç girilmeseydi ya da sözleşme görüşmeleri hiç yapılmasaydı (alacaklıda sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde bir güven uyandırılıp boşa çıkarılmasaydı) göstereceği farazî durum arasındaki farktır[237].

---

etmektedir. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 39, 40. Söz konusu ifadelerin ifa menfaatine ilişkin olduğu açıkça ortadadır. Bu bakımdan, ifaya ilişkin güvenin menfi zarar tanımına dâhil edilmemesi gerekir.

[235] **von Tuhr/Peter,** s. 86, 87; **Bucher,** AT, s. 342 vd.; **Keller, M.,** s. 5; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2899; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 291; **Rengier,** s. 50; **Horn,** s. 382; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Saymen,** s. 282; **Önen,** Borçlar, s. 213; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 930, 931; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 382.

[236] Bkz. **Keller, M.,** s. 5 vd.

[237] Doktrinde genel olarak, fark teorisi çerçevesinde menfi zarar sözleşme hiç yapılmasaydı içinde bulunulacak durum ile hâlihazırdaki durum arasındaki fark şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. **Bucher,** AT, s. 342; **Keller/Schöbi,** s. 279; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 291; **Saymen,** s. 282; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079, 1080, **Buz,** Dönme, s. 240, 241. Ancak, menfi zararı ortaya çıkaran asıl sebep çoğunlukla sözleşme görüşmeleri safhasında gerçekleşmektedir. Diğer taraftan, menfi zararın talep edilebilmesi için sözleşme görüşmelerinin bir sözleşmeyi akdetme şeklinde sona ermesi de zorunlu değildir. Bu sebeple, kanaatimizce menfi zarar tanımının sözleşme görüşmelerini kapsayacak şekilde yapılması daha isabetlidir. Bu konuda bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 41 vd. Doktrinde bir görüş menfi zararı, sözleşmenin kurulamaması veya hüküm ifade etmemesi hâlinde alacaklının malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi göstereceği durum arasındaki fark olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 383. Oysa sözleşmenin kurulamaması veya hüküm ifade etmemesi olayının hiç gerçekleşmemesi hâli, esasen sözleşmenin kurulmuş ve geçerli olması sonucunu ifade eder. Görüldüğü gibi, bu tanım tersten bakıldığında ifa menfaatini dikkate almaktadır. Ancak, ifa menfaati menfi zararda değil, müspet zararda dikkate alınır. Menfi zararda ise sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olma hâlinin dikkate alınması gerekir.

Menfi zarar, doktrinde çoğunlukla, sözleşmenin kurulduğuna veya geçerliliğine duyulan güven yüzünden uğranılan zarar anlamına gelecek şekilde "güvenden doğan zarar" (*Vertrauenschaden*) olarak kabul edilmektedir[238]. Gerçekten, menfi zarar kural olarak güven zararının görünüm biçimlerinden biridir. Zira sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması safhasında ortaya çıkan menfi zarar, bu zarar türünün en temel kaynağıdır ve nitelik olarak güven zararı kavramına dahildir[239]. Örneğin, yetkisiz temsilde (TBK m. 47/I) sözleşmenin geçersiz olması veya kişinin kendi kusuruyla yanılması sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesi (TBK m. 35/I) hâllerinde istenebilen menfi zarar tipik bir güven zararıdır[240]. Ancak, menfi zarar her zaman güven zararı niteliğinde değildir. Zira, menfi zarar sadece borç ilişkisinin kurulduğuna veya geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanmaz. Gerçekten sözleşmeden dönmede istenen menfi zarar, sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarar niteliğinde değildir[241]. Aksine, bu hâlde kurulmuş ve geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu sebeple, sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde uyandırılan güvenin ihlalinden bahsedilmesi mümkün değildir. Kurulması ve geçerliliği bakımından hiçbir

---

[238] **Larenz,** I, s. 107 vd.; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 39, N. 5, 7; **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Bucher,** AT, s. 342; **Keller, M.,** s. 6 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2899; **Lüchinger,** N. 320 vd.; **Horn,** s. 382, 383; **Kutlu Sungurbey,** s. 140; **Ataay,** Borçlar, s. 90; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1147, 1148; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 383.

[239] Bununla birlikte güven zararının menfi zararla aynı anlama gelmediği, aksine menfi zarara kıyasla bir üst kavram olduğu belirtilmelidir. Menfi zararın güven zararı karakteri, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde oluşturulan ve boşa çıkarılan güvenle sınırlı tutulmalıdır. Bu yönündeki açıklamalar için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 47 vd.

[240] **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Erdoğan,** s. 97; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 399, 400; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 155 vd., 196 vd.

[241] **von Tuhr/Peter,** s. 86, 87; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; Kutlu Sungurbey s. 140, dn. 101. Aynı yönde **Ataay,** Borçlar, s. 90. Benzer şekilde, karşı tarafın korkutması veya zor durumda kalma sebebiyle aşırı yararlanmanın mevcut olduğu hâllerde talep edilen menfi zararın güven zararı niteliğinde olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 49; **Okumuş, Selmani,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara 2015, s. 189.

problem bulunmayan borç ilişkisi, borca aykırılık sonucunda belirli şartlar yerine getirilerek sonradan yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıyla klasik görüşe göre ortadan kaldırılmakta, dönüşüm görüşüne göre ise bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir[242]. Sözleşmeden dönen alacaklı taraf olmakla birlikte, dönmenin sebebi borçlunun sözleşmeden doğan borcunu tam ve doğru bir şekilde yerine getirmemesi, yani borca aykırı davranmasıdır[243]. Bu bakımdan, sözleşmeden dönme hâlinde talep edilen menfi zarar, klasik menfi zarar tanımına uymamaktadır. Diğer taraftan, menfi zararı modern anlamda ortaya koyduğu kabul edilen *Jhering* de teorisinde sözleşmeden dönme hâline yer vermemiştir. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmede menfi zarar talebi, esasen tipik menfi zarar kavramıyla bağdaşmamaktadır. Buna rağmen, Türk/İsviçre hukukunda kanun koyucu (TBK m. 125/III, OR Art. 109/II) karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklıya menfi zararını talep etme hakkı tanımıştır. Doktrinde bu düzenleme, Türk/İsviçre hukukuna has bir özellik olarak nitelendirilmektedir[244]. Menfi zarar kavramıyla uyuşmayan bu hâli hukukî açıdan gerekçelendirebilmek için doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, sözleşmeden dönmede menfi zararı hukukî zemine oturtabilmek için, burada "*borçlunun borç ilişkisine gereği gibi riayet edeceği, böylece sözleşmenin hüküm ifade etmeye devam edeceği (sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yürütüleceği) yönünde alacaklıda uyandırılan güvenin ihlali*"nden bahsetmektedir[245]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, borç ilişkisine gereği gibi riayet edilmesi, sözleşmenin hüküm ifade etmeye devam etmesi veya kararlaştırıldığı şekilde yürütülmesi hep ifa menfaaatine ilişkin ifadelerdir.

[242] Bu sebeple Ataay tanıma "sözleşmenin hükmünü kaybetmesinden" ifadesini eklemektedir. Bkz. **Ataay,** Borçlar, s. 90.

[243] **Önen,** Borçlar, s. 212, 213.

[244] Bkz. **Buz,** Dönme, s. 241.

[245] Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 49, 256 vd.

Bunların menfi zararın niteliğiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bahsi geçen ifadelere ilişkin güvenin ihlali menfi zarara gerekçe olarak kabul edilse bile, bu güvenin ihlal edilmemesi, yani borç ilişkisine gereği gibi riayet edilmesi, sözleşmenin hüküm ifade etmeye devam etmesi veya kararlaştırıldığı şekilde yürütülmesi, ifa menfaatinin sağlanması anlamına gelir. Dolayısıyla böyle bir kabul hâlinde dahi söz konusu güven unsurları menfi zararı ayırıcı bir şekilde gerekçelendirmeye yetecek nitelikte değildir[246]. Kanaatimizce, sözleşmeden dönme üzerine menfi zarar talebini, şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde teknik anlamda menfi zarar kavramının ortaya çıkış sebebi ve mantığına oturtmak mümkün görünmemektedir. Zira, sözleşmeden dönmede menfi zarar talebi, esasen müspet zararın konusu olan borca aykırılığın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, sözleşmeden dönmede menfi zarar talebini teorik açıdan menfi zararın niteliği ile gerekçelendirme uğraşına girmek yerine, bu düzenlemenin Türk/İsviçre kanun koyucularının bir hukuk politikası tercihi olduğunu belirtmekle yetinmek daha isabetli olur[247]. Gerçekten, bu husus bir tercihten ibarettir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta korunabilecek olan birbirine zıt yönde iki menfaat bulunmaktadır. Bunlardan biri sözleşmenin tam ve doğru ifa edilmesi hâlini konu edinen olumlu menfaat (ifa menfaati), diğeri ise bu sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olması hâlini konu edinen olumsuz menfaattir. Sözleşmeden dönen alacaklıya olumlu

[246] Gerçekten, yazar da böyle bir güven olgusunun, bütün borca aykırılık hâllerinin temelinde bulunduğunu ve menfi zarara niteliğini veren güven ilişkisinden daha farklı ve zayıf olduğunu, bu güven olgusundan hareket ederek edim yükümü içeren borca aykırılıkları güven sorumluluğu çatısı altında birleştirmenin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 256, dn. 387.

[247] İsviçre hukukunda sözleşmeden dönmede yalnızca menfi zararın talep edilebilmesi yönündeki düzenlemenin temelinde Alman hukukundaki eski sistem yatmaktadır. Gerçekten, eski OR Art. 124'te sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan tazminatın müspet zarara ilişkin olduğu çoğunlukla kabul edilse de bu konuda tartışmalar bulunmaktaydı. Yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken, bu tazminatın niteliği hakkındaki tartışmalara son vermek amacıyla, ilk komisyon taslağında Alman hukukunda olduğu gibi sözleşmeden dönen alacaklıya herhangi bir tazminat isteme hakkı verilmemiştir. Ancak daha sonra yapılan değişiklikler sonucu sözleşmeden dönen alacaklıya menfi zararını talep etme hakkı tanınmıştır. Bkz. **Lemp,** s. 40, 41, 43; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 6; **Glättli,** Diss., s. 133, 136 vd.

menfaatini konu edinen müspet zararı talep hakkı verilerek sözleşmenin tam ve doğru şekilde ifa edilmiş olmasındaki durum sağlanabileceği gibi, tersine bu sözleşme ilişkisine girmemiş olmasındaki hâlin sağlanması amacıyla menfi zararı talep hakkı da tanınabilir. Gerçekten, Alman hukukunda kanun koyucu sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını talep hakkı verirken, Türk/İsviçre kanun koyucuları müspet zararını değil, bu sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacağı zararlarını (menfi zarar) talep hakkı vermeyi tercih etmiştir[248].

Menfi zarar, fiili zarar (*damnum emergens*) ve kaçırılan fırsatlardan (*lucrum cessans*)[249] oluşur. Menfi zarar kapsamında tazmini istenebilecek zararlar, zarar görende uyandırılan güvenin ihlal edilmesiyle uygun illiyet bağı içerisinde olan zararlardır. Menfi zarar kalemlerine, sözleşmenin kurulması için ödenen vergi, resim ve harçlar[250]; seyahat masrafları[251]; borcun ifası[252] ve karşı edimi kabul için yapılan giderler[253]; borç ilişkisinin hükümsüz olması veya ortadan kaldırılması hâlinde verilen

[248] Bu açıklamalardan, sözleşmeden dönme hâlinde menfi zararın talep edilemeyeği sonucu çıkarılmamalıdır. Aksine kanaatimizce sözleşmeden dönen alacaklıya seçimlik hak olarak müspet veya menfi zarardan birini talep edebilme imkânının tanınması isabetli olur. Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 2, c, bb, bbb, bbbb, bbbbb ve ccccc.

[249] *Lucrum cessans* hem müspet hem de menfi zararda ortaya çıkmakla birlikte içeriği birbirinden farklıdır. Bu bakımdan "*lucrum cessans*"ı, müspet zararda *"yoksun kalınan kâr"*, menfi zararda ise *"kaçırılan fırsat*" şeklinde adlandırılmak yerinde olur. Bkz. Bölüm II, § 4, III, C.

[250] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Önen,** Borçlar, s. 213; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **İnan/Yücel,** s. 610; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931.

[251] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 289.

[252] **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 342; **Keller, M.,** s. 262; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **İnan/Yücel,** s. 610; **Ataay,** Borçlar, s. 91. Örneğin, sigorta, nakliye, devir ve tescil masrafları, edimin ifası için alınan kredinin faizi veya edim konusunu temin etmek için üstlenilen yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 88; **Lüchinger,** N. 280, 282; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 291 vd.

[253] **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 342; **Keller, M.,** s. 262; **Lüchinger,** N. 281, 282; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Önen,** Borçlar, s. 213; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **İnan/Yücel,** s. 610; **Ataay,** Borçlar, s. 91.

şeyler aynen geri alınamıyorsa bunların değeri[254]; ihtar, tasfiye ve dava masrafları[255]; üçüncü kişiye ödenen ceza koşulu ve tazminat[256] ile kaçırılan fırsatlar[257] örnek verilebilir[258].

IV. MÜSPET ZARAR VE MENFİ ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan sorumluluğa özgü bir zarar ayrımı olarak kabul edilen müspet zarar ve menfi zarar arasındaki ilişkinin tespit edilmesi bu çalışma bakımından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, öncelikle her iki zarar türünün sınırlarını çizebilmek amacıyla, bu iki zarar türü arasındaki farklılıkların ve benzerliklerin ortaya konulması gerekmektedir. Diğer taraftan, her iki zarar türünün istisnaları sorumluluk hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca, müspet ve menfi zararın birlikte talep edilip edilemeyeceği, özellikle uygulama bakımından açıklığa kavuşturulması gereken bir meseledir. Nihayet, menfi zararın ve menfi zarar tazminatının müspet zararı aşıp

---

[254] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Öz,** Eser, s. 288. Yerinde getirilmiş edimin veya değerinin menfi zarar kapsamına girip girmediği konusundaki tartışmalar için bkz. **Kutlu Sungurbey,** s. 146, dn. 111; **Buz,** Dönme, s. 245, 246; **Serozan, Rona,** Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 588, dn. 150; **Öz,** Eser, s. 288, dn. 94; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 292 vd.;

[255] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 89; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Buz,** Dönme, s. 245. Dava masraflarının usul hukuku kurallarınca yargılama gideri olarak karşılanan kısmının menfi zarar kapsamında değerlendirilmeyeceği, bunun dışındaki yargılama giderlerinin menfi zarar olarak talep edilebileceği yönünde bkz. **Lüchinger,** N. 289; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 296.

[256] **Bucher,** AT, s. 342; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 90; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Keller, M.,** s. 262, 263; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kutlu Sungurbey,** s. 148; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931.

[257] **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 343; **Keller, M.,** s. 266; **Keller/Schöbi,** s. 279; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 95; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Önen,** Borçlar, s. 213; **Ataay,** Borçlar, s. 91; **Kutlu Sungurbey,** s. 148 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22; § 16, N. 5a; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931, **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 301.

[258] Bkz. Bölüm II, § 4, II, E; Bölüm II, § 4, III, C.

aşamayacağı doktrinde tartışmalı olan hususlardır. Aşağıda bu konular ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Müspet zarar ve menfi zarar ilişkisini açıklamadan önce, "*culpa in solvendo*"nun "*culpa in contrahendo*"ya karşı önceliği ilkesine kısaca değinmek gerekir. Söz konusu ilkeye göre, bir *culpa in contrahendo* (sözleşme görüşmelerindeki kusur) bulunsa bile, ayrıca *culpa in solvendo'*nun (sözleşmenin ifasındaki kusur) mevcut olduğu hâllerde artık *culpa in solvendo* kuralları uygulanır[259]. Sözleşmenin kurulmasından önceki evreyi ilgilendiren *culpa in contrahendo* kuralları artık uygulanmaz. Daha açık bir ifadeyle, *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğuran edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, sözleşmenin kurulmasından önceki safhaya ilişkindir. Dolayısıyla *culpa in contahendo*'dan sorumluluk, en geç sözleşmenin kurulduğu ana kadar yürür. Sözleşme kurulduktan sonra ise kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, davranış yükümlülükleri sözleşmenin içeriğine dâhil hâle gelir. Bu bakımdan, sözleşmenin kurulmasından sonraki safhada, *culpa in contrahendo* sorumluluğu değil, gereği gibi ifa etmeme hükümleri uygulanır. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki kusur, sözleşmenin içeriğini ilgilendirmekte ve geçerli bir şekilde kurulmasına değil de ifasına ilişkin bulunmakta ise artık *culpa in contrahendo* sorumluluğu değil, *culpa in solvendo* kuralları uygulanır[260]. Buna, *culpa in contrahendo*'nun ikincilliği ilkesi de denilmektedir[261]. Örneğin, kötü ifada sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış, sözleşme geçerli şekilde kurulduktan sonra artık gereği gibi ifa etmeme kapsamında değerlendirilir ve bu sebeple borçlunun *culpa in contrahendo*'ya göre değil, *culpa in solvendo*'ya göre sorumluluğu söz konusu olur[262]. Bu sebeple, TBK m. 217/II, 229/II ve 294 düzenlemelerinde her ne kadar temelde

[259] **Kutlu Sungurbey,** s. 113, 123.

[260] **Kutlu Sungurbey,** s. 112; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 122, dn. 165.

[261] **Kutlu Sungurbey,** s. 112, 113.

[262] **Kutlu Sungurbey,** s. 112, 113; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 122, dn. 165.

sözleşme görüşmelerinde uyandırılan güvenin ihlali mevcut olsa da sorumluluğun sözleşmeden doğan borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir[263].

B. Müspet Zarar ve Menfi Zarar Arasındaki Farklılıklar

1. Korunan Menfaat Bakımından

Müspet zarar ile menfi zarar korudukları menfaatin türü bakımından farklılık arz etmektedir[264]. Yukarıda açıklandığı gibi, müspet zarar olumlu menfaate (ifa menfaatine) karşılık gelmektedir[265]. Gerçekten, müspet zarar bir borç ilişkisinde alacaklının edimin tam ve doğru ifasına olan menfaatinin ihlalinden kaynaklanır. Bu bakımdan müspet zararın tazmini, alacaklının ifa menfaatini korur. Buna karşılık, menfi zarar bir borç ilişkisinin geçerli olarak kurulacağı yönünde oluşturulan güvenin korunmasına hizmet eder[266]. Gerçekten menfi zarar, borç ilişkisinin kurulamadığı veya hükümsüz olduğu hâllerde alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana gelen zararları ifade eder. Bu bakımdan menfi zarar, alacaklının bu borç ilişkisine hiç girmemiş olmasındaki menfaatini korur.

2. Geçerli Bir Sözleşme İlişkisinin Mevcut Olması Bakımından

Menfi zarar ile müspet zarar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunup bulunmaması bakımından farklılık söz konusudur. Müspet zarar, alacaklının borcun

---

[263] **Kutlu Sungurbey,** s. 122 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 122, dn. 165.

[264] **von Jhering,** s. 18; **Keller, M.,** s. 4 vd., 12 vd.; **Rengier,** s. 49 vd.; **Lüchinger,** N. 329 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

[265] **Rengier,** s. 49; **von Jhering,** s. 18; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898; **Lüchinger,** N. 117 vd.; **Keller, M.,** s. 4; **Lemp,** s. 147; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 426; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078.

[266] **Keller, M.,** s. 5 vd.; **Larenz,** I, s. 107 vd.; **Lüchinger,** N. 320 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

ifasına olan menfaatini korumaktadır. Dolayısıyla müspet zararın tazmini ile tam ve doğru ifaya olan menfaatin tesisi amaçlanır. Bu sebeple, müspet zarardan bahsedebilmek için, kural olarak geçerli bir borç ilişkisinin mevcut olması gerekir[267]. Gerçekten, müspet zarar ilke olarak geçerli bir borç ilişkisinde borcun ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır[268]. Müspet zararın söz konusu olduğu hâllerde, ilke olarak alacaklının edimin ifasını talep hakkı hâlâ mevcuttur. Bununla birlikte söz konusu ilkenin istisnalarının bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Menfi zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulacağı yönünde alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıyla ihlal edilen menfaati korumaktadır. Bu bakımdan menfi zarar, kural olarak yapılması amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğünü gerektirir[269]. Söz konusu hükümsüzlük, öncelikle, sözleşmenin kurucu unsurlarının eksikliği sebebiyle hiç kurulamaması şeklinde ortaya çıkabilir. Bunun yanında, kurulan sözleşmenin geçersizlik sebeplerinden biriyle sakat olması da mümkündür. Bu hâllerde alacaklının ifayı talep hakkı mevcut değildir[270]. Bu sebeple sözleşmenin geçerli olarak varlığını sürdürdüğü hâllerde ilke olarak menfi zarar talep edilemez.

3. Zararı Doğuran Olay ve Hukukî Sebep Bakımından

Müspet zararda olduğu gibi menfi zarar da geniş anlamıyla borç ilişkisindeki yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanır. Bununla birlikte, söz konusu zarar türlerini doğuran olaylar ilke olarak birbirinden farklıdır.

---

[267] HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K.; HGK, 05.07.2006 T., 2006/499 E., 2006/507 K. (HukukTürk).

[268] **Keller, M.,** s. 4, 12; **Lüchinger,** N. 214; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 61.

[269] **von Jhering,** s. 17, 18; **Keller, M.,** s. 5, 12.

[270] **Keller, M.,** s. 12. Bu kuralın en önemli istisnasının sözleşmeden dönme olduğuna tekrar işaret etmek gerekir. Gerçekten, sözleşmeden dönmede geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme sonradan ortadan kaldırılmaktadır.

Müspet zarar ifa menfaatine yöneliktir. Alacaklının, edimin borçlu tarafından gereği gibi yerine getirileceği ve sonuçta bazı menfaatler elde edeceği konusundaki haklı beklentisinin borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı bakımından müspet zararı ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir ifadeyle müspet zararı doğuran olay, geçerli bir borç ilişkisinden doğan edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesidir[271]. Bu bakımdan müspet zararın hukukî sebebi, geçerli bir sözleşmenin ihlalidir[272]. Gerçekten, müspet zararda kural olarak geçerli bir borç ilişkisinden doğan edim borcuna aykırılık söz konusudur.

Menfi zararı doğuran olay, kural olarak borç ilişkisinin kurulduğu veya hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlal edilmesidir. Alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılması, sorumluluğun kaynağını oluşturmaktadır. Gerçekten, menfi zarar, geçerli bir borç ilişkisinden doğan edim borcunun ifa edilmemesinden değil, o borç ilişkisinin geçerli olarak kurulması için gereken şekilde davranılmamasından kaynaklanmaktadır[273]. Bu bakımdan, kural olarak menfi zararın hukukî sebebi, sözleşme görüşmelerindeki işlemsel temasla ortaya çıkan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlalidir[274].

4. Güven Unsuru ve İspatı Bakımından

Sözleşme dışı sorumluluk ile sözleşmeden doğan sorumluluk güven unsuru bakımından birbirinden ayrılır. Gerçekten, sözleşme dışı sorumlulukta kural olarak taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir hukukî ilişki bulunmamaktadır. Bu sebeple,

---

[271] **Keller, M.,** s. 20; **Koller,** OR 2009, s. 699 vd.; **Rengier,** s. 49; **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2898, 2900; **Lange/Schiemann,** s. 65, 66; **Lüchinger,** N. 117; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855.

[272] **von Jhering,** s. 17, 18; **Keller, M.,** s. 5 vd.; **Lüchinger,** N. 214; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 61.

[273] **Keller, M.,** s. 20; **Lüchinger,** N. 214 vd.

[274] **Keller, M.,** s. 20; **Lüchinger,** N. 233, 323; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 61. Sözleşmeden dönme hâlinin bu kuralın istisnası olduğunu unutmamak gerekir. Zira sözleşmeden dönmede mevcut ve geçerli bir sözleşme ilişkisi sona erdirilmektedir.

taraflar arasında mevcut bir güven ilişkisinden bahsedilmesi mümkün değildir. Buna karşılık sözleşmeden doğan sorumlulukta, taraflar arasında daha yakın, daha sıkı bir ilişki mevcuttur. Bu yakınlık, sözleşme görüşmeleri sebebiyle işlemsel temasa geçen kişiler arasında da bulunur. Bu bakımdan, işlemsel temasa geçen kişiler arasında haksız fiilden farklı olarak korunması gereken bir güven ilişkisi kurulur. Müspet ve menfi zarar, sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin bir ayrımdır. Bu sebeple hem müspet zararda hem de menfi zararda bir güvenin ihlalinden bahsetmek mümkündür[275]. Bununla birlikte, söz konusu güvenin konusu ve sorumluluk bakımından önemi iki zarar türünde farklılık arz etmektedir.

Menfi zararı doğuran olay, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlal edilmesidir. Burada sözleşmenin içeriğini güvenin temeli olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira zarar gören menfi zararın tazminiyle borç ilişkisine hiç girmemiş hâle getirilmelidir. Bu bakımdan, menfi zararın doğumu ve kapsamı, kural olarak sözleşmenin geçerli olarak kurulacağı yönünde alacaklıda uyandırılan güven olgusuna doğrudan bağlıdır[276]. O kadar ki, menfi zarar yalnızca sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağı yönünde fiilen mevcut olan haklı güveni[277] korumaktadır. Alacaklı, menfi zararın tazminiyle söz konusu güven hiç uyandırılmamış ve ihlal edilmemiş hâle getirilir. Bu bakımdan güven unsuru, kural olarak menfi zarardan sorumluluğun merkezinde yer alır[278]. Gerçekten, alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılması sorumluluğu doğuran olay olduğu gibi, tazminat

[275] **Keller, M.,** s. 15.

[276] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 320 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

[277] Zarar görenin, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağı yönündeki körü körüne güveni korunmaz. Aksine, söz konusu güven haklı ve meşru kabul edilebilmelidir. Gerçekten, taraflar arasındaki ilişkide sözleşmenin geçerli şekilde kurulması öngörülebilir ve beklenebilir olmadığı sürece menfi zararın talep edilmesi mümkün değildir. Bkz. **Lüchinger,** N. 340 vd.

[278] Bununla birlikte, güven unsurunun yoğunluğu farklı sorumluluk hâllerinde farklı derecelerde olabilir. Konuyla ilgili örnekler için bkz. **Lüchinger,** N. 325 vd.

hesabının da ölçüsü olarak kabul edilmektedir[279]. Dolayısıyla, alacaklı, sadece kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkması sebebiyle zarara uğradığını[280] değil, ayrıca güven yatırımlarını (*Vertrauensinvestitionen*)[281] yani sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları ve kaçırdığı fırsatı da ispatlamak zorundadır[282].

Müspet zararda güven unsuru, menfi zarara nispetle arka planda kalmaktadır. Zira müspet zararda, sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağı yönünde uyandırılan ve ihlal edilen bir güvenden bahsedilemez. Bir borç ilişkisinde alacaklının, taahhüt edilen edimin gereği gibi yerine getirileceği ve sonuçta bazı menfaatler elde edeceği konusunda haklı bir beklentisi bulunmaktadır[283]. Müspet zararda, borçlunun söz konusu haklı beklentiyi ihlal etmeden borcu ifa edeceği yönünde geniş anlamda bir güvenin ihlali mevcuttur[284]. Burada, borçlunun şahsına yönelik güven değil, sözleşmeye duyulan güven söz konusudur. Müspet zarardaki güven unsuru, alacaklının borcun ifa edileceğine güvenmeye yetkili olması şeklinde anlaşılmalıdır[285]. Alacaklının borçlunun borcunu gereği gibi ifa edeceğine ilişkin şahsına yönelik şüpheleri bulunsa bile, müspet zararın talep edilebilmesi için ortada geçerli bir sözleşmenin bulunması yeterlidir[286]. Bu bakımdan menfi zarardan farklı olarak alacaklı, zararın kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana

---

[279] **Lüchinger,** N. 339.

[280] Yukarıda da açıklandığı gibi, sözleşmeden dönme gibi güven zararı niteliğinde olmayan hâllerde, doğal olarak alacaklı zararının borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkmasından kaynaklandığını ispat etmekle yükümlü değildir. Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58, dn. 195.

[281] Güven yatırımı kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Canaris, Claus-Wilhelm,** Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s. 510 vd.; **Lüchinger,** N. 338; **Akyol,** Dürüstlük Kuralı, s. 59.

[282] **Lüchinger,** N. 338; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

[283] **Lüchinger,** N. 330.

[284] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N.193 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 57.

[285] Benzer yönde bkz. **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 208 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

[286] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 210, 211.

geldiğini veya borçlunun edimini yerine getireceğine ilişkin fiili bir güvene sahip olduğunu dahi ispatlamakla yükümlü değildir. Nitekim müspet zarardan sorumluk için, geçerli bir borç ilişkisinden doğan edimin tam ve doğru ifa edilmemesi yeterlidir[287].

5. Zararın Hesaplanması Bakımından

Yukarıda açıklandığı gibi, müspet zarar ile menfi zarar farklı menfaatleri korumaktadır. Bu sebeple söz konusu zarar türlerinin hesaplanmasında dikkate alınan olgular birbirinden farklıdır.

Müspet zararın hesabında sözleşmenin içeriği, dolayısıyla ifa menfaati dikkate alınır. Zira müspet zararın tazminiyle borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum sağlanır. Bu bakımdan, müspet zararda alacaklının kavuşamadığı edim ve borca aykırılığın sebep olduğu fiili kayıplar (*damnum emergens*) ile edim gereği gibi ifa edilseydi elde edeceği kazançlar (*lucrum cessans*) hesaba dâhil edilir. Buna karşılık, alacaklı edim gereği gibi ifa edilseydi bile yapacak olduğu masraflara katlanmak zorundadır[288]. Bu nitelikteki masraflar ile ifa menfaatinin ihlali arasında uygun illiyet bağı mevcut olmadığı için, bunlar müspet zararın hesabına katılmaz[289]. Örneğin, sözleşmenin kurulması için yapılan noter masrafları, ödenen vergi ve resimler, seyahat masrafları veya aracıya ödenen komisyon ya da nakliye masrafları bu niteliktedir[290]. Çünkü bunlar alacaklının sözleşme gereği gibi ifa edilseydi bile yapacağı ve başka birinden tahsil edemeyeceği türden

[287] **Keller, M.,** s. 16; **Lüchinger,** N. 334 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 58.

[288] **Keuk,** s. 157, 158; **Lange/Schiemann,** s. 66; **Lüchinger,** N. 182 vd., 317; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855, dn. 2; **Havutçu,** s. 76.

[289] **Lüchinger,** N. 184 vd.; **Havutçu,** s. 74 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 59, 60.

[290] **Lüchinger,** N. 185; **Havutçu,** s. 76; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 59.

masraflardır[291]. Esasen bu tür masraflar, alacaklının o borç ilişkisinden elde etmeyi beklediği kazancı hesaplarken maliyet hesabında dikkate aldığı masraflar olduğu için, ifa menfaatinin sağlanması ile dolaylı olarak karşılanmış olur[292]. Söz konusu masraflar ayrıca müspet zarar kalemi olarak tazmin edilirse, alacaklı gereği gibi ifadan daha iyi bir duruma getirilmiş olur[293]. Böyle bir durum ise tazminatın zararı giderici işleviyle ve tazminatla zenginleşme yasağıyla bağdaşmaz[294]. Buna karşılık, borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde bulunan masraflar, müspet zarar kapsamında dikkate alınır. Örneğin, ihtar, mehil verme ve seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar, gereği gibi ifa etmeme yüzünden yapılan tespit ve ihbar masrafları veya geç ifa yüzünden fazladan yapılan seyahat, nakliye ve depo masrafları müspet zararın içeriğine dâhildir[295]. Zira bunlar, borç gereği gibi ifa edilseydi yapılmayacak olan masraflardır. Söz konusu masraflar, borca aykırı davranışın uygun sonucu olarak ortaya çıkmış ve alacaklının malvarlığına zarar olarak yansımıştır. Bu sebeple,

[291] İstisnaen, bazı hâllerde bu tür masrafların da müspet zarar kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Örneğin, alacaklının edim ifa edilseydi sözleşme kurma masraflarını bir üçüncü kişiden elde edebileceği hâllerde, artık bu masrafların müspet zararın hesabında dikkate alınması gerekir. Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkinin niteliği bu masrafların müspet zararın hesabında dikkate alınması bakımından önem taşımaz. Çünkü böyle bir ihtimalde, borca aykırı davranış ile söz konusu masrafların alacaklının malvarlığında bir zarar niteliğine bürünmesi arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855, dn. 2.

[292] **Lüchinger,** N. 184; **Keuk,** s. 158.

[293] Bu konuyu basit bir örnekle açıklamak gerekirse, malın satış bedelinin 1.000 TL, nakliye masraflarının da 100 TL olduğu bir satış sözleşmesinde, alıcının başka bir maliyeti olmadığı farz edilirse, toplam maliyet 1.100 TL olur. Bu sözleşmede satıcının temerrüde düşmesi üzerine alıcı aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmiştir. Malı zamanında teslim alsaydı 1.500 TL'ye satabileceğini ispatlayan alıcı, müspet zarar olarak (1500-1100) 400 TL'lik kâr kaybını isteyebilir. Zira yeniden satış fiyatına maliyet olarak malın fiyatı ve nakliye masrafı dâhildir. Bu olayda nakliye masrafı ayrıca tazmin edilirse, alıcıya müspet zarar olarak 500 TL ödenmiş olur. Böyle bir ihtimalde, tazminatın zararı giderici işlevinin ötesine geçilmiş, zenginleştirme yasağına aykırı davranılmış olur. Çünkü sözleşme zamanında ifa edilseydi alacaklının elde edeceği toplam kazanç 400 TL'dir. Ayrıca bkz. **Lüchinger,** N. 185.

[294] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 60, dn. 202.

[295] **Lüchinger,** N. 186; **Havutçu,** s. 74 vd.

alacaklının bu masraflara katlanmasını beklemek yerinde olmaz. Diğer taraftan, borca aykırılık yüzünden yapılan ikame işlem masrafları ile yeni bir sözleşme kurmak için yapılan masraflar da müspet zarar niteliğindedir[296].

Menfi zararda kural olarak kurulmamış veya geçersiz olan sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olmasındaki menfaat dikkate alınır. Bu sebeple, borç ilişkisindeki edim ve ifanın getireceği faydalar hesaba katılmaz. Başka bir ifadeyle, menfi zararın hesabında ifa menfaati, yani borç ilişkisinin içeriği dikkate alınmaz[297]. Alacaklı, menfi zarar olarak sözleşmenin hüküm ifade edeceğine hiç güvenmeseydi içinde bulunacağı durumu sağlayacak olan zararlarını talep edebilir. Bu bakımdan menfi zararda alacaklının sözleşme sebebiyle yaptığı masraflar (*damnum emergens*) ile başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmasından doğan zarar (*lucrum cessans*) hesap edilir.

Menfi zararda *lucrum cessans* olarak, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güven sebebiyle başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kazanç kaybı dikkate alınır. Edim gereği gibi ifa edilseydi alacaklının bundan sağlayacağı kazançlar, menfi zararın hesabına katılamaz[298]. Borç ilişkisinin hüküm

---

[296] **Havutçu,** s. 74.

[297] **Lüchinger,** N. 338; **Keuk,** s. 157, 158; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 59.

[298] *"Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı yani müsbet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez. İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kuru taciri davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme fesh edilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti."*. HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk). *"Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kumaşı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. İhâleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa da, idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. İhâleye başka birinin katılmamış*

ifade etmesi hâlinde elde edilecek kazançlar yalnızca müspet zararın hesabında dikkate alınır. Diğer taraftan borç ifa edilseydi bile yapılacak olan masraflar müspet zararda dolaylı olarak yoksun kalınan kârın içeriğine dâhildir ve zararın hesabında ayrıca dikkate alınmaz. Buna karşılık menfi zararda kaçırılan fırsat hesaplanırken başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dikkate alındığı için, bu tür masraflar *lucrum cessans* içeriğine dâhil değildir. Menfi zararda, sözleşme kurma masrafları gibi sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilerek yapılan masraflar, fiili zararın (*damnum emergens*) tipik görünüm biçimleridir.

Menfi zarar ile müspet zararın hesabında yukarıda açıklanan farklılıkların yanında bazı benzerlikler de bulunmaktadır. Örneğin, müspet zararda yoksun kalınan kâr karşılandığında, genellikle aynı zamanda menfi zararın fiili zarar kısmındaki masraflar kalemi karşılanmış olur[299]. Diğer taraftan, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile yapma fırsatı kaçırılan sözleşmedeki bedelin aynı olduğu hâllerde, menfi zarardaki *lucrum cessans* (kaçırılan fırsat) miktar bakımından müspet zararın bir kalemi olan yoksun kalınan kâra denktir[300]. Son olarak, ihtar ve dava masrafları gibi sözleşmenin

olması hâlinde kaçırılan fırsatın, feshedilen sözleşmedeki fiyat güvencesi olduğunu söylemek, yeniden sözleşme hükümlerine dönmek olur ki, yukarıda açıklanan menfi zararın tanımı ile bağdaşmayacağı anlaşılmaktadır.". HGK, 05.07.2006 T., 2006/499 E., 2006/507 K. (HukukTürk). Ayrıca bkz. 11. HD, 20.02.1990 T., 1988/9411 E., 1990/1087 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 8, s. 1174 vd.); 15. HD, 23.02.1998 T., 1998/73 E., 1998/627 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 9, s. 1338 vd.). Ancak, Yargıtay'ın menfi zararın hesabında müspet zarar kapsamındaki yoksun kalınan kârı dikkate aldığı hatalı kararları da bulunmaktadır. Örneğin: *"Kural olarak, eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü gündeki aynı nitelikteki otoyu satın alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalının* (davacının) *malvarlığı azalacağından, anılan fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararı oluşturur."*. 13. HD, 22.10.1981 T., 1981/5738 E., 1981/6690 K. (YKD, 1982, C. 8, S. 2, s. 220 vd.).

[299] **Keller, M.,** s. 248; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 61.

[300] Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 312 vd.

yerine getirilmemesi sebebiyle yapılan masraflar ile üçüncü kişiye ödenen ceza koşulu ve tazminat her iki zarar türünde fiili zarar kapsamında hesaba katılır[301].

6. Zararın Tazmininde Aranan Kusur Bakımından

Sözleşmeden doğan sorumlulukta ilke olarak zarar verenin kusurlu olması aranmaktadır. Nitekim TBK m. 112'de borçlunun, kusursuz olduğunu ispat edemediği sürece meydana gelen zarardan sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine TBK m. 114/I'e göre borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Benzer şekilde, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerde sorumluluk için borçlunun kusuru aranmaktadır. Söz konusu düzenlemeler, sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen zarardan sorumluluk için kusurun arandığını ortaya koymaktadır[302]. Bu bakımdan, kusursuz sorumluluğun açıkça öngörüldüğü hâller dışında, kusur yoksa sorumluluk yoktur. Bu genel ilke, kural olarak müspet ve menfi zarar için de geçerlidir. Bu bakımdan, zarar veren ilke olarak yalnızca kusuruyla sebep olduğu müspet veya menfi zarardan sorumludur. Yine kural olarak her iki zarar türünde kusurun derecesinin önemi yoktur. Bu bakımdan zarar veren, kasıt ve ağır ihmâlin yanında hafif ihmâlinden dahi sorumlu tutulmaktadır[303].

Menfi zararda kusur, güven zararı biçimindeki hâllerde sözleşmenin hüküm ifade edeceği konusunda güven uyandırılıp bu güvenin boşa çıkarılmasına ilişkin olmalıdır[304]. Buna karşılık, menfi zararın dar anlamda güven zararı niteliğinde olmadığı istisnaî hâllerde, zarar verenin işlemsel temas sırasındaki davranış

---

[301] **Keller, M.,** s. 248; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 61.

[302] **Bucher,** AT, s. 346; **von Tuhr/Escher,** s. 114; **Keller/Schöbi,** s. 234; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 42; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1082.

[303] **Bucher,** AT, s. 347; **von Tuhr/Escher,** s. 115; **Keller/Schöbi,** s. 234, 235; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 433, Art. 99, N. 4, 122; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1087.

[304] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 52.

yükümlülüklerini ihlal etmesi kusurun varlığı için yeterli kabul edilmektedir. Burada ayrıca bir güven uyandırma hâlinin varlığı aranmaz[305]. Sözleşmeden dönme bakımından ise kusur, borçlunun sözleşmeden dönmeye sebep olan borca aykırı davranışında aranır[306].

Menfi zararda ilke kusur sorumluluğu olmakla birlikte, kanun koyucu bazı hâllerde kusursuz sorumluluk öngörmüştür[307]. Örneğin, ödül sözü verenin sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden caydığı veya sonucun gerçekleşmesini engellediği hâllerde (TBK m. 9/II); üçüncü kişinin korkutmasında sözleşmeyi iptal eden korkutulanın, hakkaniyet gerektiriyorsa korkutmayı bilmeyen veya bilecek durumda olmayan diğer tarafın menfi zararını tazmin yükümlülüğünde (TBK m. 37/II); yetkisiz temsilde temsil olunanın işlemi onamaması hâlinde bu işlemin hükümsüz olmasından doğan menfi zararın giderilmesinde (TBK m. 47/I)[308]; süre belirlenmiş saklama sözleşmesinde saklatanın, süre dolmadan önce şeyin geri verilmesi talebi üzerine saklayanın belirli süreyi dikkate alarak yaptığı masrafları ödeme yükümlüğünde (TBK m. 564) ve gelecekte doğacak bir borca kefalette kefilin, kanunda öngörülen şartlarla kefalet sözleşmesinden dönmesi hâlinde alacaklının kefalete güvenmesi yüzünden uğradığı zararları giderme yükümlülüğünde (TBK m. 599/II) kusur şartı aranmamıştır[309].

---

[305] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 52.

[306] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 52.

[307] İşlemsel temas sırasında ortaya çıkan zararların tazmini bakımından kusurun aranıp aranmamasının kanun koyucunun tercih ettiği hukuk politikasına ilişkin ikincil bir sorun olduğu yönünde bkz. **Jhering**, Schuldmoment, s. 38, dn. 73 (**Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 54, dn. 174'ten naklen).

[308] Bununla birlikte hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde menfi zararı aşan müspet zararın tazmin edilebilmesi için kusur şartı aranmıştır. Bkz. TBK m. 47/II.

[309] Buna karşılık, TMK m. 452'de düzenlenen, vesayet altındaki kişinin, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda diğer tarafı yanılttığı hâllerde vasinin işlemi onamadığı durumlarda karşı tarafın bu yüzden uğradığı zarardan sorumluluğunda kusur şarttır. Burada sınırlı ehliyetsizin sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafta ehliyet konusunda özel bir güven oluşturarak onu yanıltması şartı aranmıştır. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 153, dn. 5. Benzer şekilde, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal eden

Sorumluluk hukukunda genel ilke olan kusur sorumluluğu müspet zarar bakımından da geçerlidir[310]. Gerçekten, bu husus TBK m. 112, 114, 118 ve 122/I'de açıkça ortaya konmuştur. Yine, temsil olunanın işlemi onamadığı yetkisiz temsilde, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde menfi zararı aşan müspet zararın tazmin edilebilmesi için kusur şartı aranmıştır (TBK m. 47/II). Müspet zarar bakımından kusur, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal eden davranışında aranmalıdır. Zira kusur zararın öngörülebilirliğiyle değil, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlaliyle ilgilidir[311]. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur, borçlunun göstermesi gereken özenin derecesiyle açıklanmaktadır. Bu bakımdan, borçlunun benzer sosyal ve meslekî çevrede yaşayan normal bir borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzenince kınanan her davranışı kusurludur[312]. Borçlu, borcunu gereği gibi ifa etmek için her türlü tedbiri almalı ve buna engel olacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır[313]. Dolayısıyla, makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özeni göstermeyen borçlu kusurlu sayılmaktadır. Buna karşılık, borçlunun yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zararlardan sorumluluğunda kusur şartı aranmamaktadır[314].

yanılanın, karşı tarafın bundan doğan menfi zararından sorumluluğu için de kusur şartı aranmıştır. Bkz. TBK m. 35/I.

[310] Bkz. Bölüm III, § 8, II.

[311] Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 115; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 426, Art. 99, N. 99, 100, 101; **Barth,** s. 110.

[312] **von Tuhr/Escher,** s. 115, dn. 9a; **Barth,** s. 113 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 434, Art. 99, N. 45, 47, 72 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963, 2989; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 876, 877; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1083, 1085; **Aral,** s. 178.

[313] **von Tuhr/Escher,** s. 114, 115; **Aral,** s. 176, 177.

[314] **Keller/Schöbi,** s. 236; **von Tuhr/Escher,** s. 122 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2962, 3013 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1083.

C. Müspet Zarar ve Menfi Zarar Ayrımının İstisnaları

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı gibi, kural olarak müspet zarar geçerli bir borç ilişkisinin mevcut olmasını, menfi zarar ise borç ilişkisinin kurulamamış veya geçersiz olmasını gerektirir. Bununla birlikte bazı hâllerde borç ilişkisi hükümsüz olsa bile müspet zarar talep edilebilir. Benzer şekilde, istisnaî bazı hâllerde borç ilişkisi geçerli olmasına rağmen menfi zararın talep edilmesi mümkündür. Aşağıda bu istisnaî hâller açıklanmıştır.

2. Müspet Zarar Bakımından

Müspet zararın borç ilişkisinin geçerli olduğu hâllerde talep edilebileceği ilkesinin istisnalarından biri irade bozukluklarında düzenlenmiştir. TBK m. 35/I'e göre kusurlu yanılan, karşı tarafın sözleşmenin iptali sebebiyle uğradığı menfi zararı gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, TBK m. 35/II'ye göre hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, karşı tarafın menfi zararı aşan müspet zararının tazminine hükmedebilir. Doktrinde bu hükmün kıyasen aldatma ve korkutma hâllerinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir[315]. İkinci istisna ise yetkisiz temsilde, temsil olunanın işlemi onamamasının sonuçları bakımından öngörülmüştür. Gerçekten, TBK m. 47/I'de yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın işlemi onamaması hâlinde, işlemin hükümsüz olmasından doğan menfi zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise kusurlu yetkisiz temsilci hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde diğer zararlardan sorumlu tutulabilir (TBK m. 47/II). Burada

[315] **BK OR-Becker,** Art. 31, N. 17; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 870, 886; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63, 172. Buna karşılık, üçüncü kişinin korkutmasında bu hüküm kıyasen dahi uygulanamaz. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63, dn. 211. Ayrıca bkz. **Yıldırım, M. Fadıl,** Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 268.

diğer zararlar ifadesi ile müspet zarar kastedilmektedir[316]. Sözleşmenin geçersiz olduğu böyle hâllerde, kural olarak müspet zararın değil menfi zararın talep edilebilmesi gerekir. Bununla birlikte, hakkaniyet ilkesinden hareket eden[317] kanun koyucu, sözleşme geçersiz hâle gelmesine rağmen, zarar görene müspet zararını talep etme imkânı tanımıştır[318]. Böylece, müspet zarar ve menfi zarar arasındaki teorik ayrıma bir istisna getirilmiştir[319]. Son olarak, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerin feshinde borç ilişkisi ileriye etkili olarak ortadan kalkmış olmasına rağmen müspet zarar talep edilebilir[320].

---

[316] **von Tuhr/Peter,** s. 403; **Simonius,** s. 279, 280; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 737, 738; **Eren,** Borçlar Genel, s. 475, 476.

[317] Bu hâllerde her zaman müspet zararın tamamının giderileceğini düşünmemek gerekir. Gerçekten, her iki hükümde müspet zararın tazmini hakkaniyet ilkesine bağlanmıştır. Bu sebeple, her somut olayda menfi zararı aşan müspet zarar hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazmin edilecektir. Bu bakımdan, hakkaniyet gerektiriyorsa, ifa menfaatinin, yani müspet zararın tamamı karşılanabileceği gibi olayın özelliğine göre müspet zararın bir kısmının tazminine de hükmedilebilir. TBK m. 35/II'deki *"...ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla..."* ifadesi de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Diğer taraftan söz konusu düzenlemelerden, somut olayda ödenen tazminatın bir bölümünün müspet bir bölümünün de menfi zarardan oluşacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Zira müspet ve menfi zararın birlikte talep ve tazmin edilmesi mümkün değildir. Bu hükümlerden anlaşılması gereken, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde menfi zarar yerine müspet zarara hükmedilebileceğidir. Aynı görüşte bkz. **Koller, Alfred,** Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg Schweiz 1985, N. 415; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 450; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 400; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63, 171.

[318] TBK m. 35/II ve 47/II'de, *"daha fazla tazminat"* ve *"diğer zararlar"* ifadeleri kullanılmıştır. Bununla birlikte, bu ifadelerden müspet zararın anlaşılması gerekmektedir. Gerçekten, söz konusu hükümlerde sözleşmeye ilişkin menfaat, yani alışveriş menfaati korunmaktadır. Bu bakımdan menfi zararın karşısında yer alan zarar türü müspet zarardır. Bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 317; **Simonius,** s. 278; **BK OR-Schmidlin,** Art. 26, N. 33; **Eren,** Borçlar Genel, s. 412; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 108; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 450; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 400; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63. Ayrıca, TBK m. 35/II'de, bu hükmün karşılığı olan 818 sayılı BK m. 26/II'den farklı olarak, *"ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla"* ifadesiyle burada kastedilenin müspet zarar olduğuna işaret edilmiştir.

[319] **Simonius,** s. 277 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 108, dn. 222; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63.

[320] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, D, 3.

3. Menfi Zarar Bakımından

Borç ilişkisinin geçerli olduğu hâllerde menfi zararın talep edilemeyeceği ilkesinin istisnası, irade bozukluklarında iptal hakkından feragatte öngörülmüştür. İptal hakkından feragati[321] düzenleyen TBK m. 39/I'e göre, irade bozukluklarından biriyle sözleşme yapan taraf, bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, iptal hakkından feragat etmiş sayılır. Bu ihtimalde, baştan itibaren geçerli ancak iptal edilebilir hâlde olan sözleşmenin geçerliliği, iptal hakkının süresinde kullanılmaması sonucu kesinleşmiştir[322]. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, aldatma veya korkutmanın mevcut olduğu hâllerde iptal hakkından feragat sonucu sözleşmenin geçerliliği kesinleşmiş olsa bile tazminat hakkı ortadan kalkmaz. Burada tazminat hakkıyla, menfi zararın tazmini kastedilmektedir[323]. Bu bakımdan, TBK m. 39/II'de, geçerli olarak hüküm doğurmaya devam eden bir sözleşme mevcut olmasına rağmen, bu sözleşme sebebiyle meydana gelen menfi zararın talebine imkân tanınmıştır[324]. Klasik menfi zarar tanımına göre bu durumda menfi zararın talep edilmesi mümkün olmamalıdır. Kural olarak, süresi içerisinde iptal hakkını kullanmayan tarafın, sözleşmenin devamından bazı menfaatler elde etme düşüncesiyle aldatma veya korkutma sebebiyle uğradığı zararları gönüllü olarak

---

[321] Her ne kadar kanun hükmünde "onama" tabiri kullanılmış olsa da kanaatimizce iptal hakkında zaten baştan itibaren geçerli olan sözleşmenin onanması söz konusu olmaz. İptal hakkında, hak sahibinin sonradan sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma hakkı mevcuttur. Bu sebeple burada "onama" değil, bir hakkın kullanılmasından "feragat" söz konusudur. Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 425 vd., 431 vd.; **Okumuş,** s. 159 vd., 189.

[322] **Eren,** Borçlar Genel, s. 432; **Yıldırım,** Hile, s. 226, 237, 269; **Okumuş,** s. 189, 195.

[323] **Bucher,** AT, s. 222, 223; **von Tuhr/Peter,** s. 340, 341; **Eren,** Borçlar Genel, s. 418; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 411; **Yıldırım,** Hile, s. 269, 270; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 62. Kural olarak menfi zararın tazmin edileceği, ancak hesabının farklı şekilde yapılması gerektiği görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 107, 126.

[324] Aldatanın iddia ve vaadlerinin garanti vaadi olarak yorumlanabildiği hâllerde müspet zararın talep edilebileceği, bu durumda aldatılanın aldatanın vaadleri doğru olsaydı içinde bulunacağı hâle getirilmesi gerektiği görüşü için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 341.

üstlendiği kabul edilir. Bu sebeple, alacaklının artık menfi zararını isteyememesi gerekir[325]. Buna rağmen kanun koyucu geçerli olarak devam eden bu borç ilişkisinde menfi zarar talebine imkân tanımıştır. Doktrinde bu düzenlemenin, yalnızca, sözleşmenin iptalinin, üstlenilmesi zarar görenden beklenemeyecek başka sakıncalı sonuçlar doğuracağı hâllerde menfi zararı talep hakkı vereceği kabul edilmektedir[326].

Kural olarak bir borç ilişkisinde borca aykırılık gerçekleştiğinde müspet zarar söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte her borç ilişkisinin ihlali müspet zarara sebep olmaz. Örneğin sözleşme görüşmeleri sırasındaki işlemsel temas sebebiyle dürüstlük kuralı gereğince kurulan borç ilişkilerinde, henüz taraflarca kararlaştırılmış bir edim borcu bulunmamaktadır. Sözleşme görüşmelerinde kusur (*culpa in contrahendo*) veya daha genişletilmiş bir teori olan "edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi" şeklinde adlandırılan borç ilişkilerinin ihlali hâlinde, genellikle müspet zararın değil menfi zararın tazmini söz konusu olmaktadır[327].

D. Müspet Zarar ve Menfi Zararın Birlikte Talep Edilememesi

Müspet zarar ve menfi zarar ayrımının sonucu, bu zarar türlerinin hiçbir zaman birlikte talep edilememesidir[328]. Gerçekten, aynı borç ilişkisinde ifa menfaatinin ve bu borç ilişkisine hiç girilmemiş olmasındaki menfaatin birlikte talep edilebilmesi işin doğasına aykırıdır. Başka bir ifadeyle, alacaklı hem edim ifa edilseydi içinde

---

[325] **von Tuhr/Peter,** s. 340; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 470.

[326] **von Tuhr/Peter,** s. 340, 341; **Bucher,** AT, s. 223; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 871; **BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis,** Art. 31, N. 22; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 470.

[327] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 62.

[328] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 8; **Lüchinger,** N. 215, 216; **Keuk,** s. 159 vd.; **Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 415; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 3; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 450; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5a, § 17, N. 19.

bulunacağı durumun, hem de bu borç ilişkisine hiç girmemiş olsaydı içinde bulunacağı durumun birlikte sağlanmasını talep edemez[329]. Örneğin, ifa menfaatinin tazminini isteyen alacaklı, aynı zamanda sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları talep edemez. Bu bakımdan söz konusu zarar türlerinden birinin tazmini, diğerinin tazminine engel olmaktadır[330]. Alacaklı ya müspet zararını ya da menfi zararını talep etmelidir.

[329] **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 3; **Lüchinger,** N. 215; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 70.

[330] Bu açıdan bakıldığında, uygulamada sıkça karşılaşılan, müspet ve menfi tüm zararların tazminini talep eden dava dilekçelerinin hukukî bakımdan isabetsiz olduğu ortadadır. Örneğin: *"...Franchise sözleşmesi yaptıklarını, davacının bu sözleşmeye göre pastane açtığını, ... davalının sözleşmeye aykırı hareketlerinden dolayı uğradığı olumsuz zararının tazmini gerektiğini ileri sürerek bu nedenle davacının 200.000 TL'lik olumsuz zararının ve davacının 5 yıllık süre içerisinde kazanması muhtemel 150.000 TL'lik kâr yoksunluğu (olumlu zararı) olmak üzere toplam 350.000 TL zararının ...".* 11. HD, 19.03.2015 T., 2014/17087 E., 2015/3876 K. (HukukTürk)*;* "*30.000 TL müspet, 10.000 TL menfi zarar olmak üzere toplam 40.000 TL tazminatın tahsili...*". 3. HD, 07.02.2013 T., 2012/18063 E., 2013/1770 K. (Hukuktürk). Diğer taraftan, Yargıtay da hiç azımsanamayacak sayıdaki bazı kararlarında bu konuda aynı hataya düşmektedir. Örneğin, "*Davalı, sorumluluğunu azaltacak veya kaldıracak herhangi bir def'i ileriye sürüp ispat etmemiştir. O hâlde söz konusu akdi ilişkinin sonuç doğuracağı inancı ile davacının yaptığı tüm ödeme ve masraflardan (menfi zarar) ve sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile uğranılan zararlardan (müsbet zarar) davalı sorumludur...".* HGK, 28.09.1994 T., 1994/2-47 E., 1994/564 K. (YKD, 1994, C. 20, S. 12, s. 1895 vd.). *"Alacaklı sözleşmeyi geriye yürüyen biçimde bozmadığına göre olumsuz ve olumlu zararının tamamını isteyebilir."*. 4. HD, 26.02.1971 T., 9501 E., 1819 K. (**Uygur,** C. III, s. 3648). *"O hâlde, söz konusu akdi ilişkinin sonuç doğuracağı inancı ile davacının yaptığı tüm ödeme ve masraflardan (menfi zarar) ve sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile uğranılan zararlardan (müspet zarar) davalı sorumludur."*. HGK, 09.10.1996 T., 1996/2-406 E., 1996/672 K. (Yasa Hukuk Dergisi, 1997, s. 221 vd.); Ayrıca bkz. HGK, 18.09.1996 T., 1996/498 E., 1996/595 K.; HGK, 02.04.1997 T., 1997/7 E., 1997/286 K.; HGK, 07.06.2000 T., 2000/959 E., 2000/972 K.; 23. HD, 18.12.2018 T., 2016/1715 E., 2018/5919 K.; HGK, 07.04.2004 T., 2004/208 E., 2004/211 K.; 23. HD, 08.11.2018 T., 2018/1844 E., 2018/5208 K. (HukukTürk).

Benzer şekilde, Yargıtay, eser sözleşmesinde işsahibinin tazminat karşılığı fesih hakkını düzenleyen TBK m. 484 (eBK m. 369) kapsamındaki tazminat hesaplamalarında, müspet ve menfi tüm zararların birlikte tazmin edileceği şeklinde hatalı ifadeler kullanmaktadır: "*Görülüyor ki, davalılar(ın), inşaata başlanmadan önce Borçlar Kanununun 369 (TBK m. 484) madde hükmü doğrultusunda bu sözleşmeyi feshettikleri anlaşılmaktadır. O hâlde anılan madde ile düzenlenen toplama sistemi uygulanarak davacıların olumlu ve olumsuz tüm zararlarının ödetilmesi gerekir.".* 15. HD,16.10.1989 T., 1989/1623 E., 1989/4247 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 4, s. 582, 583.). Ayrıca bkz. 15. HD,27.01.2012 T., 2010/7098 E., 2012/350 K.; 23. HD, 28.05.2015 T., 2015/3299 E., 2015/4023 K.; 15. HD, 13.10.1994 T., 1994/414

Alacaklı, borç ilişkisinin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı menfi zararını talep ediyorsa, artık ifa menfaatine denk gelen müspet zararını talep edemez[331]. Aynı

E., 1994/5816 K.; 15. HD, 02.04.1998 T., 1998/833 E., 1998/1348 K.; 15. HD, 05.10.1987 T., 1986/4079 E., 1987/3415 K. (HukukTürk). Ancak söz konusu düzenlemede, müspet ve menfi zararın birlikte tazmini söz konusu değildir. Hükmün uygulanacağı hâllerde, sözleşme ileriye etkili olarak feshedilmekte ve dolayısıyla müspet zararın tazmini gerekmektedir. Zira sözleşmenin feshinde menfi zarar değil, müspet zarar söz konusu olur. Bununla birlikte burada esas problem, fesih tarihine kadar yüklenicinin yaptığı masraf bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira TBK m. 484, "işsahibinin yüklenicinin bütün zararlarını gidermesi" ve "tamamlanmış kısmın karşılığını ödemesi"nden bahsetmektedir. Yargıtay, tamamlanmış kısmın karşılığı olarak ödenen masrafları menfi zarar olarak nitelendirmektedir. Oysa sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak sona erdirildiği fesihte, fesih anına kadar tamamlanan kısmın karşılığının, yani ifaya yönelik olarak yapılan harcamaların, sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş gibi menfi zarar olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Kanaatimizce hükmün özü, haklı bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın sözleşmeyi feshetme hakkı tanınan işsahibi karşısında, yükleniciyi sözleşmenin ifasıyla içinde bulunacağı duruma sokmak, yani ona ifa menfaatini sağlamaktır. Bununla birlikte, düzenlemede tamamlanan kısmın ne olacağı meselesinde yukarıdaki gerekçeyle sözleşmeyi fesheden işsahibi aleyhine tavır takınılmıştır. Bu sebeple, yükleniciye tamamlanan kısım bakımından masrafları, kalan kısım bakımından da elde edeceği kâr verilerek onun ifa menfaati tazmin edilmektedir. Zira tamamlanan kısım bakımından yüklenici öngörülen masrafları yapmış, tamamlanmayan kısım bakımından ise bu masrafları yapmaktan kurtulmuştur. Doğal olarak, ödenecek müspet zarar tazminatı hesaplanırken alacaklının yaptığı masrafların yanında, yapmaktan kurtulduğu masraflar da dikkate alınmalıdır. Bu masrafların hesaba dâhil edilmesi, müspet zararın tespit edilebilmesi için gerekli olan hesaplama adımlarından ibarettir. Bunu sağlamak üzere toplama (müspet) veya kesinti (menfi) yöntemi şeklinde iki farklı hesaplama yöntemi kullanılmaktadır. Hangi yöntem kabul edilirse edilsin, sonuçta yüklenici o sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaate, yani müspet zararına kavuşmaktadır. Bu tazminatın menfi zararla bir ilgisi yoktur. Eser sözleşmesinde tazminat karşılığı fesih ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm III, § 9, III, C, 2.

[331] Yargıtay'ın sözleşmeyle müspet ve menfi zararın birlikte talep edileceğinin kararlaştırılabileceği yönünde kararları bulunmaktadır: *"Ne var ki, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, borçlunun temerrüdünü ve bunun sonuçlarını düzenleyen B.K.nun anılan hükümleri (eBK 106-108, TBK m. 123-125), kamu düzeni ile ilgili emredici hükümler değillerdir. Bu nedenle de sözleşme ile aksi kararlaştırılarak fesih hâlinde dahi olumlu veya olumsuz zarar ayrımı yapılmaksızın her türlü zarar ve ziyanın ödenmesi kabul edilebilir. ...Şartnamedeki bu ayrık hüküm nedeniyle sözleşmenin feshine neden olan davalının, B.K.nun 108. maddesindeki genel kuralın aksine olumlu ve olumsuz zarar ayrımı yapılmaksızın idarenin bu yüzden uğradığı tüm zarar ve ziyanından sorumlu olacağının kabulü gerekir".* 13. HD, 01.11.1994 T., 1994/7129 E., 1994/9463 K. (HukukTürk). Yüksek mahkemenin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira müspet ve menfi zararın birlikte istenememesi sadece TBK m. 123-125 hükümlerinin emredici olmadığı gerekçesiyle aşılabilecek bir mesele değildir. Aksine müspet ve menfi zararın birlikte talep edilememesi, bu zarar türlerinin koruduğu menfaatlerden ve

şekilde, borç ilişkisi gereği gibi ifa edilseydi elde edeceği menfaati, yani müspet zararını talep eden alacaklının, aynı zamanda borç gereği gibi ifa edilseydi isteyemeyeceği nitelikteki menfi zarar kalemlerini talep etmesi mümkün değildir[332]. Müspet zararını talep eden alacaklı, bu zarar kalemlerine katlanmak zorundadır[333]. Menfi zararın kapsamındaki en önemli zarar kalemleri olan sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar ile kaçırılan başka sözleşme yapma fırsatları, alacaklının iradesine dayanmaktadır. Bunlar, sözleşme gereği gibi ifa edildiğinde birer zarar kalemi olarak kabul edilemez. Bu sebeple, borç gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının içinde bulunacağı durumu tesis eden müspet zararın tazmininde, söz konusu masraflar

---

niteliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, yukarıda açıklandığı gibi menfi zarar sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olması hâlinde içinde bulunulacak durumun (olumsuz menfaat) sağlanmasını amaçlarken, müspet zarar sözleşme gereği gibi ifa edileseydi içinde bulunulacak olan durumun (ifa menfaati, olumlu menfaat) sağlanmasını amaçlar. Bu bakımdan, alacaklı hem edim ifa edilseydi içinde bulunacağı durumun, hem de bu borç ilişkisine hiç girmemiş olsaydı içinde bulunacağı durumun birlikte sağlanmasını talep edemez. Alacaklının birbirine tamamen zıt bu iki durumun birlikte sağlanmasını talep edebilmesi mantık kurallarına aykırıdır.

[332] **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 3; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 71. Ayrıca bkz. **Schwenzer, Ingeborg,** "Aufwendungsersatz bei nicht durchgeführten Verträgen", Festschrifft für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, s. 658 vd.

[333] Örneğin, Ankara'dan Aydın'a giderek, B ile 10 ton kuru incir satın almak üzere anlaşan A, B'nin incirleri zamanında teslim etmemesi üzerine gerekli şartları yerine getirerek ifa yerine müspet zararının tazmini istemişse, malvarlığının hâlihazırda içinde bulunduğu durum ile incirler zamanında teslim edilseydi içinde bulanacağı durum arasındaki farkın tazmin edilmesini talep etmiştir. A'nın müspet zarar talebinin kapsamına, aynı miktardaki inciri başka birinden satın alması sebebiyle uğradığı zarar, ifanın gerçekleşmemesi sonucu üçüncü kişilere tazminat veya ceza koşulu ödemek zorunda kalması sebebiyle uğradığı zararlar ile ifanın gerçekleşmemesi sonucu meydana gelen diğer fiili zararlar, ayrıca malı üçüncü kişilere satarak elde edebileceği kâr (yoksun kalınan kâr) girer. Ancak, müspet zararını talep eden A'nın, buna ek olarak noter ve seyahat masrafları ile komisyoncuya ödenen ücret gibi sözleşmeyi kurma amacıyla yaptığı masrafları (menfi zararın fiili zarar kısmı) ya da sözleşmenin hüküm doğuracağına güvenmesi sebebiyle daha elverişli bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmasından doğan kayıpları (menfi zararın kaçırılan fırsat kısmı) talep etmesi mümkün değildir. Elbette, alacaklının kendisi için daha elverişli ise gerekli şartları yerine getirmek koşuluyla sözleşmeden dönüp menfi zararını istemesi de mümkündür. Ancak, bu ihtimalde de alacaklı menfi zararının yanında müspet zararını talep edemez.

ve kaçırılan fırsatların talep edilmesi mümkün değildir[334]. Bu tür masraflar ve kaçırılan fırsatlar, yalnızca sözleşmenin hükümsüz kalması hâlinde boşa çıkmış olur ve zarar olarak (menfi zarar kapsamında) talep edilebilir.

Mesele başka bir açıdan ele alındığında, hiç veya gereği gibi ifa etmeme sebebiyle yapılan takip masrafları ve malın geri gönderilmesi gibi masraflar, hem müspet zararda hem de menfi zararda fiili zarar kısmına dâhil olan kalemlerdendir. Diğer taraftan bir sözleşme ilişkisine giren alacaklı, o sözleşmeden elde edeceği kazancı hesaplarken sözleşmeyi kurmak için yaptığı masrafları dikkate almaktadır. Bu sebeple, müspet zararın yoksun kalınan kâr kısmı tazmin edildiğinde, dolaylı olarak aynı zamanda menfi zararın fiili zarar kısmında kalan bu tür masraflar tazmin edilmiş olmaktadır[335]. Bu bakımdan, müspet zarar ile menfi zararın aynı olayda birlikte talep edilebilmesi, söz konusu zarar kalemlerinin iki kez tazmini sonucunu doğurur. Böyle bir sonuç, sorumluluk hukukunun en temel ilkelerinden olan "zarar görenin zenginleşmesi yasağına"[336] aykırılık teşkil eder[337].

---

[334] **Lange/Schiemann,** s. 66; **Lüchinger,** N. 182 vd., 317; **Keuk,** s. 157, 158; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855, dn. 2; **Havutçu,** s. 76; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 72.

[335] **Keller, M.,** s. 248.

[336] Bkz. Bölüm III, § 10, I.

[337] Alman hukukunda 2002 yılında yapılan reformda müspet zarar ve menfi zarar ifadeleri kanunda yer almamakla birlikte, söz konusu zarar ayrımı ve bunların birlikte talep edilememesi ilkesi korunmuştur. Örneğin, BGB § 284'e göre alacaklı, müspet zararın (*Schadensersatz statt der Leistung*) yerine, ifa konusuna kavuşacağına güvenerek ve makul seviyede yaptığı boşa çıkan masraflarının tazminini talep edebilir. Söz konusu hükümde, alacaklıya önceki maddelerde tanınan müspet zararı talep imkânının yerine, menfi zararın kalemlerinden olan boşa çıkan masraflarını talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak, alacaklıya hem müspet zararını, hem de bu masraflarını birlikte isteme imkânı tanınmamıştır. Bu bakımdan müspet zarar ve menfi zararın birlikte talep edilememesi ilkesi korunmuştur. **MüKo/Ernst,** § 284, N. 33; **Staudinger/Schwarze,** § 284, N. 1, 18, 19; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 3; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 74, 75; **PWW/Schmidt-Kessel/Kramme,** § 284, N. 5; **Dauner-Lieb, Barbara,** "Das Leistungsstörungsrecht im Überblick", in: Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Hrsgb.: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard, Heidelberg 2002, N. 52; **Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas,** Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, N. 226; **Lorenz, Stephan,** "Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im

Zararın tazmininde karma bir yöntem uygulanarak müspet zarara dâhil olan zarar kalemlerinden bir kısmı ile menfi zarara dâhil olan zarar kalemlerinden bir kısmının birleştirilerek talep edilmesi de mümkün değildir[338]. Zira böyle bir talep hukuk mantığına aykırıdır[339]. Bu bakımdan, aynı olayda zararın bir kısmı müspet zarar, bir kısmı menfi zarar çerçevesinde tazmin edilemez[340]. Alacaklının ya müspet zararı, ya da menfi zararı tazmin edilmelidir. Örneğin, aynı olayda alacaklının yoksun kaldığı kârla birlikte sözleşmeyi kurma masraflarının tazmin edilememesi gerekir.

Doktrinde bir görüş, kanunda sadece müspet zararın talep edilebileceğinin düzenlendiği hâllerde bile alacaklıya menfi zararı talep etme imkânının da seçimlik olarak tanınması gerektiğini savunmaktadır[341]. Kanaatimizce, Türk/İsviçre hukuku bakımından, kanunda düzenlenen istisnaî hâller dışında, her iki zararın seçimlik olarak

---

Gewährleistungsrecht", NJW 2004, s. 27, 28. Krş. **Fikentscher/Heinemann,** s. 263 vd.; **Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan,** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl., München 2012, § 37, N. 455i; **Gsell, Beate,** "Aufwendungsersatz nach § 284 BGB", in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente-Brennpunkte-Ausblick, Hrsgb.: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten, Köln-Berlin-Bonn-München 2003, s. 337 vd.

[338] **Lüchinger,** N. 216; **Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 415.

[339] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5a, § 17, N. 19; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 386; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 70. Buna karşılık federal mahkeme yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin bir kararında hatalı bir şekilde, bazı zarar kalemlerini menfi zarar bazılarını da müspet zarar başlığı altında sınıflandırarak bunların birlikte tazminine karar veren alt mahkemenin kararını onamıştır. Bkz. BGE 106 II 132 (**Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 415'den naklen).

[340] **Lüchinger,** N. 216; **Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 415; **BK OR-Zäch,** Art. 39, N. 60; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 450; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 73.

[341] Örneğin, TBK m. 112 (OR Art. 97)'de borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hâllerde (örneğin imkânsızlıkta) yalnızca müspet zararın tazmini düzenlenmiştir. Söz konusu görüşe göre, bu gibi hâllerde bile alacaklıya menfi zararı talep etme hakkının da tanınması gerekir. Ancak bu görüşe göre, kanunda sadece menfi zararın tazmininin öngörüldüğü hâllerde ise seçimlik olarak müspet zarar talep edilemez. Buna gerekçe olarak ise kanun koyucunun ilgili hükümleri düzenlerken müspet zararın menfi zarardan daha büyük olduğu varsayımıyla hareket ettiği, buradan müspet zarardan sorumluluğun öngörüldüğü hâllerde alacaklıya imtiyazlı muamelede bulunulduğu ve hiçbir şekilde menfi zarar talebinin engellenmediği sonucu çıktığı ileri sürülmektedir. Bkz. **Koller,** OR 2009, s. 700, 701.

talep edilmesi mümkün değildir[342]. Diğer taraftan, bu zararların talep edilebilmesi için kural olarak birinde sözleşmenin geçerli olması, diğerinde ise geçerli olmaması gibi birbirine zıt iki şart aranmaktadır. Bu sebeple mevzu hukuk bakımından, kural olarak iki zarar türünün aynı olayda aynı şartlar altında seçimlik hak şeklinde bulunması mümkün değildir[343]. Bununla birlikte aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanan savunduğumuz sistem kabul edilirse, borçlunun kusuru sebebiyle sözleşmeden dönme hâlinde müspet ve menfi zararın seçimlik şekilde talep edilmesi imkânı mevcut olacaktır[344].

E. Menfi Zararın Müspet Zararı Aşıp Aşamayacağı Meselesi

Borç ilişkilerinde borcun ifasından beklenen menfaat, çoğunlukla miktar olarak o borç ilişkisini kurmak için yapılan masraflar ve kaçırılan fırsatlardan doğan zarardan daha fazladır[345]. Zira hayatın olağan akışı içinde, makul bir kimse ilke olarak zarar etmek amacıyla bir borç ilişkisine girmez. Masrafların o borç ilişkisinden beklenen kazançlardan fazla olduğu ya da daha iyi bir teklifin bulunduğu hâllerde, makul düşünen bir kişi o borç ilişkisine girmemeyi tercih eder. Bununla birlikte, bu husus mutlak şekilde kabul edilmemelidir. Gerçekten, bir kimse bazı hâllerde böyle bir borç ilişkisine girmiş olabilir. Örneğin, sözleşmedeki şartların herhangi bir saikle borçlunun lehine olacak şekilde kararlaştırılması hâlinde[346] veya karşı taraftan başka bir menfaat

[342] Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâlinde alacaklıya ifa yerine müspet zararı veya sözleşmeden dönerek menfi zararı talep etme hakkı verilmesi bu nitelikte değildir. Zira burada alacaklı iki ayrı yoldan birini seçmektedir. Birinci yol sözleşmeyi ayakta tutup müspet zararını talep etmek, ikinci yol ise sözleşmeden dönmek ve menfi zararını istemektedir. Burada seçimlik hakla kastedilen ise örneğin alacaklının sözleşmeyi ayakta tutmasına rağmen müspet veya menfi zarardan birini talep edebilmesi ya da sözleşmeden dönmesine rağmen iki zarar türünden birini seçimlik olarak talep edebilmesidir. Kanaatimizce mevzu hukuk bakımından bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

[343] Aynı görüşte bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 73.

[344] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 2, c, bb, bbb, bbbb, ccccc.

[345] Aynı yönde bkz. **Koller,** OR 2009, s. 700; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 353.

[346] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 353.

elde etme amacının güdüldüğü ya da beklenenin üzerinde aşırı masrafın yapıldığı durumlarda, yapılan masraflar o sözleşmenin ifasından beklenen menfaatten fazla olabilir. Bu bakımdan teorik olarak bir borç ilişkisindeki menfi zararın müspet zarara eşit veya ondan daha fazla olması mümkündür[347]. Uygulama bakımından istisnaî bir durum olsa da kanunen bunun önünde bir engel bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı gibi müspet zarar ifa menfaatinin sağlanmasını amaçlarken, menfi zarar o borç ilişkisine hiç girilmemesindeki menfaati sağlamayı amaçlamaktadır. Diğer taraftan, kural olarak müspet zararda geçerli bir borç ilişkisi gerekirken, menfi zararda borç ilişkisinin yokluğu veya hükümsüzlüğü söz konusudur. Bu bakımdan hukukî sebepleri ve karşılamayı amaçladıkları menfaatler farklı olan bu iki zarar türü miktar bakımından birbirini sınırlamaz. Bu sebeple, somut olayın özelliğine göre menfi zarar miktarının müspet zarar miktarından fazla olması mümkündür. Menfi zararın müspet zarardan fazla olamayacağı şeklindeki bir yaklaşım[348] yerinde değildir.

Amaçlanan sözleşmede kararlaştırılan bedel ile yapma fırsatı kaçırılan sözleşmedeki bedel aynı ise müspet zarar ile menfi zarar miktar bakımından birbirine eşit olabilir. Diğer taraftan, yapma fırsatı kaçırılan sözleşmedeki bedel, hükümsüz kalan sözleşmedeki bedelden düşük ise menfi zararın müspet zarardan fazla olması mümkündür[349]. Örneğin, A, B'yle bir cep telefonunun 10.000 TL'ye satışı konusunda

---

[347] **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 379, dn. 200; **Koller,** OR 2009, s. 700; **BK OR-Zäch,** Art. 39, N. 59; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2901; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1150; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 386.

[348] *"…hesap edilecek olumsuz zararın tutarı, hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemez."*. 15. HD, 28.09.1993 T., 1992/5474 E., 1993/3691 K. (YKD, 1994, C. 20, S. 8, s. 1297 vd.).

[349] **Buz,** Dönme, s. 250; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 386, dn. 84. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde zarar görenin hangi taraf olduğuna bağlı olarak, tam tersi bir durumda da menfi zararın müspet zarardan fazla olması mümkündür. Örneğin, A, bilgisayarını 8.000 TL'ye B'ye satmayı kabul etmiş, bu arada C'nin 10.000 TL teklifini, sözleşmeyle bağlı olduğunu düşünerek reddetmiştir. B'nin bedeli ödemede temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeden dönen A, bilgisayarını bir başkasına 6.000 TL'ye satabilmiştir.

anlaşmıştır. Anlaşmaya göre cep telefonu 7 gün sonra teslim edilecektir. Bu arada A, B ile yaptığı sözleşme sebebiyle, C'nin aynı telefonu 9.000 TL'ye satma teklifini reddetmiştir. B cep telefonunu teslim borcunda temerrüde düşünce, A gerekli şartları yerine getirerek sözleşmeden dönmüştür. Söz konusu süreçte aynı model cep telefonunun fiyatı dövizdeki artış sebebiyle 12.000 TL'ye çıkmıştır. Burada A'nın müspet zararı, sözleşmede kararlaştırılan 10.000 TL ile hâlihazırdaki fiyat olan 12.000 TL arasındaki fark, yani 2.000 TL'dir. Buna karşılık A'nın menfi zararı, yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmedeki bedel olan 9.000 TL ile hâlihazırdaki fiyat olan 12.000 TL arasındaki fark, yani 3.000 TL'dir. Bu örnekte görüldüğü gibi menfi zarar müspet zarardan yüksek olabilir[350].

F. Menfi Zarar Tazminatının Müspet Zararla Sınırlandırılması Tartışması

Zarar verici olay sebebiyle meydana gelen zararın miktarı ile bu zararın ne kadarlık kısmının tazmin edileceği birbirinden farklı konulardır. Gerçekten, zarar kavramı zarar verici olayın malvarlığında meydana getirdiği eksilmeyi veya engellenen artışı ifade eder. Malvarlığında meydana gelen bu eksilme veya engellenen artışın ne kadarlık kısmının, hangi ölçüde tazmin edileceği ise ayrı bir meseledir. Bu bakımdan menfi zararın müspet zararı aşıp aşamayacağı meselesi ile meydana gelen menfi zarardan tazminatla karşılanacak kısmın müspet zarar miktarını aşıp

---

A'nın müspet zararı sözleşmedeki bedel ile sonraki satış sözleşmesindeki bedel arasındaki fark olan 2.000 TL iken, menfi zararı kaçırdığı sözleşme fırsatı ile sonraki sözleşme arasındaki fark olan 4.000 TL'dir. Ayrıca bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 313, 314.

[350] **Buz,** Dönme, s. 250; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 386, dn. 84. Bununla birlikte, söz konusu örnekte yalnızca menfi zararın kaçırılan fırsat kısmı ile müspet zararın yoksun kalınan kâr kısmı karşılaştırılmış, diğer fiili zarar kalemleri dikkate alınmamıştır. Bu bakımdan yukarıdaki örnek, fiili zarar dikkate alınmadan veya en azından fiili zarar bakımından menfi zarar ve müspet zararın eşit olduğu varsayımıyla kurgulanmıştır. Somut olayda her iki zarar türünün fiili zarar kalemlerinin birbirinden farklı olması ve duruma göre toplam müspet zararın menfi zarardan fazla olması veya tam tersi de mümkündür.

aşamayacağı tartışmalarını birbirinden ayırmak gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi, olayın özelliğine göre menfi zararın müspet zarar miktarından fazla olması mümkündür. İşte böyle bir ihtimalde menfi zarar tazminatı miktarının müspet zarar miktarıyla sınırlı olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin hükümsüzlüğüne dayanarak menfi zarar tazminatı talep eden alacaklının, o borç ilişkisi geçerli olsaydı ve ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirilip getirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Menfi zarar tazminatının sınırlandırılması tartışması esas olarak Alman hukukundan kaynaklanmaktadır. Gerçekten, Alman hukukunda menfi zarar tazminatının miktarını sınırlayan bazı hükümler bulunmaktadır. Bunlardan ilki yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalinde karşımıza çıkmaktadır. BGB § 122/I'e göre, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal eden taraf, diğer tarafın beyanın geçerliliğine güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı, beyan geçerli olsaydı elde edeceği menfaati aşmamak şartıyla gidermekle yükümlüdür. Diğer hüküm ise yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkindir. BGB § 179/II'ye göre, temsil yetkisinin olmadığını bilmeyen yetkisiz temsilci, karşı tarafın temsil yetkisinin varlığına güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı sözleşme geçerli olsaydı elde edeceği menfaati aşmamak üzere tazmin etmekle yükümlüdür. Görüldüğü gibi, her iki hükümde de zarar verenin menfi zararın müspet zararı aşmayan kısmından sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Böylece zarar görenin menfi zarar olarak isteyebileceği tazminat miktarı, müspet zarar ile sınırlandırılmıştır[351]. Alman hukukunda menfi zararın tazminine ilişkin bu hükümler dışında başka bir sınırlama bulunmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde

[351] **Medicus,** Gesetzliche Schuldverhältnisse, s. 93; **Erman/Palm,** § 122, N. 7 vd., § 179, N. 11, 12; **Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich,** Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl., 2018, s. 200, 269; **Lange/Schiemann,** s. 64 vd.; **PWW/Frensch,** § 179, N. 17; **PWW/Luckey,** § 249, N. 19; **Faust, Florian,** Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden 2018, s. 221, 273; **Höpfner,** s. 871.

söz konusu sınırlamaların menfi zararın tazmin edildiği diğer *culpa in contrahendo* sorumluluğu hâllerinde de kıyasen uygulanmasını savunan görüşler ileri sürülmüştür[352]. Buna karşılık hâkim görüş, söz konusu hükümlerin menfi zararın tazmininde genel bir sınırlama getirecek şekilde kıyasen uygulanması fikrine karşı çıkmaktadır[353].

Türk Hukukunda iki durumda menfi zararı tazmin yükümlülüğü müspet zarar miktarıyla sınırlandırılmıştır. İlk olarak TBK m. 9/II'de, ödül sözü verenin sonuç gerçekleşmeden önce sözünden caydığı veya sonucun gerçekleşmesini engellediği hâllerde ödemekle yükümlü olduğu menfi zarar tazminatının, ödülün değerini, yani ifa menfaatini aşamayacağı düzenlenmiştir. İkinci olarak, TBK m. 260/I'e göre, taksitli satışlarda satıcı şeyi alıcıya teslim ettikten sonra alıcının temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönerse, hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ile birlikte olağan dışı kullanımlar sebebiyle şeyin değerinin azalması hâlinde tazminat isteyebilir. Ancak satıcı, zamanında ifa hâlinde elde edeceğinden fazlasını isteyemez. İsviçre hukukunda da ilan yoluyla ödül sözü vermeye ilişkin OR Art. 8/II ile taksitli satışlarda alıcının

[352] **von Tuhr,** s. 359, dn. 161; **Stoll,** culpa in contrahendo, s. 436 vd., 441, 451 vd.; **Rabel,** s. 326.

[353] **Lange/Schiemann,** s. 64, 65; **Medicus,** Gesetzliche Schuldverhältnisse, s. 94; **Medicus,** Schuldrecht, N. 669; **Schwarz/Wandt,** s. 490; **Erman/Palm,** § 122, N. 10; **Erman/Kindl,** § 311, N. 25; **Hk-BGB/Schulze,** § 311, N. 26, 27; **Jauernig/Stadler,** § 311, N. 54; **PWW/Luckey,** § 249, N. 19; **Larenz,** I, s. 112; **Fikentscher/Heinemann,** s. 76; **Looschelders, Dirk,** Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2017, N. 970; **Horn,** s. 383; **Budewig/Gehrlein,** Kap. 15, N. 14; **Grunewald, Barbara,** "Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens", JZ 2001/9, s. 435; **Pohlmann, Andre,** Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, Berlin 2002, s. 112. BGHZ 49, 77, 82; 57, 191, 193; 69, 53, 56; 136, 105; RGZ 151, 357, 359; BGH NJW 2001, 2875, 2876; BGH NJW-RR 1990, 230; NJW 1988, 2234, 2236. Bununla birlikte, genel kural olarak sınırlandırmaya karşı çıkan yazarlardan bazıları, benzer olaylarda kıyas yoluyla menfi zararın sınırlandırılabileceğini de savunmaktadır. Bu görüşe göre örneğin, zararın tam olarak sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklandığı hâllerde, zarar gören ifa gerçekleşseydi içinde bulunacağından daha iyi bir duruma sokulmamalıdır. Bkz. **Lange/Schiemann,** s. 65.

temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmeye ilişkin yürürlükten kaldırılan OR Art. 226i'de[354] Türk hukukundakine benzer düzenlemeler bulunmaktadır.

Türk/İsviçre hukukunda yukarıda bahsedilenler dışında menfi zarar tazminatını müspet zarar miktarıyla sınırlayan başka bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte doktrinde özelikle TBK m. 47/II (OR Art. 39/II) ve OR Art. 26/II çerçevesinde bu sınırlama ile ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde hükmedilecek daha fazla tazminatın üst sınırına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, tartışmanın her iki tarafı da bu düzenlemelere dayanmaktadır[355]. Bir görüş, TBK m. 47/II (OR Art. 39/II) ve OR Art. 26/II'deki "daha fazla zarar (diğer zararlar)" ifadesinin, bir sınırlı tazminat yükümlülüğünü ortaya koyduğunu, sözleşmeden beklenen ifa menfaatinin, menfi zararın tazmininde en üst sınır olduğunu savunmaktadır[356]. Bu görüşe göre, menfi zarar tazminatının miktarı sınırlama olmadığı için müspet zararı aşarsa, örneğin yanılma veya üçüncü kişinin korkutması sebebiyle sözleşmeyi iptal etmenin hiçbir anlamı kalmaz[357]. Bu bakımdan, hakkaniyet böyle bir sınırlamayı gerektirmektedir. Diğer taraftan, bir sözleşmeyi yapmaya karar veren kişinin, daha elverişli fırsatları kaçırmasından kaynaklanan

[354] Bu hüküm, 01.01.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 23.03.2001 Tarihli Tükedici Kredisi Federal Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır (AS 2002 3846). https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2002/593/de (Erişim tarihi: 27.11.2020) .

[355] Bu konuda bkz. **Gonzenbach, Rainer,** Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s. 212; **Lüchinger,** N. 566; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 355.

[356] **BK OR-Becker,** Art. 26, N. 5; **Simonius,** s. 243 vd., 280 vd.; **Scherrer,** s. 72 vd. Keller'e göre, aldatma veya diğer tarafa zarar verme kastının bulunduğu hâllerde menfi zarar tazminatı sınırlandırılmamalı, bunun dışında böyle bir sınırlandırma yapılmalıdır. Bkz. **Keller, M.,** s. 113, 114, 249 vd. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 108; **Hatemi/Gökyayla,** s. 98. Kaçırılan fırsatlar (*lucrum cessans*) bakımından sınırlama gerektiği, fiili zarar (*damnum emergens*) bakımından ise sınırlamanın yersiz olduğu görüşü için bkz. **Kutlu Sungurbey,** s. 154 vd. Türk/İsviçre Hukukunda menfi zarar tazminatını sınırlamaya ilişkin genel bir hüküm bulunmadığı, ancak TBK m. 51 (OR Art. 43)'e göre tazminatın belirlenmesinde böyle bir sınırlamanın çoğu zaman söz konusu olacağı görüşü için bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 87, dn. 30. Ayrıca bkz. ve krş. **Bucher,** AT, s. 379, dn. 200.

[357] **Keller, M.,** s. 253 vd.; **Uygur,** C. III, s. 3677.

menfi zarar talebini ifa menfaati ile sınırlamak gerekir[358]. Bu görüşe göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt üzerine sözleşmeden dönme hâlinde istenen menfi zarar tazminatı da sınırlandırılmalıdır[359]. Zira ilgili hükümlerde, alacaklıya sözleşmeyle bağlı kalırsa ifa menfaatini talep hakkı tanınmış, sözleşmeden dönmesi hâlinde ise menfi zararının tazminiyle yetinmesi uygun görülmüştür. Bu sebeple, sözleşmeden dönen alacaklı, tazminat olarak yalnızca menfi zararının ifa menfaatini aşmayacak kısmını talep edebilmelidir. Bu kabul aynı zamanda, alacaklının edim ifa edilseydi içinde bulunacağından daha iyi bir duruma gelmesinin önüne geçerek, spekülasyon yapmasını da engeller[360]. Benzer şekilde, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi (TBK m. 512 / OR Art. 404) ve saklama sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilmesi (TBK m. 564/ OR Art. 475/II) hâllerinde, kanunda açıkça bir sınırlama öngörülmemiş olmakla birlikte, hükmün amacından hareketle karşı taraf sözleşme sona erdirilmeseydi içinde bulunacağından daha elverişli bir hâle getirilmemelidir[361].

Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüş ise menfi zarar tazminatına müspet zarar miktarıyla sınırlama getirilmesine karşı çıkmaktadır[362]. Bu görüşe göre,

---

[358] **Kutlu Sungurbey,** s. 154.

[359] **BK OR-Becker,** Art. 109, N. 9; **Keller, M.,** s. 254, 255; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 27, 28; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Önen,** Temerrüt, s. 96; **Uygur,** C. III, s. 3677; **Reisoğlu,** s. 389. *"Olumsuz zarar, feshedilen sözleşmenin getireceği kâr yoksunluğu tazminatını aşamaz. ... hesap edilecek olumsuz zararın tutarı, hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemez."*. 15. HD, 28.09.1993 T., 1992/5474 E., 1993/3691 K. (YKD, 1994, C. 20, S. 8, s. 1297 vd.).

[360] **Keller, M.,** s. 185; **Keuk,** s. 160.

[361] TBK m. 512 (OR Art. 404/II) bakımından bkz. **Lüchinger,** N. 738, 739; **Hofstetter, Josef,** Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Tb. VI, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000, s. 64, dn. 60. Saklama sözleşmesi bakımından Bkz. **Lüchinger,** N. 754; **BK OR-Gautschi,** Art. 475, N. 10b.

[362] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 26, N. 14; Art. 39, N. 9; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 285, 286; **BK OR-Kramer,** Art. 19-20, N. 404, Art. 22, N. 46; **Lüchinger,** N. 565 vd.; **BSK OR I-Watter,** Art. 39, N. 6; **BK OR-Schmidlin,** Art. 26, N. 27 vd.; **BK OR-Zäch,** Art. 39, N. 59; **Gonzenbach,** 213 vd.; **Glasl, Daniel G.,** Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Diss., Zürich 1992, s. 118 vd.;

kanunda belirli istisnalar dışında tazmin edilecek menfi zarar miktarını sınırlayan bir hüküm mevcut değildir. Diğer taraftan menfi zarar ve müspet zararın ortaya çıkmasındaki illiyet bağları birbirinden farklıdır. TBK m. 47/II (OR Art. 39/II) ve OR Art. 26/II'nin lafzından hareketle böyle bir sonuca varılması isabetli değildir. Söz konusu hükümlerin amacı, zarar görene hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde menfi zarar miktarından daha fazla bir tazminat hakkı sağlamaktır. Kanun koyucu, menfi zararın her zaman müspet zarardan az olacağı varsayımıyla bu düzenlemeleri yapmıştır. Ancak, söz konusu düzenlemelerde menfi zarar tazminatının müspet zararla sınırlandırılmasına ilişkin hiçbir ifade mevcut değildir. Örnek teşkil edebilecek BGB § 122 ve 179'a rağmen menfi zarar tazminatını sınırlandırmayan kanun koyucunun, böyle bir sınırlamayı benimsemeyerek bilinçli olarak sustuğunu kabul etmek daha yerinde bir yaklaşımdır[363]. İlgili hükümlerde, menfi zararın müspet zarardan düşük olduğu hâllerde hakkaniyet gerektiriyorsa kusurlu zarar verenin tazminat yükümlülüğünün ifa menfaatine kadar genişletilebilmesi imkânı düzenlenmiştir. Buna karşılık, menfi zarar miktarı müspet zarar miktarından fazla ise artık bu hükme

---

Hartmann, Stephan, Die Vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg Schweiz 2001, s. 128 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1150; **Buz,** Dönme, s. 278, 279; **Öz,** Eser, s. 298; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 449, 450; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 357- 361. Bkz. ve krş. **Koller,** OR 2009, s. 282.

Bir görüş, Türk/İsviçre Hukukunda genel anlamda böyle bir sınırlamanın bulunmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, yanılma bakımından (OR Art. 26) istisnaî durumlarda menfi zarar müspet zararı aşarsa ve yanılan bunu biliyorsa, genellikle iptal hakkını kullanmaktan kaçınır; ancak yanılanın olağan dışı seviyedeki menfi zararı öngeremediği hâllerde, hâkim tazminatı TBK m. 51 (OR Art. 43)'e göre müspet zarar miktarına indirebilir. Diğer taraftan bu görüş, menfi zarara ilişkin genel açıklamalarında, TBK m. 51 (OR Art. 43)'e göre tazminatın belirlenmesinde böyle bir sınırlamanın çoğu zaman söz konusu olacağını belirtmektedir. Bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 87, dn. 30, s. 316. Bucher ise, temel olarak menfi zararın müspet zararı aşabileceğini ve tazminatın sınırlandırılmadığını kabul etmekte, ancak, kanun koyucunun menfi zarar tazminatını sınırlandırma niyetinin gerekirse TBK m. 51 (OR Art. 43) ile sağlanabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Bucher,** AT, s. 343, 379, dn. 200. Benzer görüş için bkz. **BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis,** Art. 26, N. 7.

[363] **Glasl,** s. 118; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 357.

gidilmez. Zira müspet zarardan fazla olan menfi zararın tazmini için hakkaniyet ilkesine başvurmaya gerek yoktur[364].

TBK m. 35/II bakımından ise ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. OR Art. 26/II'yi karşılayan eBK m. 26/II'de yalnızca, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde *"daha fazla tazminat*"tan bahsedilmekteydi. Bu sebeple, OR Art. 26/II için yukarıda yapılan açıklamalar, eBK m. 26/II için de aynen geçerlidir. Buna karşılık, TBK m. 35/II'de hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda "*ifadan beklenen menfaati aşmamak kaydıyla"* daha fazla tazminata hükmedilebileceği kabul edilmiştir. TBK m. 35/II'nin karşılığı olan 818 sayılı eBK m. 26/II'de, *"ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla"* şeklinde bir ifade mevcut değildi. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bulunmayan bu ifadenin, BGB 122/I'den esinlenilerek konulduğu izlenimi doğmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi, burada sözleşmesel menfaat korunduğuna göre, ilk fıkrada yer alan menfi zararın karşılığı olarak ikinci fıkradaki zarar türü müspet zarardır[365]. Dolayısıyla bu zarar türünün müspet zarar olduğunu ortaya koymak için ayrıca "ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla" şeklinde bir ifade eklemeye gerek yoktur. Her ne kadar gerekçede hükümde bir değişiklik yapılmadığı belirtilse de[366], kanaatimizce söz konusu ifadeyle birlikte bu durum tartışmalı hâle gelmiştir. Zira söz konusu ifade, BGB § 122/I'deki menfi zarar tazminatının müspet zararla sınırlanmasını öngören ifadeyle tam olarak örtüşmektedir. Bu bakımdan, TBK m. 35/II'de menfi zarar tazminatının müspet zararla

[364] **Gonzenbach,** s. 215, 216; **Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 403; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 358.

[365] eBK m. 26/II için de kabul edilen bu görüş için Bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 317; **Simonius,** s. 278; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 450; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 108; **Eren,** Borçlar Genel, s. 412; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 400.

[366] Maddenin gerekçesine göre, "… *hâkimin, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, yanılanı diğer tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan olumsuz zararı aşabilmekle birlikte, onun ifadan beklenen yararını, yani olumlu zararını aşmaması kaydıyla, daha fazla tazminat ödemekle yükümlü kılacak bir tazminat kararı da verebileceği belirtilmiştir. Metinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur*.".

sınırlandığı gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, anılan hükümde BGB § 122/I düzenlemesindeki gibi menfi zarar tazminatının sınırlandığını kabul etmek güçtür. Zira BGB § 122/I'de menfi zarar tazminatı düzenlenirken doğrudan bunun müspet zararla sınırlı olduğu ortaya konmuştur. Türk borçlar Kaununda ise menfi zarardan sorumluluk TBK m. 35/I'de düzenlenmiş ve herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Buna karşılık "ifadan beklenen menfaati aşmama" şeklindeki sınırlandırma, ikinci fıkrada ayrı bir hüküm olarak düzenlenen hakkaniyete dayanan ve menfi zararı aşan tazminatla birlikte öngörülmüştür. Bu sebeple, söz konusu sınırlandırmanın menfi zarar tazminatına ilişkin olduğunu kabul etmek yerinde olmaz. Diğer taraftan, gerekçede belirtildiği gibi hükümde bir değişiklik yapılmadığı, düzenlemenin yalnızca üst sınırın müspet zarar olduğunu ortaya koymayı amaçladığı, dolayısıyla bu ifadenin menfi zarar tazminatını sınırlama amacı taşımadığı kabul edilirse de durum tartışmalıdır. Zira hükme bu yaklaşımla bakıldığında, sanki burada menfi zararı aşan ancak müspet zarar dışındaki bir zarar türünün tazmin edildiği ve bu tazminatın üst sınırının da müspet zarar olduğu gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, yukarıdaki açıklamalar, hükmün amacı ve madde gerekçesinden hareketle TBK m. 35/II'de söz konusu ifadeye rağmen menfi zarar tazminatının sınırlandırılmadığını kabul etmek yerinde olur. Bu durumda, ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın başka bir zarar türünün değil, müspet zararın giderimine yönelik olduğunu kabul etmek gerekir. Hükümdeki "*ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla*" ifadesinin ise müspet zararın tamamının tazmininin şart olmadığını, ne kadarının tazmin edileceğinin somut olayda hakkaniyete göre belirleneceğini ve gerektiğinde müspet zararın tamamının tazmin edilebileceğini ortaya koymak amacıyla eklendiğini kabul etmek gerekir.

Menfi zarar tazminatının müspet zarar miktarıyla sınırlandırılmasına ilişkin kanunî düzenlemeler istisnaî niteliktedir. Bu istisnaların kıyas yoluyla genele

yayılmaması gerekir. Gerçekten, menfi zarardan kusur aranmaksızın sorumluluğu düzenleyen BGB § 122/I ve 179/II ile TBK m. 9/II (OR Art. 8/II) hükümlerinden yola çıkılarak genel bir kural kabul edilmesi yerinde olmaz. TBK m. 260/I (yürürlükten kaldırılan OR Art. 226i) hükmü ise taksitli satışta ekonomik açıdan güçsüz konumda olan alıcıyı korumak amacıyla bir sınırlama getirmektedir. Bu sebeple söz konusu düzenlemeye kıyasla bir genel kural kabul etmek mümkün değildir[367]. Benzer şekilde, TBK m. 512 (OR Art. 404) ve 564 (OR Art. 475/II) bakımından tazminatı müspet zararla sınırlandırmayı hükmün amacına dayandırma görüşü de kanaatimizce kabul edilebilir değildir. Zira söz konusu hükümlerin korumayı amaçladığı menfaat ile ifa menfaati birbirinden farklıdır. Örneğin, TBK m. 512'ye göre vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinde ödenen tazminat, müspet zarara değil menfi zarara ilişkindir[368]. Bu sebeple, sözleşmenin zamanından önce sona

[367] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 285, 286.

[368] TBK m. 512 (OR Art. 404)'ye göre, vekâlet veren (azil) veya vekil (istifa) sözleşmeyi her zaman tek taraflı ve ileriye etkili olarak sona erdirebilir. Azil veya istifa haklı bir sebep göstermeksizin kullanılabilen, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Ancak hükme göre, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğer tarafın bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Sona erdirme, karşı taraf için elverişsiz bir zamanda yapılmışsa ve sözleşmenin sona erdirildiği zamana bağlı olarak karşı taraf bir zarara uğruyorsa uygun olmayan zamanda yapılmış kabul edilir. Hâkim görüşe göre, sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren tarafın ödeyeceği zarar, menfi zarardır. **BSK OR I-Weber/Oser,** Art. 404, N. 16, 17; **Huguenin,** BT, N. 829, 836; **Hofstetter,** s. 64; **Lüchinger,** N. 692 vd., 702, 703; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 670, 672; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 476, 477; **Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 716; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 270 vd.; **Seçer, Öz,** "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İÜHFD Özel Sayı C. 2, 2015, s. 895, 899. Bununla birlikte doktrinde temelde menfi zararın yattığını ama gerektiğinde müspet zararın da tazmin edilebileceğini kabul eden bir görüş bulunmaktadır. Buna göre, klasik zarar ayrımlarından farklı olarak, burada uygun olmayan zamanda sona erdirmeden kaynaklanan bütün zararlar tazmin edilmelidir. **BK OR-Fellmann,** Art. 404, N. 70 vd.; **BSK OR I-Weber/Oser,** Art. 404, N. 17. Bu görüşü kabul eden yazarlardan biri ise TBK m. 512'de düzenlenen tazminatın zorunlu olarak her durumda müspet zararı kapsadığını savunmaktadır. Ancak yazara göre talep edilebilecek müspet zarar, tazminat alacaklısının sözleşmenin en yakın uygun zamanda sona erdirilmesi halinde içinde bulunacağı durumla sınırlıdır. **BK OR-Fellmann,** Art. 404, N. 70 vd.

erdirilmesinden doğan zararın tazmininin müspet zararla sınırlanmaması gerekir[369].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin hükümlerde alacaklıya seçimlik haklar tanındığı gerekçesiyle menfi zarar tazminatının sınırlanması fikrine katılmak mümkün değildir. Zira söz konusu hükümlerde sözleşmeden dönüldüğünde tazmin edilecek menfi zararı ifa menfaatiyle sınırlayan açık veya örtülü herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanun koyucunun kullanılan seçimlik hakka göre farklı

TBK m. 512'nin amacı sözleşmenin sona erdirilmesini yaptırıma bağlamak değil, "uygun olmayan zamanda" sona erdirmenin sonuçlarını bertaraf etmektir. Bu bakımdan, sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi sebebiyle tazminat ödenmesinin amacı, sözleşmeden beklenen ifa menfaatini sağlamak değildir. Aksine, burada sözleşmeyi her zaman sona erdirme hakkının "uygun olmayan zamanda" kullanılması sebebiyle meydana gelen olumsuz sonuçları gidermeyi amaçlayan, hakkaniyete dayalı bir menfi zarar tazminatı söz konusudur. Diğer taraftan, TBK m. 512'de sözleşme hiç kurulmasaydı içinde bulunulacak olan durumun sağlanması gibi bir amaç bulunmamaktadır. Hükümde yalnızca, sözleşmenin uygun olmayan bir zamanda sona erdirilmesinden doğan menfi zararın giderilmesi öngörülmüştür. Bu sebeple, tazmin edilecek menfi zararın kapsamı, sözleşmenin uygun bir zamanda sona erdirilmesi halinde meydana gelmeyecek olan zararlar ile sınırlıdır. Bu bakımdan, sözleşme kurma masrafları tazminatın kapsamına girmez. Zira sözleşme kurma masrafları, sözleşme uygun bir zamanda sona erdirilse bile yapılacak olan masraflardır. Benzer şekilde, sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle yoksun kalınan kâr veya sözleşme sebebiyle kaçırılan fırsattan doğan kâr yoksunluğu da kural olarak bu hüküm kapsamında talep edilemez. Vekilin talep edebileceği menfi zarar kalemleri, hazırlık faaliyetleri kapsamında yaptığı, ancak uygun olmayan zamanda sona erme sebebiyle faydasız kalan emek ve masraflardır. Müvekkil ise iş görmeye hazırlık amacıyla yaptığı ve uygun olmayan zamanda sona erdirme sebebiyle faydasız kalan masraflar ve yeni bir vekâlet sözleşmesi yapana kadar geçen sürede uğradığı zararları talep edebilir. Ayrıca, her iki taraf da uygun olmayan zamanda sona erdirme sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminatı menfi zarar kapsamında talep edebilir. Aynı yönde bkz. **Lüchinger,** N. 702 vd. **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 274 vd.; **Seçer**, s. 898 vd. İstisnaen, başka sözleşme tekliflerinin mesleki faaliyete ilişkin kapasitenin sınırlı olması sebebiyle kaçırıldığı ve azil sonrasında yerinin doldurulamadığı hallerde bundan kaynaklanan kâr yoksunluğu talep edilebilir. Bkz. **BK OR-Fellmann,** Art. 404, N. 70 vd.; **BSK OR I-Weber/Oser,** Art. 404, N. 17; **Hofstetter,** s. 65; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 274 vd. Ayrıca, anlaşılan ücretin ödenmemesi amacıyla başarıya ulaşılmasından hemen önce sözleşme kötü niyetli olarak sona erdirilmişse, sözleşmenin kendisinden kaynaklanan kâr kaybının da talep edilebilmesi gerekir. Bu yönde bkz. **BK OR-Fellmann,** Art. 404, N. 70 vd.; **BSK OR I-Weber/Oser,** Art. 404, N. 17. BGE 144 III 52.

[369] **Sarı, Suat,** Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 164; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 360.

tazminat yükümlülükleri düzenlemesi, menfi zarar tazminatının müspet zararla sınırlandırıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Menfi zarar tazminatının müspet zarar miktarıyla sınırlandırılmamasının spekülasyon tehlikesi yaratacağı düşüncesi de kanaatimizce yeterli dayanağa sahip değildir. Gerçekten, spekülasyon tehlikesi, menfi zarar tazminatının müspet zararı aşmasından bağımsız olarak, alacaklının ediminin sözleşmenin yapıldığı zamandan sözleşmeden dönülen zamana kadar aşırı değer kazanması[370] veya seçimlik hakkın kullanılmasının uzun süre geciktirilmesi gibi sebeplerle ortaya çıkmaktadır.

Taraflar arasında işlemsel temas sebebiyle kanundan doğan bir edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi meydana gelmektedir. Amaçlanan sözleşmeden bağımsız olan bu borç ilişkisinden kaynaklanan menfi zarar sorumluluğunun ifa menfaatiyle sınırlanması kendi içerisinde bir çelişki arz etmektedir[371]. Diğer taraftan, tazminatı ifa menfaatiyle sınırlama görüşü, sözleşme görüşmelerinin sonuca ermemesi sebebiyle meydana gelen menfi zararın tazminini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Gerçekten böyle bir ihtimalde, şartları tam olarak belirlenememiş, hukuk âleminde hiç var olmamış (yokluk) bir sözleşmedeki ifa menfaati tespit edilemez. Bu sebeple, yokluk hâlinde menfi zarar tazminatını ifa menfaatiyle sınırlamak işin doğası gereği mümkün değildir. Diğer taraftan, işlemsel temastan doğan zararın tazmin edildiği iki durumdan biri olan geçersizlikte menfi zarar tazminatını ifa menfaatiyle sınırlayıp, yoklukta sınırlamamak daha doğrusu sınırlayamamak kendi içerisinde bir çelişkidir[372].

[370] Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 359.

[371] Tazminatı sınırlama görüşünün olsa olsa *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ortaya atıldığı ilk yıllarda savunulan "amaç sözleşme teorisi" kapsamında az da olsa bir haklılık payı bulabileceği görüşü için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 358, dn. 203.

[372] **Gonzenbach,** s. 214; **Lüchinger,** N. 592, 593.

Doğuşunda aranan şartlar ve korumayı amaçladıkları menfaatler bakımından birbirinden tamamen farklı olan müspet ve menfi zarar tazminatının, hakkaniyete dayanan ve kanunda açıkça düzenlenen istisnaî hâller dışında, birbirini sınırlaması hukukî dayanaktan yoksundur[373]. Bu sebeple, menfi zararın tazmininde, amacına uygun olarak, güveni boşa çıkaran hükümsüzlüğün sebep olduğu bütün malvarlığı kayıpları giderilmelidir. Aksinin kabulü, menfi zarar tazminatının amacına ulaşmasını engelleyeceği gibi, işlemsel temas sırasında karşı tarafa güvenenin bu sebeple cezalandırılması ve güven ilişkisine aykırı davranan tarafın da ödüllendirilmesi gibi adil olmayan sonuçlar[374] doğurabilir[375].

G. Müspet Zarar ve Menfi Zarar Ayrımının Gerekli Olup Olmadığı Tartışması

1. Genel olarak

Müspet zarar ve menfi zarar ayrımı ile bu ayrımın gerekliliği doktrinde büyük çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte, doktrinde söz konusu ayrıma ilişkin olarak özellikle menfi zarar bakımından eleştiriler ileri sürülmüştür. Gerçekten menfi zarar, problem doğurduğu düşünülen birçok nokta bakımından eleştirildiği gibi, doktrinde bu kavramın tamamen reddedilmesi gerektiğini savunan görüşler de ortaya atılmıştır[376].

---

[373] Aynı yönde, bkz. **Lüchinger,** N. 663 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1150; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 360.

[374] Genel olarak güvenin boşa çıkarılmasından doğan zararın tazmini dışında, farklı açılardan da adaletsiz sonuçlar doğması mümkündür. Örneğin, bir ideal amaçla veya edimin manevi değeri sebebiyle rayicin çok üstünde bir bedelle sözleşme yapmayı kabul eden tarafın ekonomik anlamda bir ifa menfaati söz konusu değildir. Bu durumda, hükümsüz kalan sözleşme sebebiyle talep ettiği menfi zarar tazminatı müspet zararla sınırlanırsa, tazminat olarak hiçbir şey elde edememe tehlikesiyle karşılaşır. Örnek için bkz. **Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 416, 451, 452.

[375] **Lüchinger,** N. 663 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 360, 361.

[376] **von Büren,** s. 81 vd., 163, 209 vd.; **Simonius,** s. 225 vd.

Menfi zarar, hesaplanmasındaki güçlükler, uygulamada ne olduğunun ve nasıl hesaplanacağının bilinmemesi, sözleşmeden dönmede spekülasyon tehlikesi yarattığı, bu zarar türünün kapsamındaki kalemlerin aynı zamanda müspet zararın kalemleri olduğu, hukukî bir kavram niteliği taşımadığı, Alman hukukuna uygun olduğu ve Türk/İsviçre hukuku bakımından böyle bir kavrama ihtiyaç olmadığı, zararın belirlenmesi ve tazmininde menfi zarar yerine illiyet bağı ve hâkimin takdir yetkisinden yararlanılması gerektiği yönünde eleştirilmiştir. Müspet zararın sınırlarının çizilebilmesi bakımından önem taşıyan menfi zararın gerekliliğine ilişkin bu eleştiriler aşağıda kısaca ortaya konulup değerlendirilmiştir.

2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler ve Kanaatimiz

Doktrinde müspet ve menfi zarar ayrımına yöneltilen eleştirilerden biri, menfi zararın hesaplanmasındaki güçlüklere ilişkindir. Müspet ve menfi zarar ayrımının akademi ve uygulamada hukukçuların zihnini bulandırdığı, menfi zararı doğru şekilde hesaplayabilen hâkimlere pek rastlanılamadığı ileri sürülmektedir[377]. Bu görüş nispeten doğru olmakla birlikte, söz konusu güçlükler yalnızca menfi zarara özgü değildir. Aksine, çoğu zarar türünün hesabında benzer zorluklarla karşılaşılmaktadır[378]. Gerçekten, fark teorisine göre zarar kavramı, fiili durum ile farazî durumun karşılaştırılmasına dayanmaktadır. İşte bu karşılaştırmanın unsurlarından olan farazî durum, sadece menfi zararın değil her zarar türünün hesabında güçlükler doğurmaktadır. Hesaplamadaki güçlükler sebebiyle menfi zararı reddetmek yerine, müspet ve menfi zarar ayrımının çerçevesini belirginleştirmek ve içeriğini doldurmak daha yerinde bir yaklaşımdır[379]. Diğer taraftan, uygulamada

[377] **Simonius,** s. 250; **Serozan,** Dönme, s. 590; **Postacıoğlu, İlhan E.,** "Selahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Ziyan Tazmini", İÜHFM, 1951, C. XVII, S. 3-4, s. 936.

[378] **Keller, M.,** s. 260; Scherer, s. 56, 57; **Buz,** Dönme, s. 262.

[379] Aynı yönde bkz. **Buz,** Dönme, s. 262; **Öz,** Eser, s. 286; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 369.

hâkimlerin menfi zararı doğru hesaplayamadığı gerekçesiyle bu kurumu reddetmek isabetli bir görüş değildir. Zira uygulamada hukukun her alanında, özellikle sorumluluk hukukunda çok sayıda hatalı karara rastlamak mümkündür. Böyle bir yaklaşım kabul edilirse, çoğu hukukî kurumu reddetmek gerekir ki bunun yerinde olmadığı açıktır.

Menfi zarara ilişkin başka bir eleştiri bu kavramın dogmatik açıdan bir faydasının olmadığı, bir hukukî kavram niteliği taşımadığı[380], eski bir alışkanlıktan ibaret olduğu, Türk/İsviçre hukuku bakımından müspet ve menfi zarar ayrımı kaldırılarak meselenin uygun illiyet bağı ve tazminatın belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi veren TBK m. 51/I çerçevesinde çözülmesi gerektiği yönündedir[381]. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira uygun illiyet bağı ve hâkimin takdir yetkisi zararın hesabından ziyade, zararın sınırlanması ve tazminatın belirlenmesinde rol oynamaktadır. Uygun illiyet bağının sorumluluğu kurucu işlevi, müspet ve menfi zarar ayrımının zararın belirlenmesindeki önemini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Meydana gelen zararın hesabını en işlevsel şekilde yapmayı sağlayan kurumlar ifa menfaatinde müspet zararken, sözleşme ilişkisine hiç girmeme menfaatinde menfi zarardır. Müspet ve menfi zarar yok sayılarak zararın hesabının tamamıyla hâkimin takdirine bırakılması, meydana gelen zararın tespiti bakımından benzer olaylarda farklı sonuçların ortaya çıkmasına kapı aralayacaktır. Böyle bir sonucun hukuka duyulan güveni zedeleyeceği ortadadır[382]. Kaldı ki müspet ve menfi zarar ayrımının kabulü, zararın sınırlandırılması ve tazminatın belirlenmesinde uygun illiyet bağı ve hâkimin takdir yetkisinin uygulanmasını engellememektedir[383]. Diğer taraftan,

[380] **Simonius,** s. 242, 271, 272.

[381] **Simonius,** s. 284, 285; Serozan Dönme, s. 590; **Postacıoğlu, İlhan, E.,** "Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini", İÜHFM, 1950, C. XVI, S. 1-2, s. 465-473.

[382] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 369, 370.

[383] **Buz,** Dönme, s. 271, 272.

malvarlığındaki eksilmenin müspet ve menfi zarar ayrımı olmaksızın hesap edilmesi hâlinde, belirsizlik sebebiyle zararın olması gerekenden fazla hesaplanması tehlikesi doğmaktadır. Örneğin, söz konusu kalıplar yok sayılırsa, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle alacaklının zararı hesaplanırken sözleşme kurma masraflarının yanında ifa menfaatinin de hesaba dâhil edilmesinin önünde bir engel kalmaz. Bu durumda sınırları belirli olmayan hakkaniyet gibi kavramlara dayanmaktansa, hukukumuzda yerleşmiş ve sınırları çok daha belli olan müspet ve menfi zarar ayrımından yararlanmak daha isabetli olur[384].

Doktrinde, menfi zararın içeriğinde yer alan zarar kalemlerinin tümünün aynı zamanda müspet zararın da kapsamında yer aldığı, bu sebeple aslında farklı yöntemlerle hesaplanan iki ayrı zarar türünün söz konusu olmadığı öne sürülmüştür[385]. Bu görüşe göre, müspet zarar ile menfi zarar arasındaki tek ayrım, hukukî sebeplerinin farklı olmasından ibarettir. Aralarındaki bu benzerlik hesaplamadaki zorluğun altında yatan temel sebeplerden biridir[386]. Kanaatimizce, bazı zarar kalemlerinin her iki zarar türünün de kapsamına girdiği doğru olmakla birlikte, tüm zarar kalemlerinin ortak olduğu iddiası yerinde değildir[387]. Örneğin, edimin kabulü için fazladan yapılan masraflar, edimin ifa edilmemesi sebebiyle yapılan ihtar ve takip masrafları veya edimin ifa edileceğine güvenilerek üçüncü kişilere karşı üstlenilen sorumluluklar müspet zararın kapsamına girdiği gibi menfi zararın da içeriğine dâhildir. Yine, sözleşmeyi kurma masrafları menfi zararda fiili zarar kalemi olarak hesap edilirken, müspet zararda yoksun kalınan kârın hesabında dolaylı olarak dikkate alınmaktadır. Buna karşılık bazı zarar kalemleri sadece müspet zarara veya menfi zarara özgüdür.

[384] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 370.

[385] **Simonius,** s. 247, 248, 251. Ayrıca bkz. **Schlechtriem,** s. 252, 253; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel,** Kap. 2, N. 45, Kap. 6, N. 282.

[386] **Simonius,** s. 248, 250, 251.

[387] Aynı yönde bkz. **Buz,** Dönme, s. 263; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 371.

Örneğin yapma fırsatı kaçırılan sözleşme sebebiyle doğan kâr mahrumiyeti yalnızca menfi zarar kapsamında talep edilebilir. Benzer şekilde, o sözleşmeden elde edilecek kazanç ve edim konusunun tekrar satılmasından elde edilecek kâr sadece müspet zararın hesabında dikkate alınır. Diğer taraftan, müspet ve menfi zarar ayrımının kaldırılması hesaplama zorluklarını ortadan kaldırmak bir yana, meseleyi daha da içinden çıkılmaz bir hâle getirir. Zira söz konusu ayrımın terk edilmesi, benzer nitelikte olan zarar kalemlerinin aynı olayda iki kez hesaplanması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Bu bakımdan, zarar kalemlerindeki bu benzerlikler sebebiyle müspet ve menfi zarar ayrımının korunması özel bir önem taşımaktadır. Çünkü söz konusu ayrım, sınırları iyi belirlendiği sürece zarar görenin tazminatla zenginleşmesinin önüne geçebilecek en önemli araçlardan biridir.

Müspet zarar ve menfi zarar ayrımına ilişkin diğer bir eleştiri, bu ayrımın günlük hayatta bilinmemesi sebebiyle ortaya çıkan çeşitli sorunların önüne geçmek için ayrımın kaldırılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, günlük hayatta, "sözleşmeyi bozup tüm zararımı istiyorum" veya "sözleşmeden dönüp müspet zararımın tazminini talep ediyorum" gibi ifadelerden, aslında dönme ve menfi zarar mı, yoksa ifa yerine müspet zarar mı istendiğinin anlaşılamamasından doğan güçlüklerle sıkça karşılaşılmaktadır[388]. Gerçekten, uygulamada böyle durumlarla sıklıkla karşılaşılmakla birlikte[389], bu husus müspet ve menfi zarar ayrımının

[388] **Simonius,** s. 261; **Boßhardt, Oskar,** "Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107/109)", SJZ 34, 1933, Heft 6, s. 81; **Serozan,** Dönme, s. 592.

[389] Uygulamada, sözleşmeden dönülüp tüm zararların tazmininin talep edildiği veya müspet ve menfi zararın birlikte talep edildiği şeklindeki beyanlara sıklıkla rastlanılmaktadır. Örneğin, "*30.000 TL müspet, 10.000 TL menfi zarar olmak üzere toplam 40.000 TL tazminatın tahsili…*". 3. HD, 07.02.2013 T., 2012/18063 E., 2013/1770 K. (Hukuktürk); *"… sözleşme gereğince satış yapılması veya bu hususta menfi ve müspet zararlarının tazmini…"*. 19. HD, 10.03.2000 T., 1999/8118 E., 2000/1930 K. (Hukuktürk); Ayıp sebebiyle feshedilen kira sözleşmesinde *"müspet ve menfi zararın birlikte tazmini…"*. 14. HD, 01.02.2005 T., 2004/9197 E., 2005/391 K. (Hukuktürk); "*sözleşmeden dönen işsahibinin, işi bir başkasına yaptırması sonucu iki sözleşme arasındaki farkı (müspet zarar)*

reddedilmesi için yeterli bir gerekçe olamaz[390]. Zira hukukçu olmayan kişilerin yalnızca söz konusu ayrımı değil, çoğu hukukî kurumu bilmediği bir gerçektir. Bu sorunun, TBK m. 19/I çerçevesinde irade beyanlarının yorumuyla çözülmesi mümkündür[391]. Diğer taraftan, gerektiğinde alacaklıya bir değiştirme hakkı (ius variandi) tanınarak da mesele çözüme kavuşturulabilir[392].

Menfi zararın eleştirildiği bir başka husus, özellikle sözleşmeden dönmede alacaklının spekülasyon menfaati sağlama imkânına kavuştuğu iddiasıdır[393]. Buna göre, sözleşme görüşmeleri sırasında gereğinden fazla masraf yapan savurgan taraf, müspet zarardan fazla çıkacak olan bu masraflarını (menfi zararını) borçluya yükletebilmek için sözleşmeden dönme yoluna gidebilir. Benzer şekilde, alacaklı daha iyi şartlarla bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmışsa, sırf müspet zarardan fazla çıkacak

---

istemesi…". 15. HD, 06.11.2003 T., 2003/1714 E., 2003/5274 K. (Hukuktürk); *"Eksik taşımadan kaynaklanan 3.000 TL müspet ve 17.000 TL menfi zararın tahsili…".* HGK, 14.12.2011 T., 2011/539 E., 2011/783 K. (HukukTürk). Ayrıca bkz. 13. HD, 29.09.2011 T., 2011/5417 E., 2011/13280 K.; 23. HD, 01.10.2018 T., 2016/2191 E., 2018/4373 K.; 23. HD, 08.11.2018 T., 2018/1844 E., 2018/5208 K.; 15. HD, 01.03.1999 T., 1998/5056 E., 1999/705 K. (HukukTürk). Ayrıca bkz. yuk. dn. 330.

[390] Doktrinde, alacaklının olumlu zararını isterken sözleşmeden döndüğünü de belirttiği hâllerde, genellikle sözleşmenin ayakta tutulmasından yana tavır takınılmaktadır. Örneğin bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 154, dn. 83; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 963, 964, 971. Krş. **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 15. BGE 44 II 174. 15. HD, 01.03.1999 T., 1998/5056 E., 1999/705 K. (HukukTürk). İfa menfaatini talep eden alacaklının, dönme ifadesini kullanmasına rağmen sözleşmeden dönmediğinin kabul edilmesi çoğu zaman yerindedir. Gerçekten, genellikle müspet zarar menfi zarardan fazla olduğu için, bu çözüm alacaklının lehinedir. Bununla birlikte, menfi zararın daha fazla olduğu istisnaî hâllerde, alacaklının çelişkili beyanına rağmen sözleşmeden dönüp menfi zararını talep ettiğinin kabulü onun için daha avantajlı olur. Benzer şekilde, alacaklının kendi edimini ifadan kurtulma veya ifa ettiği edimi geri isteme niyetinde olduğu anlaşılıyorsa, onun çelişkili beyanı sözleşmeden dönüp menfi zararı talep ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Aynı yönde bkz. **Öz,** s. 181 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 264, dn. 411.

[391] **Buz,** Dönme, s. 270; **Öz,** s. 181, 286; **Kutlu Sungurbey,** s. 140, dn. 101; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 264, dn. 411.

[392] Değiştirme hakkı (ius variandi) kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. **Serozan,** Dönme, s. 463 vd., **Buz,** Dönme, s. 306 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 254, dn. 381.

[393] **Simonius,** s. 261; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22; **Serozan,** Dönme, s. 596.

olan menfi zararı elde etmek amacıyla sözleşmeden dönebilir. Kanaatimizce, alacaklının temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönüp menfi zarar talep edebilmesi için aranan şartlar, olayların büyük çoğunluğunda keyfiliği önleyecek niteliktedir[394]. Bütün bu şartların üzerine, zararın hesabında uygun illiyet bağı ile sınırlama ve tazminatın hesabında hâkimin takdir yetkisi devreye girer. Söz konusu müesseseler vasıtasıyla zarar ve tazminatın kapsamı ile miktarı belirlenerek hakkaniyete aykırı taleplerin önüne geçilebilir[395]. Zarara sebep olan davranışla uygun illiyet bağı bulunmayan gereksiz ve aşırı masrafların tazmini bu şekilde önlenir[396].

Müspet ve menfi zarar ayrımı, özellikle ifa imkânsızlığı bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle de eleştirilmektedir[397]. Gerçekten, sözleşmenin kurulmasının hemen ardından borçlunun kusuruyla edim imkânsızlaşırsa müspet zararın tazmini gerekmektedir. Buna karşılık, edim sözleşmenin kurulmasından hemen önce borçlunun kusuruyla imkânsızlaşırsa *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde menfi zarar tazmin edilmektedir. Ancak, burada problem müspet ve menfi zarar ayrımından değil, Türk hukukunda imkânsızlık hâllerinin çeşitli ayrımlar şeklinde ele alınmasından kaynaklanmaktadır[398].

---

[394] Gerçekten, dönme hakkının en önemli uygulama alanı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüttür. Burada bir taraf, kaçırılan fırsatı elde etmek veya yüksek masraflarını karşı tarafa yüklemek amacıyla keyfi bir şekilde sözleşmeden dönemez. Aksine, sözleşmeden dönebilmesi için her şeyden önce karşı tarafın temerrüde düşmesi gerekir. Bunun üstüne alacaklının, aynen ifa için borçluya ek süre vermesi ve süre sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerekir. Borçluyu koruyan tüm şartlar sağlanıp alacaklı sözleşmeden dönse bile, bu durum onun her hâlükârda menfi zarar talep edebileceği anlamına gelmez. Zira sözleşmeden dönen alacaklının menfi zararını talep edebilmesi, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartına bağlıdır. Bu bakımdan bir tarafın spekülasyon menfaati sağlamak amacıyla keyfi bir şekilde sözleşmeden dönüp menfi zarar talep etmesi mümkün değildir.

[395] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 371, 372.

[396] Tüm bu emniyet supaplarının yeterli olmadığı hâllerde, son çare olarak TMK m. 2 dürüstlük kuralı devreye girer. Bu yönde açıklamalar için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 268.

[397] **Serozan,** Dönme, s. 590; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22.

[398] Bu eleştiriyi öne süren yazarın kendisi de, Türk hukukundaki ifa engelleri ve özellikle de imkânsızlığa ilişkin ayrımların, problemin temelinde yatan esas sebep olduğunu ortaya koyarak

Kanaatimizce, müspet ve menfi zarar ayrımının reddedilmesi kabul edilebilir bir görüş değildir. Aksine, söz konusu ayrım yükümlülük ihlalinin türü ve niteliğinden kaynaklanan aşılamaz bir ayrımdır[399]. Gerçekten, borç ilişkisinin yokluk veya kesin hükümsüzlük yaptırımlarına tabi olduğu ya da iptal edilebilir nitelikte olduğu hâllerde, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun menfi zarara yönelik olması mantıkî bir gerekliliktir[400]. Zira *culpa in contrahendo* sorumluluğunda ilke olarak ifa menfaatinin karşılanacağının kabul edilmesi, ekonomik bakımdan sözleşme yapma zorunluluğuyla eşdeğer sonuçlar doğurabilir[401]. Gerçekten, örneğin sözleşmeyi iptal eden kusurlu yanılan her durumda diğer tarafın müspet zararını tazmin etmek zorunda kalırsa, sözleşmeyi iptal etmesinin pratik bir anlamı kalmamaktadır. Benzer şekilde, aşırı yararlanmada sözleşmeyi iptal eden tarafın ifa menfaatini talep etmeye mecbur bırakılmasının sözleşmeyle bağlı kalmasından bir farkı yoktur; çünkü bu durumda zarar gören kendi edimine göre aşırı oransız olan karşı edim menfaatine ulaşmış olur. Oysa menfi zarar sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı içinde bulunulacak durumu tesis etmeye yönelik olduğu için, bu gibi hâllerin yapısına daha uygundur. Bu sebeple, normun koruma amacı, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun menfi zararı gidermeye yönelik olmasını haklı kılmaktadır[402].

---

eleştirmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 11, N. 2 vd., § 14, N. 3 vd.

[399] Aynı görüşte bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262, 263; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 368 vd.

[400] **Gonzenbach,** s. 199 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 372.

[401] **Staudinger/Feldmann,** § 311, N. 175; **Stoll,** culpa in contrahendo, 445 vd.; **Gonzenbach,** s. 200, 201; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 372.

[402] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5a; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 372.

Müspet ve menfi zarar ayrımı yalnızca Alman[403], İsviçre ve Türk hukuk sistemlerine özgü değildir. Gerçekten, Avusturya, Fransa, İtalya gibi kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen diğer ülkelerde olduğu gibi, Anglo-Sakson hukuk sisteminde de müspet zarar (*expectation interest/positive damage*) ve menfi zarar (*reliance interest*)[404] ayrımı kabul edilmektedir. Bunun yanında, UNIDROIT-PICC (*Principles of International Commercial Contracts*) ve PECL (*The Principles of European Contract Law*) gibi uluslararası hukuk metinlerinde de menfi zarar terk edilmiş değildir[405]. Ayrıca, Viyana Satış Sözleşmesi'nde her ne kadar sözleşmeden dönme hâlinde ifa menfaatinin tazmini öngörülse de (CISG m. 74 vd., 81/I), bunun yerine menfi zararın istenebileceği kabul edilmektedir[406].

---

[403] Alman hukukundaki 2002 reformunda sözleşmeden dönme ve başlangıçtaki imkânsızlıkta müspet zararın tazminine imkân tanınmış olmakla birlikte, yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali (BGB § 122/I) ile kusursuz yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda (BGB § 179/II) menfi zarar talebi korunmuştur. Diğer taraftan, Alman hukukunda *culpa in contrahendonun* ayrıca düzenlendiği BGB § 311/II-III hükümlerinin de menfi zarardan sorumluluğa yol açtığı çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Bkz. **Erman/Kindl,** § 311, N. 25; **Staudinger/Feldmann,** § 311, N. 174, 175; **Jauernig/Stadler,** § 311, N. 54; **Hk-BGB/Schulze,** § 311, N. 26; **Budewig/Gehrlein,** Kap. 15, N. 14; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 970; **Das Neue Schuldrecht/Medicus,** Kap. 3, N. 167; **Lorenz/Riehm,** N. 378.

[404] **Lüchinger,** N. 126 vd., 261, 262.

[405] UNIDROIT-PICC Art. 3.18 ve PECL 4: 117/I'de irade sakatlıkları sebebiyle iptal hâlinde menfi zarardan sorumluluk açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yine, PECL 15: 105'te, geçersiz sözleşmelerden doğan sorumluluğun, menfi zararın tazminine yönelik olduğu hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan, PICC Art. 7.4.2/I ve PECL 9: 502 gibi düzenlemelerde ifa etmemeden kaynaklanan zararın tazmininden bahsedilmekle birlikte, doktrinde menfi zararı talep hakkının saklı kalacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Hornung, Rainer,** Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht, Diss., Baden-Baden 1998, s. 262, 263.

[406] **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, (Schwenzer),** Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG): Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7. Aufl., München 2019, Art. 74, N. 3, 10, 38; **Stoll, Hans/Gruber, Georg,** Commentary on the UN Convention on The International Sale of Goods (CISG), Edt. by Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg, 2. (English) Edt., München 2005, Art. 74, N. 2; **Schönle, Herbert/Koller, Thomas**, Kommentar Zum UN-Kaufrecht, Hrsgb.: Honsell, Heinrich, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg 2010, Vorbem. 74-77, N. 2, Art. 74, N. 9, 17; **Huber, Peter/Mullis, Alastair,** The CISG, München 2007, s. 269, 278; **Hornung,** s. 262; **Atamer, Yeşim M.,** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 427, 428,

§ 3. DİĞER ZARAR TÜRLERİ VE MÜSPET ZARARLA İLİŞKİLERİ

I. MADDİ ZARAR VE MANEVİ ZARAR

Bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme veya engellenen artışa maddi zarar denir. Fark teorisi çerçevesinde maddi zarar, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki fiili durumu ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi göstereceği farazî durum arasındaki farktır[407]. Maddi zarar, malvarlığındaki aktiflerin azalması veya pasiflerin artması ya da aktiflerin artışının yahut pasiflerin azalmasının engellenmesi şeklinde meydana gelir[408]. Maddi zararın malvarlığı değerlerinin veya şahıs varlığı değerlerinin ihlalinden kaynaklanması mümkündür. Ancak, şahıs varlığı değerlerinin ihlalinin maddi zarara yol açması, malvarlığı üzerinde olumsuz ekonomik etkiler doğurmasına bağlıdır[409]. Örneğin,

451; **Yılmaz, Süleyman,** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013, s. 180; **Zeytin, Zafer,** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 295, 299.

[407] **von Tuhr/Peter,** s. 84; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 8; **Oftinger/Stark,** s. 72, 73; **von Büren,** s. 42, 43; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 38; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 196; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 70b; **Guhl/Koller,** § 10, N. 18; **Bucher,** AT, s. 341, 342; **Schwenzer,** OR, N. 14.03; **Keller,** II, s. 26; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2848, 2849; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Feyzioğlu,** II, s. 182; **Saymen,** s. 282; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544, 545, 1075; **İnan/Yücel,** s. 400; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 383; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39; **Cansel/Özel,** s. 310, 317; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 8 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5; **Aral,** s. 157, 158; **Akünal,** s. 52 vd.

[408] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64, 65; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561; **Ataay,** Borçlar, s. 92; **Ünal,** s. 398; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **İnan/Yücel,** s. 400; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 39, 40.

[409] **von Tuhr/Peter,** s. 86; **Guhl/Koller,** § 10, N. 6; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 446; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 67; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Ünal,** s. 399; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Hatemi,** s. 101 vd., 105; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544; **Aral,** s. 159; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41.

kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi malvarlığında eksilmelere sebep olabilir[410]. Maddi zarar, hem haksız fiil sorumluluğunda hem de sözleşmeden doğan sorumlulukta kabul edilen bir kavramdır. Zarara ilişkin ayrımların neredeyse tamamı maddi zararın görünüm biçimlerinden ibarettir[411]. Nitekim bu çalışmanın konusunu oluşturan müspet zarar da esasen maddi zararın sözleşmeden doğan sorumluluk alanındaki görünüm biçimlerinden biridir.

Manevi zarar, kısaca, şahıs varlığı değerlerinde irade dışı meydana gelen eksilmedir. Bununla birlikte, manevi zararın tanımı ve kapsamına ilişkin doktrinde başlıca iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre manevi zarar, bir kimsenin şahıs varlığını oluşturan hukukî değerlerinin ihlali sebebiyle uğradığı objektif eksilme ve kayıplardır[412]. Şahıs varlığı, bir kimsenin kişi olması sebebiyle sahip olduğu hukuken korunan kişilik değerlerinin bütünüdür. Bu bakımdan şahıs varlığı (kişilik hakkı), hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, isim, resim, şeref, haysiyet, sır, ticari itibar, özgürlük, özel hayat gibi kişilik değerlerinden oluşur[413]. Manevi zararı, kişilik değerlerine hukuka aykırı saldırı sonucu şahıs varlığında meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlayan bu görüşe "objektif teori" denilmektedir[414]. Buna karşılık hâkim görüş,

---

[410] **Larenz,** I, s. 428; **Guhl/Koller,** § 10, N. 6; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 3; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 67; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559; **Eren,** Borçlar Genel, s. 544, 1079. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 105; **İnan/Yücel,** s. 401.

[411] Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 548 vd.; **Aral,** s. 157 vd.

[412] **Lorenz, Egon,** Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld", Berlin 1981, sh. 32 vd.; **Koziol,** Haftpflichtrecht, s. 73 vd., 351 vd. Bu görüş ilk olarak Alman hukukunda Hans Stoll tarafından savunulmuştur. Objektif görüş ile ilgili açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip,** "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu 21-22 Ekim 1977, Ankara 1980, s. 144, 145; **Ünal,** s. 399; **Eren,** Borçlar Genel, s. 553; **Erdoğan,** s. 134.

[413] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 655 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 495; **Ünal,** s. 399; **Eren,** Borçlar Genel, s. 553, 554; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 399.

[414] **Lorenz, E.,** s. 32 vd.; **Merz,** OR, s. 242; **Kocayusufpaşaoğlu,** s. 144, 145; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 665; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 257, dn. 8; **Eren,** Borçlar Genel, s. 554; **Erdoğan,** s. 134.

manevi zararda objektif unsuru yeterli görmemekte, bunun yanında bir de sübjektif unsur aramaktadır. Gerçekten, bu görüşe göre kişilik değerlerinden birinin objektif olarak ihlal edilmesi (objektif unsur) yeterli değildir. Buna ek olarak, kişinin bu ihlal neticesinde şahıs varlığında meydana gelen objektif eksilmeyi hissetmesi, yaşama sevinci, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularının azalması, acı, elem ve üzüntü duyması, ruhsal dengesinin bozulması şeklindeki sübjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir[415]. Bu bakımdan, sübjektif teoriye göre[416] manevi zarar, zarar görenin kişilik değerlerine yapılan saldırı sonucunda yaşama hevesinde hissettiği eksiklik, manevi acı, elem ve üzüntüdür[417]. Objektif görüş ile sübjektif görüşün arasında bir orta yolu tercih eden, kanaatimizce üstün tutulması gereken başka bir görüş ise kural olarak

[415] **Jäggi, Peter,** "Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit", ZSR, Bd. 79, 1960, Heft 4, s. 186a vd.; **Merz,** OR, s. 240 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, 655, 665 vd.; **Ünal,** s. 399, 400; **Kocayusufpaşaoğlu,** s. 145; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 40, 41. Oftinger/Stark, genel olarak sübjektif görüşe katılmakla birlikte, manevi zararı, haksızlığı duyma/haksızlık hissi şeklinde tanımlamaktadır. Yazarlara göre, manevi zararın tazmininde mağduru tatmin fonksiyonu önemlidir. Bkz. **Oftinger/Stark,** s. 423 vd.

[416] **von Tuhr/Peter,** s. 125, 126; **Jäggi,** s. 186a; **Oftinger/Stark,** s. 423 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 17.03; **Kocayusufpaşaoğlu,** s. 145, 148; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 665, 666; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 492; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 40, 41, 257; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 398, 564 vd.; **Ünal,** s. 399, 400. Başka bir görüş ise, objektif ve sübjektif unsurların yanında, ayrıca zarar görenin bu azalmanın bilincine varması, ayırt etme gücüne benzer şekilde acıyı, elemi ve üzüntüyü duyma gücüne sahip olması gerektiğini savunmaktadır. **Tercier**, Contribution, s. 56 vd. (**Eren,** Borçlar Genel, s. 554'ten naklen).

[417] Doktrinde objektif teoriyi savunan Lorenz, sübjektif teoriyi bazı noktalarda eleştirmektedir. İlk olarak, şahıs değerlerinin ihlali sebebiyle duyulan acı, elem ve ızdırap kişinin iç dünyasıyla ilgilidir ve ancak duygusal zarar olarak tanımlanabilir. Ruhsal acı ve ızdırapların gerçekten mevcut olup olmadığı ve derecesi ise bilimsel açıdan kesin bir şekilde belirlenemez. Ayrıca, duygusal zarar sadece duyma ve hissetme yeteneğine sahip olanlarda söz konusu olabilir. Örneğin, bilinci kapalı olan biri bu yetiden yoksundur. Eğer manevi zarar duygusal zarar olarak anlaşılırsa, kişinin bilincinin kapalı olduğu dönem bakımından manevi zarardan bahsedilemez. İhlalden doğan ruhsal acı ve ızdıraplar ancak bedensel ve özellikle de ruhsal bir hastalığa sebep olacak kadar ağır ve yoğunsa, yansıyan veya takip eden zarar olarak tazmini gerekli manevi zarar olarak kabul edilebilir. **Lorenz, E.,** s. 32 vd., 51 vd. Ayrıca, Koziol bu görüşe genel olarak katılmakla birlikte, değerlendirmenin kural olarak objektif şekilde yapılması gerektiğini, ancak Avusturya hukukunda kanunun açık hükmü sebebiyle salt duygusal zararın tazmininin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Koziol,** Haftpflichtrecht, s. 351 vd.

objektif teoriyi benimsemekte, ancak belirli yoğunluktaki duygusal zararların da tazmininin gerektiğini savunmaktadır[418]. Bu görüşe göre, her zaman duyulabilecek nitelikteki hafif acı ve ızdıraplar manevi zarar kapsamında değerlendirilmemelidir[419].

Kişilik hakkının kapsamındaki şahıs varlığı değerlerinin ihlali manevi zararın yanında maddi zarara da sebep olabilir. Böyle hâllerde kural olarak haksız fiil sorumluluğu uygulanacağı için müspet zarardan bahsetmek mümkün değildir. Diğer taraftan, sözleşmeye aykırılığın kişilik haklarını da ihlal ettiği hâllerde sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi zararın tazmini talep edilebilir[420]. Bu bakımdan, TBK m. 114/II (OR Art. 99/III) atfıyla, manevi zararın tazminini düzenleyen TBK m. 56 ve 58 (OR Art. 47, 49) hükümleri sözleşmeden doğan borca aykırılık hâllerinde

[418] Bu görüş, sübjektif görüşü eksik olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Buna göre, kişilik hakkının konusunu oluşturan kişilik değerleri, maddi kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleri olmak üzere üçe ayrılır. Bunlardan herhangi birinde irade dışı meydana gelen objektif eksilme manevi zarardır. Manevi zarar her şeyden önce kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilmeyi ifade eder. Ayrıca bu eksilmeler sonucu duyulan manevi acı, elem ve ızdırap da kişinin ruhsal bütünlüğünü eksiltir. İşte irade dışında meydana gelen bu acı ve elem, yani ruhsal eksilme de manevi zararın bir kalemidir. Örneğin, haksız fiil sonucu gözünü kaybeden bir kişinin, göz kaybı sebebiyle fizikî vücut bütünlüğünde meydana gelen objektif eksilme bir zarar kalemini, bu eksilme dolayısıyla duyduğu manevi acı ve elem ise ruhsal bütünlüğünde meydana gelen sübjektif azalma olarak ikinci bir zarar kalemini oluşturur. Tıpkı maddi zararda olduğu gibi bu zarar kalemleri ayrı ayrı hesaplandıktan sonra, kişinin manevi zararı bir bütün olarak tespit edilir. Diğer taraftan sübjektif teori, tüzel kişilerin, ayırt etme gücünden yoksun olanların ve bilincini kaybeden kişilerin manevi acı duyma yetenekleri olmadığı için, bunlar bakımından manevi zararı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Ayrıca sübjektif teori, ağır bir beyin lezyonu sonucu bilincini kaybeden kişiye acıyı hissedemediği için manevi tazminat hakkı tanımazken, daha hafif bir ihlale uğrayan kişiye acıyı duyduğu için bu hakkı tanıması bakımından eşitlik ilkesine de aykırıdır. Diğer taraftan, acıyı hissetme ve ızdırabı yaşama unsuru keyfi, belirsiz ve son derece sübjektif bir unsurdur. Kimin hangi oranda acı hissettiği objektif bir şekilde tespit edilemez. Sübjektif teorinin kanunî bir dayanağı da yoktur. Aksine, TBK m. 58'deki "kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören" ifadesi tüzel kişileri de kapsar. Görüş için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 555 vd. Ayrıca bkz. **Erdoğan,** s. 134.

[419] **Eren,** Borçlar Genel, s. 555. Benzer yönde bkz. **Oftinger/Stark,** s. 432; **Ünal,** s. 400.

[420] **von Tuhr/Escher,** s. 103; **Merz,** OR, s. 241, 242; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 237 vd.; **Glättli,** Diss., s. 199.

uygulanabilir[421]. Ancak burada manevi zarar müspet zararın bir kalemi olarak değil, ayrıca istenebilir. Bununla birlikte, manevi zarar ile müspet zarar arasında şöyle bir bağlantı kurulabilir; borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden, alacaklı üçüncü bir kişiyle arasındaki borç ilişkisinde manevi zarar tazminatı ödemişse, bunu borçludan müspet zarar kapsamında talep edebilir.

II. DOĞRUDAN ZARAR, DOLAYLI ZARAR VE YANSIMA ZARARI

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı doktrinde oldukça tartışmalı bir konudur[422]. Gerçekten, bu iki kavramın özellikle müspet ve menfi zararla olan ilişkisi

[421] **von Tuhr/Escher,** s. 103; **Merz,** OR, s. 241, 242; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2851; **Schwenzer,** OR, N. 17.03; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 189, Art. 99, N. 237.

[422] Bu ayrımın 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun bir kalıntısı olduğu, bu Kanun'un 116. maddesinde sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan tazminat taleplerinin doğrudan zarar ile sınırlandığı, buna göre doğrudan zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edileceği, dolaylı zararın ise yalnızca ağır kusur hâlinde talep edilebileceği, doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki sınırların belirlenmesindeki zorluklar gerekçesiyle revizyon sonrası 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda genel hükümlerde bu ayrımın kaldırıldığı, genel hükümlerdeki düzenleme kaldırılmasına rağmen yalnızca satış sözleşmesinde ayıp ve zapttan sorumluluk hükümlerinde bu ayrımın varlığını sürdürdüğü yönünde bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 89; **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 72; **Fischer, Willi,** Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Diss., Zürich 1985, s. 153 vd.; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak,** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 186 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 65, dn. 220; **Kara, Doğan,** "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", GSÜHFD, 2018/I, s. 488 vd.; **Kırca, Çiğdem,** "Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 453; **Atamer, Yeşim M.,** "Taşınır Satımı Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Derleyen: İnceoğlu, M. Murat, İstanbul 2012, s. 214, 215. Türk Borçlar Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelere uygun olarak satış sözleşmesinde zapt ve ayıp hükümlerinde bu ayrım korunmuştur. Ancak doktrinde, bu ayrımın kasten mi yoksa bir ihmâl sonucu mu korunduğu, müspet ve menfi zarar ayrımı ile nasıl açıklanacağı tartışma konusu olmaya devam etmiştir. Bkz. **Yıldırım, M. Fadıl/ Başpınar, Veysel,** "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Bilge

konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüş doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını açıklarken müspet ve menfi zarar ayrımını esas almaktadır. Bu görüşe göre, doğrudan zarar menfi zararı, dolaylı zarar ise müspet zararı ifade eder[423]. Bu görüşü kabul eden yazarlardan bazılarına göre, doğrudan zarar menfi zararın yalnızca fiili zarar kısmından, dolaylı zarar ise müspet zarardan oluşur[424]. Diğer görüş ise burada

Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1101 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 186 vd.; **Aral/Ayrancı,** s. 152 vd.; **Gümüş, Mustafa Alper,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2017, s. 88.

[423] **Guhl/Koller,** § 42, N. 40; **Keller,** I, s. 429; **Bucher, Eugen**, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, s. 104, 105; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin,** Borçlar Hukuku Hususî Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 199, 200, 217, 218; **Tunçomağ, Kenan,** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 171, 172; **Aral,** s. 171 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 188, 189. TBK m. 217'nin gerekçesinde de doğrudan zarar menfi, dolaylı zarar ise müspet zararla bir tutulmuştur. Yargıtay'ın kabulü de genel olarak bu yöndedir. " … *Bu haklar BK. nun 192/1. maddesinde düzenlenmiştir. Burada sözü edilen durumlarda satıcının kusuru aranmamaktadır. Ancak, BK.nun 192/2. maddesinde düzenlenen satıcının müspet (olumlu) zarar nedeniyle sorumluluğunda satıcı kusursuzluğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Bu nedenlerle burada davacının talep edebileceği zarar menfi zararı olacaktır."*. HGK, 15.12.2010 T., 2010/618 E., 2010/668 K. (Hukuktürk). *"...Bu bağlamda, alıcının, satıcıdan isteyebileceği zarar da ancak "menfi zarardır" (BK. m. 192/4). BK. 192/son fıkrasında "müsbet" "olumlu" zarar düzenlenmiştir. Burada yasa koyucu, sözleşmenin fesih edilmiş sayılmasına rağmen BK. m. 108 'deki hükmün aksine müsbet (olumlu) zararın istenebilmesine olanak tanımıştır."*. HGK, 07.06.2000 T., 2000/13-924 E., 2000/946 K. (Hukuktürk).

[424] **Yavuz/Acar/Özen,** s. 188, 189; **Aral,** s. 171 vd., 174. Oser/Schönenberger esasen ikinci fıkrada başlangıçta müspet zararın kastedilmediğini belirtmekte ve diğer zararlara örnek olarak menfi zararın kaçırılan fırsatlar kısmını vermektedir. Ancak yazarlara göre, uygulama eski kanunun etkisi altında bu yönde gelişmiştir ve yeni kanundaki düzenlemenin ifadesi OR 97 (TBK m. 112)'yi takip etmektedir; yani ikinci fıkrada kastedilen müspet zarardır. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 195, N. 7 vd., Art. 208, N. 5. Bucher, doğrudan zararın menfi zararın fiili zarar kısmından oluştuğunu, yoksun kalınan kâr kısmının buraya dâhil olmadığını savunmaktadır. Yazar, dolaylı zarar bakımından ise kanunun müspet zararı kastettiğini belirtmekle birlikte, zararın belirlenmesi ve tazminatın hesabının daha dikkatli bir şekilde ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Bucher,** BT, s. 105. Giger doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının müspet ve menfi zarar ayrımı ile özdeşleştirilmesine karşı çıkmakla birlikte, zapttan sorumluluk bakımından doğrudan zararın menfi zararın yalnızca fiili zarar kısmından, dolaylı zararın ise doğrudan zarar miktarını aştığı ölçüde müspet zarardan oluştuğunu savunmaktadır. Bkz. **BK OR-Giger,** Art. 195, N. 32, 34, 36. Ancak aynı yazar, ayıptan sorumluluk hükümleri ile ilgili açıklamalarında dolaylı zararı yoksun kalınan kâr ile özdeşleştirmektedir. Bkz. **BK OR-Giger,** Art. 208, N. 52. Başka bir görüş, doğrudan zararın menfi zararın fiili zarar kısmını, dolaylı zararın ise menfi zararın doğrudan zarar niteliğinde olmayan kısmı ile müspet zararı kapsadığını savunmaktadır. Bkz.

sözleşmeden dönme söz konusu olduğu için, hem doğrudan zararın hem de dolaylı zararın menfi zarar niteliğinde olduğunu savunmaktadır[425]. Bu görüşe göre, menfi zararın fiili zarar kısmı doğrudan zarar, yoksun kalınan kâr (kaçırılan fırsatlar) kısmı ise dolaylı zarardır[426]. Başka bir görüş ise hem doğrudan hem de dolaylı zararın müspet zarara ilişkin olduğunu ileri sürmektedir[427]. Doktrinde farklı görüşleri savunan yazarların büyük çoğunluğu doğrudan zararın hangi tür olursa olsun fiili zarar olduğu, yoksun kalınan kârı kapsamadığı noktasında birleşmektedir[428]. Dolaylı zararın ise genellikle yoksun kalınan kârı kapsadığı kabul edilirken[429], ayıplı ifaya eklenen başka

Tunçomağ, Borçlar Özel, s. 171, 172; **Edis, Seyfullah,** Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 115-119.

[425] **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 73 vd.; **Schubiger, Alfred,** Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichhterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff.-OR 97 ff., Bern 1957, s. 74, 75; **Furrer, Rolf,** Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss., Zürich 1973, s. 26, 68; **Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert,** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010, N. 416.

[426] **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 73 vd., özellikle 80, 81, 87, 93; **Schubiger,** s. 76, 77. Bu görüşteki bazı yazarlar, aynı olayda müspet ve menfi zararın birlikte istenemeyeceği ilkesini de görüşlerine gerekçe olarak ileri sürmektedir. Bkz. **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 77, 92; **Schubiger,** s. 73 vd. Doktrinde bir görüş, doğrudan zararı açıkça menfi zararın fiili zarar kısmına hasretmektedir. Yazar dolaylı zarar bakımından ise fikrini açıkça belirtmemekle birlikte, açıklamalarından menfi zararın yoksun kalınan kar kısmını dolaylı zarar olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. **Tandoğan, Hâlûk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 192 vd.

[427] **Gonzenbach,** s. 12; **Keller, M.,** s. 221-228; **Kırca,** Kaldırılması Gereken Bir Ayrım, s. 450, 458.

[428] **Keller, Max/Siehr, Kurt,** Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, s. 62 vd., 90; **BK OR-Giger,** Art. 195, N. 32, 34, Art. 208, N. 35, 52; **Fischer, W.,** s. 287; **Tandoğan,** I/1, s. 192; **Eren,** Borçlar Özel, s. 90, 142; **Aral/Ayrancı,** s. 154; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 188; **Beobachter/Christen,** s. 212. Ayrıca bkz. **Schubiger,** s. 76, 77. İstisnaen menfi zararın kaçırılan fırsat kısmının doğrudan zarar olarak kabul edilebileceği görüşü için bkz. **CHK/Müller-Chen,** Art. 208, N. 13.

[429] **Fischer, W.,** s. 287; **von Tuhr/Peter,** s. 88, 89; **BK OR-Giger,** Art. 195, N. 34, Art. 208, N. 52; **Beobachter/Christen,** s. 212; **Tandoğan,** I/1, s. 192 vd.; **Aral/Ayrancı,** s. 155; **Eren,** Borçlar Özel, s. 90, 142.

olaylar sonucu doğan fiili zararları bu kapsamda değerlendiren görüşler[430] de bulunmaktadır.

Kanaatimizce üstün tutulması gereken bir görüşe göre, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılan bir ayrımdır[431]. Bu bakımdan doğrudan zarar, zarara sebep olan olayın ilk ve en yakın sonucu olan zararlardır[432]. Başka bir ifadeyle doğrudan zarar, zarar görenin araya başka bir ek sebep girmeden doğrudan zarar verici olay sebebiyle uğradığı zararlardır[433]. Örneğin, otomobilin fren sistemindeki hata sebebiyle hasara uğraması sonucu araçta meydana gelen zarar veya bulaşık makinesinin termostatının bozuk olması sebebiyle makinede meydana gelen hasar[434] doğrudan zarardır. Dolaylı zarar ise ilk zararı doğuran olaya başka bir sebebin

---

[430] **von Tuhr/Peter,** s. 88, 89; **Schubiger,** 77; **Neuenschwander, Markus,** Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971, s. 80; **Keller/Siehr,** s. 63, 64; **Fischer, W.,** s. 287; **Aral/Ayrancı,** s. 153 vd.

[431] **Fischer, W.,** s. 17 vd., 286; **Keller/Siehr,** s. 62 vd., 90; **Schubiger,** s. 77; **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 67 vd., 78; **Furrer,** s. 27, 68; **Neuenschwander,** s. 79 vd.; **Oftinger/Stark,** s. 77; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 7; **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 7; **Honsell, Heinrich,** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, s. 106; **Hartmann, Stephan,** Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Zürich-Basel-Genf 2005, N. 733; **CHK/Müller-Chen,** Art. 208, N. 13; **Beobachter/Christen,** s. 211; **Eren,** Borçlar Özel, s. 141 vd.; **Aral/Ayrancı,** s. 153; **Büyüksağiş,** s. 93 vd.; **Pekmez, Cüneyt,** "Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", TAAD, Y. 6, S. 20, 2015, s. 550; **Serozan, Rona,** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 150, 151. Krş. **Bucher,** BT, s. 104 vd. BGE 133 III 257 vd.

[432] **von Tuhr/Peter,** s. 88, 89; **Fischer, W.,** s. 286 vd.; **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 67; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 12; **Oftinger/Stark,** s. 77; **Schwenzer,** OR, N. 14.27; **CHK/Müller-Chen,** Art. 208, N. 13; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 11; **Rey,** N. 334 vd.; **Schmid/Stöckli,** N. 412; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 7; **Beobachter/Christen,** s. 211; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 70; **Edis,** s. 115; **Eren,** Borçlar Genel, s. 551; **Eren,** Borçlar Özel, s. 92, 145; **Aral/Ayrancı,** s. 153; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 43; **Erdoğan,** s. 131; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52.

[433] **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 7; **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 5; **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 67; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 12; **Bucher,** BT, s. 105; **von Tuhr/Peter,** s. 88, 89; **Schwenzer,** OR, N. 14.27; **Fischer, W.,** s. 286; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 70; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 43; **Eren,** Borçlar Özel, s. 144; **Erdoğan,** s. 131; **Büyüksağiş,** s. 93 vd.

[434] **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 5; **Honsell,** BT, s. 105; **Aral/Ayrancı,** s. 154.

eklenmesiyle ortaya çıkan zarardır[435]. Başka bir ifadeyle, mağdurun doğrudan zarara bağlı olarak ilk sebebe eklenen başka bir sebeple uğradığı zarara dolaylı zarar denir[436]. Bu ayrımı müspet ve menfi zarar ayrımıyla bir tutmak, hatta bu ayrımı müspet ve menfi zarar ayrımıyla açıklamaya çalışmak yerinde değildir. Aksine doktrindeki yoğun tartışmaların temel sebebi bu yaklaşımdır. Doğrudan zarar ayıbın ilk sonucu olan bütün zararları kapsar. Bu sebeple, doğrudan zararı bir üst kavram olarak düşünmek gerekir. Bu bakımdan, doğrudan zararın içerisine müspet ve menfi zarar kalemleri girebileceği gibi, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlar da girer. Benzer şekilde, dolaylı zarar müspet veya menfi zarar kapsamındaki yoksun kalınan kârı kapsayabileceği gibi, olayın özelliğine göre bir fiili zarar kaleminin dolaylı zararın içeriğine dâhil olması mümkündür. Yine dolaylı zarar bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararları kapsamaktadır[437].

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar bakımından ayıptan doğan zarar (*Mangelschaden*) ile ayıbı takip eden zarar (*Mangelfolgeschaden*) ayrımı önemlidir. Ayıbın direkt edimin konusu olan ayıplı şey üzerinde doğrudan doğruya meydana getirdiği eksilme ve kayıplara ayıptan doğan zarar denir[438]. Örneğin, termostatın bozukluğu sebebiyle bulaşık makinesinin veya frendeki bozukluluk sebebiyle otomobilin hasar görmesiyle ortaya çıkan zarar bu niteliktedir. Ayıptan doğan zarar

---

[435] Dolaylı zararı, ilk zararı doğuran sebebin uzak fakat uygun sonucu olan veya ilk zararı doğuran olaya başka bir sebebin eklenmesiyle ortaya çıkan zarar olarak tanımlayan görüş için bkz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 92.

[436] **von Tuhr/Peter,** s. 88, 89; **Fischer, W.,** s. 287; **ZK-Schönle/Higi,** Art. 195, N. 68; **Tandoğan, Hâlûk,** Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 9 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 70; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 43; **Eren,** Borçlar Genel, s. 551; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52.

[437] Açıkça belirtmeseler de verdikleri örneklerde aynı sonuca ulaşan görüşler için bkz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 145; **Aral/Ayrancı,** s. 154, 155.

[438] **Honsell,** BT, s. 104, 106; **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 5; **Schmid/Stöckli,** N. 406; **CHK/Müller-Chen,** Art. 208, N. 13; **Eren,** Borçlar Özel, s. 143.

her zaman doğrudan zarar niteliğindedir. Ayıbı takip eden zarar ise, ayıbın alıcının ifa menfaati dışındaki diğer hukukî değerlerinde (bütünlük menfaati) meydana getirdiği eksilmedir[439]. Ayıbı takip eden zararın bazı hâllerde doğrudan, bazı hâllerde dolaylı zarar niteliğinde olması mümkündür. Örneğin, satılan hastalıklı bir hayvanın ölmesi ayıptan doğan zarar, bu hayvan yüzünden alıcının diğer hayvanlarının ölmesi ise takip eden zarardır[440]. Bu örnekteki ayıbı takip eden zararları doğuran sebep, uygun illiyet serisinin ilk ve en yakın sebebi olan satılan şeydeki ayıptır. Bu sebeple söz konusu takip eden zararlar doğrudan zarar niteliğindedir[441]. Buna karşılık, illiyet serisindeki ilk sebebe başka sebeplerin eklenmesi sonucu ortaya çıkan ayıbı takip eden zararlar dolaylı zarar niteliğindedir[442]. Örneğin, bulaşık makinesinin su haznesindeki delikten sızan su parkelere zarar vermenin yanında elektrik tesisatına sızmış ve kısa devre sonucu evdeki diğer elektrikli eşyalar zarar görmüştür. Burada, parkelerde meydana gelen hasar ayıbın ilk sonucu olduğu için takip eden doğrudan zarardır. Buna karşılık, illiyet serisinde ilk sebebe (ayıp) ek olarak ikinci bir sebep olan elektrik tesisatının kısa devre yapması sonucu diğer elektrikli eşyalarda meydana gelen hasar, ayıbı takip eden

[439] **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 8; **Honsell,** BT, s. 106; **Schmid/Stöckli,** N. 405; **Eren,** Borçlar Özel, s. 143.

[440] **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 8; **Honsell,** BT, s. 106; **Aral/Ayrancı,** s. 154; **Eren,** Borçlar Özel, s. 143. Benzer şekilde, bulaşık makinesinin su haznesindeki delikten su sızdırması sonucu parkelerin zarar görmesi veya termostatındaki bozukluk yüzünden tutuşup yangına sebep olması sonucu evin yanması hâlinde, su haznesindeki ve termostattaki bozukluk yüzünden makinenin bozulması ayıptan doğan zarar, parkelerin zarar görmesi ve evin yanması ise ayıbı takip eden zarardır. **Aral/Ayrancı,** s. 154; **Eren,** Borçlar Özel, s. 144.

[441] **Keller/Siehr,** s. 90; **Fischer, W.,** s. 290; **Eren,** Borçlar Özel, s. 144; **Aral/Ayrancı,** s. 154, 155. İsviçre Federal mahkemesi de ünlü "papağan kararı" ile bu türdeki takip eden zararları doğrudan zarar olarak kabul etmiştir. BGE 133 III 257 vd. Karar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Yıldırım/Başpınar,** s. 1093 vd.

[442] **CHK/Müller-Chen,** Art. 208, N. 13, 15; **Aral/Ayrancı,** s. 155; **Eren,** Borçlar Özel, s. 145. Ayıbı takip eden zararın her zaman dolaylı zarar niteliğinde olduğu, bu tür zararların bir kısmının doğrudan zarar olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı görüşü için bkz. **Honsell,** BT, s. 106 vd.; **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 8, 9. Ayıbı takip eden zararları ayrım yapmadan doğrudan zarar olarak tanımlayan görüş için bkz. **BK OR-Giger,** Art. 208, N. 35, 38.

dolaylı zarar niteliğindedir[443]. Dikkat edilmelidir ki meydana gelen dolaylı zarar ile ilk sebep ve ona eklenen sebepler arasında uygun illiyet bağı bulunması zorunludur[444].

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının müspet ve menfi zarar ayrımıyla açıklanmasının yerinde olmadığı yönündeki katıldığımız görüş saklı kalmak kaydıyla, müspet zararın doğrudan ve dolaylı zararla ilişkisini ortaya koyabilmek adına birkaç örnek vermek faydalı olur. Müspet zararın fiili zarar kısmı genellikle doğrudan zarar niteliğindedir. Örneğin, freni bozuk otomobil, hastalıklı kuş, termostatı bozuk bulaşık makinesi gibi satılan maldaki ayıp sebebiyle ifadan beklenen menfaatin elde edilememesi ve o malın uğradığı hasarlar fiili zarar olarak doğrudan zarar kapsamındadır[445]. Bu örneklerdeki ayıplar yüzünden, kişinin diğer malvarlığı değerlerinin hasar görmesi veya vücut bütünlüğünün ihlal edilmesinden doğan zararlar ise ayıbı takip eden zarar niteliğindeki bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlar olarak yine doğrudan zarar kapsamındadır[446]. Diğer taraftan, bulaşık makinesinden akan suyun elektrik tesisatına sızması sonucu kısa devre yapıp diğer elektronik aletlerin bozulması gibi söz konusu ayıplara başka bir sebebin eklenmesi nedeniyle

[443] **Keller/Siehr,** s. 90; **Aral/Ayrancı,** s. 155; **Eren,** Borçlar Özel, s. 145.

[444] **Eren,** Borçlar Özel, s. 145. Krş. **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52.

[445] Bu tür zararların fiili zarar olduğu ve doğrudan zararın kapsamına girdiği konusunda doktrinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu tür zararlar genellikle menfi zarar olarak nitelendirilmektedir. Kanaatimizce bu örneklerdeki gibi ayıplı malın kendisinde meydana gelen zararlar (*Mangelschaden*) menfi değil müspet zarar niteliğindedir. Zira bu tür zararlar sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde uyandırılan güvenin ihlaliyle ilgisi olmayan, aksine doğrudan edim konusuna, yani ifa menfaatine ilişkin zararlardır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki ayıp sebebiyle sözleşmeden dönüldüğünde edim iade edileceğine göre, ifa menfaatinin konusu olan edimin kendisindeki bu müspet zarar kalemlerinin talep edilmesine yer yoktur. Bu konuda ayrıca bkz. Bölüm II, § 5, III, B, 3, b, cc.

[446] Federal mahkemenin ünlü Papağan kararı da ayıbı takip eden doğrudan zarara örnek olarak gösterilebilir. BGE 133 III 257 vd. Diğer taraftan, tedavi sözleşmesi veya ödünç sözleşmesinde olduğu gibi, alacaklının hukukî değerlerinin korunması, aynı zamanda sözleşmenin içeriğini oluşturuyorsa, olumlu menfaatin ihlali bütünlük menfaatini de doğrudan etkilediği için bu gibi hâllerde sözleşmeye aykırılık sonucu oluşan müspet zarar (fiili zarar) bütünlük menfaatini kapsayacak şekilde doğrudan zarar kapsamında yer alır.

meydana gelen dolaylı zararların müspet zarar niteliğinde olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira bunlar olsa olsa bütünlük menfaatinin ihlalinden kaynaklanan dolaylı zarar olabilir. Ayrıca, ayıplı ifadan kaynaklanan bu zararların sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından doğan zarar, yani menfi zarar olduğunu savunmak da güçtür[447]. Buna karşılık, müspet zararın yoksun kalınan kâr kalemi çoğunlukla dolaylı zarar kapsamında ortaya çıkar[448]. Örneğin, ayıplı ifa edilen edimin üçüncü kişiye satılamaması sonucu meydana gelen zarar veya satın aldığı makineyi ayıp yüzünden çalıştıramayan kişinin mahrum kaldığı kazanç dolaylı zarar kapsamındadır. Tekrar belirtmek gerekir ki doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı müspet ve menfi zarar ayrımına indirgenmemelidir. Bunun yerine uygun illiyet bağı çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak, ayıbın ilk ve yakın sonucu olan bütün zarar kalemleri doğrudan zarar, araya başka sebeplerin girmesiyle meydana gelen zarar kalemleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilmelidir[449].

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı aynı fiilden meydana gelen zararların illiyet bağı bakımından sınıflandırılmasıdır. Buna karşılık, doğrudan zarar ve yansıma zararı ayrımı ise zarar gören kişiye göre yapılan bir ayrımdır. Nitekim zarar verici davranışın doğrudan muhatabı olan kişi dışındaki kişilere verdiği zararlar yansıma zararını oluşturur[450]. Örneğin, ünlü bir opera sanatçısının öldürülmesi sonucu eşinin destekten yoksun kalması ve opera sahibinin gösteri yapamaması yüzünden uğradığı

---

[447] Aynı yönde bkz. **Öz, Turgut,** İşsahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 293; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 65.

[448] **BK OR-Giger,** Art. 208, N. 45 vd.; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 7; **Schwenzer,** OR, N. 14.27; **Eren,** Borçlar Özel, s. 90, 91, 146.

[449] **Schubiger,** s. 77; **Fischer, W.,** s. 17 vd.; **Keller/Siehr,** s. 62 vd.; 90; **Furrer,** s. 27, 68; **Hartmann,** Rückabwicklung, N. 733; **Aral/Ayrancı,** s. 153; **Serozan,** BÖ, s. 150, 151.

[450] **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 8; **Schwenzer,** OR, N. 14.19; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 43; **Büyüksağiş,** s. 98; **Tandoğan,** Üçüncü Şahsın Zararı, s. 1 vd.; **Erdoğan,** s. 132; **Özel, Çağlar,** "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, 2001, C. 50, S. 4, s. 83 vd.

zararlar yansıma zararı niteliğindedir. Yansıma zararından sorumluluk için, uygun illiyet bağının yanında hukuka aykırılık bağının da mevcut olması gerekir[451]. Eş bakımından TBK m. 53/b. 3'te illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı kanun tarafından kabul edilmiştir[452]. Bu sebeple eş, destekten yoksun kalmasından doğan zararını talep edebilir. Buna karşılık, opera sahibi bakımından uygun illiyet bağı mevcut olmasına rağmen, hukuka aykırılık bağından bahsetmek mümkün değildir[453]. Sözleşmeden doğan sorumlulukta yansıma zararı üçüncü kişinin bir mutlak hakkını ihlal etmişse, sözleşmenin tarafının koruma alanı içinde bulunan kişiler bakımından bu zarar bütünlük (koruma) menfaatinin ihlali kapsamında tazmin edilir[454]. Bu bakımdan yansıma zararın müspet zarar kapsamında talep edilmesi mümkün değildir[455].

---

[451] Yansıma zararda, ihlal edilen hakkın mutlak veya nispi olması önemlidir. Gerçekten, yansıma zararda fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcutsa mutlak hak ihlallerinde hukuka aykırılığın mutlak hakkın ihlalinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Buna karşılık nispi hak ihlallerinde hukuka aykırılık bağı-normun koruma amacı ayrıca araştırılmalıdır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 15 vd.; **Büyüksağiş,** s. 99 vd. ve özellikle s. 102. Hukuka aykırılık bağı ve normun koruma amacı teorileri için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 617 vd.; **Eren, Fikret,** "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461-491; **Tandoğan, Hâlûk,** "Hukuka Aykırılık Bağı", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu 21-22 Ekim 1977, Ankara 1980, s. 5-27; **Atamer,** Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 70 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 15 vd.

[452] Bkz. **Erdoğan,** s. 132; **Büyüksağiş,** s. 102. Ayrıca Bkz. **Schwenzer,** OR, N. 14.20.

[453] Aynı yönde bkz. **Schwenzer,** OR, N. 14.20; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 19, 20; **Büyüksağiş,** s. 99.

[454] Bu koruma alanı dışındaki kişilerin yansıma yoluyla oluşan zararlarının tazmininin ise sözleşme ilişkisiyle hiçbir bağı bulunmamaktadır.

[455] Bir kişiye verilen zarar sebebiyle, üçüncü bir kişinin zarar görenle arasında mevcut bulunan sözleşmenin ifasından beklediği menfaati elde edememesi yansıma zararı olarak kabul edilebilirse de bunun zarar veren bakımından müspet ve menfi zararla bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla yansıma zararının müspet ve menfi zarar ayrımıyla kural olarak bir ilgisi yoktur. Tedavi sözleşmesinde kötü ifa sonucu sözleşmenin karşı tarafının öldürülmesi sebebiyle o kişinin eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalması şeklindeki yansıma zararının müspet zararla kesiştiği düşünülebilir. Ancak, böyle bir ihtimalde de söz konusu yansıma zararının ifa menfaatiyle bir ilgisi bulunmamakta, yansıma zararı müspet zarar kapsamına girmemektedir. Zira haksız fiil sorumluluğunun kapsamında kalan destekten yoksun kalma zararı, doğrudan yoksun kalan kişinin şahsında doğmaktadır.

III. NORMATİF ZARAR

Yukarıda açıklandığı gibi zarar kavramı genel olarak fark teorisi temelinde kabul edilmektedir. Fark teorisinde malvarlığının iki durumu arasındaki fark dikkate alınır. Bu sebeple, zarardan bahsedebilmek için bu iki durum arasında bir farklılık oluşmalıdır. Bununla birlikte, bazı hâllerde malvarlığının iki durumu arasında bir fark oluşmamasına rağmen bir zararın mevcut olduğunu kabul etme gereği duyulmuştur[456]. Diğer taraftan Alman hukukunda manevi zararı düzenleyen BGB § 253 hükmünde, manevi zararın nakden tazmini yalnızca kanunun öngördüğü durumlarla sınırlandırılmıştır. Alman hukukunda uygulamada zarar olarak kabul edilen bazı hâllerin malvarlığında bir azalma olmadığı için maddi zararın, kanunda düzenlenmediği için de manevi zararın tazmini yoluyla giderilememesi sebebiyle normatif zarar kavramı ortaya atılmıştır[457]. Doktrinde ilk kez *Neuner* tarafından[458]

---

[456] **Neuner,** s. 305 vd.; **Lange/Schiemann,** s. 35 vd., 273 vd. Ayrıca bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 206 vd.; **Huguenin, Claire,** Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, N. 618 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2852; **Larenz,** I, s. 495 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 14.05; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, dn. 3; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16. Normarif zarar kavramına ilişkin eleştiriler için bkz. **Medicus, Dieter,** "Normativer Schaden", JuS 1979, Heft 4, s. 233-239; **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 38 vd. Doktrinde, malvarlığını çoğaltma veya malvarlığı kaybını önleme şansının kaybını da zarar olarak kabul eden bir görüş öne sürülmüştür. bkz. **Müller-Stoy, Walter,** Schadensersatz für Verlorene Chancen, Diss., Freiburg 1973; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2852.

[457] Normatif zarar ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **Staudinger/Schiemann,** Vorbem. zu § 249-254, N. 35 vd.; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 38 vd.; **Mertens,** s. 12 vd., 51 vd.; **Honsell, Heinrich/Harrer, Friedrich,** "Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht", JuS 1985, Heft 3, s. 166 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2852 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 206 vd.; **Larenz,** I, s. 495 vd.; **Larenz,** Vermögensbegriff, s. 489 vd.; **Lange/Schiemann,** s. 35 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 14.05 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548 vd.; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16 vd.; **Burcuoğlu, Hâlûk,** "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", DÜHFD, S. 2, 1984, s. 163-173.

[458] Yazara göre, örneğin lüks bir ata binilemezse bu atın kullanım değeri, kiralanması hâlinde ödenecek bedele göre tespit edilip bundan sorumlu olan kişiden tazmin edilebilir. Burada atın gerçekte kullanılıp kullanılmayacağı veya atın yaralı olduğu dönemde başka bir at kiralanıp kiralanmadığı önemli değildir. Bkz. **Neuner,** s. 309.

savunulan normatif zarar kavramı, manevi yönü ağır basmakla birlikte parayla ifade edilebilen bazı ticarileşmiş[459] değerlerin malvarlığı değeri olarak görülmesi sonucu bunlardaki eksilme ve kayıpların maddi zarar olarak kabul edilmesini savunmaktadır[460]. Bu görüş, ekonomik bakımdan malvarlığında bir azalma bulunmamasına rağmen, hukukî bir değerlendirmeyle tazmini gerekli bir zararın mevcut olduğu sonucuna varılabileceği düşüncesine dayanmaktadır[461]. Bu görüşe göre, malvarlığında herhangi bir eksilme meydana gelmese bile, genel olarak bazı malların (özellikle taşıtların) ticarî değerinin azalması veya kullanma imkânından yoksun kalınması, tatil yapma imkânından yoksun kalınması veya tatil süresinin beklendiği gibi geçmemesi, evli kadının haksız fiil sonucu ev işlerine yardım edememesi veya işverenin işçisine ödediği iş göremezlik ücretini zarar verene rücu edememesi hâllerinde bir zarar doğmaktadır. Normatif zarar kavramı, bu durumlarda malvarlığında bir azalma meydana geldiğini kabul ederek, bu tür zararların tazmin edilebilmesini savunmaktadır[462].

---

[459] Bir şeyin malvarlığı değeri olarak zarar kapsamında kabul edilebilmesi için taşıması gereken ölçüt bakımından öne sürülen ticarileşme teorisi (*Kommerzialisierungstheorie*), ihtiyaç teorisi (*Bedarfstheorie*) ve beklentinin akamete uğraması teorisi (*Frustrationstheorie*) hakkında geniş bilgi için bkz. **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 18-22. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2856 vd.; **Honsell/Harrer,** Entwicklungstendenzen, s. 166 vd.

[460] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548, 549; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 17 vd.; **Burcuoğlu,** s. 163, 164.

[461] **Mertens,** s. 51, 52; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 206; **Schwenzer,** OR, N. 14.06; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 17. Kullanım olanağından yoksun kalmanın zarar teşkil edip etmediğine ilişkin farklı görüşlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **Larenz,** Vermögensbegriff, s. 490 vd.

[462] Bu çalışmada, söz konusu hâllerden sadece en önemli gördüklerimiz incelenmiştir. Alman Hukukunda normatif zararın kabul edildiği bu hâllerin detaylı açıklaması için bkz. **MüKo/Oetker,** § 249, N. 61 vd.; **Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen,** Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, s. 204 vd.; **Larenz,** Vermögensbegriff, s. 489 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 548 vd.; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 17 vd. İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2854 vd.

Türk/İsviçre hukukunda, zarara uğrayan ve tamir gören taşıtın ticarî değerinin azalması zaten maddi zarar kavramı içerisinde değerlendirilmekte ve tazmin edilmektedir[463]. Benzer şekilde, örneğin otomobilin hasar görmesi hâlinde tamir süresince veya telef olması hâlinde bir yenisinin alınabileceği süre boyunca zarar görenin yaptığı araç kiralama ve toplu ulaşım ücreti gibi giderler, hasara uğrayan araçla üçüncü kişiye karşı üstlenilen bir edim taahhüdünün ifa edilememesi sebebiyle ödenen tazminat veya bu süreçte aracı işletememe sebebiyle yoksun kalınan kazanç malvarlığında bir eksilme meydana getirmektedir. Zarar görenin kullanım olanağından yoksun kaldığı için yaptığı bu masraflar ile meydana gelen zararların, maddi zarar olarak tazmin edilebileceğine şüphe yoktur[464]. Burada asıl problem, kullanım olanağından yoksun kalan kişinin bu sürede başka bir araç kiralamaması, otobüse veya taksiye binmemesi hâlinde ne olacağıdır. Nitekim fark teorisine göre bu durumda malvarlığında bir eksilme olmadığı için zarar da yoktur. Benzer şekilde, yüklenici ile evinin yıkılması ve yeni bir ev yapılması konusunda anlaşan işsahibinin yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmeden dönmesi hâlinde, bu süreçte bir ev kiralamış veya otelde kalmışsa yaptığı masraflar zarar olarak malvarlığında yer alacakken, ücretsiz olarak bir akrabasının yanında kalmışsa malvarlığında herhangi bir eksilme olmayacaktır. Malvarlığında azalma meydana gelmediği için, yürürlükteki hukuk bakımından tazmin edilebilir maddi bir zarar da mevcut değildir. Bu sebeple Türk/İsviçre hukukunda kullanım olanağından yoksun kalmanın kendi başına bir zarar

[463] **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 78b; **Oftinger/Stark,** s. 369, 370; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 550; **Eren,** Borçlar Genel, s. 546, 764. Alman Hukuku bakımından aynı görüşte bkz. **Larenz,** I, s. 500.

[464] **Oftinger/Stark,** s. 370 vd.; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 100; **Larenz,** I, s. 496; **Larenz,** Vermögensbegriff, s. 502, 503; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 4; **Huguenin,** AT, N. 618; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 553; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 17, 18; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 282; **Eren,** Borçlar Genel, s. 546, 764, 765. Krş. **Schwenzer,** OR, N. 18.09, 18.10.

kalemi teşkil etmediği kabul edilmektedir[465]. Diğer taraftan, Alman hukukundaki gibi manevi zarara ilişkin önemli sınırlamalar olmadığı gerekçesiyle, kullanım olanağından yoksun kalmanın şartları varsa manevi zarar olarak tazmin edilebileceği kabul edilmektedir[466]. Normatif zarar görüşüne göre ise zarar görenin bu tür masraflar yapmadığı hâllerde bile salt kullanım imkânından yoksun kalması, kendisi için hissedilebilir olması[467] kaydıyla zararın varlığını kabul etmek için yeterlidir[468]. Bu durumlarda meydana gelen zarar, kişinin eşdeğerde bir araç veya evi kiralamak için ödemesi gereken miktardan kullanamama sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masrafların düşülmesiyle bulunur[469].

[465] **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 4; **Stark, Emil W.,** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Aufl., Zürich 1988, N. 148; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 22; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 42, 43. Aksi görüşte bkz. **Huguenin,** AT, N. 620; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 553-555.

[466] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 42. Kullanım olanağından yoksun kalma sebebiyle uğranılan zevk ve rahatlık eksikliğinin manevi zarar olarak bile kabul edilemeyeceği görüşü için bkz. **Stark,** N. 41e; **Oftinger/Stark,** s. 88, dn. 76; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 22, 23. Ayrıca bkz. **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 4.

[467] BGHZ 45 II 212, 219 (**Lange/Schiemann,** s. 288'den naklen); BGHZ 40, 353; 56 II 216; (**Nomer,** Maddi Tazminat, s. 18, dn. 62'den naklen). Tamir süresince mal zaten kullanılmayacaksa veya zarar gören seyahat, hastalık gibi sebeplerle kullanamayacak durumdaysa ya da kişinin kullanabileceği başka bir aracı varsa hissedilebilir bir kayıptan söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Fikentscher/Heinemann,** s. 408; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 18; **Burcuoğlu,** s. 165.

[468] **Neuner,** s. 309, 310; **Fikentscher/Heinemann,** s. 408; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2857; **Schwenzer,** OR, N. 14.06; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 551, 552; **Burcuoğlu,** s. 164, 165; **Zeytin,** I, s. 78, 79. BGH NJW 1975, 160; 1987, 50; 2014, 1374; 2013, 1072; BGHZ 98, 212 (**Fikentscher/Heinemann,** s. 408'den naklen); BGHZ 40, 346; 45, 213 (**Nomer,** Maddi Tazminat, s. 18, dn. 61'den naklen). Türk hukukunda, bazı nesnelerin maddi değerinin yanında kullanım değerinin de bir pazarı olduğu gerçeği karşısında kullanım olanağının para ile ifade edilebilir bir değer olduğu ve malvarlığı kalemleri içinde yer aldığı, bu sebeple maddi tazminatın kapsamına girdiği görüşü için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 553 vd. Aynı görüşe katılan, ayrıca, yitirilen kullanım olanağının tazmininde fark teorisinden bir sapma olmadığını ve zenginleşme yasağına aykırılığın da söz konusu olmadığını savunan görüş için bkz. **Burcuoğlu,** s. 168.

[469] **Lange/Schiemann,** s. 293, 294; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 551; **Burcuoğlu,** s. 164; **Zeytin,** I, s. 78, 82.

Normatif zarar anlayışında, tatil yapma imkânından yoksun kalınması veya tatil süresinin beklenenden kötü geçmesi yüzünden tatilden beklenen huzur, keyif ve dinlemenin elde edilememesinin de maddi zarar oluşturduğu kabul edilmektedir[470]. Normatif zarar görüşü, boşa geçen tatil süresini ticarileşmiş bir değer olarak görmekte ve malvarlığı kapsamında değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, tatile çıkamama sebebiyle zevkten mahrum kalma veya tatil için ayrılan zamanın boşa geçmesi bir zarar oluşturur ve bu zararın tazmin edilmesi gerekir[471]. Yine, tatil süresinin beklendiği gibi güzel geçmemesi de tazmini mümkün bir zarar oluşturmaktadır. Üstelik Alman hukukunda, boşa harcanan tatil süresi için tazminat ödenmesine yönelik açık bir hüküm bulunmaktadır (BGB § 651n/II)[472]. Türk/İsviçre hukuku bakımından tatil yapma imkânından yoksun kalınması hâlinde ulaşım ücreti, sözleşme bedeli gibi yapılan harcamaların bu zarara sebep olan kişiden, maddi zarar kapsamında talep edilebileceğine şüphe yoktur. Tatil süresinin boşa gitmesi ise başlı başına bir maddi zarar kalemi oluşturmamaktadır. Bu sebeple maddi zarar olarak talep edilmesi mümkün değildir[473]. Bununla birlikte, tatil süresinin boşa gitmesi veya seyahatten keyif alınamaması hâlinde, gerekli şartların gerçekleşmesi kaydıyla manevi tazminat

[470] **Larenz,** I, s. 503 vd.; **Grunsky, Wolfgang,** "Entgangene Urlaubzeit als Vermögensschaden", NJW 1975, Heft 14, s. 609-612. BGHZ 63, 98; 77, 124; BGH NJW 56, 1235; 82, 1522 (**Nomer,** Maddi Tazminat, s. 30, dn. 128'den naklen); NJW 1975, s. 40 vd. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 5556, dn. 33'ten naklen).

[471] **Larenz,** I, s. 503 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2861; **Grunsky,** s. 610, 611.

[472] Bu hüküm ile seyahatten beklenen keyfin alınmamasının tazmini mümkün bir manevi zarar olarak kabul edildiği yönünde Bkz. **MüKo/Oetker,** § 249, N. 95; **Larenz,** I, s. 505.

[473] **Eren,** Borçlar Genel, s. 546; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 42, 43; **Zeytin, Zafer,** "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-III: Manevi Zarar Olarak 'Boşa Geçen Tatil Zamanı'", BATİDER, 2003, C. XXII, S. 1, s. 197. Kural olarak maddi zarar talep edilemeyeceği, ancak tatil süresinden yararlanamama sebebiyle çalışma veriminde düşüş ve buna bağlı gelir veya kazanç azalması olursa bundan doğan zararın istenebileceği görüşü için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 558.

istenebileceği kabul edilmektedir[474]. Diğer taraftan, 6502 sayılı TKHK m. 51/VIII'de paket tur düzenleyicisinin sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumlu olacağı yönündeki genel ilke tekrar edildikten sonra, *"tüketicinin boşa harcanan tatil zamanı için"* de uygun bir tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Boşa harcanan zaman için talep edilecek tazminatın konusunun malvarlığında meydana gelen bir azalma olmadığı açıktır. Bu durumda, söz konusu düzenleme ile alacaklının tüketici olduğu paket tur sözleşmelerine özgü olmak üzere normatif zararın kabul edildiğini söylemek mümkündür[475].

Normatif zarar görüşü Türk/İsviçre sorumluluk hukukunun yapısına uymamaktadır. Nitekim hukuk sistemimizde fark teorisine de uygun şekilde sadece malvarlığında meydana gelen azalma ve önlenen artış maddi zarar olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple örneğin, hasara uğrayan aracın ticarî (sürüm) değerinde meydana gelen eksilme, tamir masrafları, bu araç işletilerek elde edilebilecek gelirler, hatta araç tamirdeyken ikame araç kiralamak için ödenen ücret zarar olarak kabul edilmektedir. Zira bunların hepsi malvarlığında bir eksilme meydana getirmektedir. Buna karşılık, aracın kullanımından yoksun kalma hâlinin tek başına bir zarar kalemi olarak kabul edilmesi, malvarlığında bir eksilme meydana gelmediği için haklı olarak

---

[474] **Larenz,** I, s. 505; **Eren,** Borçlar Genel, s. 546; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 42. Tatil süresinden ve boş zamandan yoksun kalmanın, malvarlığına ilişkin değil manevi alana ilişkin olduğu yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 553, 554; **Zeytin,** III, s. 197. Kişilik hakları ihlal edilmedikçe manevi tazminat istenemeyeceği, bu sebeple tatil zamanından yoksun kalma veya tatilden keyif almama hâlinde manevi zarar da istenemeyeceği görüşü için bkz. **Oftinger/Stark,** s. 87; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 31.

[475] Bkz. **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 2016, s. 298. Benzer şekilde İsviçre Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri Hakkında 18.06.1993 tarihli Kanun (LVF; Rs 944.3) ile paket tur sözleşmesinin kötü ifa edilmesi sebebiyle doğan normatif zararların tazminine imkân tanındığı yönünde bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 383.

reddedilmektedir[476]. Benzer şekilde, uçak bileti ve konaklama sözleşmesi gibi tatil için yapılan harcamaların maddi zarar kapsamında istenmesi mümkünken, tatil zamanının boşa gitmesi veya bu süreden beklenen keyfin alınmamasını maddi zarar kavramına dâhil etmek mümkün görülmemektedir. Kullanım olanağından yoksun kalma ve tatil zamanın boşa gitmesi veya tatilden beklenen keyfin alınamaması hâllerinde, olsa olsa şartları varsa manevi zarar talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş normatif zarar teorisini kabul etmemektedir[477].

Kanaatimizce mevzu hukuk bakımından normatif zarar teorisini kabul etmek mümkün değildir. Bununla birlikte, söz konusu teorinin haklı yönleri bulunmaktadır. Örneğin, kullanım imkânından yoksun kalma zarar olarak kabul edilmediği için, bu sürede malî gücü yerinde olup başka bir araç kiralayabilenin bu masrafı zarar olarak kabul edilirken, ekonomik şartları sebebiyle araç kiralayamayan kişi bakımından ortada zarar olmadığı kabul edilmektedir. Hatta malî durumuyla ilgili olmasa bile bir taraf araç kiralama, toplu taşıma gibi masraflar yapıp bunları zarar olarak tazmin edebilmekte, böylece aracın tamir süresince o aracı kullanabilme menfaatini ikame değerlerle sağlamaktadır. Buna karşılık şu veya bu sebeple bir araç kiralamayan veya toplu taşıma kullanmayan kişi, malı kullanma menfaatinden yoksun kalmasına rağmen bu menfaatinin ihlalinden bir zarar doğmadığı kabul edilmektedir. Böylece, aynı durumdaki iki kişi arasında fark yaratılarak, hakkaniyet duygusunu zedeleyici sonuçlar

[476] Kullanım olanağından yoksun kalma hâlinde malvarlığında fark teorisine göre tespit edilebilir bir eksilme meydana geldiği görüşü için bkz. **Burcuoğlu,** s. 168.

[477] **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 4; **Merz,** OR, s. 187, dn. 6; **Oftinger/Stark,** s. 72 vd.; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 9; **Eren,** Borçlar Genel, s. 545 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 42, 43; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 16 vd. Normatif zarar anlayışının toptan reddedilmesinin yerinde olmadığı, somut olayın özelliğine göre özellikle kullanım olanağından yoksun kalma veya beklentinin boşa çıkması/hayal kırıklığı zararının (*Frustrationsschaden*) tazmin edilebileceği görüşü için bkz. **Huguenin,** AT, N. 620, 621. Ayrıca benzer yaklaşım için bkz. **Schwenzer,** OR, N. 14.01; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 208 vd.

ortaya çıkmaktadır[478]. Ayrıca, günümüzde özellikle taşıt ve konut gibi bazı malların kullanımının ticarî hayatta para ile değerlendirilebilir bir nitelik kazandığı inkâr edilemez. Hukuk toplumsal gerçeklere uyum sağlamalı, yerinde saymak yerine toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilmek için devamlı gelişmelidir. Doktrinde bu konuda haklı olarak, kötü niyetli zilyedin iade ve tazminat yükümlülüğüne atıf yapılmaktadır. Nitekim TMK m. 995/I'e göre, *"İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmâl eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır."*. Söz konusu hükümde kötüniyetli zilyede, şeyi sahibine teslim edene kadar elde ettiği ürünlerin (semereler)[479] yanında, elde etmeyi ihmâl ettiği ürünler bakımından da tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Üstelik doktrinde, şey hak sahibinin elinde olsa gerçekten bu ürünleri elde edecek olması aranmamaktadır[480]. Bu bakımdan, hak sahibinin gerçekten bir zarara uğramış veya uğrayacak olması gerekmemektedir[481]. Yukarıdaki örnek bu çerçevede değerlendirilse, aracın kullanım olanağından yoksun kalınan sürede başka bir araç kiralayan veya taksi ya da toplu ulaşım kullanan kişiye tazminat ödendiği gibi, bu sürede araç kiralamayan ve toplu taşıma kullanmayan kişi de salt kullanım olanağından yoksun kalması sebebiyle tazminat isteyebilmelidir.

---

[478] Benzer yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 554. Buna ek olarak şeyin kullanım değerinden yoksun kalan kişiden, zarar veren lehine özveride bulunmasını istemek için de haklı bir sebep olmadığı yönünde bkz. **Burcuoğlu,** s. 168, 169.

[479] Ürün (semere) kavramı, meyve, mahsul gibi doğal ürünlerin yanında, kira bedeli gibi hukukî ürünleri de kapsar. Bkz. **Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel,** Şeklî Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2018, s. 261; **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe,** Eşya Hukuku, İstanbul 2016, s. 123.

[480] Burada ölçüt, hak sahibinin gerçekten ürün elde edip etmeyeceği değil, şeyin ürün elde etmeye imkân verip vermediğidir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 554, 555; **Ünal/Başpınar,** s. 262, 263; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 123 vd., 127; **Burcuoğlu,** s. 170, 171.

[481] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 554; **Burcuoğlu,** s. 170, 171.

Türk hukukunda normatif zarar teorisi kural olarak kabul edilmemekle birlikte, bu tür zararların tazmini mümkün kabul edildiği takdirde, normatif zararın borca aykırılık hâllerinde ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, gelir getirici bir işte çalışmayan bir kadın ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesinde, hekimin özen yükümlülüğüne aykırı müdahalesi sonucu kadın hastanede uzun süre yatmak zorunda kalmışsa, bu süre boyunca ev işlerini görememesi sebebiyle uğranılan zarar (normatif zarar) müspet zarar kapsamında talep edilebilir[482]. Yine, işverenin sorumlu olduğu iş kazası sebebiyle yıllık iznini kullanamayan işçi, kullanamadığı tatil zamanı bakımından uğradığı zararı (normatif zararı) müspet zarar olarak talep edebilir[483]. Aynı şekilde, ayıplı teslim edilen otomobilin tamiri süresince herhangi bir araç kiralamayan alacaklı, kullanım olanağından yoksun kalması sebebiyle müspet zarar talep edebilir. Benzer şekilde, evinin onarımı için bir kişiyle anlaşan alacaklı, o kişinin edim borcunu yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmeden döndüğünde, ücretsiz olarak bir akrabasının yanında kalmışsa o süre boyunca evin rayiç kira değerine göre hesaplanan kullanım değerini menfi zararının tazmini kapsamında isteyebilir[484].

[482] Kadının ev işlerini görememesi sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilebileceğine ilişkin bkz. **Oftinger/Stark,** s. 301 vd.; **Stark,** N. 68a; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 29 vd. Eş yaralandığı için ev işlerini görememiş, diğer eş bu işlere zaman ayırmıştır. Bu süre için dışarıdan bir yardımcı tutulmuş olsaydı ödenecek olan ücret esas alınarak zarar belirlenmelidir. BGHZ 38, 55 (60) =NJW 1962, 2248; BGHZ 50, 304 (306) = NJW 1968, 1823; BGHZ 86, 372 (376) = NJW 1983, 1425; OLG München DAR 1999, 407; OLG Oldenburg NJW 1977, 961 (962) (**MüKo/Oetker,** § 249, N. 91, dn. 431'den Naklen). BGE 99 II 224.

[483] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 390, dn. 100.

[484] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 390, dn. 100.

IV. FİİLİ ZARAR VE YOKSUN KALINAN KÂR

Maddi zarara ilişkin diğer bir ayrım fiili zarar ve yoksun kalınan kârdır[485]. Zarar verici olay sonucu malvarlığında hâlihazırda gerçekleşmiş olan azalmaya fiili zarar (*damnum emergens*/*positiver Schaden*)[486] denir[487]. Fiili zarar, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde meydana gelebilir[488]. Malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile hâlihazırdaki durumu arasındaki fark, fiili zarar miktarını ortaya koyar.

Olayların normal akışına göre malvarlığında meydana gelebilecek artışın kısmen veya tamamen engellenmesi şeklinde ortaya çıkan zarara ise yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) denir[489]. Yoksun kalınan kârda zarar verici olay sonrasında

---

[485] Bu çalışmanın konusu gereği müspet zararın kapsamı başlığı altında fiili zarar ve yoksun kalınan kâr detaylı şekilde incelenmiştir. Bu sebeple, tekrara düşmemek adına burada yalnızca fiili zarar ve yoksun kalınan kâr kavramları kısaca açıklanmıştır. Bkz. Bölüm II, § 4.

[486] Almancada fiili zararı ifade etmek üzere "*positiver Schaden*" ifadesi kullanılmaktadır. Bu kullanım şekli için örneğin bkz. **Oftinger/Stark,** s. 73; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **KBB/Karner,** § 1293, N. 4. Bu kavramı, müspet zararı ifade etmek üzere kullanılan "*positives Interesse*" kavramı ile karıştırmamak gerekir.

[487] **Oftinger/Stark,** s. 73; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 6; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **Rey,** N. 345; **KBB/Karner,** § 1293, N. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559, 856; **Ataay,** Borçlar, s. 88; **Eren,** Borçlar Genel, s. 548; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Erdoğan,** s. 130; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52; **Büyüksağiş,** s. 84.

[488] **Oftinger/Stark,** s. 73; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 180, 186, 258; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 10, 11; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 6; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Rey,** N. 345, 346; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 64; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559, 856; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 806; **Ataay,** Borçlar, s. 88; **Eren,** Borçlar Genel, s. 548, 1075; **İnan/Yücel,** s. 400; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 150; **Erdoğan,** s. 130; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52; **Büyüksağiş,** s. 85.

[489] **Oftinger/Stark,** s. 73; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 186, 257; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36, 37; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Rey,** N. 347; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 6; **KBB/Karner,** § 1293, N. 4; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559,

malvarlığında fiili bir azalma bulunmamaktadır. Bununla birlikte, zarar verici olay malvarlığında meydana gelecek olan artışı önlemiştir. Yoksun kalınan kâr, malvarlığının aktifinin artmasının veya pasifinin azalmasının engellenmesi yoluyla meydana gelebilir[490]. Malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile bu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark yoksun kalınan kârdır[491].

Fiili zararda zarar görenin sahip olduğu malvarlığında bir azalma olurken, yoksun kalınan kârda malvarlığında meydana gelebilecek bir artış gerçekleşmemektedir. Bu ikisinin aynı olayda birlikte meydana gelmesi pekâlâ mümkündür[492]. Diğer taraftan, söz konusu ayrım ile müspet ve menfi zarar ayrımı birbirinden farklı olmakla birlikte, birbirlerini dışlamazlar. Aksine bu iki zarar ayrımı sıkı bir ilişki içerisindedir. Gerçekten, hem müspet zarar hem de menfi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârın toplamından oluşur. Ancak şu hususa dikkat edilmelidir ki genel olarak fiili zarar kavramı, hem müspet zarara hem de menfi zarara dâhil olan zarar kalemlerini içerir. Yoksun kalınan kâr bakımından da durum aynıdır. O hâlde, müspet zarar ve menfi zarar ayrımı ihlal edilen menfaate, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı ise daha ziyade zarar kalemlerinin malvarlığında gösterdikleri etkiye ilişkin bir ayrımdır. Diğer taraftan, müspet ve menfi zarar ayrımı sözleşmeler hukukuna özgü

561; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Eren,** Borçlar Genel, s. 548; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **İnan/Yücel,** s. 400; **Erdoğan,** s. 130; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52; **Büyüksağiş,** s. 85.

490 **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Oftinger/Stark,** s. 73; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561, 856; **Eren,** Borçlar Genel, s. 549; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41.

491 Bir görüşe göre, yoksun kalınan kâr zarar verici olay sonucu malvarlığının içinde bulunduğu durum ile bu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki farktır. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11. Aynı yönde bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65; **İnan/Yücel,** s. 400.

492 **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561; **Erdoğan,** s. 130.

iken, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı hem sözleşmeler hukukunda hem haksız fiil hukukunda uygulama alanı bulur[493].

V. MEVCUT ZARAR, MÜSTAKBEL ZARAR VE MUHTEMEL ZARAR

Mevcut (gerçekleşmiş) zarar, zararın hesap edildiği tarihte gerçekleşmiş olan zarardır[494]. Müstakbel (gelecekteki) zarar ise zararın hesaplandığı tarihte gerçekleşmemiş, ancak ileride başka bir unsurun eklenmesi gerekmeksizin gerçekleşmesi kesine yakın bir şekilde beklenen zarardır[495]. Örneğin, bacağı kopan bir sporcunun ekonomik geleceğinin sarsılması sebebiyle uğrayacağı veya ölen kişinin desteğinden yoksun kalanların uğrayacağı zararlar müstakbel zarar niteliğindedir[496]. Müstakbel zarar, ileride gerçekleşecek bir kazanç veya kârdan yoksun kalma şeklinde de meydana gelebilir[497]. Bu tür zararın miktarını tam olarak ispat mümkün olmadığı için hâkim TBK m. 50/II gereğince müstakbel zararın miktarını takdir eder. Muhtemel zarar ise henüz mevcut olmayan, ancak başka bir riskin eklenmesiyle gerçekleşme ihtimali bulunan zarardır. Söz konusu risk gerçekleşmedikçe zararın tazmini söz konusu olmaz[498]. Örneğin, bedensel zarara uğrayan ve ağır bir ameliyat geçiren kişinin ölme riskine bağlı zararlar bu niteliktedir.

---

[493] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **Büyüksağiş,** s. 84 vd.

[494] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 44; **Eren,** Borçlar Genel, s. 558, 749; **Büyüksağiş,** s. 88, 89.

[495] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 44; **Büyüksağiş,** s. 89. Gelecekteki zararın kural olarak kesin bir şekilde hesabı mümkün değildir. Bu sebeple, ilke olarak yalnızca gerçekleşmiş zararın dava edilebileceği kabul edilmektedir. İstisnaen, zarar gören iş makinesinin tamir süresi boyunca doğacak kazanç kayıpları gibi gelecekteki zararın yeterince kesin şekilde hesap edilebildiği hâller ile bedensel bütünlüğün zedelenmesinden doğan zararlarda gelecekteki zararın tazmininin mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73, 74; **Eren,** Borçlar Genel, s. 749, 750.

[496] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 44; **Büyüksağiş,** s. 89.

[497] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **Eren,** Borçlar Genel, s. 749.

[498] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 44; **Eren,** Borçlar Genel, s. 558.

Bu çalışmanın konusu olan müspet zararın zarar kalemleri, mevcut veya müstakbel zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Gerçi fiili zararlar çoğu zaman mevcut zarar niteliğindedir. Yoksun kalınan kâr ise bazen mevcut zarar, bazen müstakbel zarar şeklinde ortaya çıkar. Örneğin, zararın hesap edildiği tarihte alacaklının ilk sözleşmede ifa edilmeyen edim konusunu sattığı üçüncü kişi temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönmüşse, alacaklının yoksun kaldığı kâr mevcut zarar niteliğindedir. Buna karşılık, zararın hesaplandığı tarihte üçüncü kişiyle yapılan sözleşmeden henüz dönülmemişse, mevcut (gerçekleşmiş) bir zarar yoktur. Ancak, yoksun kalınan kâr ileride kesin şekilde gerçekleşmesi beklenen, yani müstakbel bir zarardır. Benzer şekilde, TBK m. 122'ye göre talep edilebilen munzam zararın, hüküm anında kesinleşmiş olan kısmı mevcut zarar, hükümden sonra gelecekte ortaya çıkmasına kesin gözüyle bakılan kısmı ise müstakbel zarar niteliğindedir[499]. Buna karşılık, muhtemel zararın müspet zarar olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

VI. KİŞİYE İLİŞKİN ZARAR, ŞEYE İLİŞKİN ZARAR VE DİĞER ZARARLAR

Kişiye ilişkin zarar, adam öldürme ile maddi veya manevi bütünlüğün ihlali sonucu malvarlığında ortaya çıkan eksilmeleri ifade eder[500]. Kişiye ilişkin zarar, kişinin hayatının, vücut ve ruh bütünlüğünün ihlali sonucunda meydana gelen zarardır. Kişiye ilişkin zararın varlığını kabul edebilmek için vücut bütünlüğünün ihlali malvarlığında bir eksilme meydana getirmelidir[501]. Ölüm hâlinde uğranılan zararlar

[499] **von Tuhr/Peter,** s. 124; **Schenker, Franz,** Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg Schweiz 1988, s. 148.

[500] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 13; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 11; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 76; **Merz,** OR, s. 189; **Schwenzer,** OR, N. 14.16; **Eren,** Borçlar Genel, s. 550; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 69; **Erdoğan,** s. 131; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52; **Büyüksağiş,** s. 53 vd. BGE 95 II 255-264.

[501] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 13; **Merz,** OR, s. 189; **Schwenzer,** OR, N. 14.16; **Eren,** Borçlar Genel, s. 550; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52; **Büyüksağiş,** s. 54.

kapsamında cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar kişiye ilişkin zararlara dâhildir (TBK m. 53). Benzer şekilde, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar (TBK m. 54) gibi bedensel zararlar da kişiye ilişkin zarardır.

Şeye ilişkin zarar, malvarlığındaki maddi malların ihlali sonucu doğan zarardır. Şeyin yok edilmesi, kaybedilmesi veya hasara uğratılması sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilme şeye ilişkin zarardır[502]. Örneğin, zarar gören şeyin sübjektif değeri[503], sabit değeri olan (resim veya tablo benzeri bir sanat eseri gibi) şeylerin aynı tür ve nitelikte yenisini edinme masrafları[504], sabit değeri olmayan şeylerin (elbise, otomobil gibi) kullanma değeri yani o gün arz ettiği değer[505], tamir masrafları[506], ticari değer kaybı[507], şeyin tamir süresince veya yenisini edinene kadar kullanılamamasından doğan masraflar ve yoksun kalınan kazanç[508] şeye ilişkin zarardır.

---

[502] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 13; **Oftinger/Stark,** s. 363; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 77; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 12; **Schwenzer,** OR, N. 18.01; **Eren,** Borçlar Genel, s. 550, 763; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 69, 275; **Erdoğan,** s. 131; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52; **Büyüksağiş,** s. 74 vd.

[503] **Oftinger/Stark,** s. 365; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 77b; **Schwenzer,** OR, N. 18.02; **Lüchinger,** N. 397; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 275; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 33.

[504] **Oftinger/Stark,** s. 366; **Schwenzer,** OR, N. 18.02; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 26; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 99; **Lüchinger,** N. 398; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 278, 279.

[505] **Oftinger/Stark,** s. 366, 367; **Schwenzer,** OR, N. 18.02; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 26; **Merz,** OR, s. 194, 195; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 100; **Lüchinger,** N. 398; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 278, 279.

[506] **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 77c vd.; **Schwenzer,** OR, N. 18.06; **Merz,** OR, s. 194; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 100.

[507] **Oftinger/Stark,** s. 369, 370; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 78b; **Merz,** OR, s. 194; **Schwenzer,** OR, N. 18.08; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 100; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 281.

[508] **Oftinger/Stark,** s. 370 vd.; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 78; **Schwenzer,** OR, N. 18.009 vd.; **Larenz,** I, s. 495 vd.; **Merz,** OR, s. 195 vd.; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 100; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 282.

Kişiye ve şeye verilen zarar dışında kalan malvarlığındaki eksilmeler, diğer zararlar (*sonstige Schäden*) veya salt malvarlığı zararı (*reiner Vermögensschaden*) şeklinde ifade edilmektedir[509]. Özellikle, hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık dışındaki kişilik hakkı değerlerinin ihlalinden kaynaklanan ya da irade dışı yapılan bazı masraflardan[510] doğan zararlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin, şöhret ve itibarın[511] veya maddi olmayan bir malın (marka, patent vs.) ihlalinin malvarlığında meydana getirdiği maddi kayıplar buraya dâhildir[512]. Yine, borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezaların malvarlığında oluşturduğu eksilmeler de diğer zararlardandır[513].

[509] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 13; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 13; **Merz,** OR, s. 189; **Schwenzer,** OR, N. 14.16; **Oftinger/Stark,** s. 89, dn. 83; **Rey,** N. 329 vd.; **Lüchinger,** N. 401, dn. 507; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 69; **Eren,** Borçlar Genel, s. 550; **Erdoğan,** s. 131; **Büyüksağiş,** s. 101 vd.

[510] **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 13; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 69.

[511] **Merz,** OR, s. 189; **Eren,** Borçlar Genel, s. 550; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52.

[512] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 13; **Merz,** OR, s. 189; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 13; **Eren,** Borçlar Genel, s. 550, 551.

[513] Bu tür zararlara sorumluluk menfaati (*Haftungsinteresse*) de denilmektedir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 110. Sorumluluk menfaatine ilişkin zararlar, bütünlük menfaati, olumlu menfaat veya olumsuz menfaat kapsamında talep edilebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜSPET ZARARIN KAPSAMI, TÜRLERİ, UYGULAMA ALANI VE BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

§ 4. MÜSPET ZARARIN KAPSAMI

I. GENEL OLARAK

Müspet zarar, borcun tam ve gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarardır. Bu bakımdan müspet zararın tazmini, borç tam ve doğru bir şekilde ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazî durumu sağlamayı amaçlar. İfanın sürrogati olarak kabul edilen müspet zararın tazmininde, alacaklının borca aykırılık sebebiyle uğradığı bütün zarar kalemleri hesaba katılarak onun gereği gibi ifa hâlindeki duruma mümkün olduğunca yaklaştırılması gerekir. Bu sebeple müspet zararın hangi zarar kalemlerinden oluştuğunu açıklığa kavuşturmak önem arz etmektedir. Zarar kalemlerini belirli bir nizam içerisinde ortaya koyabilmek için başka bir zarar ayrımından yararlanmak faydalı olur. Bu doğrultuda, müspet zararın kapsamını fiili zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) şeklinde iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

Hemen belirtmek gerekir ki aşağıda fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımından sınırlandırma amacıyla değil, sınıflandırma amacıyla yararlanılmıştır. Bu bakımdan, somut olayda fiili zarar veya yoksun kalınan kâr başlıkları altındaki zarar kalemlerinin bir arada bulunması ve birlikte talep edilmesi mümkündür. Diğer taraftan, müspet zarar kapsamına giren zarar kalemlerinin tamamını ortaya koymak mümkün değildir. Bu sebeple aşağıda, müspet zarar kalemlerinden en önemli görülenler ve uygulamada en sık karşılaşılanlar açıklanmıştır. Ayrıca, her somut olayda aşağıda açıklanan bütün zarar kalemlerinin mevcut olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Gerçekten,

müspet zararın birçok farklı uygulama alanı olduğu için kapsamı da buna göre değişebilir. Bu bakımdan, sözleşmenin ve somut olayın özelliğine, borca aykırılığın meydana geliş biçimine ve tarafların durumuna göre talep edilebilecek müspet zararın kapsamı değişir. Bu sebeple, somut olayda aşağıdaki müspet zarar kalemlerinin tamamı bulunabileceği gibi, yalnızca bazılarının mevcut olması da mümkündür.

II. FİİLÎ ZARAR KALEMLERİ

Borca aykırılık sebebiyle malvarlığında hâlihazırda gerçekleşmiş olan azalmaya fiili zarar (*damnum emergens*) denir. Fiili zararda malvarlığının zarar verici olaydan önceki hâli ile bu olaydan sonraki mevcut hâli karşılaştırılır. Fiili zarar, malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma veya pasifinde meydana gelen artış şeklinde ortaya çıkabilir. Müspet zarar belirlenirken, alacaklının kavuşamadığı edim ve onun sebep olduğu kayıplar hesaba dâhil edilir. Müspet zarar bakımından fiili zarar özellikle ifa edilmeyen edimin değeri, borca aykırılık sebebiyle yapılan masraflar, üçüncü kişiye ödenen tazminat, ikame alımdan doğan zarar ile edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan zarar şeklinde meydana gelebilir.

A. Borçlunun Ediminin Değeri

Borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda meydana gelen müspet zarar belirlenirken öncelikle borçlunun ediminin durumu değerlendirilmelidir. Müspet zararın talep edilebileceği farklı borca aykırılık türleri bulunmasının yanında, aynı borca aykırılık türü kapsamında müspet zarar talebinin farklı görünümlere büründüğü hâller de mevcuttur. Bu sebeple, borçlunun ediminin değerinin müspet zarara dâhil edilip edilmeyeceği farklı borca aykırılık türleri açısından değerlendirilmelidir.

Kusurlu imkânsızlık sebebiyle TBK m. 112'ye göre müspet zarar talep edildiğinde edimin ifası ihtimali ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple, ifası imkânsız hâle gelen edimin değeri, talep edilen müspet zararın kapsamına fiili zarar olarak girer.

Zira, alacaklının malvarlığında ifa edilmeyen edimin değeri kadar bir azalma meydana gelmiştir[1]. Örneğin, A, otomobilini B'ye sattıktan sonra kasten veya ihmâl ile yakarak ifayı imkânsız hâle getirmişse, B'nin müspet zararı hesaplanırken otomobilin değeri fiili zarar olarak dikkate alınır.

TBK m. 112'nin diğer uygulama alanı olan hakkında özel bir düzenleme bulunmayan gereği gibi ifa etmeme hâllerinde, edimin tamamının değeri zararın kapsamına dâhil edilmemelidir. Çünkü bu ihtimalde edim ifaya sunulmuş ve alacaklı tarafından kabul edilmiş, ancak gereği gibi ifa edilmemiştir[2]. Gereği gibi ifa etmeme edimin kendisindeki nitelik eksikliğinden kaynaklanıyorsa, edimin değerindeki bu eksiklik müspet zarara dâhildir. Buna karşılık, yan yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanan bir gereği gibi ifa etmeme hâlinde, ilke olarak edimin değeri müspet zarara dâhil değildir. Bununla birlikte, yan yükümlülüğe aykırılık edimin kendisinde bir değer eksikliğine sebep olmuşsa, bunun da müspet zarar hesabında dikkate alınması gerekir.

Borçlu temerrüdünde edimin değerinin dikkate alınıp alınmayacağı, talep edilen müspet zarar türüne göre değişir. Para borçlarında temerrüt sebebiyle talep edilen temerrüt faizi ve aşkın zarar, müspet zararın bir görünüm biçimidir. Burada edimin ifası zaten talep edildiği için müspet zarar hesaplanırken edimin değeri ayrıca dikkate alınmaz. Benzer şekilde, para dışındaki borçlarda temerrüt sonucu aynen ifa ile birlikte gecikme zararı istendiğinde, edimin aynen ifası hâlâ talep edildiği için bu edimin değeri ayrıca hesaba katılmaz[3].

[1] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2867; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 273; **Lüchinger,** N. 141; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1077.

[2] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1068 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 468, 469.

[3] **Schenker, Franz,** "Schadensberechnung im Verzugsrecht", in: Haftung aus Vertrag, Hrsgb.: Koller, Alfred, St. Gallen 1998, s. 30; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1126.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt sonucu aynen ifa yerine müspet zarar istendiğinde ise durum değişir. Zira burada edimin ifası talebinden vazgeçildiği için alacaklının malvarlığında edimin değeri kadar fiili bir azalma meydana gelmiştir. Bu sebeple, ifasından vazgeçilen edimin değeri müspet zararın hesabına katılır[4]. Ancak edimin değeri belirlenirken somut sözleşme ilişkisinin özellikleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, satış sözleşmesinde ifasından vazgeçilen edimin değerinin tamamı hesaba katılır. Buna karşılık, eser sözleşmesinde her zaman edimin değerinin tamamını dikkate almak yerinde olmaz. Zira eser sözleşmesinde alacaklının ifa menfaati, çoğunlukla, ifa edilmeyen edimin başka bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye yaptırılması veya tamamlatılması yoluyla sağlanır. Bu bakımdan, eser sözleşmesinde kural olarak ifa edilmeyen edimin vazgeçme anındaki tamamlanmış hâlinin piyasa değeri değil, o edimin ikame bir işlemle elde edilmesi veya tamamlatılması için gerekli masraflar dikkate alınır[5]. Benzer şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde edimin piyasa değeri, inşaatın yapılma masraflarının yanında arsa payı değerini de kapsar. Oysa bu sözleşmede işsahibine teslim edilmesi gereken bağımsız bölüme ilişkin arsa payı zaten işsahibinin mülkiyetindedir. Bu bakımdan, ifa edilmeyen edimin piyasa değerinin tamamı dikkate alınırsa, işsahibi ifa menfaatinden daha iyi bir duruma getirilmiş olur. Bu sebeple, edimin değeri olarak işin tamamlanması için gereken masrafların dikkate alınması gerekir[6].

---

[4] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 166; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2770; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 39; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141; **Havutçu,** s. 74.

[5] **Öz, Turgut,** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s. 145; **Kurt, Leyla Müjde,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 267.

[6] **Öz,** İnşaat, s. 145; **Ayan,** İnşaat, s. 237 vd.; **Kurt,** Temerrüt, s. 268. Yüklenicinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda ise tamamlanmış yapının piyasa değerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Kurt,** Temerrüt, s. 269.

B. Masraflar

Edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde, alacaklı edimin değerinin dışında bazı zararlara uğrayabilir. Alacaklının sözleşme ilişkisi kapsamında yaptığı masraflardan borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde olanlar, müspet zararın birer kalemini teşkil eder. Buna karşılık, ihlalin uygun sonucu olmayan masrafların müspet zarar kalemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple her bir masraf türünün müspet zarar kapsamına girip girmediği somut olayın özelliğine göre tespit edilmelidir. Uygulamada en sık karşılaşılan masraf türlerini, sözleşmenin ifasına yönelik masraflar, alacağı elde etmek amacıyla yapılan masraflar, zararın tespiti ve artışının önlenmesi amacıyla yapılan masraflar ile ikame alım için yapılan masraflar olmak üzere dört başlığa ayırmak mümkündür.

1. Sözleşmenin İfasına Yönelik Masraflar

Sözleşmenin ifasına yönelik masraflar, genel olarak sözleşmeyi kurma masrafları, muhafaza ve bakım masrafları ile seyahat masrafları olarak sıralanabilir. Öncelikle sözleşmeyi kurma masraflarını müspet zarardan ayırmak gerekir. Zira müspet zarar talebinde, alacaklı, edim gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacak olan masraflara katlanmak zorundadır[7]. Çünkü ifa menfaatinin ihlali ile arasında uygun illiyet bağı bulunmayan bu nitelikteki masraflar müspet zararın hesabına katılmaz[8]. Gerçekten, alacaklının sözleşmeyi kurmak amacıyla ödediği noter masrafları, vergi ve resimler, seyahat masrafları veya aracıya ödenen komisyon gibi masraflar[9] borca aykırılığın uygun sonucu olarak ortaya çıkan masraf niteliğinde değildir[10]. Söz konusu

[7] **Lüchinger,** N. 182 vd., 317; **Keuk,** s. 157, 158; **Lange/Schiemann,** s. 66; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855, dn. 2; **Havutçu,** s. 76.

[8] **Lüchinger,** N. 184 vd.; **Havutçu,** s. 74 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 59, 60.

[9] **Lüchinger,** N. 185; **Havutçu,** s. 76; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 59.

[10] Borca aykırılık sonucunda üçüncü bir kişiyle başka bir sözleşme yapılmasından doğan masrafları bundan ayırmak gerekir. Bkz. Bölüm II, § 4, II, B, 4, a, cc.

masraflar, alacaklının o sözleşmeyi yaparken maliyet hesabında dikkate aldığı masraflar olduğu için[11] ayrıca tazmin edilirse, alacaklı gereği gibi ifadan daha iyi bir duruma getirilmiş olur. Böyle bir durumun, tazminatın zararı giderme amacıyla ve zenginleştirme yasağıyla bağdaşmadığı açıktır.

Örneğin, 5.000 TL'ye satın alınan mal için 1.000 TL noter ve nakliye masrafı yapılmışsa, maliyet 6.000 TL olur. Satıcının temerrüdü üzerine ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde, aynı malı piyasadan 8.000 TL toplam maliyetle aldığını ispatlayan alıcının müspet zararı (8.000-6.000) 2.000 TL'dir. Bu olayda noter ve nakliye masrafı ayrıca tazmin edilirse, alıcıya ödenen müspet zarar tazminatı toplam 3.000 TL olur. Böylece alıcı malı toplam 5.000 TL'ye mâl etmiş olur. Görüldüğü gibi böyle bir hesap alıcıyı zamanında ifadan daha iyi bir duruma getirir. Çünkü borç zamanında ifa edilseydi alıcının toplam maliyeti 6.000 TL olacaktı.

Sözleşme kurma masrafları bakımından kural yukarıdaki gibi olmakla birlikte, istisnaî bazı hâllerde bu tür masraflar müspet zarar kapsamına girebilir. Örneğin, alacaklı, edim ifa edilseydi sözleşme kurma masraflarını bir üçüncü kişiden elde edeceğini ancak borca aykırılık sebebiyle bu imkândan yoksun kaldığını ispatlayabilirse, artık bu masrafların müspet zararın hesabında dikkate alınması gerekir. Çünkü böyle bir ihtimalde, borca aykırı davranış ile sözleşme kurma masraflarının bir zarar niteliğine bürünmesi arasında uygun illiyet bağı mevcuttur[12].

Doktrinde, alacaklının edimin zamanında ifa edileceği beklentisiyle yaptığı, ancak boşa çıkan masrafların da müspet zarar kalemi olarak talep edilebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır[13]. Kanaatimizce bu tür masrafların müspet zarar kalemi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bunlar, borçlu borcunu

[11] **Lüchinger,** N. 184; **Keuk,** s. 158.

[12] Örnek için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855, dn. 2.

[13] Örneğin bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 144, 145; **Bucher,** AT, s. 360, dn. 125; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

zamanında ifa etse dahi yapılacak olan masraflardır. Edim zamanında ifa edilse alacaklının katlanmak zorunda olduğu bu masrafların, borçlu temerrüde düştüğü için boşa çıktığı gerekçesiyle zarar kalemi olarak kabul edilmesi müspet zararın niteliğiyle ve korumayı amaçladığı menfaatle bağdaşmaz. Nitekim alacaklı, müspet zararın tazminiyle edim zamanında ifa edilseydi içinde bulunacağı hâle getirilmelidir. Zamanında ifa hâlinde yapılacak olan masrafların müspet zarar olarak tazmin edilmesi, alacaklıyı tazminatın amacını aşan bir şekilde daha avantajlı bir duruma sokar[14].

a. Edim ve Karşı Edimi Muhafaza ve Bakım Masrafları

Alacaklının kendi edimini muhafaza etmek amacıyla yaptığı masraflar ile bakım masrafları kural olarak müspet zarara dâhil edilmez. Zira alacaklının ifa zamanına kadar kendi edimi için yaptığı depolama, sigorta veya bakım masrafları borç ifa edilseydi dahi yapacak olduğu masraflardır. Müspet zararın tazminiyle, borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum sağlanmalıdır. Borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacak olan muhafaza ve bakım masraflarının ayrıca tazmin edilmesi hâlinde, alacaklı tam ve gereği gibi ifadan daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Çünkü bu tür muhafaza ve bakım masrafları, alacaklının sözleşmeden elde etmeyi umduğu menfaati hesap ederken dikkate aldığı, sözleşmeden sağlayacağı çıkarın içeriğinde yer alan masraflardır. Alacaklının müspet zararı tazmin edildiğinde dolaylı olarak bunlar da karşılanmış olur[15]. Bu sebeple, muhafaza ve bakım masrafları müspet zarar kalemi olarak ayrıca dikkate alınmaz. Buna karşılık, alacaklının borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi yapmayacak olduğu muhafaza ve bakım masrafları, zararın hesabında dikkate alınmalıdır[16]. Zira bu tür masraflar borca aykırılığın uygun sonucu

[14] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 22; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 111, 112.

[15] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 60.

[16] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 280.

olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten, borç tam ve gereği gibi ifa edilse alacaklı bu tür masrafları yapmayacaktır. Dolayısıyla, fazladan yapılan bu muhafaza ve bakım masrafları, müspet zararın bir kalemi olarak hesaba katılmalıdır.

Örneğin, A, sahibi olduğu bir yarış atını 01.12.2021 tarihinde, 500.000 TL bedelle B'ye satmış, 31.12.2021 tarihinde bedel ödenerek atın teslim alınacağı kararlaştırılmıştır. B belirlenen vadede bedeli ödemeyerek temerrüde düşmüş, A bedel ödenene kadar geçen üç hafta boyunca bu atın bakımı için masraf yapmıştır. A, sözleşmenin kurulmasıyla belirlenen vade arasında 20.000 TL, temerrütten bedelin ödendiği güne kadar ise 15.000 TL bakım masrafı yapmıştır. Bu olayda A müspet zararı kapsamında 20.000 TL'yi isteyemez. Zira B borcunu zamanında ifa etseydi bile bu masraf yapılacaktı. Bu bakımdan, 20.000 TL bakım masrafı temerrüdün uygun sonucu olan bir zarar niteliğinde değildir. Buna karşılık, B temerrüde düşmeseydi, A fazladan 15.000 TL bakım masrafı yapmayacaktı. Bu sebeple, temerrüdün uygun sonucu olan bu 15.000 TL masraf müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir. Benzer şekilde, borçlunun edimini zamanında ifa edeceğine güvenerek, kendi edimi olan on ton demiri belirlenen vadeye kadar saklamak için bir depo kiralayan A, bu kira bedelini müspet zarar olarak talep edemezken; borçlunun temerrüdü üzerine bir ay fazladan kira ödemek zorunda kalmışsa, gecikme tazminatı kapsamında fazladan ödediği bir aylık kira bedelini talep edebilir.

Alacaklının, borçlunun edimini kabul etmek amacıyla yaptığı masraflar kural olarak müspet zararın hesabında dikkate alınmaz. Zira bu masraflar edim tam ve gereği gibi ifa edilseydi dahi yapılacak olan masraflardır. Bununla birlikte, borca aykırılık sebebiyle borçlunun edimine yönelik olarak fazladan yapılan depolama, bakım ve sigorta gibi masrafların müspet zarar olarak talep edilebilmesi gerekir.

Örneğin, A, B'nin Çin'den gemiyle gönderdiği 5.000 adet çelik kapının sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığını görünce ifayı kabulden

kaçınmış, ancak Çin'e gidecek ilk gemi bir hafta sonra hareket edeceği için, malların bu sürede muhafaza edilmesi amacıyla kiraladığı depoya 50.000 TL bedel ödemiştir. A, borçlunun edimini muhafaza etmek için ödemiş olduğu bu 50.000 TL'yi müspet zarar olarak tazmin edebilir[17].

Yine, B, aralarındaki sözleşmeye göre A'nın Kars Gravyeri üretmek için ihtiyacı olan on ton sütü 22.06.2021'de teslim edecektir. Bu arada A, peyniri olgunlaşma süresi olan dört ay boyunca saklayabilmek için, 22.06.2021 tarihinden itibaren dört aylığına aylık 5.000 TL bedelle bir dinlenme odası kiralamıştır. Temerrüde düşen B, edimini 22.07.2021 tarihinde ifa etmiştir. A, peynirin olgunlaşması için kira sözleşmesini bir ay uzatmak zorunda kalmıştır. Bu durumda A, ilk dört aylık kira süresini müspet zarar olarak talep edemez. Zira borç zamanında ifa edilseydi bile bu kira bedelini ödeyecektir. Buna karşılık, A temerrütle uygun illiyet bağı içerisinde olan fazladan ödediği bir aylık kira bedelini müspet zarar olarak talep edebilir.

Doktrin ve uygulamada, ifada gecikme süresince ödenen depo kirasının müspet zarar kapsamında talep edilebileceği yönünde görüşler ileri sürülmektedir[18]. Örneğin, 01.01.2018 tarihinde teslimi kararlaştırılan 300 kilo cevizi muhafaza etmek için beş aylığına bir depo kiralayan kişinin, edimin 01.04.2018 tarihinde teslim edilmesi durumunda gecikilen üç aylık süreye ilişkin depo kirasını müspet zarar kapsamında talep edebileceği savunulmaktadır[19]. Bu görüşe tam olarak katılmak mümkün değildir. Zira yapılan bir masrafın salt gecikme yüzünden boşa gitmesi onun müspet zarar olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz. Gerçekten, bu örnekte gecikilen süreye

[17] Krş. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079.

[18] Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 144, 145; **Bucher,** AT, s. 360, dn. 125; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481; **Gündüz,** s. 322. *"Gecikme zararının kapsamına… malları depo etmek için alacaklının tuttuğu yerin kira bedeli gibi ifa ile ilgili olup boşa giden masraflar… girer."*. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[19] Bkz. **Gündüz,** s. 322. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

ilişkin üç aylık depo kirası boşa gitmiş bir masraftır. Ancak bu husus onu doğrudan müspet zarar olarak nitelendirmeye yetmez. Zira üç aylık kira bedeli, boşa gitmiş olsa da zamanında ifa hâlinde bile yapılacak olan, alacaklının bu sözleşmeyi kurarken maliyet hesabında dikkate aldığı bir masraftır. Söz konusu masrafın müspet zarar olarak tazmin edilmesi alacaklıyı zamanında ifadan daha avantajlı bir hâle getirir ki bu, müspet zarar tazminatının amacıyla bağdaşmaz. Buna karşılık, örneğin, ifanın konusu teslimden sonra beş ay dinlendirilmesi gereken bir şey olsaydı ve bu sebeple alacaklı geç teslim yüzünden üç ay daha fazla (toplam sekiz ay) kira ödemek zorunda kalsaydı, işte bu fazladan ödediği üç aylık kirayı müspet zarar olarak talep edebilirdi.

b. Edim ve Karşı Edimi Gönderme Masrafları

Sözleşmenin usulüne uygun yürütülmesinden doğan gönderme masrafları, müspet zarar kalemi olarak talep edilemez. Nitekim bunlar borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacak nitelikteki masraflardan olduğu için, müspet zarar kalemi olarak kabul edilemez. O hâlde, alacaklının müspet zararına dâhil edebileceği gönderme masrafları, borca aykırılığın uygun sonucu olarak meydana gelen fazladan yapılan masraflardır.

Örneğin, B'den satın aldığı beş ton kömürün Kütahya'dan Ankara'ya taşınması için nakliyeci N'yle 2.000 TL taşıma ücreti karşılığında anlaşan A, borçlu B'nin kararlaştırılan tarihte kömürü teslim etmemesi sonucunda 2.000 TL boşa masraf yapmıştır. Ancak, borç zamanında ifa edilse bile yapılacak olan bu masrafın, müspet zarar olarak tazmini mümkün değildir. Buna karşılık, ifada ısrar eden A, N'ye ikinci kez 2.000 TL nakliye ücreti ödeyerek kömürü teslim almışsa durum değişir. Nitekim A'nın ikinci kez ödediği nakliye ücreti, borçlunun edimini geç ifası sebebiyle meydana gelen ve müspet zarar kalemi olarak talep edilebilecek olan bir masraftır.

Yine, yukarıdaki çelik kapı örneğinde, alacaklının ifasını kabul etmediği edimi tekrar geri göndermek için yaptığı nakliye masrafları, müspet zararın bir kalemi olarak

talep edilebilir. Zira bu nakliye masrafı, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle fazladan yapılmış bir masraftır. Benzer şekilde, pek karşılaşılacak bir ihtimal olmamakla birlikte, borçlunun sözleşmeyi ihlali sonucunda her nasılsa alacaklı kendi edimini ikinci kez göndermek zorunda kalmışsa, bu nakliye masrafı da müspet zarara dâhildir.

c. Seyahat Masrafları

Diğer masraf kalemlerinde olduğu gibi, seyahat masrafları bakımından da bir ayrım yapılmalıdır. Gerçekten, alacaklının sözleşme tam ve gereği gibi ifa edilseydi bile yapacak olduğu seyahat masrafları, onun sözleşmeyi kurarken hesaba kattığı ve katlanması gereken masraflardır. Bunların müspet zarar olarak tazmin edilmesi mümkün değildir[20]. Buna karşılık, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sonucunda alacaklı fazladan seyahat masrafı yapmak zorunda kalmışsa, bunlar borcun ihlaliyle uygun illiyet bağı içerisinde olan masraflardır. Borçlu sözleşmeye uygun davransa meydana gelmeyecek olan bu masraflar, müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir[21]. Benzer şekilde, temerrütteki süre için benzer bir malın kiralanması amacıyla yapılan seyahat masrafları müspet zarar olarak talep edilebilir.

Alacaklı, fazladan yaptığı seyahat masraflarından yalnızca makul ve gerekli olanları müspet zarar olarak talep edebilir. Zira alacaklının zararı artırmama külfeti bulunmaktadır. Bu sebeple, alacaklı fazladan yaptığı masrafları, edime kavuşabilmek için gerekli olduğu ölçüde ve makul miktarda yapmalıdır. Masrafların, somut olayın özelliğine göre dürüstlük kuralı gereğince yapılması gereken makul ölçünün

[20] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 111; **Barlas, Nami,** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1972, s. 197. Bu tür masrafları müspet zarar kapsamında değerlendiren katılma imkânı bulamadığımız bir görüş için bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482, 483.

[21] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 111; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 34; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 21; **Barlas,** s. 197.

üzerindeki kısmı, müspet zararın hesabında dikkate alınmamalıdır[22]. Diğer taraftan hâkim, gerektiğinde tazminatın belirlenmesindeki takdir yetkisi çerçevesinde tazminat miktarını indirebilir[23]. Örneğin, götürülecek bir borç söz konusu olmasına rağmen alacaklı borçlunun yerleşim yerine edimi almaya giderse, gereksiz yere yaptığı bu seyahat masrafını müspet zarar olarak talep edemez. Masrafın makul ölçüde olması bakımından ise alacaklının, ifa yerine tarifeli uçakla gitmek yerine özel jetle gitmesi durumunda müspet zarar olarak talep edilebilecek fazladan yapılan masraf, tarifeli uçak bileti fiyatıyla sınırlandırılmalıdır.

Örneğin, A ile B bir antika gramofonun 13.12.2021 tarihinde Pirinç Han'da teslimi konusunda anlaşırlar. Belirlenen tarihte gramofonu teslim almak üzere Antalya'dan Ankara'ya gelen A, B'nin gramofonu bakıma gönderdiğini ve bir hafta sonra ancak teslim edebileceğini bildirmesi üzerine eli boş bir şekilde geri döner. Temerrüde rağmen aynen ifada ısrar eden alacaklı, bir hafta sonra tekrar Ankara'ya gelir ve gramofonu teslim alır. A'nın Antalya'dan Ankara'ya yaptığı ilk seyahatin masrafı, edim zamanında ifa edilse bile yapılacak bir masraf olduğu için müspet zarar kalemi olarak talep edilemez. Buna karşılık, A'nın geç ifa sebebiyle ikinci kez yapmak zorunda kaldığı seyahat masrafı gecikme zararı olarak müspet zarar kapsamına girer.

Örneği biraz değiştirirsek, B belirlenen vadeden önce A'yı arayıp, 13.12.2021 tarihinde gramofonu teslim etmeyeceğini, ürünü teslim almak için 20.12.2021 tarihinde gelmesini bildirmiştir. A'nın 20.12.2021'de Ankara'ya yaptığı yolculuk sözleşme kapsamındaki ilk ve tek seyahat olduğu için, normal şartlarda bu seyahat masrafı müspet zarar olarak talep edilemez. Buna karşılık, A belirlenen vadede uçak biletine 200 TL ödeyecekken, 20.12.2021'de 500 TL ödemek zorunda kalmışsa

[22] Aynı yönde bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 112.

[23] Bkz. **Altınok Ormancı, Pınar,** Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul 2016, s. 133 vd.

aradaki 300 TL farkı, temerrütle uygun illiyet bağı içerisinde olan bir müspet zarar kalemi olarak talep edebilir[24].

2. İfa Edilmeyen Alacağı Elde Etmek Amacıyla Yapılan Masraflar

Bir borç ilişkisinde tarafların borçlarını ifa modalitelerine uygun şekilde yerine getirmeleri beklenir. Ancak, borçlu her zaman yükümlülüklerine uygun davranmaz. Borçlunun borcunu usulüne uygun şekilde ifa etmediği bu gibi hâllerde, alacaklı alacağına kavuşabilmek amacıyla bazı girişimlerde bulunur, masraflar yapar. İşte, alacaklının hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen edime kavuşabilmek için yaptığı bu masraflar, müspet zararın bir zarar kalemi olarak dikkate alınır. Ancak bunların bir kısmı alacaklının yapması gereken makul masraflar iken, bir kısmı gereksiz yere yapılmış veya makul ölçüleri aşan masraf niteliğindedir. Bu sebeple, söz konusu masrafların hangilerinin ve ne ölçüde müspet zarar olarak talep edilebileceği açıklığa kavuşturulması gereken bir meseledir. Aşağıda, bu nitelikteki masraflardan önemli görülenler ele alınmıştır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki yapılan masraf ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır. Gerçekten, alacaklının edim usulüne uygun ifa edilseydi bile yapacak olduğu masraflar bir zarar kalemi olarak dikkate alınmaz. Diğer taraftan, alacaklının yaptığı masrafların yalnızca gerekli olanlarının, makul kabul edilebilecek ölçüdeki kısmı müspet zarar olarak tazmin edilmelidir. Gerekli ve makul olma niteliği değerlendirilirken, alacaklının durumundaki dürüst ve makul davranan ortalama bir kişi dikkate alınmalıdır[25].

[24] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 112; **Barlas,** s. 197.

[25] Benzer yönde bkz. **MüKo/Ernst,** § 286, N. 163.

a. İhtar ve Bildirim Masrafları

İhtar, alacaklının borçludan borcun ifa edilmesini istediği, tek taraflı ve varması gereken hukukî işlem benzeri bir irade beyanıdır[26]. Alacaklı, ihtarla muaccel borcun ifa edilmesini ister. Herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan ihtarın telefonla, posta yoluyla, faksla, telgrafla, kayıtlı elektronik posta sistemiyle veya noter aracılığıyla yapılması mümkündür. Bu bakımdan ihtar kapsamında, telefon, telgraf veya faks ücreti, kırtasiye ve posta masrafları, noter masrafları, ihtarnamenin hazırlanmasında avukattan alınan yardımlardan doğan masraflar gibi masraf kalemleri meydana gelir. Bu masrafların müspet zarar kalemi olarak dikkate alınmasında, gerekli ve makul ölçüde yapılmış olup olmadıkları değerlendirilmelidir.

Doktrinde özellikle Alman hukukunda ihtar masraflarının bir zarar kalemi olarak talep edilip edilemeyeceği konusunda temerrüt ihtarı ve temerrütten sonra yapılan ihtarlar şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Hâkim görüş[27] borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan ilk ihtarın müspet zarar kalemi olarak talep edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, temerrüt ihtarı masrafları yapılırken henüz temerrüt gerçekleşmediği için bunların zarar olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Üstelik temerrüt ihtarı için yapılan masraflar, borç zamanında ifa edilse bile yapılacak olan masraflar olduğundan, bunlara alacaklı katlanmalıdır.

Başka bir görüş ise tercih edilen seçimlik hakka göre ayrım yapmaktadır. Buna göre, aynen ifa ve gecikme zararı talep edildiğinde temerrüde düşüren ihtar masrafı temerrütten kaynaklanan bir zarar sayılmayacağı için talep edilemez. Buna karşılık, ifa

[26] **Bucher,** AT, s. 358; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 913, 914; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 471; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 906; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116, 1117; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 458; **İnan/Yücel,** s. 618; **Cansel/Özel,** s. 288, 289; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 876, 877.

[27] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 225; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 165; **BK OR-Becker,** Art. 102, N. 23; **von Tuhr/Escher,** s. 138; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6a; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 102, N. 107; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 98, 113; **Barlas,** s. 199.

yerine müspet zarar talep edildiğinde, bu masrafın ifa etmemeden kaynaklanan bir zarar olarak tazmini mümkündür[28].

Kanaatimizce üstün tutulması gereken başka bir görüş, herhangi bir ayrım yapmadan ihtar masraflarını müspet zarar kapsamında değerlendirmektedir[29]. Buna ilk ihtar masrafı da dâhildir. Borçlu muaccel olan borcunu ifa etmek için temerrüde düşmeyi beklemek zorunda değildir. Aksine, normal olan borçlunun temerrüde düşmeyi beklemeden borcunu ifa etmesidir[30]. Diğer taraftan, bizzat borçluyu temerrüde düşüren ihtar için yapılan masrafın henüz temerrüdün gerçekleşmediği gerekçesiyle zarar kalemi olarak kabul edilmemesi, kanaatimizce kabulü mümkün olmayan bir yaklaşımdır.

Borçluyu temerrüde düşüren ilk ihtardan sonraki hatırlatıcı ihtarlar bakımından ise hâkim görüş, bunların müspet zarar kalemi olarak talep edilebileceği yönündedir[31]. Buna göre, alacaklının temerrüt hâlinde doğrudan dava yoluna başvurmaktansa hatırlatma ihtarı göndermesi normal ve yaygın bir davranış şeklidir. Gerçekten, alacaklının temerrüt üzerine hemen icra takibi başlatmak veya dava açmak yerine, öncelikle borçluyu borcunu ifa etmeye tekrar davet etmesi makul karşılanabilecek bir davranıştır. Bu davranışın zararı azaltma külfeti kapsamında düşünülmesi bile mümkündür. Zira dava açmadan önce hatırlatma ihtarı gönderilmesi çoğu zaman borçlunun da menfaatinedir. Bununla birlikte, hatırlatma ihtarlarının her durum ve şartta müspet zarar olarak kabul edilmesi yerinde olmaz. Gerçekten, hatırlatma ihtarı

[28] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 925, dn. 12.

[29] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2673; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127; **Öçal, Akar,** "Munzam Zarar", EİTİAD, 1967, C. III, s. 152; **Ayrancı, Hasan,** Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Ankara 2006, s. 191.

[30] Aynı yönde bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 191.

[31] **BK OR-Becker,** Art. 102, N. 23; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6a; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 102, N. 108; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 221 vd.; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 165; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 191. Aksi görüşte bkz. **Barlas,** s. 199, 200.

gerekli ve makul olmalıdır[32]. Bu bakımdan borcunu ödemeyeceğini kesin bir şekilde bildirmiş olan borçluya hatırlatma ihtarı göndermenin bir anlamı yoktur. Ayrıca, ihtar masraflarının makul ölçüde yapılmış olması gerekir[33]. Diğer taraftan, hatırlatma ihtarının sayı bakımından da sınırlanması gerekir. Zira alacaklının sınırsız bir şekilde hatırlatma ihtarı göndermesi ve bunları müspet zarar olarak talep etmesi dürüstlük kuralına uygun düşmez. Alman hukukunda, üç taneye kadar hatırlatma ihtarının makul olduğu, bundan fazlasının ise ancak özel durumlarda makul görülebileceği yönünde bir kabul bulunmaktadır[34]. Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından bu şekilde sabit bir sayıyla sınırlamaya gitmek yerine somut olayın özelliğine göre karar verilmesi daha yerinde olur. Diğer taraftan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt sebebiyle seçimlik hakları kullanabilmek için gerekli olan ek süre verme, vazgeçme ve seçim hakkına ilişkin bildirimler çoğu zaman fazladan hatırlatma ihtarı yapılmasını gereksiz kılacaktır.

Alacaklının, temerrüt ihtarı ve hatırlatıcı ihtar dışında, borçluya yaptığı bazı bildirimler sebebiyle de masrafları doğar. Örneğin, kötü ifa hâlinde ayıpların bildirilmesi bu niteliktedir. Diğer taraftan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilmek için öncelikle alacaklıya uygun bir süre vermeli, bu süre sonunda ifadan vazgeçtiğini ve hangi hakkı seçtiğini bildirmelidir. Tüm bu bildirimlerde alacaklının yaptığı masraflar, birer müspet zarar kalemi olarak borçludan talep edilebilmelidir[35]. Nitekim söz konusu bildirimler alacaklının bir hakkını kullanabilmesi için gerekli (külfet) olmakla birlikte, sonuçta

[32] **BK OR-Becker,** Art. 102, N. 23; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 102, N. 108; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6a; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 191.

[33] Bkz. **MüKo/Ernst,** § 286, N. 165; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 222.

[34] Örneğin Bkz. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 224.

[35] Aynı yönde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141.

borca aykırılığın uygun sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, söz konusu bildirim masrafları birer zarar kalemi teşkil eder.

b. Dava ve Takip Masrafları

aa. İcra Takip Masrafları

Alacağına kavuşmak için icra takibi başlatan alacaklı, başvurma harcı, peşin harç, tebliğ giderleri, haciz ve satış giderleri gibi masraflar yapar. Alacaklının bu kapsamda yaptığı icra ve harç masrafları, teorik açıdan müspet zararın bir kalemini oluşturur. Zira bu harcamalar ile borca aykırılık arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Bununla birlikte, söz konusu masraflar bakımından İcra İflas Kanunu'nda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Gerçekten, İİK m. 15/I'e göre, kanunda aksi yönde bir düzenleme olmadıkça bütün harç ve masraflar borçluya aittir. Bunlar ayrıca hüküm ve takip gerekmeksizin borçludan tahsil edilir. Yine İİK m. 59'a göre, takip masrafları borçluya aittir. Bu masraflar alacaklıdan avans olarak alınmakla birlikte, alacaklı, borçlunun yaptığı ilk ödemeden masraflarını alabilir. Bu bakımdan, icra takibi sonucunda borçlu olduğu anlaşılan takip yapılan kişi, ayrıca bir hükme gerek kalmadan icra harç ve masraflarından sorumlu tutulur[36]. Bu özel hükümler sebebiyle, alacaklının icra takibi kapsamında yaptığı masraflar ve harçlar doğrudan borçludan tahsil edilmektedir[37]. Bu sebeple, niteliği müspet zarar olan bu masrafların ayrıca müspet zarar kalemi olarak talep edilmesine gerek kalmamaktadır. Gerçekten, söz konusu düzenlemeler sayesinde alacaklının icra takibinden doğan müspet zararı karşılanmaktadır. Buna karşılık, takip masraflarına karşılık olarak borçludan alınarak alacaklıya verilen meblağ alacaklının yaptığı masrafların tamamını karşılamaya

[36] **Kuru, Baki,** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s. 74; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel,** İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 89

[37] İstisnalar için bkz. **Kuru,** s. 75; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** İcra, s. 90.

yetmiyorsa, fazla olan kısmın müspet zarar olarak talep edilemeyeceği kabul edilmektedir[38].

bb. Yargılama Giderleri

Bir davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar olan süreçte bu dava sebebiyle yapılan masrafların tümüne yargılama harç ve giderleri denir[39]. Bir davada alınan harçlardan en önemlileri başvurma, karar ve ilam harcıdır. HMK m. 323'te uzun bir liste şeklinde sayılan yargılama giderleri[40] ise, posta ve tebliğ giderleri, evrak giderleri, protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenleme giderleri, keşif, tanık ve bilirkişi giderleri, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti gibi giderlerdir. Vekâlet ücreti önemi sebebiyle bir sonraki başlıkta ayrıca ele alınmıştır.

Yargılama harç ve giderlerinin esasen müspet zarar teşkil ettiği açıktır. Gerçekten, yargılama harç ve masrafları, borçlu edimi tam ve gereği gibi ifa etseydi alacaklının yapmayacak olduğu masraflardır. Bu sebeple söz konusu masraflar ilke olarak müspet zararın bir kalemi olarak talep edilebilir. Bununla birlikte, HMK m. 326'ya göre, hâkim yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verir[41]. Tarafların kısmen haklı çıktığı hâllerde ise yargılama giderleri haklılık

[38] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 199.

[39] **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder,** Medenî Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010, s. 761; **Kuru, Baki,** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 583; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel,** Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 753, 757; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin,** Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2018, s. 672; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** Medenî Usûl Hukuku, Editörler: Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2385.

[40] Esasen yargılama harçları ile giderleri birbirinden farklı olmakla birlikte, HMK m. 323'te hepsinin birlikte düzenlendiği yönünde bkz. **Kuru,** Usul, s. 586; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 764; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 757.

[41] İstisnalar için bkz. **Kuru,** Usul, s. 588, 589; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2405 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 760, 761.

oranına göre paylaştırılır. Yargılama giderleri, taraflardan birinin talebine ihtiyaç olmaksızın hâkim tarafından re'sen karara bağlanır (HMK m. 332/I). Bu bakımdan, özünde müspet zarar kalemi olan yargılama harç ve giderleri, dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletileceği için zaten giderilmiş olur. Dolayısıyla kural olarak alacaklının bunları ayrıca müspet zarar olarak talep etmesine gerek kalmaz[42].

Alacaklının yargılama giderlerinin tamamı dava ile giderilmişse, artık talep edebileceği bir müspet zararı kalmamıştır. Bununla birlikte, alacaklının fazladan yaptığı yargılama giderlerinin ne olacağı değerlendirilmelidir. Örneğin, alacaklının özel olarak alıp dosyaya ibraz ettiği hukukî mütalaa veya bilirkişi raporu, usul hukuku bakımından görülmekte olan davada yargılama gideri olarak borçluya yükletilemez. Doktrinde bu masrafların borçludan alınamayacağı kabul edilmektedir[43]. Kanaatimizce, maddi hukuk bakımından meseleye farklı yaklaşmak gerekir. Masrafların zarar olarak tazmin edilebilirliğinde genel ilke olan gereklilik ve makul ölçüde olma kıstasları burada da uygulanmalıdır. Alacaklının usul hukuku kapsamında borçludan alamayacağı bu tür masraflar, davanın gidişatını etkileyecek nitelikte gerekli ise makul olarak kabul edilebilecekleri oran ve miktarda müspet zarar olarak talep edilebilmelidir.

[42] 4686 Sayılı ve 21.06.2001 Tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG, T. 05.07.2001, S. 24453) m. 16/B'de sayılan yargılama giderleri, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece haksız çıkan tarafa yükletilir (MTK m. 16/D). Bu masraflar da nitelik olarak müspet zarar kalemi olmakla birlikte, tahkim yargılamasında borçlu haksızsa ona yükletileceği için ayrıca talep edilmesine gerek kalmaz. Benzer şekilde, 6325 Sayılı ve 07.06.2012 Tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (RG, T. 22.06.2012, S. 28331) m. 18A/13'te, tarafların anlaşamaması hâlinde Adalet Bakanlığı veya taraflarca karşılanan arabuluculuk ücretinin yargılama giderlerinden sayılacağı belirtilmiştir. Bu durumda, arabuluculuk yoluna başvurulup anlaşma sağlanamaması üzerine dava açıldığında, söz konusu masraflar da yargılama gideri olarak haksız çıkan tarafa yükletileceğinden, bunların ayrıca müspet zarar olarak talep edilmesine gerek kalmaz. Aynı yönde bkz. **Gündüz,** s. 328, 329.

[43] Bkz. **Gündüz,** s. 327.

cc. Vekâlet (Avukatlık) Ücreti

Alacağına kavuşmak için dava açmayı tercih eden alacaklı, çoğu zaman borca aykırılıktan doğan haklarını ve yargılama safhasının nasıl yürüdüğünü bilmez. Bu sebeple alacaklı, istisnaî bazı hâller dışında davada kendisini bir vekille (avukat) temsil ettirir. Avukatın bu dava takibi sebebiyle alacağı ücrete avukatlık (vekâlet) ücreti denir. Alacağı elde edebilmek için yapılan en önemli masraf kalemlerinden biri olması sebebiyle, vekâlet ücretinin müspet zarar olarak talep edilip edilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması faydalı olur.

Türk hukukunda iki çeşit vekâlet (avukatlık) ücreti bulunmaktadır. Bunlardan biri, HMK m. 323'te yargılama giderlerinden biri olarak sayılan vekâlet ücreti, diğeri ise alacaklı ile avukat arasında akdedilen avukatlık sözleşmesinden doğan vekâlet ücretidir[44]. Bu ikincisi Avukatlık Kanunu[45] m. 163 ve devamında özel hükümlerle düzenlenmiştir.

HMK m. 323'te yargılama giderlerinden sayılan vekâlet ücreti, davada kendisini bir avukatla temsil ettiren ve haklı çıkan taraf lehine hükmedilen vekâlet ücretidir[46]. Söz konusu vekâlet ücreti tespit edilirken, vekil ile müvekkil arasında yapılan avukatlık sözleşmesinde belirlenen ücret dikkate alınmaz[47]. Bu ücret, avukatlık asgari ücret tarifesinde yazılı miktardan az veya onun üç katından fazla olmayacak şekilde (AvK m. 169) hâkim tarafından re'sen belirlenir. Yargılama gideri olan bu vekâlet ücretinin, haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verilmesine hükmedilir.

---

[44] **Kuru,** Usul, s. 590; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 763; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2392.

[45] 1136 Sayılı ve 19.03.1969 Tarihli Avukatlık Kanunu (RG, T. 07.04.1969, S. 13168).

[46] **Kuru,** Usul, s. 591; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 774; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 765; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2395; **Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet,** Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 15. Baskı, İstanbul 2021, s. 371.

[47] **Kuru,** Usul, s. 590; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 766; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 373; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2395.

AvK m. 164/V'e göre, yargılama gideri olarak haksız çıkan tarafa yükletilen bu vekâlet ücreti avukata aittir[48]. Ancak bu hükmün vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkiyi düzenlediği, usul hukuku bakımından davada yalnızca taraflar hakkında hüküm kurulabileceği için söz konusu vekâlet ücretinin haklı çıkan taraf lehine hükmedileceği kabul edilmektedir (HMK m. 330)[49]. Böylece, yargılama gideri olan vekâlet ücreti usulen alacaklı adına hükmedilir, ancak avukata verilir.

Vekâlet (avukatlık) ücretine ilişkin ikinci tür ise müvekkil ve avukat arasında akdedilen avukatlık sözleşmesine göre ödenmesi gereken ücrettir. Esasen vekâlet sözleşmesinin bir türü olan avukatlık sözleşmesi, Avukatlık Kanunu'nda özel olarak düzenlendiği için öncelikle oradaki hükümler uygulanır. Buna göre, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan değere avukatlık ücreti denir (AvK m. 164/I). Avukatlık sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, yazılı veya sözlü olarak düzenlenebilir (AvK m. 163/I). Kural olarak avukatlık sözleşmesi tarafların iradesine göre serbestçe düzenlenebilecek olmakla birlikte (AvK m. 163/I), ücret bakımından kanunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten, avukatlık asgari ücret tarifesinin altında vekâlet ücreti kararlaştırılması mümkün değildir (AvK m. 164/IV). Diğer taraftan avukatlık ücreti, dava veya hükmolunacak şeyin değeri ya da paranın belirli bir yüzdesi şeklinde kararlaştırılabilecek olmakla birlikte, kanunda bu oranın üst sınırı yüzde yirmi beş olarak düzenlenmiştir (AvK m. 164/II). Ayrıca, avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmelerin, kanunda belirtilen tavan miktarında geçerli olacağı kabul

[48] Yargılama gideri olarak hükmedilen bu vekâlet ücretinin, diğer yargılama giderleri gibi davada lehine karar verilen tarafa ait olması gerektiği, bu sebeple AvK m. 164/V'in genel prensiplere ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yargılama giderlerine ilişkin ilkelere aykırı olduğu yönünde bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 776; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 374, 375; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2397; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 766.

[49] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 766; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2397. 9. HD, 05.06.2012 T., 17061 E., 19645 K.; 5. HD, 04.03.2003 T., 20159 E., 2617 K. (**Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2397, 2398, dn. 27 ve 28'den naklen); 4. HD, 05.05.2004 T., 2004/4889 E., 2004/12967 K. (HukukTürk).

edilmiştir (AvK m. 163/II). Böylece, ücret tavanını aşan sözleşmeler bakımından bir nevi kısmî butlan (hükümsüzlük) yaptırımı kabul edilmiştir.

Davada yargılama gideri olarak hükmedilen vekâlet ücreti ile müvekkil ve avukat arasında yapılan avukatlık sözleşmesindeki ücret arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Yargılama gideri olan vekâlet ücreti, haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan taraf aracılığıyla avukata verilmektedir. Buna karşılık müvekkil ile avukat arasındaki sözleşmeden doğan ücret, yargılama giderlerinden sayılmamaktadır[50]. Bu sebeple, söz konusu ücret davada yargılama ücreti olarak haksız çıkan taraftan alınmamaktadır. Alacaklının avukata ödediği bu ücretin müspet zarar niteliği taşıdığı açıktır. Zira söz konusu masraf, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesinin uygun bir sonucu olarak meydana gelmektedir. Gerçekten, borçlu borcunu sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirirse alacaklı dava açıp bahsi geçen vekâlet ücretini ödemek zorunda kalmayacaktır.

Doktrinde bir görüş, alacaklı ile avukat arasındaki sözleşmeden doğan vekâlet ücretinin müspet zarar kalemi olarak talep edilemeyeceğini savunmaktadır[51]. Bu görüşü savunan yazarlardan birine göre, usul hukuku kuralları söz konusu vekâlet ücretinin zarar kalemi olarak talep edilmesine engel teşkil eder. Avukatlık ücretinin ne kadarının borçluya yükletileceği, kesin hüküm niteliğindeki mahkeme kararı ile belirlenmiştir. Bunun dışında bir miktarın ayrıca talep edilmesi kesin hüküm esasına aykırıdır. Kanun koyucu meydana gelebilecek sakıncaları önlemek için, HMK m. 329'da kötü niyetli borçlunun, kanunî giderlerin dışında alacaklı ile vekil arasında kararlaştırılan avukatlık ücretine de mahkûm edilebileceğini düzenlenmiştir. Alacaklının avukata ödediği ücretin borçluya yükletilmesi ancak bu hüküm

[50] **Kuru,** Usul, s. 590; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 770 vd., 773; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 372; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 763 vd.; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2392.

[51] **Barlas,** s. 201; **Albaş, Hakan,** Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105), Ankara 2004, s. 201 vd.; **Gündüz,** s. 331.

çerçevesinde mümkündür[52]. Bu görüşü savunan yazarlardan bir diğerine göre ise, alacaklının dava yoluna başvurmasından doğan masrafları bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrıca yapılan düzenlenmeler Borçlar Kanunu karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu için, davada karar verilenin dışındaki fazla miktarın tazmini talep edilemez[53].

Başka bir görüşe göre bu masrafların usul hukuku kurallarınca elde edilemeyen kısmı müspet zarar olarak talep edilebilir[54]. Bu görüşe göre, vekâlet ücretinin söz konusu kısmının müspet zarar olarak talep edilebilmesi için, gerekli, haklı ve makul olması gerekir[55].

Son olarak başka görüş ise bu konuda herhangi bir ayrım ve açıklama yapmadan, dava masraflarının bir zarar kalemi olarak talep edilebileceğini belirtmektedir[56]. Buna alacaklının avukata ödediği vekâlet ücreti dâhildir.

Kanaatimizce ilk görüşe katılmak mümkün değildir. Açıklamaya geçmeden önce hemen bir konuyu açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu görüşü savunan yazarlar, sanki HMK m. 323'te yargılama gideri olarak düzenlenen ve hâkim tarafından re'sen haksız çıkan tarafa yükletilen vekâlet ücreti ile alacaklı ve avukat arasındaki sözleşmede belirlenen avukatlık (vekâlet) ücreti aynıymış gibi hareket ederek açıklamalar yapmaktadırlar. Gerçekten, bu görüşe göre avukatlık ücretinin ne

---

[52] **Barlas,** s. 201, 202.

[53] **Albaş,** s. 202; **Gündüz,** s. 331.

[54] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 112, 113; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 23. Avukatlık ücretinin borçluya yükletilmesinin yalnızca Avukatlık Kanunu ve HMK hükümlerinin izin verdiği ölçüde mümkün olduğu görüşü için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 925, dn. 12.

[55] Alman hukukunda vekâlet ücretinin aslında müspet zarar (gecikmeden kaynaklanan zarar) olduğu ancak, yargılama giderleri bakımından usul hukuku kurallarının öncelikli olması sebebiyle yalnızca istisnaî hâllerde müspet zarar olarak istenebileceği kabul edilmektedir. Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. **MüKo/Ernst,** § 286, N. 163 vd.; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 241 vd.

[56] **von Büren,** s. 369; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2673; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127, 1141; **Havutçu,** s. 74.

kadarının borçluya yükletileceği usul hukuku kurallarıyla belirlenmiştir[57], usul hukukundaki hükümler Türk Borçlar Kanunu karşısında özel hüküm niteliğindedir[58]. Oysa bu yaklaşım mevzu hukuka uygun düşmemektedir. Zira HMK m. 323'te düzenlenen yargılama gideri kapsamındaki vekâlet ücreti, alacaklı ile avukat arasındaki avukatlık sözleşmesinden doğan vekâlet ücretinden farklıdır[59]. Bunların mevzu hukuk bakımından birbiriyle ilgisi yoktur. Yargılama gideri kapsamında hükmedilen vekâlet ücretinin, borçlunun malvarlığıyla bir münasebeti dahi bulunmamaktadır. Gerçekten AvK m. 164/V'te, davada haksız çıkan tarafa yükletilen vekâlet ücretinin avukata ait olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Üstelik aynı hükme göre, bu ücret işsahibinin borcu sebebiyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez. Usul hukuku kuralları gereği hüküm yalnızca taraflar hakkında kurulabileceği için ücretin avukat adına değil dava tarafı adına hükmedilmesi de bu gerçeği değiştirmemektedir. Zira alacaklının buradaki fonksiyonu sadece hükmedilen ücreti tahsil etmek ve avukata vermektir. Uygulama bakımından da durum bahsettiğimiz gibidir. Gerçekten uygulamada yargılama gideri olarak hükmedilen vekâlet ücreti ile sözleşmeden doğan avukatlık ücreti birbirinden bağımsız şekilde değerlendirilmektedir. Bu kapsamda davada hükmedilen vekâlet ücreti sözleşmeyle kararlaştırılan avukatlık ücreti yerine geçmediği gibi, ondan mahsup da edilmemektedir. Böylece avukat iki farklı ücret almaktadır: birincisi alacaklıyla yaptığı sözleşmeden doğan ücret, ikincisi davada re'sen hükmolunan ücret[60].

[57] **Barlas,** s. 201, 202.

[58] **Albaş,** s. 202; **Gündüz,** s. 331.

[59] **Kuru,** Usul, s. 590; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 770 vd. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 371, 372; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 763 vd.; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2392 vd.

[60] **Kuru,** Usul, s. 590; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 770 vd., 773; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 372; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** Usul, s. 765; **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2392.

Yazarların savunduğu düşünce mevzu hukuk bakımından değil ama olması gereken hukuk bakımından –kısmen- doğrudur. Zira mevzu hukuk ve uygulama bakımından durum bu olmakla birlikte, kanaatimizce böyle bir düzenlemeyi haklı bulmak mümkün değildir. Yalnızca HMK m. 323'e bakıldığında davada hükmedilen vekâlet ücretinin yargılama giderlerinden kabul edildiği ve lehine karar verilen tarafa ait olduğu şeklinde yorum yapılabilir. Gerçekten, vekâlet ücretini ödeyen, bu anlamda masraf yapan kişi alacaklı olduğuna göre haksız çıkan taraftan (borçludan) alınan vekâlet ücretinin alacaklıya ait olması gerekir[61]. Alacaklının borca aykırılık sebebiyle yapmak zorunda kaldığı ve bir müspet zarar kalemi teşkil eden vekâlet ücreti masrafı ancak bu şekilde giderilmiş olur. Ancak, yazarların görüşlerine gerekçe olarak sundukları HMK m. 329'un[62] lafzı, esasen bu şekilde bir yorumu da zorlaştırmaktadır[63]. Bu bakımdan HMK m. 323 ve 329 birlikte ele alındığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır; ya kanun koyucu kanunu son derece kötü bir dille kaleme almıştır ya da bahsi geçen iki vekâlet ücretini birbirinden farklı olarak kabul etmektedir. Birinci ihtimalin doğru olduğu kabul edilerek HMK'da düzenlenen hükmolunan vekâlet ücretinin alacaklıya ait olduğu benimsense bile problem çözülmemektedir. Zira bu

[61] Aynı yönde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** İcra, s. 92.

[62] Bu hükmün uygulamasının olmadığı, Yargıtayın bu hükme uygun kararlar vermediği yönünde bkz. **Pekcanıtez Usûl/Atalay,** s. 2395, 2396.

[63] Zira söz konusu 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. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur."*. HMK m. 323'te yargılama giderleri arasında re'sen hükmolunacak vekâlet ücreti de sayıldığına göre, buradaki "başka" ifadesi, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan ücretin bundan ayrı ve farklı olarak düşünüldüğünü göstermektedir. Yine her ikisi aynı ücret olarak kabul edilseydi re'sen hükmolunan vekâlet ücreti sözleşmedekinin bir kısmına tekabül edeceğine göre, hükümde ayrıca "tamamı veya bir kısmına" şeklinde bir ifadeye gerek duyulmazdı. Ayrıca, hükümde davalının kötüniyetinin aranması da burada bir müspet zarar kaleminin tazmini amacından hareket edilmediğini göstermektedir.

ihtimalde de AvK m. 164/V'teki hâkim tarafından hükmedilen bu vekâlet ücretinin avukata ait olduğu yönündeki hüküm, HMK m. 323 ve 329 ile çelişmektedir[64]. Kanaatimizce esasen AvK m. 164/V hükmü tazminat hukukunun genel ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü bir tarafın avukatı ile karşı taraf arasında hiçbir hukukî ilişki bulunmamaktadır. Gerçekten, bu kişiler arasında ne sözleşmeden ne de haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borç ilişkisi mevcut değildir. Hâl böyleyken karşı tarafı diğer tarafın avukatına vekâlet ücreti ödemeye mecbur kılmak hukuken izahı mümkün olmayan bir meseledir. Zira borçlunun diğer tarafa avukatlık ücreti adı altında yargılama gideri ödemesini haklı şekilde gerekçelendirebilecek tek hukukî ilişki, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisidir. Borçlu borca aykırı davranışla alacaklının zarara uğramasına sebep olmuştur. Alacaklının avukatına ödediği vekâlet ücreti de onun zararının bir kalemini teşkil ettiği için borçlu bu zarardan sorumludur. Bu bakımdan borçlunun mahkûm edildiği avukatlık ücretinin alacaklısı avukat değil, bizzat alacaklıdır. Borçlunun ödemesine hükmedilen karşı taraf vekâlet ücreti, ancak bu şekilde hukukî bir zemine oturtulabilir. Söz konusu ücretin avukata ödeneceği yönünde bir kabul, yalnızca, alacaklıdan vekâlet ücretini alamaması tehlikesine karşı avukatı koruyan bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Ancak bu ihtimal bile söz konusu ücretin alacaklıya ait olması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla böyle bir kabulde bile, hükmolunan vekâlet ücretinin müvekkil ile avukat arasındaki sözleşmede belirlenen ücretten mahsup edileceği esası getirilmelidir. Kanunî düzenlemeler ve uygulama bu hâliyle zararını tazmin ettirme hakkı olan alacaklıyı değil, avukatı korur niteliktedir[65].

[64] Anayasa Mahkemesi, bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz. AYM, 03.03.2004 T., 2002/126 E., 2004/27 K.;10.04.2019 T., 2017/154 E., 2019/18 K.

[65] HMK'nın daha yeni bir kanun olmasından hareketle, sonraki kanunun önceki kanun hükmünü ilga ettiği de savunulabilir. Ancak, uygulamada hâlâ re'sen hükmolunan vekâlet ücretinin avukata ait olduğu kabul edildiğine göre, böyle bir gerekçe yeterli olmamaktadır.

Yukarıda bahsedilen problem aşılıp davada hükmedilen vekâlet ücretinin alacaklıya ait olduğu kabul edilse bile, yazarların özel kanunî düzenleme ve kesin hüküm gerekçeleriyle sözleşmeden doğan vekâlet ücretinin müspet zarar kalemi olarak talep edilemeyeceği iddiasını kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimizce, kesin hüküm veya özel hüküm gerekçesiyle, alacaklının borçlunun kusuru sebebiyle maruz kaldığı zarara katlanmasını beklemek, tazminatın zararı giderici işleviyle bağdaşmayan, adalete aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte bir yaklaşımdır. Kaldı ki alacaklı doğrudan o davada, bir zarar kalemi olarak vekâlet ücretini talep ettiğinde kesin hüküm gerekçesi anlamını yitirir. Yazarların kabul ettiği sistemde, alacaklı vekâlet ücretinden doğan zararını davada ayrıca talep edemeyecek, hâkimin re'sen asgari ücret tarifesine göre belirlediği miktarla yetinmek zorunda kalacaktır. Böylece, alacaklı borçlunun kusurlu davranışı sebebiyle yapmış olduğu masrafın (zararın), hâkimin belirlediği miktarın üzerindeki kısmına katlanmak zorunda kalacaktır. Üstelik mevzu hukuk bakımından, alacaklı hâkimin hükmettiği vekâlet ücretini bile alamamaktadır. Sonuçta böyle bir kabul, alacaklının, borçlunun kusurlu borca aykırı davranışı sebebiyle ödediği vekâlet ücretinin en iyi ihtimalle davada hükmedilenin üstündeki kısmına, mevzu hukuk bakımından ise tamamına kendisinin katlanması anlamına gelmektedir. Bunun somut olay adaletiyle ve tazminatın zararı giderici işleviyle izah edilebilir bir tarafı bulunmamaktadır. Bu sebeple, bahsedilen gerekçelerle alacaklının vekâlet ücreti şeklinde ortaya çıkan zararlarını talep edemeyeceği görüşüne katılmak mümkün değildir.

Kanaatimizce, alacaklının alacağına kavuşmak için açtığı davada kendisini vekille temsil ettirmesi makul ve hayatın olağan akışına uygun bir davranıştır[66]. Bu

[66] Alacaklının bir avukata başvurmasının kendi tercihi olduğu, davayı kendisi takip etse söz konusu masrafı yapmayacağı gerekçesiyle bu masrafın müspet zarar niteliğinde olmadığının iddia edilmesi de isabetli olmaz. Zira avukat olmayan çoğu kimsenin haklarını bildiği durumlarda bile, usûl hukuku kurallarına göre bunu nasıl öne süreceğini, yani dava safhasını etkili bir biçimde nasıl yürüteceğini

sebeple doğan vekâlet ücreti masrafı onun uğradığı müspet zararın bir kalemidir. Bu zararın kusuruyla sözleşmeye aykırı davranan borçludan tazmin edilmesi yerinde, hatta somut olay adaleti ve tazminatın zararı giderme amacı bakımından gerekli bir durumdur. Kanaatimizce, usul hukuku gereğince hâkimin re'sen hükmettiği vekâlet ücretinin alacaklıya ait olmasının önündeki hukukî engeller kaldırılmalıdır. Bununla birlikte, uygulamada hâkimlerin asgari ücret tarifesine göre hükmettiği bu vekâlet ücreti çoğunlukla alacaklının gerçekte avukata ödediği ücreti karşılamayacaktır. Bu durumda, davada hükmedilen vekâlet ücreti ile alacaklının avukata ödediği vekâlet ücreti arasındaki fark hâlâ alacaklının müspet zararı olarak varlığını devam ettirecektir. İşte bu farkın, müspet zarar kalemi olarak talep edilebilmesi gerekir[67].

Alacaklı, dava öncesinde hukukî yardım almak için bir avukata başvurabilir. Bu konuda özellikle temerrüde düşen borçluya karşı ihtarname düzenleme konusunda

bilmediği somut bir gerçektir. Avukatlık deneyimi olmayan çoğu hukuk akademisyeninin bile dava sürecini etkili şekilde nasıl yürüteceğini bilemediği gerçeği, bunun en çarpıcı örneğidir. Bu sebeple, dava yoluna başvuran alacaklının kendisini bir avukat ile temsil ettirmesi son derece makul, hatta gerekli bir meseledir. Bu temsil ilişkisi sebebiyle alacaklının ödediği vekâlet (avukatlık) ücreti, borçlunun borcu gereği gibi ifa etmemesi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan, dolayısıyla müspet zarar kalemi teşkil eden bir masraftır.

[67] Böyle bir kabulün uygulamada suistimale açık bir hâl alacağı düşünülebilir. Zira her hâlükârda karşı taraftan tazmin edileceği düşüncesi, alacaklı ve avukatın fahiş vekâlet ücreti kararlaştırması sonucunu doğurabilir. Gerçi Avukatlık Kanunu'nda buna ilişkin önlemler mevcuttur. Gerçekten, avukatlık ücret tavanını aşan anlaşmalar, kanunda belirtilen tavan miktarına indirilir (AvK m. 163/II). Bununla birlikte, alacaklı ve avukatın, karşı taraftan tazmin edileceğini bildikleri için ücreti her zaman üst tavandan kararlaştırmaları veya gerçekte daha az kararlaştırmalarına rağmen üst tavandan kararlaştırdıklarını bildirmeleri gibi sakıncalar doğabilir. Bu ihtimalde, masraflar konusunda en başından beri ortaya koyduğumuz ilkeler yol gösterici olacaktır. Gerçekten alacaklının her türlü masrafı zarar olarak tazmin edilmez. Aksine, alacaklının yaptığı masrafların yalnızca gerekli, haklı ve makul ölçüde olan kısmı müspet zarar olarak talep edilebilir. Bu ölçüleri aşan avukatlık ücretinin makul olmayan kısmı müspet zarar olarak tazmin edilmez. İsviçre Hukuku bakımından benzer görüşte bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 23; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 112, 113; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6.

avukattan alınan yardım örnek gösterilmektedir[68]. Yine, borçlunun sözleşmeyi ihlali sonucunda ne yapacağını bilmeyen alacaklının bir avukat veya uzman hukukçuya danışması sebebiyle ödediği ücretler de bu kapsamda sayılabilir. Aynı şekilde, alacaklının temerrüt üzerine doğrudan dava açmak yerine, bir avukat vasıtasıyla alacağına kavuşma yönündeki girişimleri burada sayılabilir. Kanaatimizce, söz konusu masraflar gerekli ve makul olduğu ölçüde, yargılama gideri olarak elde edilemediği oranda müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir[69]. Alacaklının dava öncesinde alacağını elde etmek amacıyla yaptığı girişimler başarısız olup dava açılsa bile, söz konusu masraflar gerekli ve makul olduğu ölçüde tazmin edilmelidir[70]. Buna karşılık, örneğin, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesinden sonra dava öncesinde edimin elde edilmesi için yapılan masraflar gereksiz ve anlamsız olduğu için, bunların müspet zarar olarak tazmin edilmemesi gerekir.

dd. Tahsil Bürosu Masrafları

Alman hukukunda tahsil bürosu (Inkassobüro) şeklinde adlandırılan, resmi izinle kayıtlı şekilde kurulan ve alacağın bir ücret karşılığında tahsilini gerçekleştiren kurumlar bulunmaktadır[71]. Söz konusu kurumlara alacağı tahsil etmeleri karşılığında ödenen masrafların kural olarak müspet zarar kapsamında istenebileceği kabul

[68] Alman hukukunda hatırlatma ihtarlarının avukat aracılığıyla yapılması makul ve olağan görülmektedir. Bu görüşe göre, temerrüde düşüldükten sonra hatırlatma ihtarı için avukat tutulması temerrüdün uygun bir sonucudur. Alacaklıdan bu ihtarları kendisinin yapmasını beklemek yerinde değildir. Ayrıca hatırlatma ihtarının avukat aracılığıyla gönderilmesi, alacaklının iddiasında ciddiyetini vurguladığı için borçlunun geç de olsa ifaya daha yatkın olmasını sağlar. Bkz. **MüKo/Ernst,** § 286, N. 165; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 222.

[69] Aynı yönde bkz. **MüKo/Ernst,** § 286, N. 163; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 222; **Lüchinger,** N. 144; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 192.

[70] **MüKo/Ernst,** § 286, N. 163; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 222.

[71] Bkz. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 231 vd.; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 167

edilmektedir[72]. Zira bu masraflar, borca aykırılıktan kaynaklanan zarar niteliğindedir. Bununla birlikte, alacaklı tahsil bürosuna başvurmadan önce alacağı elde etmek için kendisi tarafından yapılması olağan kabul edilen çabaları göstermelidir[73]. Tahsil bürosu masrafları bakımından ise alacağın elde edilebilmesi için bu hizmetin gerekli, faydalı ve makul olması aranmaktadır. Bu bakımdan, borçlu yalnızca temerrüde düşmüşse tahsil bürosuna başvurmak makuldür. Buna karşılık, borçlunun borcu veya ifayı reddetmesi ya da ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gibi ihtilafın daha ciddi olduğu hâllerde tahsil bürosuna başvurmanın gerekli ve makul olduğunu kabul etmek mümkün değildir[74]. Bu sebeple, tahsil bürosuna başvurmanın anlamsız olduğu durumlarda bu masraflar zarar kalemi olarak talep edilemez. Diğer taraftan, alacaklının tahsil bürosuna başvurmayı gerekli görmesinin makul kabul edilebildiği, ancak bu faaliyetin başarısız olması üzerine bir avukatla hukukî sürecin devam ettirildiği hâllerde de tahsil bürosu masrafları tazmin edilir. Ancak, böyle durumlarda alacaklının tahsil bürosuna başvursa bile sonrasında bir avukatı yetkilendirmesi gerekeceğini öngörememesi şartı aranmaktadır[75].

Türk hukukunda bu tür tahsil büroları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bir ücret mukabilinde alacağın örneğin factoring şirketlerine veya bankalara tahsil için temlik edildiği hâllere rastlanmaktadır. Söz konusu işlemlerden doğan masrafların müspet zarar olarak talep edilebilmesi için her şeyden önce başvurulan kişi veya kurumun bu işleri yürütebilmek için kanunen gerekli şartları sağlayıp sağlamadığına

[72] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 231; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 167. Ayrıca bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 112.

[73] Alacaklının yerine getirmesi gereken olağan çabalara, borçluyu bir tahsil bürosuna veya avukata başvuracağı ya da dava açacağı konusunda uyarması yahut hatırlatma ihtarı göndermesi örnek olarak verilmektedir. Bkz. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 232.

[74] **MüKo/Ernst,** § 286, N. 167; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 113. Ancak borçlunun itirazlarının açık bir şekilde asılsız olduğu veya yalnızca ifayı geciktirmek amacıyla yapıldığı hâllerde tahsil bürosuna başvurmak makul ve faydalı kabul edilmektedir. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 236.

[75] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 238; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 195.

bakılmalıdır. Zira bu işleri yapmaya yetkisi bulunmayan bir kişiye alacağı tahsil etmesi karşılığında ödenen ücretin müspet zarar kapsamında bir masraf olarak tazmin edilmesi mümkün değildir[76]. Alacağın tahsil için temlik edildiği kişi veya kurum kanunen bu işleri yürütmeye yetkiliyse, bu kapsamda yapılan masraflar borca aykırılığın uygun sonucu olarak kabul edilebilir. Bu ihtimalde, masrafların müspet zarar kalemi olarak talep edilebilmesinde Alman hukuku bakımından açıklanan ilkeler ışığında değerlendirme yapılmalıdır[77].

3. Zararın Tespiti ve Artışının Önlenmesi Amacıyla Yapılan Masraflar

Alacaklının sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen zararı tespit ettirmek için yaptığı masraflar, müspet zararın bir kalemi olarak hesaba katılır. Gereği gibi ifa etmeme hâlinde şeyin gözden geçirilmesi için yapılan masraflar bu kapsamdadır. Örneğin, şeydeki ayıbın veya meydana gelen zararın tespiti için bir uzmana ödenen ücret borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde kabul edilmelidir. Buna karşılık, borcun zamanında ödenmediği olgusunun noter marifetiyle tespiti için yapılan masrafların müspet zarar kapsamına girmediği kabul edilmektedir[78].

Alacaklının zararın artışının önlenmesi amacıyla yaptığı masraflar müspet zarara dâhildir. Zira zararı azaltma külfetinin karşılığı, zarar verenin, zarar görenin bu amaçla aldığı makul tedbirlerden doğan masraflarını karşılamaktır[79]. Alınan tedbirler zararın artmasını engelleyememiş olsa bile bu sonuç değişmez[80]. Elbette, alacaklının zararın artışını önlemekte faydalı olmayacağını bile bile nasıl olsa borçludan tazmin edileceği düşüncesiyle yaptığı masraflar bu kapsamda değerlendirilemez. Diğer taraftan, zararın

[76] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 193.

[77] Aynı yönde bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 193 vd.

[78] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 199, 200.

[79] **Lüchinger,** N. 1047.

[80] **von Tuhr/Peter,** s. 113, 114; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Lüchinger,** N. 1047; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200.

artışını önlemek amacıyla yapılan masrafların makul ölçüleri aşan kısmı da müspet zarar olarak talep edilememelidir[81]. Alacaklının temerrütten sonra aynen ifa talebinden vazgeçene kadar kendi ediminin bakımı için yaptığı masraflar, reddettiği karşı edimi geri gönderene kadar bakımı için yaptığı masraflar veya gecikilen süre için ikame mal kiralanmasından doğan masraflar[82] özünde zararın artışını engellemek amacıyla yapılan masraf niteliğindedir.

4. İkame İşlemden Doğan Masraflar

Borçlunun edimi hiç veya gereği gibi (zamanında) ifa etmemesi hâlinde, alacaklı edimin yerine başka bir şey satın alma veya kiralama yoluna gidebilir. Alacaklının bu ikame işlemlerden doğan masrafları, aşağıda temerrüt ve diğer borca aykırılık hâlleri bakımından ayrı ayrı açıklanmıştır.

a. Borçlu Temerrüdünde

Borçlu temerrüdünde ikame işlemin farklı ihtimallere göre değerlendirilmesi gerekir. Zira borçlu karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düştüğünde alacaklı ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, ifadan vazgeçip müspet zararını da talep edebilir. Diğer taraftan, para borçlarında temerrüt faiziyle giderilemeyen zararların aşkın zarar olarak talep edilmesi mümkündür. Tüm bu hâllerde müspet zarar talep edilmekle birlikte, her birinin kapsamı farklıdır.

aa. Gecikme Tazminatı Kalemleri

Borçlunun temerrüdüne rağmen edimin ifasını talep eden alacaklı, bunun yanında gecikmeden doğan zararlarının giderilmesini isteyebilir. Alacaklının gecikme sebebiyle yaptığı ikame işlemler ilke olarak gecikmeden doğan müspet zararın

[81] Aynı yönde bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 113 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200.

[82] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 113 vd.

kapsamına girer. Bununla birlikte, kiralama ve satın alma bakımından bir ayrım yapılmalıdır.

Alacaklı hâlâ borcun aynen ifasını talep ettiğine göre, burada ikame işlem kural olarak kiralama şeklinde olmalıdır. Gerçekten, alacaklı borçlunun geciktiği süre için edimin yerine başka bir şey kiralayabilir. Alacaklının temerrüt süresi boyunca bu şeye ödediği kira bedelinin müspet zarar olarak tazmini mümkündür[83]. Buna ek olarak, kira sözleşmesini kurmak için yapılan masraflar da müspet zararın kapsamına dâhildir. Zira söz konusu masraflar ile borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Örneğin, zamanında teslim edilmeyen iş makinesinin yerine başka bir makine kiralanmışsa, temerrüt süresince bu makineye ödenen kira bedeli müspet zarardır[84]. Benzer şekilde, kiralanan, satın alınan veya eser sözleşmesi kapsamında teslimi taahhüt edilen evin tesliminde temerrüde düşülmesi hâlinde temerrüt süresince başka bir eve ödenen kira bedeli müspet zarardır[85].

Doktrinde, edimin yerine ikame mal satın alınması hâlinde bu bedelin ifa ile birlikte gecikme zararı olarak talep edilebileceğini savunan bir görüş bulunmaktadır[86]. Bu görüşe tam olarak katılmak mümkün değildir. Zira gecikme zararı aynen ifa ile birlikte talep edilmektedir. Sonuçta alacaklı hem edime kavuşmakta hem de gecikmeden doğan zararlarını tazminat olarak almaktadır. Bu görüş kabul edilirse, alacaklı edimin yanında ayrıca ikame malı satın almaya ödediği bedeli elde eder. Bu durumda alacaklı hem borçludan edimi almış, hem de ikame malı bedel ödemeden elde

[83] **Keller/Schöbi,** s. 269; **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 13; **von Tuhr/Escher,** s. 144; **Schwenzer,** OR, N. 66.03; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 27; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[84] **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 13; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 113; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Schwenzer,** OR, N. 66.03; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 27. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[85] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 27; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 113.

[86] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482.

etmiş olur. Dolayısıyla alacaklı edim zamanında ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan (ifa menfaati) daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Böyle bir kabulün, tazminatın zararı giderici işlevine ve zenginleşme yasağına aykırı olduğu açıktır. Bu sebeple, ifa ile birlikte gecikme zararını talep eden alacaklı, ikame satın alma bedelini değil temerrüt süresince o malı kiralamış olsa ödeyeceği kira bedelini talep edebilmelidir. Buna alternatif olarak, satın alma bedelinin hakkaniyete uygun bir miktarı gecikme zararına dâhil edilebilir. Diğer taraftan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ikame mal satın almış olan kişinin, gerekli şartları sağlayarak ifadan vazgeçip müspet zarar istemesi mümkündür. Böylece ikame alım için yaptığı tüm masrafı borçludan tazmin edebilir. Bunun dışındaki borç ilişkilerinde ise alacaklının tek imkânı geç ifa ile birlikte gecikme zararını talep etmek olduğu için kural olarak yalnızca temerrüt süresi boyunca ikame şeye ödeyecek olduğu kira bedelini talep edebilir. Bununla birlikte, istisnaî bazı durumlarda alacaklının ikame satın alma için yaptığı masrafın tamamının müspet zarar olarak tazminine imkân tanınabilir. Örneğin, borçlu ödünç aldığı şeyi geri vermede temerrüde düşmüş ve alacaklı o şeye çok acil bir şekilde ihtiyacı olduğu için yenisini satın almak durumunda kalmışsa, alacaklıya işe yaramaz hâle gelen edimi borçluda bırakıp, ikame alımdan doğan masrafını zarar olarak talep etme imkânı tanınabilir[87].

bb. Aşkın Zarar Kalemleri

Para borçlarında borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının ikame işlem yapması mümkündür. Gerçekten, para alacağına zamanında kavuşamayan alacaklı, işlerini devam ettirebilmek için bir başkasından borç veya kredi almak zorunda kalabilir. İkame alım çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin, borçlunun para edimini zamanında ifa edeceği inancıyla alacaklı da bir üçüncü kişiye para edimi borçlanmış

[87] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 144, dn. 9.

veya kredi borcunu borçludan gelecek parayla ödeyecek olabilir. Böyle hâllerde alacaklının temerrüt yüzünden kavuşamadığı para yerine sağladığı borç veya kredi, ikame alım olarak kabul edilir. Alacaklının bu krediyi alabilmek için yaptığı masrafların[88] ve ödediği faizin borçlunun ödeyeceği temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı, aşkın zarar kapsamında değerlendirilir[89].

Alacaklının ikame para sağlama masraflarının aşkın zarar olarak tazmin edilebilmesi için bazı şartların sağlanması gerekir. Gerçekten, alacaklı zararın varlığını ve miktarını ispat etmelidir[90]. Bu bakımdan, alacaklı her şeyden önce kredi almasıyla borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat etmelidir[91]. Yine, alacaklı temerrütten sonra kredi almak zorunda kaldığını, bu kredi için ödediği faiz ve masrafların temerrüt faizini aştığını ispat etmelidir[92]. Parayı bir yerde kullanmayacak

[88] Masraflar, alacaklının kredi için ödediği faiz dışında kalan harcamaları ifade etmektedir. Örneğin, finans sağlama masrafları, çalışma masrafları, ödenen komisyon ve gider vergisi gibi harcamalar masraf olarak kabul edilmektedir. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 106, N. 4; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 53 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 106, N. 14; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 154; **Öçal,** s. 152.

[89] **von Tuhr/Escher,** s. 147; **BK OR-Becker,** Art. 106, N. 4; **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 286, N. 247, § 288, N. 53, 61; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 106, N. 39; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 489; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 153; **Öçal,** s. 151, 152; **Barlas,** s. 204; **Albaş,** s. 205. 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K.; 15. HD, 12.05.2016 T., 2016/1049 E., 2016/2737 K.; HGK, 19.06.1996 T., 1996/144 E., 1996/503 K. (HukukTürk).

[90] Zararın varlığını ve miktarını ispat yükümlülüğünün alelade kişiler ve tacirler bakımından detaylı açıklaması ve tartışmalar için bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 154 vd. Ayrıca bkz. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 54 vd. 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K.; 15. HD, 12.05.2016 T., 2016/1049 E., 2016/2737 K.; HGK, 19.06.1996 T., 1996/144 E., 1996/503 K. (HukukTürk).

[91] **Barlas,** s. 204; **Albaş,** s. 205; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 153, 154. 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K. (HukukTürk).

[92] **Barlas,** s. 204. Krş. **Albaş,** s. 205. Alacaklı temerrütten önce kredi almışsa, borçlunun edimiyle bu krediyi ödeyerek sona erdireceğini ispatlamalıdır. Esasen bu durumda alacaklının ikâme alımından ziyade, temerrüt sebebiyle üçüncü kişiye olan borcu yerine getirememesinden doğan zarardan bahsetmek daha isabetli olur.

olan veya mali gücü ve likidite imkânları kredi almasını gerektirmeyecek durumda olan alacaklının, her hâlükârda faiz ve masrafları alacaklıdan tazmin edeceği düşüncesiyle kredi alması dürüstlük kuralına uygun bir davranış olarak kabul edilemez. Diğer taraftan, borçlu illiyet bağının mevcut olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, borçlu, alacaklının kredi almaya ihtiyacı olmadığını veya alacaklının kredi sağlamak amacıyla faiz ve masraf ödemediğini ya da iddia ettiği miktarda ödemediğini ispat ederek sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilir[93].

Alacaklı özen yükümlülüğüne uygun davranarak mümkün olduğunca uygun şartlarda kredi sağlamalıdır. Bu sebeple alacaklı, krediyi almak için yapacağı masraflar, kredi koşulları, özellikle faiz oranı ve güvenilir bir kredi sağlayıcı bulma konusunda gerekli araştırmaları yapmalıdır[94]. Makul sınırları aşan kredi masrafları ve faizin tamamı aşkın zarar kapsamında talep edilemez. Böyle bir ihtimalde, faizin ve yapılan masrafların yalnızca makul ölçüleri aşmayan kısmı aşkın zarar olarak tazmin edilmelidir[95].

Aşkın zarar bakımından başka bir sınırlama, alacaklının sağladığı kredinin borçlunun borcundan fazla olmaması yönündedir. Gerçekten, alınan kredinin yalnızca temerrüde düşülen borç miktarı kadarlık kısmı temerrüt ile uygun illiyet bağı içerisindedir. Alınan kredinin temerrüt konusu borç miktarını aşan kısmına denk gelen faiz ve masraflar için borçluyu sorumlu tutmak kural olarak mümkün değildir[96].

---

[93] Krş. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 62; **Barlas,** s. 204; **Albaş,** s. 207.

[94] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 106, N. 42; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 153.

[95] **Barlas,** s. 205; **Albaş,** s. 205. Doktrinde bir görüş, tefeciden alınan borçlarda ona ödenen faizlerin bile aşkın zarar olarak talep edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Domaniç, Hayri,** Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, Ankara 1998, s. 65. Kanaatimizce TBK m. 27 dikkate alındığında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca ahlaka aykırılık noktasına ulaşmış faizlerin talep edilemeyeceği yönünde bkz. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 61; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 153.

[96] **Barlas,** s. 205; **Albaş,** s. 205.

İstisnaen, alacaklı fazla miktarda kredi almasının haklı sebeplere dayandığını ispatlayabilirse, fazla kısma denk gelen masraflar, bu kısmın alacaklıya sağladığı menfaatler düşülerek talep edilebilir[97].

Alacaklının kullandığı krediye ilişkin maliyetlerinin tamamı borçludan istenemez. Bu bakımdan alacaklı, ödediği faiz ve banka komisyonu ile mevzuat veya örf ve adet kuralları gereğince kredi alanın ödemek zorunda olduğu masrafları talep edebilir. Buna karşılık, kredi verenin katlanması gerektiği hâlde sözleşmeyle alacaklıya yükletilen masrafların aşkın zarar olarak borçludan talep edilememesi gerekir[98].

Bir görüşe göre, alacaklının borçludan talep edebileceği faiz ve masraflar, yalnızca temerrüt süresi ile sınırlıdır. Temerrüdün sona ermesinden sonraki süreç için ödenen masraf ve faizler aşkın zarar olarak talep edilemez[99]. Başka bir görüş ise, böyle bir sınırlama olmaması gerektiğini savunmaktadır[100]. Bu görüşe göre, borçlunun temerrüdü sonucunda alacaklı örneğin bir yıl vadeli bir kredi almış olabilir. Temerrüde düşen borçlunun iki ay sonra borcunu ödemesi hâlinde, alacaklının daha on ay boyunca kredi ve faiz ödemesi gerekir. Bundan kaynaklanacak problemleri önlemek amacıyla süre sınırlamasına gidilmesi yerine, alacaklının kredi sebebiyle yaptığı tüm masraflardan edime kavuşması sonucunda elde edeceği faydaların düşülmesiyle bir sonuca ulaşılması isabetli olur[101]. Kanaatimizce konuyu tüketici kredileri ve ticari krediler bakımından ele almak gerekir. Tüketici kredilerinde erken ödeme hâlinde, ileriye dönük faiz ve diğer maliyet unsurlarında indirim yapılmaktadır (TKHK m. 27,

[97] **Albaş,** s. 205, 206.

[98] **Barlas,** s. 205; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200.

[99] **Barlas,** s. 205.

[100] **Albaş,** s. 207, 208.

[101] **Albaş,** s. 208.

37)[102]. Bu bakımdan alacaklı tüketici kredisi almışsa, temerrüde düşülen edime kavuştuğunda kredi borcunu erken ödeme yoluyla sona erdirebilir. Böyle bir durumda kredinin kapatılmasından sonraki döneme ilişkin faiz ve masraflar silineceği için yukarıdaki tartışmaya gerek kalmaz. Krediyi mümkün olan en kısa zamanda kapatan alacaklının erken ödemeye rağmen yapmış olduğu masraflar ise borca aykırılığın uygun sonucu olduğu için müspet zarar olarak talep edilebilir[103]. Alacaklı geç elde ettiği edimle krediyi kapatma yoluna gitmezse, artık kendi seçiminin sonuçlarına katlanmalı ve kredinin ifadan sonraki dönemine ilişkin faiz ve masrafları talep edememelidir. Ticari kredilerde ise kredi alanın erken ödeme yaparak krediyi kapatma talebinde bulunması hâlinde bankalar bu talebi kabul etmek zorundadır (TCMB 2020/4 Sayılı Tebliği, m. 11/III, IV)[104]. Bu bakımdan ticari kredilerde erken ödeme hâlinde, ileriye dönük faiz ve diğer maliyet unsurlarında indirim yapılmaktadır (TCMB 2020/4 sayılı Tebliğ, m. 11/II). Bu bakımdan, geç ifayla para alacağına kavuşan alacaklının bu parayla vakit kaybetmeksizin kredi borcunu erkenden kapatması mümkündür. Bu durumda alacaklı ileriye dönük faiz ve masrafları ödemekten kurtulur. Ancak, ticari kredilerde erken ödeme hâlinde, kredi alandan "erken ödeme ücreti" adı altında bir ücret alınmaktadır[105]. Kanaatimizce dürüst ve makul davranan bir alacaklının krediyi erken kapatma yolunu seçmesi gerekir. Bu sebeple alacaklıdan tahsil edilen "erken ödeme ücreti", borçlunun borca aykırı

[102] Ayrıca bkz. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği (RG, T. 22.05.2015, S. 29363) m. 15, 16.

[103] Konut kredilerinde erken ödeme hâlinde belirli bir oranda erken ödeme tazminatı alınmaktadır. Bkz. TKHK m. 37/II, Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği (RG, T. 28.05.2015, S. 29369) m. 11. Bunun gibi hâllerde alacaklı erken ödeme tazminatı gibi bir masraf yapmışsa bunu da müspet zarar olarak talep edebilmelidir.

[104] Bkz. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından çıkarılan, Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 2020/4 sayılı Tebliğ (RG, T. 10.02.2020, S. 31035) ve bu tebliğde değişiklik yapılmasına ilişkin 2020/8 (RG, T. 11.03.2020, S. 31065) ile 2021/13 (RG, T. 01.03.2021, S. 31410) sayılı Tebliğler.

[105] Bkz. TCMB 2020/4 Sayılı Tebliğ, m. 11.

davranışı ile illiyet bağı içerisinde bulunan bir masraf olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla alacaklı bu masrafı bir zarar kalemi olarak borçludan talep edebilir. Alacaklı edimle krediyi kapatma yoluna gitmezse, kendi seçiminin sonuçlarına katlanmalı ve kredinin ifadan sonraki dönemine ilişkin faiz ve masraflarını talep edememelidir. Diğer taraftan, alacaklının makul şartlarda kredi sağlaması zararı azaltma külfeti kapsamında denetleneceği için, ayrıca kredinin süresine göre sınırlamaya gidilmesine çoğu zaman gerek kalmaz. İstisnaen, yukarıdaki tüm imkânlara rağmen alacaklının tüm kredi masraflarının aşkın zarar olarak tazmin edilmesi onu zamanında ifadan daha iyi bir hâle getiriyorsa, bu fazlalık kısmın düşülmesi isabetli olur.

cc. İfa Yerine Müspet Zarar Kalemleri

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâlinde alacaklı ifa ve gecikme tazminatı yerine ifadan vazgeçerek müspet zarar (ifa yerine müspet zarar) talep edebilir. Gerekli şartları sağlayıp ifa yerine müspet zarar isteyen alacaklı, ifa edilmeyen edimin yerine satın aldığı şey için yaptığı masrafları alacaklıdan isteyebilir. Zira burada edimin ifası talebinden vazgeçildiği için ikame alımdan doğan masrafların müspet zarar olarak tazmin edilmesinde bir mahzur bulunmamaktadır.

İfa yerine müspet zarar kapsamında istenebilecek olan masraflar, ikame alım için yapılan masraflar ve yeni bir sözleşme kurmak için girişilen masraflar şeklinde meydana gelebilir[106]. Örneğin, alacaklı, borçlunun on ton demir edimini ifada

[106] **Havutçu,** s. 74. *"Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müsbet zarardır. Diğer bir anlatımla müsbet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. 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 (iki ihale arasındaki fark) onun müsbet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. Davacı idare, 18.750 kg. incir için davalıya 4.757 lira ödeyecekken davalının edimini yerine getirmemesi nedeniyle aynı miktar kuru inciri 7.875*

temerrüde düşmesi üzerine borçluya süre vermiş, borcun bu sürede ifa edilmemesi üzerine ifadan vazgeçtiğini bildirmiştir. Bu durumda alacaklı on ton demiri üçüncü bir kişiden almak için ödediği bedeli borçludan müspet zarar olarak talep edebilir[107]. Bunun yanında alacaklının üçüncü kişiyle sözleşme kurmak için yaptığı masraflar da müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir.

Alacaklının ikame alımı kural olarak aynen ifadan vazgeçtikten sonra yapması gerekir. Zira ifadan vazgeçme anına kadar borçlunun edimi ifa edilebilir niteliktedir. Dolayısıyla temerrüt anından ifadan vazgeçme bildirimine kadar olan süreçte borçlu edimini ifaya yetkilidir. Bu süreçte borçlunun edimi ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşer. Bu sebeple, kural olarak ikame alımın temerrüt ile ifadan vazgeçme anı arasında değil, ifadan vazgeçme anından sonra yapılması gerekir. Ancak, alacaklı söz konusu süreçte acil ihtiyacı olduğu için ikame alım yapmış, borçlu da verilen ek sürede edimi ifa etmemişse bu ikame alımdan doğan masrafın müspet zarar olarak tazminine imkân tanımak yerinde olur.

İfa yerine müspet zarar kapsamında ikame alımdan doğan masrafların bir zarar kalemi olarak talep edilebilmesine sınırsız bir biçimde izin verilmemelidir. Bu bakımdan, yalnızca borçlunun temerrüdü ile uygun illiyet bağı kurulabilen ikame alım masrafları tazmin edilebilir. Örneğin, ifadan vazgeçme bildiriminin üzerinden makul kabul edilemeyecek kadar uzun bir zaman geçtikten sonra yapılan ikame alımdan doğan masraflar, haklı bir sebep olmadıkça müspet zarar olarak talep edilememelidir. Diğer taraftan, ikame alım masrafı adı altında dürüstlük kuralının sınırlarını aşacak

liradan almak zorunda kalmıştır; işte müsbet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.". HGK 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk).

[107] Bu durumda mübadele yöntemi uygulanırsa, alacaklı kendi edimini ifa eder. Fark yöntemi uygulandığında ise alacaklı kendi edimini ifa etmeksizin, ikame alımda ödediği bedel ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkı müspet zarar olarak talep eder.

nitelikte yüksek ikame alım bedeli ve masrafının tazmin edilmesine de izin verilmemelidir[108].

b. Diğer Borca Aykırılık Hâllerinde

TBK m. 112'nin uygulama alanına giren kusurlu sonraki imkânsızlık hâlinde, alacaklı en geniş kapsamda müspet zararını talep edebilir. Zira sonraki imkânsızlıkta borçlunun ifa edebileceği bir edim bulunmamaktadır. Bu bakımdan borçlunun aslî edim yükümlülüğünün yerini, tâli edim yükümlülüğü olan tazminat ödeme borcu almıştır. Dolayısıyla, alacaklının talep edeceği tazminat borçlunun imkânsızlaşan ediminin değerini kapsar. Bu sebeple alacaklı, yaptığı ikame alımın bedelini ve bundan doğan masraflarını bir zarar kalemi olarak talep edebilir. İkame alım sebebiyle yapılan bu masrafların borca aykırılık ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunması ve dürüstlük kuralını aşacak nitelikte yüksek bir masraf olmaması gerekir. Alacaklı ile aynı şartlar altındaki dürüst ve makul bir insan tipinin ikame alım için yapacağı masrafı aşan masrafların, yalnızca makul olarak kabul edilebilecek kısmı müspet zarara dâhil edilmelidir.

Gereği gibi ifa etmeme hâlinde ifa kabul edilmiştir, yani edim borcu ifa edilmiş ve alacaklının eline geçmiştir. Ancak, ya edim nitelik bakımından ayıplı ifa edilmiş ya da yan yükümlülüklere aykırı davranılmıştır. Yan yükümlülüklere aykırılık hâlinde edimin kendisinde bir problem olmadığı için ikame alım söz konusu olmaz. Bu ihtimalde alacaklı yalnızca gereği gibi ifa etmemeden doğan diğer zararlarını talep edebilir. Buna karşılık, kötü (ayıplı) ifada ikame alımı farklı ihtimallere göre değerlendirmek gerekir.

TBK m. 112 kapsamındaki kötü (ayıplı) ifa sebebiyle müspet zarar talebinde ikame alıma yer olmamalıdır. Zira ayıplı da olsa edime kavuşmuş olan alacaklının,

[108] Bkz. Bölüm III, § 9, III, C, 1, b, aa.

bunun üstüne bir de ikame alımdan doğan masraflarını zarar olarak talep etmesi tazminatla zenginleşme yasağına aykırılık teşkil eder. Bu durumda alacaklı yalnızca ayıplı ifadan kaynaklanan müspet zararını talep edebilir. Edimdeki ayıp ikame alımı gerektirecek kadar önemli derecedeyse, alacaklı edimi kabul etmemeli veya ona sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır.

Satış sözleşmesinde edimin ayıplı olması hâlinde alıcı, edimin onarılması, ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi veya bedelden indirim yapılması haklarından biriyle birlikte müspet zarar talep edebilir. Bu hâllerde edimin değerindeki eksiklik söz konusu seçimlik haklardan biriyle giderildiği için kural olarak ikame alıma yer yoktur. Ayıplı ifada hiç menfaati kalmayan alıcı, sözleşmeden dönme yoluna gitmelidir. Diğer taraftan, alıcı bu haklardan birini kullanmaksızın genel hükümlere göre müspet zararının tazminini talep edebilir. Ancak, kanaatimizce bu ihtimalde de ikame alım için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. İstisnaen, alıcı, edimin onarılması veya benzeriyle değiştirilmesine kadar geçen sürede ikame bir mal kiralamışsa, ancak bu kira bedeli müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir.

Kira sözleşmesinde kiracı kiralananın onarımı süresince şeyi kullanamadığı için başka bir şey kiralamışsa, bu kira bedelini müspet zarar olarak talep edebilmelidir. Ayıp sebebiyle sözleşmeyi feshedip yeni bir yeri daha yüksek bir bedelle kiralayan kiracı ise bu bedel ile feshedilen sözleşmedeki bedel arasındaki farkı müspet zarar olarak talep edebilir[109].

[109] *"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. Somut olayda, davacının yöneticisi için kiraladığı taşınmazın davalı kiralayan tarafından kullanıma elverişli bir şekilde teslim edilmemesi nedeniyle davacı, yöneticisi ve ailesi için dava dışı şirkete otel masrafları adı altında 34.710, TL ödemek zorunda kalmış ve buna ilişkin faturayı dosyaya ibraz etmiştir. 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,*

C. Üçüncü Kişiye Ödenen Tazminat ve Ceza

Alacaklı, borçlunun edimini ifa edeceği inancıyla bir üçüncü kişiyle sözleşme yapmış olabilir. Borçlunun edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmemesi, alacaklının üçüncü kişiyle arasındaki bu sözleşmeyi olumsuz etkileyebilir. Gerçekten, borçlunun borca aykırı davranışı, alacaklının kendi alacaklısına karşı yüklendiği borcu gereği gibi yerine getirememesine sebep olabilir. Bu durumda alacaklının kendi alacaklısının ona karşı edimin ifası dışında bazı hukukî talepleri olacaktır. Sonuçta alacaklı, kendi alacaklısına tazminat veya ceza koşulu gibi ödemelerde bulunmak zorunda kalacağı gibi, bunun dışında bazı masraflar da yapar. Alacaklının üçüncü kişiye karşı sorumluluğundan kaynaklanan masrafları, ödeme yaptığı oranda malvarlığının aktiflerinin azalmasına, yalnızca borçlandığı oranda ise pasiflerinin artmasına sebep olur[110].

Sorumluluk menfaati (*Haftungsinteresse*)[111] denilen bu zararların borçludan istenip istenemeyeceği, müspet zarar bakımından önemli bir meseledir. Alacaklının üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat başka bir hukukî ilişkiden doğmakla birlikte, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple söz konusu masraflar ile borçlunun sözleşmeyi ihlali arasında uygun illiyet bağı

---

kiralayanın kiralananı kullanıma hazır hâle 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 hâlde davacıya teslim edilmiş olsa dahi yapılacak giderlerdir. Mahkemece yapılacak iş, davacı tarafından dava dışı otele ödenen kira bedeli içindeki yemek ve sair giderler düşüldükten sonra salt konaklama bedelinin ne kadar olduğu, davacının emsal bir daireyi kiralayabileceği makul sürenin ve kira bedelinin belirlenerek buna göre dava dışı otele ödenen bedelden davacının talep edebileceği miktarın belirlenmesi…". HGK, 29.06.2016 T., 2014/1169 E., 2016/863 K. (HukukTürk).

[110] **Aral,** s. 163.

[111] Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 110; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 281.

bulunmaktadır. Dolayısıyla, alacaklı söz konusu masrafları borçludan müspet zarar olarak talep edebilir[112].

Sorumluluk menfaati kapsamında borçludan müspet zarar olarak talep edilebilecek masraflar, en başta alacaklının üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminattır. Gerçekten alacaklı üçüncü kişiye temerrüt hâlinde aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı veya para borçlarında temerrüt faizi ve aşkın zarar ödemek durumunda kalır. Diğer taraftan, alacaklı, kendi alacaklısına karşı imkânsızlık sebebiyle borcunu hiç ifa edememiş veya alacaklısı temerrütte ifa yerine tazminat istemişse geniş kapsamlı müspet zarar, sözleşmeden dönmüşse menfi zarar öder. Alacaklı, türü fark etmeksizin üçüncü kişiye ödediği tazminattan doğan masrafını, borçludan müspet zarar olarak talep edebilir. Diğer taraftan alacaklı borca aykırılık yüzünden üçüncü kişiye ceza koşulu da ödemiş olabilir.

Örneğin, borçlunun para borcunu zamanında ifa etmemesi sebebiyle, alacaklı da üçüncü kişiye olan borcunu zamanında ifa edemeyip sonuçta temerrüt faizi ve aşkın zarar ödemiş olabilir. Benzer şekilde, alacaklı üçüncü kişiye karşı temerrüde düşmemek için başka bir yerden yüksek faizle kredi sağlamış olabilir. Alacaklının birinci hâlde üçüncü kişiye ödediği temerrüt faizi ve aşkın zarar, ikinci hâlde ise kredi için ödediği faiz, onun borçludan müspet zarar olarak talep edebileceği masraflardır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu masrafların yalnızca temerrüt faizinin üstündeki kısmı aşkın zarar olarak talep edilebilir[113].

---

[112] **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 13; **von Tuhr/Escher,** s. 144; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 29; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2673; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 109, 110; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 34; **Schwenzer,** OR, N. 66.03; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 856, 925; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079, 1141; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481; **Aral,** s. 164. BGE 116 II 443, 444. 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K.; HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[113] **von Tuhr/Escher,** s. 147; **Öçal,** s. 152 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 151, 152; **Barlas,** s. 203. Krş. **Domaniç,** s. 65.

Alacağını zamanında elde edemeyen alacaklı, üçüncü kişiye olan borcunu ifa edememesi sebebiyle haczedilen mallarının düşük bedelle satılmasından, iflas etmesinden veya ticari itibarının sarsılmasından doğan zararlarını borçludan müspet zarar olarak talep edebilir[114]. Yine alacaklının kendi alacaklısına borcunu zamanında ifa edememesi sebebiyle ödemek zorunda kaldığı teminat masrafları ve vergiler de talep edilebilecek müspet zarara dâhildir[115]. Borçlunun borcunu zamanında veya hiç ifa etmemesi sonucu alacaklı dava veya icra takibine muhatap olmuşsa, kendi alacaklısına ödediği tazminatın yanında, bu takipler sebebiyle yaptığı masrafları da borçludan müspet zarar olarak talep edebilir[116]. Bu kapsamda, alacaklının avukatına ödediği vekâlet ücreti, mahkeme tarafından kendisine yükletilen yargılama giderleri, üçüncü kişinin (kendi alacaklısı) avukatına ödediği ücretin alacaklıdan tazmin edilen kısmı veya icra takibi yüzünden yapmak zorunda kaldığı masraflar, makul ve dürüst davranan bir kişinin kaçınabileceği kısım hariç olmak üzere, borçludan müspet zarar olarak istenebilir[117].

Alacaklı, üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat, ceza koşulu, dava ve takip giderleri gibi malvarlığına fiili zarar olarak yansıyan masraflar ile borçlunun borca aykırılığı arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispatlamalıdır[118]. Diğer taraftan, borçlu da aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, borçlu, alacaklının üçüncü kişiye borca aykırılıktan kaynaklanan bir ödemede bulunmak zorunda kalmadığını veya alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur. Benzer şekilde, borçlu,

---

[114] **Domaniç,** s. 65; **Öçal,** s. 152, 153; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200; **Barlas,** s. 203.

[115] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 925. Krş. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200.

[116] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200.

[117] Alacaklının icra takibini ertelemek için yatırdığı teminat masraflarının da talep edilebileceği yönünde bkz. 11. HD,17.06.1975 T., 1713 E., 4071 K. (**Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200'den naklen).

[118] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 200; **Barlas,** s. 203. 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K. (HukukTürk).

alacaklının üçüncü kişiye karşı sahip olduğu def'i ve itirazları ileri sürmediğini ispat edebilir. Ayrıca borçlu, borcunu tam ve zamanında ifa etseydi bile alacaklının üçüncü kişiye olan borcunu yine de ifa etmeyeceğini veya kendi borcunun alacaklının üçüncü kişiye olan borcundan miktar olarak çok daha az olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[119].

Alacaklının zararı azaltma külfeti, borçlunun üçüncü kişiye yapılan ödemelerden kaynaklanan zarardan sorumluluğu bakımından önemli bir rol oynar. Bu bakımdan, özellikle para borçlarında alacaklının üçüncü kişiye olan borcunu zamanında ifa edebilecek mali güç ve likiditeye sahip olmasına rağmen temerrüde düşmesi, olayın özelliğine göre zararı azaltma külfetine aykırılık olarak değerlendirilebilir. Yine, alacaklının düşük faizle kredi sağlayarak üçüncü kişiye olan borcunu zamanında ifa etme fırsatı olmasına rağmen kasten veya ağır ihmâlle bunu yapmayıp temerrüde düşmesi hâlinde zararı azaltma külfetine aykırılık kabul edilebilir. Böyle hâllerde hâkim, müspet zarar olarak talep edilen tazminatın miktarında indirime gidebilir.

D. Edimin Değerinin Düşmesinden Kaynaklanan Zararlar

Borçlunun borçlandığı edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan zararlar müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir. Bu başlık altında para borçlarında temerrüt ve diğer borca aykırılık hâlleri arasında ayrım yapmak gerekir. Zira edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan zararlar, para borçları bakımından özel bir öneme sahiptir. Gerçekten günlük hayatta genel geçer ödeme ve değişim aracı olan para, değeri en çok değişiklik gösteren metadır. Hâliyle, para borcunun ifasında temerrüde düşüldüğünde edimin değer kaybının tazmin edilip edilmeyeceği ayrı bir önem arz etmektedir.

[119] **Barlas,** s. 203.

1. Para Borçlarında

Para borcunun borçlusu temerrüde düştüğünde, kusursuz sorumluluk esasına göre temerrüt faizi ödeme, kusur esasına göre ise aşkın zararı tazmin etme yükümlülüğü doğar. İlke olarak, temerrüt faizi alacaklının alacağına geç kavuşmasından kaynaklanan zararlarını karşılamaktadır. Bununla birlikte, alacaklı temerrüt faizinden fazla zarara uğramış olabilir. Bu doğrultuda özellikle paranın değer kaybından doğan zararlar, müspet zararın bir görünüm biçimi olan aşkın zarar niteliğine bürünebilir. Aşağıda, edim borcunun Türk parası veya yabancı para olmasına göre açıklamalar yapılmıştır.

a. Paranın Değer Kaybetmesinden Doğan Zararlar

Paranın değerinde yaşanan kayıpların, şartları varsa aşkın zarar olarak talep edilebileceği yukarıda ifade edilmiştir. Zira borçlunun temerrüdünden sonra paranın alım gücünde meydana gelen azalma, tazmini gereken bir müspet zarar teşkil eder. Para borcu diğer edim borçlarından farklı bir niteliğe sahiptir. Gerçekten para alacağında alacaklının ifa menfaati, edimin cismanî varlığından ziyade onun sahip olduğu soyut satın alma gücüne ilişkindir. Borçlunun temerrüde düşmesi ile borcunu ifa etmesi arasında geçen sürede paranın sahip olduğu bu satın alma gücü azalmışsa, alacaklı bir zarara uğramış demektir.

Ülke parasının o ülke içerisinde satın alma değerinin düşmesi enflasyon olarak adlandırılır[120]. Enflasyonun normal düzeyde olduğu dönemlerde paranın değer kaybı pek önem arz etmez. Buna karşılık, yüksek enflasyonun söz konusu olduğu ekonomilerde borçlunun temerrüdü ile ifa tarihi arasında paranın değerinde hissedilir bir düşüş meydana gelir. Özellikle temerrüt faizinin enflasyon oranının altında kaldığı hâllerde, alacaklı temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zarara uğrar.

[120] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 108; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 162; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 918.

Baştan belirtmek gerekir ki borçlunun temerrüde düşmesine kadar paranın alım gücünde meydana gelen azalma müspet zarar tazminatının kapsamı dışında kalır. Gerçekten, bu süreçteki kayıplara alacaklının katlanması gerekir. Zira paranın temerrüt anına kadarki değer kaybı, temerrüt ile uygun illiyet bağı içerisinde değildir[121].

Türk/İsviçre hukukunda doktrin[122] ve uygulamada[123] kural olarak paranın alım gücünün azalmasından doğan zararların tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, paranın alım gücündeki azalmanın sebep olduğu zararın ispatı konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, kural olarak alacaklı parayı zamanında elde etseydi değer kaybına uğramayacak şekilde değerlendireceğini ispat etmelidir[124]. Diğer görüşe göre

---

[121] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 162, 163.

[122] **BK OR-Becker,** Art. 106, N. 4; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 108, 109; **Akman,** s. 628 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 943, 944; **Barlas,** s. 212; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1130 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 907 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 162 vd. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495.

[123] Ülkemizde yaşanan ve herkesçe bilinen yüksek enflasyon oranı nedeniyle alacaklının zararının temerrüt faiziyle karşılanmasının mümkün olmadığı, aşkın zararın varlığı yönünde fiili bir karine bulunduğu, aksini borçlunun kanıtlaması gerektiği yönünde bkz. 4. HD, 04.03.1986 T., 1986/685 E., 1986/2012 K. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 944'ten naklen); 13. HD, 13.02.1997 T., 1996/9985 E., 1997/810 K. (YKD, 1997, C. 23, S. 5, s. 733 vd.); 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K.; 11. HD, 06.10.2009 T., 2008/6092 E., 2009/10171 K.; 11. HD, 06.12.2016 T., 2015/15144 E., 2016/9357 K.; HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk).

Yargıtay'ın paranın alım gücünün düşmesinin (enflasyonun) tek başına munzam zarar olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararları da bulunmaktadır: *"Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez."*. 15. HD, 10.04.2008 T., 2006/7441 E., 2008/2339 K. (HukukTürk); "*…Yalnız toptan eşya fiyat endeksine göre belirlenen enflasyon olgusu, para borçlarında alacaklının munzam zarara uğradığını ispata yeterli sayılamaz."*. 13. HD, 26.04.1984 T., 1984/2506 E., 1984/3157 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 11. HD, 08.11.1983 T., 1983/4297 E., 1983/4879 K. (YKD, 1984, C. 10, S. 2, s. 261 vd.); 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K. (HukukTürk).

[124] **BK OR-Becker,** Art. 106, N. 4; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 106, N. 31; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 108.

ise alacaklı aşkın zararını ispatla yükümlü olmakla birlikte, burada bir karineden yararlanır[125]. Bu sebeple alacaklının, temerrüt tarihi ile borcun fiilen ifa edildiği tarih arasında paranın alım gücünde bir azalma meydana geldiğini gösteren delilleri ibraz etmesi yeterlidir. Bu deliller, resmî istatistikler veya yetkili makamlardan alınan raporlar gibi belgelerdir[126]. Esasen her iki görüş de benzer şeyleri savunmakta, ancak biri normal enflasyon zamanını temel alırken, diğeri yüksek enflasyon zamanını dikkate almaktadır. Yargıtay'ın bu konudaki kararları bakımından ise bir tutarlılık bulunmamaktadır[127].

---

[125] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 943, 944; **Akman,** s. 630 vd.; **Barlas,** s. 213; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 918.

[126] **Barlas,** s. 213; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 918. *"Bu durumda, mahkemece borçlunun temerrüde düştüğü tarihten, ödemenin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde, her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, bu oranın eşya fiyatlarına yansıma durumu, mevduat ve Devlet Tahvil'lerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurları ve altın ile paranın değerine etki eden diğer tüm enstrümanlara ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak ve bu suretle bir ekonomi yatırım sepeti oluşturmak suretiyle sahasında uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılarak, anılan süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarını yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenen bu zarar miktarından davacının alacağını tahsil ederken alması gereken temerrüt faizi miktarı düşülerek, hasıl olacak sonuç çerçevesinde hüküm kurulması gerekirken..."*. 11. HD, 06.12.2016 T., 2015/15144 E., 2016/9357 K. (HukukTürk). Ayrıca bkz. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K.; 11. HD, 06.10.2009 T., 2008/6092 E., 2009/10171 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk).

[127] Yargıtay'ın bazı kararlarına göre, aşkın zararın ödenebilmesi için uğranılan zararın ve miktarının ispat edilmesi gerekir. Yüksek mahkeme soyut bir aşkın zarar iddiasını kabul etmemekte, alacaklının gerçekten zarara uğradığını somut delillerle ispatlamasını aramaktadır. Örneğin, *"...davacının mücerret altın satın alacağı yolundaki beyanına dayanılarak yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir."*. 11. HD, 20.01.1983 T., 1983/5774 E., 1983/128 K. (YKD, 1983, C. 9, S. 4, s. 554 vd.). *"Öte yandan, faizi aşan zarar olarak talep edilen munzam zarar hesabının, yukarda anılan teknik bilirkişi raporu alındıktan sonra buna göre hesap edilmesi, faiz dışındaki zararın ne şekilde oluştuğu somut olarak belirtilerek hüküm altına alınması gerekirken soyut bir munzam zarar hesabı yapılması da usul ve yasaya aykırıdır."* 15. HD, 22.9.1995 T. 1995/4114 E., 1995/4916 K. (**Eren,** Borçlar Genel, s. 1130'dan naklen); *"...enflasyon olgusu, para borçlarında alacaklının munzam zarara uğradığını kanıtlamaya yetmez. Bu nedenle temerrüt faizi dışındaki istemin ek zarar ispatlanmadıkça reddi gerekir."* 13. HD, 26.04.1984 T., 1984/2506 E., 1984/3157 K.

Bu konuyu ele alırken normal enflasyon dönemleri ile yüksek enflasyon dönemleri arasında bir ayrım yapılması faydalı olur. Normal enflasyon dönemlerinde, yalnızca enflasyon oranı aşkın zararın kabulü için yeterli görülmemelidir[128]. Zira aşkın

(HukukTürk). Aynı yönde bkz. 11. HD, 08.11.1983 T., 1983/4297 E., 1983/4879 K. (YKD, 1984, C. 10, S. 2, s. 261 vd.); HGK, 19.06.1996 T., 1996/144 E., 1996/503 K.; 15. HD, 10.04.2008 T., 2006/7441 E., 2008/2339 K.; 15. HD, 12.05.2016 T., 2016/1049 E., 2016/2737 K. (HukukTürk).

Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında zararın ispatı bakımından bir fiili karine kabul edilmiştir. Örneğin, *"Ülkenin yaşadığı yüksek oranlı enflasyon nedeniyle alacaklının, alacağını zamanında elde etseydi bunu vadeli bir banka hesabına veya benzeri gelir getiren yerlere yatırarak yararlanması beklenen bir davranıştır ve toplumun içinde bulunduğu ekonomik-sosyal yaşantıya uygun düşer."*. 4. HD, 04.03.1986 T., 1986/685 E., 1986/2012 K. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 944'ten naklen). *"Olayımızda yasal bir karine yoktur. Buna karşılık yaşanan hayatın gerçekleri ve olaylarından çıkan eylemli bir karinenin varlığı tartışmasızdır. Ticari hayatın içinde olan davacının eline geçecek parayı işinde değerlendirmesi veya en azından vadeli banka hesabına veya benzer gelir getiren kurumlara yatırarak en iyi şekilde yararlanması beklenebilecek bir davranış olup, bu davranış toplumumuzun içinde bulunduğu ekonomik-sosyal yaşantısına da uygun düşer. Bu tür getiri oranlarının temerrüt faizinden fazla olduğu hususu da bilinen bir vakıadır. Bu nedenle davacının temerrüt faizinden fazla bir zararı olduğu ortadadır. Davalı bu karinenin aksini ispat etmek durumundadır."*. 13. HD, 13.02.1997 T., 1996/9985 E., 1997/810 K. (YKD, 1997, C. 23, S. 5, s. 733 vd.). *"Enflasyonist ortamda bireyin, parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması, en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşen bir karinedir. Enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüsünün doğal bir sonucudur. Yasal deyimi ile "maruf ve meşhur" vakıaların ispatına gerek yoktur (HUMK m.238/2, HMK 187/2). 20.10.1989 tarih ve 3 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "para her zaman kullanılması mümkün ve temettü getiren bir meta olduğundan geç ödenmesi hâlinde zararın vücudu muhakkaktır" şeklindeki kabul de bu hukuki tespit ve bulguları doğrulamaktadır."*. 11. HD, 06.12.2016 T., 2015/15144 E., 2016/9357 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. HGK, 05.07.2000 T., 2000/1072 E., 2000/1124 K.; 11. HD, 15.05.2006 T., 2005/6024 E., 2006/5636 K.; 11. HD, 06.10.2009 T., 2008/6092 E., 2009/10171 K.; 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk).

[128] *"Munzam zararın enflasyonun gündemde olmadığı ve döviz kurlarının da istikrar kazandığı dönemlerde doğmuş olması hâlinde ise, ispat yükü bakımından durum farklı olup, buna ilişkin Dairemiz'in uygulaması, alacaklının munzam zararını somut olarak kanıtlaması gerektiği yönündedir. Somut olayda, davaya konu paranın 09.12.1999 tarihinde X A.Ş'ye yatırıldığı ve 09.05.2016 tarihinde temerrüt faizi ile birlikte tahsil edildiği, munzam zararının oluştuğu iddia edilen dönemin 16 yıllık bir süreci kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece, munzam zararın oluşumundaki zaman kesitinin ekonomik koşullarının farklılığı gözetilmeden tüm dönem için somut ispat arayan yazılı*

zararın talep edilebilmesinin şartlarından biri temerrüt ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olmasıdır. Bunu ispat yükümlülüğü ise alacaklıya düşmektedir. Normal enflasyon dönemlerinde, alacaklının para zamanında ifa edilse hemen başka bir değere çevirerek veya elinden çıkararak paranın değer kaybından korunacağı yönünde bir karine kabul edilmemektedir. Bu sebeple alacaklının edim zamanında ifa edilseydi onu başka bir şekilde değerlendireceğini ispatlaması gerekir[129]. Alacaklı burada bir karineden yararlanamaz. Bu bakımdan, alacaklı, para zamanında ifa edilseydi onu döviz, kıymetli maden veya hisse senedi gibi bir değere çevireceğini ispatlamalıdır. Benzer şekilde, alacaklı, borç zamanında ifa edilseydi bu parayla satın alacağı bir şeyin fiyatının fiili ifa gününe kadar arttığını ispat edebilirse, aradaki farkı aşkın zarar olarak isteyebilir[130].

Yüksek enflasyon dönemlerinde para borcunun ifasında temerrüdün her zaman müspet zarara sebep olduğu kabul edilmelidir[131]. Zira böyle dönemlerde paranın zaman değeri önemlidir. Bununla birlikte, yine de kural olarak alacaklının zarara uğradığını ispat etmesi gerekir. Çünkü yüksek enflasyon olsa bile alacaklının uğradığını iddia ettiği zarar ile temerrüt arasındaki illiyet bağını ortaya koyması gerekir. Ancak, alacaklı bu konuda bazı ispat kolaylıklarından yararlanabilir. Gerçekten, yüksek enflasyonun olduğu ekonomilerde paranın elde tutulmayacağı, mümkün olan en kısa sürede değerini koruyacak önlemlerin alınacağı yönünde fiili bir karine kabul edilebilir[132]. Makul, dürüst ve normal bir insan tipi yüksek enflasyonun

gerekçe ile sonuca gidilmesi isabetli görülmemiştir." 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K. (HukukTürk).

[129] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 108.

[130] Aynı yönde bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 108; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 165 vd.

[131] **Akman,** s. 628 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 944; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 169; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 918.

[132] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 108, 109; **Akman,** s. 633 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 944; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 165 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 918. 4. HD, 04.03.1986 T., 1986/685 E., 1986/2012 K. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 944'ten naklen); 13. HD, 13.02.1997 T.,

olduğu dönemlerde parasını hemen döviz veya kıymetli maden gibi bir değere çevirerek ya da elinden çıkararak paranın değer kaybından korunur. Bu sebeple, yüksek enflasyonun olduğu dönemlerde alacaklının paranın satın alma gücünün düştüğünü gösteren delilleri ortaya koyması yeterli kabul edilmelidir. Alacaklıdan ayrıca değer düşüşünden etkilenmemek için parayı nasıl değerlendireceğini somut olarak ispatlaması beklenmemelidir. Bu bakımdan, alacaklı enflasyon oranı, fiyat endekslerindeki değişiklikler ve mevduat faizi oranları gibi paranın değer kaybını ortaya koyan resmî istatistikler veya yetkili makamlardan alınan raporları ibraz edebilir. Ayrıca, alacaklının paranın değerinin azalması sebebiyle uğradığı zararın bilirkişiye hesaplattırılması gerektiği kabul edilmektedir[133]. Diğer taraftan, hâkim zararın gerçek miktarını TBK m. 50/II gereğince somut olayın özelliğine göre takdir yetkisini kullanarak belirler[134].

Paranın değer kaybetmesinden doğan zararını talep eden alacaklının, bununla çelişen bir başka sebebe dayanarak tazminat istememiş olması gerekir. Örneğin, borç zamanında ifa edilseydi parayı başka bir işte değerlendirip kâr elde edebileceğini öne sürerek yoksun kaldığı kârı isteyen alacaklı, aynı zamanda paranın değer kaybından doğan zararı talep edemez[135]. Benzer şekilde, temerrüt üzerine başka bir yerden kredi alıp bunun için ödediği faiz ve masrafları müspet zarar olarak isteyen alacaklı, bunun yanında bir de paranın değer kaybından doğan zararı talep edemez. Çünkü alacaklı

1996/9985 E., 1997/810 K. (YKD, 1997, C. 23, S. 5, s. 733 vd.); HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 06.12.2016 T., 2015/15144 E., 2016/9357 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K.; 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K. (HukukTürk).

[133] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 943; **Barlas,** s. 213; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 171.

[134] **BK OR-Becker,** Art. 106, N. 4; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 109; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 943; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 170; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 918.

[135] **Barlas,** s. 213. Krş. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 173.

sağladığı krediyle zaten borcun zamanında ifa edilmesiyle ulaşacağı malî güce ulaşmış, bundan doğan zararlarını da talep etmiştir[136].

b. Yabancı Para Borçlarında Kur Değişikliğinden Doğan Zararlar

Yabancı para borçlarının ifasında temerrüde düşüldüğünde, temerrüt faiziyle karşılanamayan zararın aşkın zarar olarak talep edilmesi mümkündür[137]. Bu bakımdan ilke olarak kur değişikliğinden doğan zararların aşkın zararın tazminiyle giderilmesi gerekir[138]. Bununla birlikte, Türk hukukundaki yabancı para borçlarına ilişkin düzenlemeler sayesinde çoğu zaman aşkın zarar talebine gerek kalmaz. Konuyu aynen ödeme şartı olan (efektif) ve olmayan (yalın) yabancı para borçları bakımından ayrı ayrı ele almak faydalı olur[139].

TBK m. 99/II'ye göre, yabancı para ile ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen yabancı para olarak ödeme anlamına gelecek bir ifade bulunmadıkça, borçlu borcunu ödeme günündeki rayice göre Türk parası olarak ödeyebilir. Bu bakımdan, yalın yabancı para borçlarının aynen yabancı para olarak veya ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parası olarak ödenmesi mümkündür. Burada seçim hakkı borçludadır. Efektif yabancı para borçlarının ise belirlenen yabancı para üzerinden ödenmesi gerekir.

Yabancı para borcunun borçlusu temerrüde düştüğünde ise durum değişir. Gerçekten, TBK m. 99/III gereğince borçlu temerrüde düştüğünde seçim hakkı

---

[136] **Barlas,** s. 213; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 173.

[137] Kur kaybından doğan zararların aşkın zarar bakımından detaylı açıklaması için bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 175 vd.

[138] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 489; **Öçal,** s. 154; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1131; **Barlas,** s. 217; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 175 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 909 vd.

[139] Yabancı para borcunun ödemesinin yabancı para veya ülke parası ile yapılabileceği borçlara yalın yabancı para borcu denir. Buna karşılık tarafların, ödemenin mutlaka belirlenen yabancı para ile yapılacağını, ülke parasıyla yapılmayacağını açıkça kararlaştırdıkları borçlara efektif yabancı para borcu denir. Bkz. **Barlas,** s. 12.

alacaklıya geçer. Buna göre alacaklı, yalın yabancı para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde üç seçimlik hakka sahiptir. Gerçekten, alacaklı borcun aynen yabancı para olarak ödenmesini veya vadedeki kur üzerinden Türk parasıyla ya da fiili ödeme günündeki kur üzerinden Türk parasıyla ödenmesini isteyebilir. Efektif yabancı para borçlarında ise alacaklının böyle bir seçim hakkı bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan düzenleme yalnızca edim borcunun ifasına ilişkindir. Borçlu yabancı para borcunun ifasında temerrüde düştüğünde, alacaklı temerrüt faizi de isteyebilir. Temerrüt faizi tıpkı Türk parası borçlarında olduğu gibi, kusur şartı aranmaksızın talep edilebilir. 3095 sayılı Kanun m. 4a'ya göre, yabancı para borçlarında temerrüt hâlinde, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Yabancı para borçlarında temerrüt faizi hesabı ise şu şekilde yapılır. Yabancı para olarak ödeme talep edildiğinde temerrüt tarihinden itibaren fiili ifa gününe kadar temerrüt faizi hesaplanır. Alacaklının vade veya fiili ödeme günündeki Türk Lirası karşılığını talep etme hakkının olduğu hâllerde de yine önce yabancı para üzerinden süreye ve ona ilişkin oranlara göre temerrüt faizi hesaplanır. Daha sonra bu miktar belirlenen zamana göre Türk Lirasına çevrilir[140].

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, teorik olarak alacaklının yabancı para borçlarında kur farkından kaynaklanan aşkın zararını talep etmesi mümkündür. Ancak, çoğu zaman alacaklının böyle bir zararı söz konusu olmaz. Gerçekten alacaklı temerrüt hâlinde bir taraftan temerrüt faizi alır. Diğer taraftan ise hangi para birimiyle ve hangi tarihe göre ödeme kendisi için avantajlıysa onu seçebilir.

Yalın yabancı para borçlarının temerrüdü hâlinde farklı ihtimallere göre durumu açıklamak faydalı olur. Birinci ihtimalde, yabancı para temerrüt ile fiili ifa günü arasında Türk Lirası karşısında değer kazanmışsa, alacaklı temerrüt faizinin yanında,

[140] Bu konuda açıklamalar ve örnekler için bkz. **Barlas,** s. 158; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 490, 491, 498.

ödemenin yabancı para olarak yapılmasını talep edebilir. Bu ihtimalde alacaklının temerrüt faizini aşan bir aşkın zararı söz konusu olmaz.

İkinci ihtimalde, yabancı para Türk Lirası karşısında değer kazanmışsa alacaklı temerrüt faizinin yanında, ödemenin fiili ifa günündeki kur üzerinden Türk Lirası olarak yapılmasını talep edebilir. Bu ihtimalde de alacaklı kur farkından dolayı bir zarara uğramamıştır. Bu sebeple kur farkından kaynaklanan ve tazmini gereken bir zarar mevcut değildir. Alacaklı bu ihtimalde vade günündeki kur üzerinden Türk Lirası olarak ödemeyi seçerse, artık seçiminin sonuçlarına katlanmalı ve aşkın zarar talep edememelidir[141]. Zira bu tercihe rağmen kur farkından doğan zararı talep etmek, çelişkili davranma yasağına aykırılık teşkil eder.

Üçüncü ihtimal olarak, yabancı para temerrüt ile fiili ifa günü arasında Türk Lirası karşısında değer kaybetmişse, alacaklı temerrüt faizinin yanında, ödemenin vadedeki kur üzerinden Türk Lirası olarak yapılmasını talep edebilir. Bu ihtimalde alacaklı borç zamanında ifa edilseydi içinde bulunacağı hâle getirildiği için, kur farkından doğan ve tazmini gereken bir aşkın zarardan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşılık alacaklı fiili ifa günündeki kur üzerinden Türk lirası olarak veya aynen yabancı para olarak ifayı talep ederse, seçiminin sonuçlarına katlanmalıdır[142].

İstisnaen, yabancı paranın değeri vade ile fiili ödeme günü arasında Türk Lirası karşısında artmış ve sonra tekrar düşmüşse, temerrüt faizini aşan kısım bakımından aşkın zararın talep edilebileceği haklı olarak kabul edilmektedir[143]. Böyle bir ihtimalde, alacaklının ara dönemdeki yükselişte Türk Lirasına geçeceği veya parayı o yüksek değerle bir yerde değerlendireceği gibi olguları ispatlamasını aramak yerinde olur.

---

[141] **Barlas,** s. 219; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1131; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 496; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 912.

[142] **Barlas,** s. 218.

[143] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 186.

Efektif yabancı para borçlarında ise durum farklıdır. Zira bu ihtimalde alacaklının Türk Lirası olarak ödemeyi talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, efektif yabancı para borcunun ifasında temerrüt hâlinde, alacaklı yabancı para cinsinden ifa ile birlikte temerrüt faizi alır. Yabancı para Türk Lirası karşısında temerrüt ile ifa günü arasında değer kazanmışsa, alacaklının kur farkından doğan bir aşkın zararı söz konusu olmaz. Buna karşılık, yabancı para Türk Lirası karşısında temerrüt ile ifa günü arasında değer kaybettiğinde, alacaklı kur farkından doğan bir zarara uğramış olur. Böyle bir durumda alacaklının zararının temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı, diğer şartlar mevcutsa aşkın zarar olarak talep edilebilir.

2. Diğer Borca Aykırılık Hâllerinde

Kusurlu imkânsızlıkta, ifa edilmiş veya ifası mümkün olan bir edim bulunmadığı için edimin değerinin tamamı müspet zarara dâhildir. Bu sebeple, imkânsızlık hâlinde ayrıca edimin değerindeki eksilmenin tazminine yer olmamalıdır. Benzer şekilde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü üzerine ifa yerine müspet zarar talebinde edimin aynen ifası talebinden vazgeçilmiştir. Bu sebeple, aslî edimi elde edemeyen alacaklı, ifa edilmeyen edimin değerini müspet zarar kalemi olarak talep eder[144]. Edimin değeri müspet zarar hesabına katıldığında alacaklının zararı karşılanmış olur. Bu bakımdan, ayrıca edimin değerindeki azalmadan kaynaklanan bir zarardan bahsetmek mümkün değildir.

Para dışındaki borçlarda, temerrüt sonucu aynen ifa ve gecikme zararı talep edildiğinde alacaklı edime kavuşur. Bu sebeple, edimin değerinde borçlunun temerrüdü ile edimin ifa edildiği tarih arasında bir azalma meydana gelmişse, kaideten

[144] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 166; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2770; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141; **Havutçu,** s. 74.

bunun gecikme zararı olarak tazmini mümkündür[145]. Zira alacaklı, ifa ve gecikme zararının tazminiyle ifanın zamanında yapılmış olması hâlindeki duruma getirilmelidir. Bu bakımdan edimin temerrüt tarihindeki değeri ile ifa edildiği gündeki değeri arasındaki fark, müspet zarar kalemi olarak talep edilebilir. Bununla birlikte, edimin yeniden satılmayacağı veya niteliği gereği yeniden satılamayacağı hâllerde edimin ekonomik değerindeki bu azalma bir zarar kalemi teşkil etmez. Çünkü bu hâllerde edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan malvarlığındaki azalma, temerrüdün uygun sonucu değildir. Gerçekten, alacaklının edimi elinden çıkarmayacağı hâllerde, ifa zamanında yapılsaydı bile edimin değerindeki düşmenin alacaklının malvarlığında meydana getirdiği azalma gerçekleşirdi. O hâlde, edimin değerindeki azalma, edim zamanında ifa edilseydi alacaklının onu değeri düşmeden elden çıkaracağı hâllerde bir zarar kalemi olarak kabul edilmelidir[146]. Benzer şekilde, edimin değerinin temerrüt ile ifa tarihi arasında yükselip tekrar düştüğü hâllerde, alacaklının şeyi yüksek fiyattan elden çıkarabileceğini ispat etmesi şartıyla bu fark da müspet zarar olarak talep edilebilir.

Gereği gibi ifa etmemede ise borç zamanında ifa edilmiştir. Bu sebeple, edimin değerinde zamanla ilgili bir azalmadan bahsetmek mümkün değildir. Ancak, gereği gibi ifa etmemenin bir türü olan ayıplı ifada edim nitelik bakımından kötü bir şekilde ifa edilmiştir[147]. Bu bakımdan gereği gibi ifa etmemede edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan zarar, genel olarak ifa edilen edimdeki değer eksikliği şeklinde ortaya

---

[145] **von Tuhr/Escher,** s. 145; **von Büren,** s. 368; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 106; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2672, 2673; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[146] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 106; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483. Krş. **von Büren,** s. 368; **von Tuhr/Escher,** s. 145; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

[147] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 34; **Fikentscher/Heinemann,** s. 303 vd.; **Medicus/Lorenz,** § 28, N. 334; **Larenz,** I, s. 363 vd.; **Neuenschwander,** s. 33, 34; **Lüchinger,** N. 141; **Aral,** s. 163.

çıkar. TBK m. 112 kapsamında kötü (ayıplı) ifa sebebiyle müspet zarar talep edildiğinde, edimin ayıpsız hâlinin değeri ile ayıplı hâlinin değeri arasındaki fark değer eksikliği olarak hesaba dâhil edilir. Örneğin, borçlunun ediminin ayıpsız değeri 5.000 TL, ayıplı olarak ifa edilmiş hâlinin değeri 3.500 TL ise, aradaki 1.500 TL'lik fark edimin değerindeki eksiklikten kaynaklanan zarar olarak müspet zarar hesabına katılır. Diğer taraftan, gereği gibi ifa etmemenin diğer bir türü olan yan yükümlülüklere aykırılık edimin kendisinde bir değer eksikliğine sebep olmuşsa, bunun da müspet zarar hesabında dikkate alınması gerekir.

Satış sözleşmesinde alıcı ayıplı ifa sebebiyle edimin onarılması, yenisiyle değiştirilmesi veya bedelden indirim haklarından biriyle birlikte müspet zarar talep ettiğinde, edimin değerindeki eksiklik bu seçimlik haklarla giderilmektedir. Bu sebeple, kural olarak edimin değerindeki eksikliğin ayrıca bir müspet zarar kalemi olarak talep edilmesine gerek kalmaz. Buna karşılık, seçimlik haklardan biriyle edimdeki ayıp giderilmiş olsa bile edimin değerinde hâlâ bir eksiklik mevcutsa, bunun müspet zarar kalemi olarak talep edilmesi mümkündür. Bu husus özellikle edimin onarılması hâlinde sık karşılaşılan bir durumdur. Örneğin, ayıplı otomobil iyi bir şekilde onarılmasına rağmen, tamir görmüş olması sebebiyle onun piyasa değerinde çoğu zaman bir azalma meydana gelir. İşte edimin değerindeki bu azalmanın müspet zarar olarak tazmini mümkündür. Aynı ilkeleri kira ve eser sözleşmeleri bakımından da benimsemek mümkündür[148].

E. Menfi Zarar ve Müspet Zararın Fiili Zarar Kalemleri Bakımından Karşılaştırılması

Müspet zarar, alacaklının borcun tam ve gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarardır. Buna karşılık menfi zarar, zarar gören tarafta bir borç ilişkisinin

[148] Bkz. Bölüm II, § 5, III, B, 3, c ve d.

kurulacağına veya geçerli olacağına dair uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan zarardır. Menfi zararın konusu, sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış, borç ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı meydana gelmeyecek olan zarardır[149]. Menfi zarar *damnum emergens* (fiili zarar) ve *lucrum cessans* (kaçırılan fırsatlar) toplamından meydana gelir. Bu bakımdan, hem müspet zararda hem de menfi zararda fiili zarar kalemleri bulunmaktadır. Ancak bu iki zarar türünün koruduğu menfaatler ve hesabında dikkate alınan olgular farklı olduğu için fiili zarar kalemleri birbirinden farklıdır. Bununla birlikte, bazı zarar kalemleri bakımından müspet ve menfi zarar benzerlik göstermektedir. Özellikle uygulamada bu iki zarar türünün karıştırılmaması için menfi zararın fiili zarar kalemlerinin ortaya konulması ve müspet zarar kalemleri ile benzerliklerinin açıklanması faydalı olur.

Menfi zararın fiili zarar kalemleri tespit edilirken, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlalinden kaynaklanan zarar dikkate alınır[150]. Menfi zararın fiili zarar kalemlerini tüketici bir şekilde ortaya koymak mümkün değildir[151]. Bu sebeple aşağıda, uygulamada en çok karşılaşılan fiili zarar kalemleri kısaca açıklanmıştır.

Menfi zararda sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış ve borç ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı meydana gelmeyecek olan zarar hesap edildiği için borçlu tarafından ifa edilmeyen edimin değeri fiili zararın kapsamına girmez. Buna karşılık, alacaklının sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek ifa ettiği kendi edimi fiili

[149] **von Tuhr/Peter,** s. 86, 87; **Keller, M.,** s. 5; **Bucher,** AT, s. 342 vd.; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2899; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 291; **Rengier,** s. 50; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 855; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Saymen,** s. 282; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080.

[150] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 288. 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K. (HukukTürk).

[151] **Keller, M.,** s. 260; **Scherrer,** s. 58; **Lüchinger,** N. 265; **Buz,** Dönme, s. 243.

zarara dâhildir[152]. Sözleşmeden dönmede ifa edilen edimin geri verme borcu kapsamında talep edilebilmesi de bu sonucu değiştirmez. Zira bu talepler arasında bir yarışma mevcuttur[153]. Edim aynen geri alınamıyorsa bunların değeri menfi zarar olarak kabul edilmektedir[154]. Bunun yanında alacaklı, ifa ettiği edimden mahrum kaldığı sürede elde edebileceği yararları da fiili zarar kapsamında talep edebilir[155]. Örneğin, edimini ifa etmek için bankadaki faiz getiren parasını çeken alacaklının elde edemediği faiz veya yükleniciye güvenerek kira getiren evini yıktıran alacaklının kaybettiği kira geliri menfi zararın fiili zarar kısmına dahildir[156]. Müspet zararda ise alacaklı ifa edilmeyen edimin değerini fiili zarar olarak talep edebilir. Buna karşılık alacaklı mübadele veya sınırlı fark yöntemi kapsamında kendi ifa ettiği edimi geri isteyemez. Çünkü, müspet zarar talebi ifa edilmiş edimi geri isteme hakkı vermez.

---

[152] **Simonius,** s. 248; **Rabel,** s. 327, 328; **Lüchinger,** N. 266 vd.; **Kutlu Sungurbey,** s. 146; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 292. 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K. (HukukTürk).

[153] Bu ihtimalde alacaklı edimi isterse sözleşmeden doğan geri verme borcu kapsamında, isterse de menfi zarar kalemi olarak talep edebilir. Diğer taraftan, alacaklının ifa ettiği edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep hakkı bulunduğunda da sonucun değişmeyeceği, buna karşılık istihkak davası ile talep hakkı olduğunda şey malvarlığından çıkmadığı için menfi zarar kalemi olarak talep edilemeyeceği yönünde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 293 ve orada dn. 20. Krş. **Lüchinger,** N. 266, 267.

[154] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Öz,** Eser, s. 288. Yerinde getirilmiş edimin veya değerinin menfi zarar kapsamına girip girmediği konusundaki tartışmalar için bkz. **Kutlu Sungurbey,** s. 146, dn. 111; **Buz,** Dönme, s. 245, 246; **Serozan,** Dönme, s. 588, dn. 150; **Öz,** Eser, s. 288, dn. 94; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 292 vd.

[155] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 281; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 91; **Lüchinger,** N. 269; **Kutlu Sungurbey,** s. 147; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 294.

[156] Doktrinde bu yararları *lucrum cessans* kapsamında değerlendiren görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Scherrer,** s. 64; **Keller, M.,** s. 266. Bununla birlikte, menfi zararda *lucrum cessans* yalnızca kaçırılan fırsatlar şeklinde meydana gelir. Bu sebeple alacaklının ifa ettiği kendi ediminden elde edebileceği yararların *lucrum cessans* başlığı altında kabul edilmesi isabetli değildir. Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 294, dn. 24. Ayrıca bkz. **Lüchinger,** N. 269 vd. Alacaklının kaçırılan fırsatların (*lucrum cessans*) tazminini istediği hâllerde, ifa ettiği edimden elde edebileceği yararları isteyemeyeceği görüşü için bkz. **Buz,** Dönme, s. 252. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 295, dn. 25.

Benzer şekilde, müspet zarar talep eden alacaklının kendi ediminin değerini müspet zarar kalemi olarak talep etmesi de mümkün değildir. Zira müspet zararın tazmininde alacaklı sözleşmenin gereği gibi ifasındaki duruma getirileceği için, kendi edimini bir zarar kalemi olarak geri isteyemez.

Müspet zararda sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar talep edilemez. Zira, bunlar alacaklının sözleşme tam ve gereği gibi ifa edilseydi bile katlanacak olduğu, borçludan isteyemeyeceği masraflardır. İstisnaen bu masrafların, sözleşmeye uygun davranılsaydı üçüncü bir kişiye yükletilebileceği hâllerde müspet zarar kapsamında talep edilmesi mümkündür. Buna karşılık, menfi zararda sözleşme görüşmelerine ve sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olmasındaki menfaat korunduğu için, sözleşme kurma masrafları fiili zarar olarak hesaba katılır. Hatta, menfi zararın en tipik fiili zarar kalemi sözleşmenin kurulması için yapılan masraflardır. Sözleşmenin kurulması için ödenen vergi, resim ve harçlar, yazışma ve telefon masrafları, komisyoncuya ödenen para, danışmana ödenen ücret ile seyahat masrafları burada yer alır[157]. Sözleşme kurma masrafları, makul ve gerekli oldukları ölçüde menfi zarar kapsamında talep edilebilir. Buna karşılık uyandırılan güvenin ihlali ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmayan masraflar tazmin edilmez[158].

[157] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Önen,** Borçlar, s. 213; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **İnan/Yücel,** s. 610; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Buz,** Dönme, s. 243, 244; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 289.

[158] Örneğin, sözleşme kurmak için Ankara'dan İstanbul'a giden zarar görenin seyahat ve konaklama masrafları fiili zarara dâhil iken, bir eğlence mekânına giderek yaptığı masraflar fiili zarar olarak talep edilemez. Örnek için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 290. Kanaatimizce burada ölçülülük ilkesi de dikkate alınmalıdır. Gerçekten, yukarıdaki örnekte tarifeli uçakla seyahat edebilecek olan zarar görenin özel jetle İstanbul'a gitmesi veya ortalama bir otelin normal bir odasında konaklamak yerine 5 yıldızlı bir otelin lüks süit odasında konaklaması hâlinde bu masrafların tamamı fiili zarar olarak talep edilememelidir. Zira bu masraflar makul ölçüleri aşan niteliktedir. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesi her somut olayın özelliğine, tarafların mesleki ve sosyal durumlarına göre değerlendirilmelidir.

Alacaklının sözleşmenin ifasına yönelik yaptığı masraflar ilke olarak müspet zarar kapsamında talep edilemez. Çünkü bunlar borç gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacak olan masraflardır. Borçlu sözleşmeye uygun davransaydı alacaklının katlanmak zorunda olduğu bu masrafların, borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir[159]. Yukarıda açıklandığı gibi, müspet zararda yalnızca sözleşmenin ifasına yönelik olarak borca aykırılık sebebiyle fazladan yapılan masraflar dikkate alınır. Menfi zararda ise sözleşmenin ifasına yönelik yapılan masrafların fiili zarar kalemi olarak talep edilmesi mümkündür. Bu bakımdan, borcun ifası ve karşı edimi kabul için yapılan giderler menfi zararın fiili zarar kalemlerindendir[160]. Örneğin, sigorta, nakliye, devir ve tescil masrafları, gümrük masrafları, edimin ifası için alınan kredinin faizi veya edim konusunu temin etmek için üstlenilen yükümlülükler ve yapılan harcamalar ya da eser sözleşmesinde kullanılan malzemeler, şantiye ve proje masrafları bu kapsamda değerlendirilmektedir[161]. Benzer şekilde, edimi kabul amacıyla yapılan depo kiralama, bakıcı tutma, yem satın alma gibi bakım ve muhafaza masrafları fiili zarardır[162]. Yine, işsahibinin, yüklecinin yeni bina yapma taahhüdüne güvenerek eski binasını yıktırması hâlinde bundan doğan zarar

[159] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 22; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 111, 112.

[160] **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 342; **Keller, M.,** s. 262; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Lüchinger,** N. 281, 282; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **İnan/Yücel,** s. 610; **Ataay,** Borçlar, s. 91; **Önen,** Borçlar, s. 213; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262. 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K. (HukukTürk).

[161] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 88; **Lüchinger,** N. 280, 282; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; **Buz,** Dönme, s. 244; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 291 vd.

[162] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080, 1148; **Buz,** Dönme, s. 244, 245; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 291.

menfi zarardır[163]. Diğer taraftan, alacaklının edimin ifası için gönderdiği şeyin nakliye sırasında hasara uğraması gibi zararlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir[164].

Alacaklının sözleşmeden dönmede tasfiye sebebiyle uğradığı zararlar menfi zararın fiili zarar kısmına dâhildir[165]. Bu bakımdan alacaklının ifa ettiği edimi geri almak ve karşı edimi geri vermek için yaptığı masraflar menfi zarar olarak talep edilebilir. Örneğin, edim veya karşı edimin geri verilmesi amacıyla ödenen nakliye masrafları, seyahat masrafları veya taşıma sırasında edimin zarar görmesi sebebiyle uğranan zararlar bu kapsamdadır[166]. Bu tür masraflar, alacaklının borca aykırılık sebebiyle fazladan yaptığı seyahat, depolama, nakliye gibi masraflarla benzerlik göstermekle birlikte, müspet zararda söz konusu masraflar tasfiyeye yönelik değildir.

Müspet zararda, alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda üçüncü kişiye olan borcunu ifa edemediği için uğradığı zararları (*Haftungsinteresse*) fiili zarar olarak talep edebilir[167]. Benzer şekilde, alacaklı hükümsüz veya dönülen sözleşmeden elde edeceği edim konusunu üçüncü bir kişiye devretme taahhüdü altına girmişse, borcunu yerine getiremediği için ödediği ceza koşulu, tazminat ve dava giderleri gibi masraflarını menfi zarar kapsamında talep edebilir[168]. Sorumluluk menfaatini konu alan bu tür zararlar, hem müspet zararda hem de menfi zararda talep edilebilmektedir.

---

[163] **Öz,** Eser, s. 288; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Buz,** Dönme, s. 244, 245.

[164] **von Tuhr/Peter,** s. 87, dn. 28; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kutlu Sungurbey,** s. 147; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 289.

[165] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 281; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; **Buz,** Dönme, s. 245.

[166] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 296.

[167] **von Tuhr/Escher,** s. 144; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 29; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 109, 110; **Schwenzer,** OR, N. 66.03; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079, 1141; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481; **Aral,** s. 164.

[168] **Bucher,** AT, s. 342; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 90; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Keller, M.,** s. 262, 263; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kutlu Sungurbey,** s. 148; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931.

Alacaklının hükümsüz olan veya dönülen sözleşme sebebiyle yaptığı dava öncesi ve dava sırasındaki usulî işlemlerden doğan masraflar menfi zararın hesabına katılır. Örneğin, ihtar, bildirim, sözleşmenin iptali, sözleşmeden dönme ve dava masrafları menfi zarara dahildir[169]. Zira, bunlar da sözleşme ilişkisine hiç girilmeseydi yapılmayacak olan masraflardır. Bununla birlikte yargılama giderlerinin usul hukuku kuralları gereğince karşılanan kısmı ayrıca menfi zarar olarak talep edilemez[170]. Bu tür masraflar, müspet zarar açısından da ifa edilmeyen alacağa kavuşmak amacıyla yapılan masraflar kapsamında zararın hesabına dâhil edilmektedir.

III. YOKSUN KALINAN KÂR KALEMLERİ

A. Genel Olarak

Müspet zararın tazminiyle, alacaklının ifa menfaatinin sağlanması amaçlanır. Alacaklının tam ve doğru ifadaki menfaatinin ihlalinden kaynaklanan zarar sadece fiili zarardan meydana gelmez. Gerçekten, borç tam veya gereği gibi ifa edilmediğinde alacaklı yalnızca edimin değeri ve borca aykırılık sebebiyle yaptığı masraflar gibi fiili zararlara uğramaz. Alacaklı bunların yanında, borç usulüne uygun ifa edilseydi elde edebileceği kazançlardan mahrum kalır. Borçlunun borca aykırı davranışı olmasaydı alacaklının malvarlığının göstereceği bu artış, yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) şeklinde ifade edilir. Başka bir ifade ile olayların normal akışına göre malvarlığında meydana gelebilecek artışın kısmen veya tamamen engellenmesi şeklinde ortaya çıkan zarara yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) denir[171]. Bu bakımdan yoksun kalınan

[169] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 89; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Buz,** Dönme, s. 245.

[170] **Lüchinger,** N. 289; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 296.

[171] **Oftinger/Stark,** s. 73; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 257; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36, 37; **Honsell,** Haftpflichtrecht, s. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Rey,** N. 347; **Schwenzer,** OR, N. 14.13; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 6; **KBB/Karner,** § 1293, N. 4; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 559,

kârda, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının malvarlığında kesin olarak veya büyük bir ihtimalle meydana gelmesi beklenen artış engellenmiştir. Fark teorisine göre, malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile bu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark yoksun kalınan kârdır[172]. Alacaklının bu tür zararlarının müspet zarar kapsamında tazmin edilmesi gerekir. Alacaklının somut olayda uğradığı müspet zarar, yalnızca fiili zarar veya yoksun kalınan kârdan ibaret olabileceği gibi, her ikisinin birlikte gerçekleşmesi de mümkündür[173]. Dolayısıyla malvarlığındaki eksilme veya engellenen artışı ifade eden zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârın toplamından oluşur.

Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*), malvarlığındaki aktiflerin artmasının veya pasiflerin azalmasının engellenmesini ifade eder[174]. Tanımından da anlaşılacağı gibi, yoksun kalınan kâr aslında farazî bir zarardır. Zira yoksun kalınan kâr, alacaklının

561; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Eren,** Borçlar Genel, s. 548, 1079; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **İnan/Yücel,** s. 400; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 201; **Tiftik,** Maddi Tazminat, s. 52.

[172] Bir görüşe göre, yoksun kalınan kâr, zarar verici olay sonucu malvarlığının içinde bulunduğu durum ile bu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki farktır. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11. Aynı yönde bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2865; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65, **İnan/Yücel,** s. 400. Kanaatimizce bu tanım isabetli değildir. Zira malvarlığının zarar verici olaydan sonraki hâliyle bu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı hâl arasındaki fark, zararın genel tanımıdır. Çünkü bu şekilde bir karşılaştırma yapılırsa, yalnızca yoksun kalınan kâr değil aynı zamanda fiili zarar da hesaplanmış olur. Keza Keller de bu tanımın aynı zamanda fiili zararı kapsadığını itiraf etmektedir. Bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11.

[173] **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1078, 1079. Doktrinde buna örnek olarak, para borcu zamanında ifa edilseydi bunu işletmenin giderlerini karşılamak için kullanacak olan işletmecinin, temerrüt sebebiyle bunu sağlayamaması ve iflas etmesi gösterilmektedir. Bu durumda şirket iflas etmiş olması sebebiyle fiili zarara, bundan sonra kazanç elde edemeyeceği için de kâr yoksunluğuna uğramıştır. Bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 202.

[174] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 11; **Oftinger/Stark,** s. 73; **Guhl/Koller,** § 10, N. 36; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 561, 856; **Eren,** Borçlar Genel, s. 549, 1079; **Ataay,** Borçlar, s. 89; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 387; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 41; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 201.

edim konusunu nasıl değerlendireceğini varsayıma dayanan bir şekilde dikkate alır[175]. Gerçekten, yoksun kalınan kârın tespitinde borç usulüne uygun ifa edilseydi meydana gelecek olan, tamamen farazî bir hesaba dayanan artış hesaplanır. Yoksun kalınan kârın varsayıma dayanan bu hesap şekli, doğası gereği bir belirsizlik içerir[176]. Bu sebeple, yoksun kalınan kârın hesabı uygulamada en önemli ve problemli meselelerden birini teşkil etmektedir[177]. Özellikle paranın pek çok farklı şekilde değerlendirilmesi mümkün olduğu için, para borçlarında yoksun kalınan kârın ispatı ayrı bir zorluk arz etmektedir.

Tazmin edilecek müspet zarar ile borca aykırılık arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Doktrinde yoksun kalınan kârın belirlenmesinde, TBK m. 114/II'nin atfıyla TBK m. 50/II'den yararlanılması gerektiği kabul edilmektedir[178]. Buna göre, hâkim zararın belirlenmesinde olayların normal akışına veya özel koşullara (alacaklının aldığı önlemlere) göre karar vermelidir. Bu kapsamda, herkesin elde edebileceği bir kârı alacaklının da elde edeceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte, somut olayın özelliğine göre, alacaklının herkesin elde edebileceği bir kâr fırsatını kaçıracağına kanaat getirilebilir. Benzer şekilde, herkesin elde edemeyeceği bir kâr, alacaklının aldığı özel önlemler sonucu muhtemel görünebilir[179]. Bu bakımdan, yoksun kalınan kâr her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak, olayların normal akışına ve alacaklının aldığı önlemlere göre meydana gelebilecek olası malvarlığı artışına göre belirlenir. Yoksun kalınan kâr bakımından "alacaklının aldığı

[175] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 259; **Lüchinger,** N. 138, 152.

[176] **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33.

[177] **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 930.

[178] **Bucher,** AT, s. 343, dn. 60; **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105; **Lüchinger,** N. 153; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 204.

[179] **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 204.

önlemler" tabirinden, onun elde edebileceği kâr için sarf ettiği çabalar anlaşılır[180]. Diğer taraftan, alacaklının ticari amaç güttüğü hâllerde malı tekrar satmak veya kiraya vermek gibi yollarla kâr elde edeceği yönünde bir karine kabul edilebilirken, şahsi kullanım amacıyla hareket eden alacaklının bundan kâr edeceğini kabul etmek güçtür[181].

B. Yoksun Kalınan Kârın Görünüm Biçimleri

Yoksun kalınan kâr, somut olayın özelliğine ve alacaklının bu konudaki girişimlerine göre pek çok farklı şekilde meydana gelebilir. Bu bakımdan, yoksun kalınan kârın ortaya çıkabileceği hâlleri tüketici bir biçimde saymak mümkün değildir. Bu sebeple, aşağıda uygulamada en sık karşılaşılan yoksun kalınan kâr hâlleri ele alınmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki alacaklının edim konusuna kavuşamaması veya sürekli borç doğuran sözleşmelerin süresinden önce sona erdirilmesi hâlinde yoksun kalınan kâr sınırsız bir süreyle tazmin edilmez. Aksine, böyle durumlarda işlerin normal akışına göre alacaklının edim konusunun ikamesini üçüncü bir kişiden satın alarak veya kiralayarak temin etmesinin kendisinden beklenebileceği zamana kadarki kâr yoksunlukları dikkate alınmalıdır[182].

---

[180] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 81; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 10c; **Eren,** Borçlar Genel, s. 748; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 205.

[181] **von Tuhr/Escher,** s. 145, dn. 11; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 924. Krş. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483.

[182] *"Davalı kiraya verenin 15.8.2010 tarihinde başlayan yenilenen dönemin süresi bitmeden kiralananı yıkarak sözleşmeye son verdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle TBK nun 301 maddesine göre kiralananı sözleşme sonuna kadar kullanmaya hazır bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu durumda kiracı, kusursuz olduğunu kanıtlayamayan kiraya veren davalıdan kâr kaybı zararını isteyebilir. Ancak kâr kaybının hesabında kiracının benzer nitelikteki bir iş yerinin kiralanması için gereken makul süre tespit edilip, tespit edilen bu süre içindeki kiracı kârının ne olabileceği tespit edilerek mahrum kalınan kârın belirlenmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş konusunda uzman bilirkişi marifetiyle benzer nitelikteki bir işyerinin kiralanması için gerekli sürenin belirlenmesi*

Kusurlu sonraki imkânsızlıkta alacaklı müspet zararını talep edebilir. Bu kapsamda, alacaklının yoksun kaldığı kâr da tazmin edilir. Alacaklının imkânsızlaşan edime kavuşsaydı onu başka birine satarak, kiralayarak veya bir yerde kullanarak elde edeceği kâr, müspet zararın kapsamına dâhildir. Örneğin, ifa konusu tablonun teslimden önce borçlunun kusuruyla yok olması hâlinde, alacaklı bu tabloyu üçüncü bir kişiye satıp elde edebileceği kârı müspet zarar olarak talep edebilir. Yine, satış konusu evin yanması sonucu mülkiyetinin geçirilememesi hâlinde, alacaklı bu evi kiraya vererek elde edeceği kârı talep edebilir. Benzer şekilde, alacaklının üretim faaliyetinde kullanmak üzere satın aldığı makinelerin imkânsızlık sebebiyle teslim edilmemesi hâlinde, alacaklının mal üretip satamadığı için yoksun kaldığı kâr müspet zarardır. Ancak son iki örnekte tazmin edilecek zarara bir sınır getirilmelidir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, alacaklının yıllar boyunca elde edeceği kârın sınırsız bir şekilde borçludan tazmin edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur.

---

ve belirlenen bu süre kadar mahrum kalınan kâr kaybı zararının hesaplanması gerekirken sözleşme süresince kâr mahrumiyeti hesaplanması da doğru değildir.". 6. HD, 13.10.2015 T., 2015/6218 E., 2015/8378 K. (HukukTürk). *"…Bu kapsamda davacı kiracı da feshi müteakip kiracı olarak faaliyetini yürütebileceği yeni bir işyeri bulma konusunda gerekli çabayı göstermek zorundadır. Bunun bir sonucu olarak davacının aynı şart ve koşullarda kiracı olarak faaliyetini yürütebileceği başka bir büro nitelikli taşınmazı yeniden kiralayabileceği sürenin belirlenmesi ve davalı kiraya verenin bu süreye dair kazanç kaybından sorumlu tutulması gerekir.".* 6. HD, 25.12.2014 T., 2014/3146 E., 2014/14533 K. (Kazancı). *"…borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle talep edilecek tazminat tutarı belirlenirken TBK'nın 52/1. maddesi hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda zarar gören tarafın zararın artmaması bakımından gerekli tedbiri alması gerekecektir. Sonuç itibariyle davacının taleplerinin müspet zarar kapsamında ele alınıp davacının fesih tarihinden itibaren aynı işi benzer koşullarda bir başkasına ne sürede ihale edebileceği belirlenmeli ve bu süreye ilişkin olarak davacının kayıpları değerlendirilmelidir.".* 6. HD, 11.03.2014 T., 2013/16620 E., 2014/2855 K. (HukukTürk). *"Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde öncelikle kiracının aynı şartlarla bir lokantayı kiralaması için gereken makul süre tespit edilip bu süre içindeki kiracı kârının ne olabileceği ayrıntılı ve denetime elverişli bilirkişi kurulu raporu ile tespit edilip…*". 3. HD, 16.10.2017 T., 2017/2321 E., 2017/13973 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 6. HD, 26.04.2016 T., 2016/775 E., 2016/3428 K.; 6. HD, 22.12.2015 T., 2015/1109 E., 2015/11370 K. (HukukTürk).

Gereği gibi ifa etmeme hâlinde de yoksun kalınan kârın tazmini mümkündür. Bu bakımdan, kötü (ayıplı) ifada ayıbın ortadan kaldırılmasına kadar işletmenin üretim faaliyetlerinin aksaması alacaklının kâr mahrumiyetine sebep olabilir[183]. Benzer şekilde, teslim edilen ayıplı mallar sebebiyle alacaklının müşteri sayısı ve satışlarının azalması onun bakımından bir yoksun kalınan kâr teşkil eder[184]. Alacaklının malvarlığında meydana gelebilecek olan, ancak borcun kötü ifası sebebiyle mahrum kalınan artışlar müspet zarar kapsamında yoksun kalınan kâr olarak talep edilebilir.

Örneğin, borçlunun bozuk dikiş makineleri teslim etmesi yüzünden alacaklının tekstil fabrikasının üretimi durmuş veya azalmıştır. Makinelerdeki ayıpların onarılması veya yeni ayıpsız makinelerin teslim edilmesine kadar geçen iki aylık sürede, alacaklının üretemediği giyim ürünleri sebebiyle yoksun kaldığı kâr müspet zararın bir kalemini oluşturur. Benzer şekilde, alacaklının fabrikasındaki dikiş makinelerinin bakımını yapan borçlunun bu makineleri bozması hâlinde, bunlar tamir edilene kadar fabrika sahibinin bunları kullanamaması sebebiyle elde edemediği kazanç yoksun kalınan kârdır[185]. Yine, borçlunun alacaklıya teslim ettiği mallar ayıplı olduğu için alacaklı mevcut müşterilerini kaybetmiş, yeni sipariş alamamaya başlamış ve satışları azalmışsa bu sebeple yoksun kaldığı kâr müspet zarardır[186].

Mağaza, otel, lokanta gibi yerlere ilişkin kira sözleşmesinde, kiralananın ayıplı olması sonucu mesleki faaliyetin aksaması ve işyerinin kullanılamaması sebebiyle

---

[183] **Lüchinger,** N. 160; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 857; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079; **Aral,** s. 164.

[184] **Lüchinger,** N. 160; **Aral,** s. 164.

[185] Aynı yönde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079.

[186] **Lüchinger,** N. 160; **Aral,** s. 164. *" Davalının görüşünün aksine, ayıplı bir malın teslimi hâlinde OR Art. 97/I* (TBK m. 112) *anlamında zarar, alacaklının müşterilerinin artık ondan mal satın almaktan kaçınmaları sebebiyle yoksun kaldığı kârdan meydana gelebilir. Burada tek şart, borçlu ayıplı ifada bulunmasaydı alacaklının bir taraftan borçluyla, diğer taraftan da kâr elde etmek suretiyle müşteriyle daha fazla iş yapacağının kesin olarak anlaşılmasıdır. Bu olayda ayıplı ifa ile yoksun kalınan kâr arasında uygun illiyet bağı mevcuttur."*. BGE 82 II 136, 139.

yoksun kalınan kâr müspet zarar olarak talep edilebilir[187]. Benzer şekilde, eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması sebebiyle kira geliri elde edilememesi veya üretimin ya da ticaretin aksamasından kaynaklanan kazanç yoksunluğu gibi alacaklının mahrum kaldığı kârlar müspet zararın kapsamına dâhildir[188].

Borçlu temerrüdünde de yoksun kalınan kâr söz konusu olabilir. Gerçekten, temerrüt sonucunda alacaklı yalnızca fiili zarara uğramaz. Bunun yanında, alacaklının temerrüdün uygun sonucu olarak ortaya çıkan kâr yoksunluğu bulunabilir. Bu bakımdan, alacaklının edim zamanında ifa edilseydi malı başkasına satarak veya kiraya vererek ya da başka bir işte kullanarak elde edeceği kâr, müspet zararın yoksun kalınan kâr kısmı olarak hesaba dâhil edilir[189]. Diğer taraftan, hukukumuzda kabul

[187] **Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s. 283, 284; **Eren,** Borçlar Özel, s. 339. *"Kira sözleşmesi ile … toplam 246 m² alan kiraya verilmiştir. Kiralananın 138 m² kısmı dava dışı belediye tarafından yıkılmıştır. Kiraya veren kiralananı kira sözleşmesindeki amaç doğrultusunda teslim ve kira müddeti boyunca aynı şekilde muhafaza etme yükümlülüğü altındadır. Kiralananın bir kısmı yıkıldığına ve sözleşme fesh edilmediğine göre davacı kiracının yıkılan bölüm nedeniyle uğramış olduğu kazanç kaybını istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Yapılan keşif ve dosya kapsamından kiralanan yerin yıkımdan sonra tekrar restore edilerek kalan kısmının işletilmesine devam edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı şirketin defterleri üzerinde konusunda uzman bir bilirkişi vasıtası ile inceleme yaptırılarak geçmiş dönemlerdeki kazancı gözönüne alınarak ortalama günlük karı bulunmalıdır. Dava konusu işletme yıkımdan sonra yeniden faaliyete geçtiğine göre yıkım tarihinden işletmenin yeniden faaliyete geçmesi için gereken süre uzman bilirkişi marifeti ile belirlenmeli ve bu süre ile sınırlı olmak üzere kazanç kaybına hükmedilmesi gerekirken …".* 6. HD, 20.10.2015 T., 2014/9569 E., 2015/8848 K. (HukukTürk). Ayrıca bkz. 6. HD, 20.05.2014 T., 2013/13019 E., 2014/6483 K.; 6. HD, 02.07.2015 T., 2015/3691 E., 2015/6879 K. (HukukTürk).

[188] Müspet zarar olarak değil ayıbı takip eden zarar olarak nitelendirilmekle birlikte, kapsam bakımından aynı yönde bkz. **Aral/Ayrancı,** s. 423.

[189] **Keller/Schöbi,** s. 269; **von Tuhr/Escher,** s. 144; **Bucher,** AT, s. 360, dn. 125; **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 14, 15; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2672; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 31 vd.; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 925; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1079, 1127; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481, 510.

edildiği takdirde, kullanım imkânının kaybından doğan zarar da bu kapsamda düşünülebilir[190].

Temerrüt sebebiyle yoksun kalınan kâr edimin değerinin yükselmesinden kaynaklanabilir. Örneğin, B'den 10.000 TL bedelle iki ton kömür satın alan A, bu kömürü C'ye 12.000 TL'ye satmıştır. B'nin teslimde temerrüde düşmesi üzerine ek süre vererek gerekli şartları sağlayıp ifa yerine tazminat isteyen A, iki ton kömürü piyasadan 10.500 TL'ye temin edip C'ye teslim etmişse, normalde bu satıştan kazancı 2.000 TL olacakken, temerrüt sebebiyle 1.500 TL'ye düşmüştür. Bu sebeple A, 500 TL'lik yoksun kaldığı kârı B'den talep edebilir[191].

Borçlu temerrüdünde yoksun kalınan kâr, edimin değerinin düşmesinden de kaynaklanabilir[192]. Alacaklı malı bir başkasına satmışsa yoksun kâlınan kâr buna göre hesap edilir. Örneğin, B, 10.000 TL bedelle A'ya sattığı iki ton kömürün ifasında temerrüde düştükten sonra, A'nın verdiği ek sürede borcunu ifa etmiştir. Borç zamanında ifa edilse bu kömürü piyasa şartlarına göre 12.000 TL'ye tekrar satabilecek olan A, temerrütten sonraki süreçte kömürün fiyatı düştüğü için iki ton kömürü 11.000 TL'ye satabilmiştir. Bu durumda A, temerrüt sebebiyle yoksun kaldığı kâr kısmı olan 1.000 TL'yi B'den müspet zarar olarak talep edebilir. Malın borsa veya piyasa fiyatının bulunduğu hâllerde, edimin değerinin düşmesi sebebiyle yoksun kalınan kâr buna göre belirlenebilir. Bu durumda, borçlunun temerrüde düştüğü gündeki satılabilirlik fiyatı ile fiili ifa günündeki satılabilirlik fiyatı arasındaki farka göre

---

[190] Bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 104, 105; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 34.

[191] Önemle belirtmek gerekir ki müspet zarar kalemlerinin birbiriyle çakıştığı hâller bulunabilir. Örneğin, bu olayda A'nın, 500 TL'lik farkı ikâme alımdan doğan zarar olarak talep etmesi de mümkündür. Bunun gibi hâllerde alacaklının tazminatla zenginleşmemesine dikkat etmek gerekir. Zira 500 TL hem yoksun kalınan kâr olarak, hem de ikâme alımdan doğan zarar olarak tazmin edilirse, alacaklının malvarlığı zamanında ifaya nispetle 500 TL daha fazla artmış olur. Bu sebeple, zararın hesabında 500 TL, ya yalnızca yoksun kalınan kâr olarak ya da yalnızca ikâme alımdan doğan zarar olarak hesaba katılmalıdır.

[192] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 924. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

yoksun kalınan kâr hesap edilebilir. Bununla birlikte, edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan yoksun kalınan kârın istenebilmesi için, borç zamanında ifa edilseydi alacaklının malı hemen elinden çıkaracağının kabul edilebilmesi aranmaktadır[193]. Ticari işlerde böyle bir karinenin varlığı kabul edilebilir. Buna karşılık o türden malların ticaretiyle uğraşmayan kişilerin malı tekrar satmak üzere aldığını ve temerrüde düşülmese hemen elden çıkarabileceğini ispatlaması gerekir[194].

Edimin değeri temerrüt ile ifa tarihi arasında yükselmiş ve sonra tekrar düşmüş olabilir. Böyle bir ihtimalde, ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyen alacaklı, şeyi yüksek fiyattan satamamasından doğan kâr kaybını talep edebilir. Ancak alacaklı, edim zamanında ifa edilseydi onu bu fiyattan elden çıkarma ihtimalinin yüksek olduğunu ispatlamalıdır[195]. Benzer şekilde, ifadan vazgeçilerek müspet zararın talep edildiği hâllerde, temerrüt ile ifadan vazgeçme tarihi arasında edimin değerinin arttığını ve şeyi bu yüksek değerden elinden çıkarabileceğini ispatlayan alacaklı da yoksun kaldığı bu kârı talep edebilir[196].

Temerrüt sebebiyle yoksun kalınan kârın talep edilebileceği başka bir durum kira geliri bakımından ortaya çıkabilir[197]. Bir taşınmazın veya kira geliri getirebilecek bir taşınırın geç teslimi hâlinde, alacaklının temerrütten ifa anına kadarki süreçte o malı kiraya vererek elde edebileceği kazanç yoksun kalınan kâr olarak müspet zarara dâhildir. Örneğin, eser sözleşmesinde eserin tesliminde gecikme hâlinde, işsahibi temerrüt süresince taşınmazı kiraya vererek elde edeceği kazancı yoksun kalınan kâr

---

[193] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483. Bkz. ve krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

[194] Krş. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 924; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483.

[195] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 924. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 510.

[196] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502, 503; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481, 510. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[197] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 104; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **Lüchinger,** N. 159; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 32; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481; **Öz,** İnşaat, s. 137, 146. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

olarak talep edebilir[198]. Ancak, burada tazmin edilecek zarara bir sınır getirilmelidir. Zira alacaklının yıllar boyunca elde edeceği kârın sınırsız bir şekilde borçludan tazmin edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. O hâlde, alacaklının gecikme sebebiyle yoksun kaldığı kâr belirlenirken buna somut olayın özelliğine göre süre bakımından bir sınır getirilebilir[199]. Kural olarak, alacaklının borca aykırılıktan doğan haklarını zamanaşımı süresi içinde dilediği gibi kullanması mümkündür. Bu bakımdan, hakkın geç kullanılması, zamanaşımı süresi içinde olduğu müddetçe, tek başına bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmez[200]. Ancak, alacaklının borca aykırılıktan doğan haklarını somut olayın özellikleri dikkate alındığında dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesine göre makul kabul edilemeyecek ölçüde uzun bir süre

---

[198] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 104; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 32. HGK, 21.03.2012 T., 2012/164 E., 2012/219 K.; HGK, 12.09.2012 T., 2012/177 E., 2012/548 K. (HukukTürk).

[199] Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan maktu gecikme tazminatı ile ilgili olarak aynen şöyle hüküm kurmuştur: *" Bu hâlde maktu olarak kararlaştırılan gecikme tazminatı miktarının uzun süreli gecikmelerde dahi taraflar için bağlayıcı olacağının kabul edilmesi sözleşmeyle beklenen yarara, tazminatın konuluş amacıyla iyiniyet* (dürüstlük) *kuralları ve hakkaniyete aykırı olacağı kanaati oluştuğundan, dairemizin maktu gecikme tazminatının değiştirilmeksizin uygulanması gerektiğine dair uygulamasından vazgeçilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kararlaştırılan tazminatın süresiz uygulanmayacağı kabul edildikten sonra, … bu süre sözleşmedeki teslim süresi, gecikilen sürenin uzunluğu, öngörülen tazminat miktarı, geçen sürede içinde gerçekleşen enflasyon, fiyat artışları … gözönünde tutulmak suretiyle… sözleşmedeki düzenleme ve miktarın en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı… dikkate alınarak hakkaniyete uygun biçimde hâkim tarafından takdir edilmelidir. Hâkim tarafından belirlenen makul süreden sonraki gecikme tazminatı miktarının da her bir bağımsız bölüm için taşınmazın mevkii, konumu, ülkenin ve inşaatın yapıldığı yerin sosyo ekonomik koşulları da gözönünde tutulmak suretiyle ve sözleşmede kararlaştırılmış gecikme tazminatı yokmuş gibi gecikme tazminatının en az mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira bedeli kadar olacağı ilkesine göre bilirkişiye hesaplattırılması gerekir."*. Bkz. 15. HD, 06.12.2011 T., 2011/515 E., 2011/7200 K. (YKD, 2012, C. 38, S. 6, s. 1144 vd.). Yüksek mahkemenin maktu gecikme tazminatına ilişkin eski uygulamasından vazgeçerek süre sınırlamasına gitmesi takdirle karşılanması gereken bir yaklaşımdır. Ancak, bu sınırlamada hangi kriterlere göre "en az 1 yıllık süre" şeklinde bir kabule gidildiği belirsizdir. Kanaatimizce bu şekilde kesin asgari bir süre kabul etmektense, her somut olayda sözleşme ilişkisinin özelliklerine göre değerlendirme yapılması daha yerinde olur.

[200] Bkz. **Ozanoğlu,** s. 72, dn. 56, 102; **Öz,** Eser, s. 180, dn. 132; **Ayan, Serkan,** İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 191, 192.

kullanmadığı hâllerde, talep edilecek zarar miktarına sınırlama getirilebilir[201]. Örneğin, borçlunun edimini ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesine rağmen, alacaklının uzun bir süre bekleyip sonra aynen ifayla birlikte müspet zarar talep etmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir[202]. Diğer taraftan seçimlik hakların uzun bir süre kullanılmaması somut olayın özelliğine göre zararı azaltma külfetine aykırılık olarak da değerlendirilebilir. Örneğin, işsahibi makul bir süre bekledikten sonra hâlâ edim ifa edilmiyorsa, artık yüklenicinin ifasından vazgeçip işi üçüncü bir kişiye tamamlatabilir. İşsahibinin işin üçüncü kişiye tamamlatılması için gereken masrafları ve bu sebeple doğan zararları yükleniciden talep edebileceğine şüphe yoktur. Hâl böyleyken, alacaklının uzun yıllar boyunca hareketsiz kalarak sonrasında gecikme tazminatını talep etmesi, zararın artmasını engelleyecek ve kendisinden beklenebilecek makul önlem ve seçimleri yapmaması, dürüstlük kuralına ve zararı azaltma külfetine aykırı olarak kabul edilebilir[203]. Benzer şekilde, temerrüde rağmen harekete geçmeyip uzun bir süre sessiz kalarak borçluda gecikme tazminatı istemeyeceği yönünde haklı bir güven oluşturan alacaklının daha sonra gecikme tazminatı talep etmesi hâlinde tazmin edilecek zarar miktarına bir sınırlama getirilebilir[204].

Alacaklının edimi veya ifanın üzerinde gerçekleştiği şeyi başka bir işte kullanarak elde edeceği gelir de yoksun kalınan kâra dâhildir. Örneğin, bir üretim tesisinin teslimindeki gecikme sebebiyle alacaklının temerrüt süresi boyunca üretim yapamamasından doğan kâr yoksunluğu borçludan talep edilebilir[205]. Benzer şekilde, edimin geç teslimi yüzünden üretimdeki azalma veya müşteri kaybı sebebiyle yoksun

[201] Aksi görüşte bkz. **Ayan,** İnşaat, s. 191, 192.

[202] Yüklenicinin edimini ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesini imkânsızlık olarak kabul ederek bu sonuca varan görüş için bkz. **Öz,** Eser, s. 180, dn. 132. Ceza koşulu bakımından aynı görüşte bkz. **Kocaağa,** s. 197.

[203] Aynı yönde bkz. **Ozanoğlu,** s. 102.

[204] Bkz. ve krş. **Ozanoğlu,** s. 72, dn. 56; **Ayan,** İnşaat, s. 192, 193.

[205] Krş. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 923.

kalınan kâr müspet zarara dâhildir[206]. Yine, alacaklının ticari taksi olarak kullandığı otomobilin tamiri borcunda temerrüde düşülmesi hâlinde, temerrüt tarihi ile tamir tamamlanıp taksinin teslim edildiği tarih arasında çalışamamaktan kaynaklanan kâr mahrumiyeti müspet zarar kapsamında talep edilebilir[207]. Başka bir örnek olarak, sebze fidelerinin geç teslim edilmesi sonucunda sebzeler kış mevsimi başlamadan olgunlaşamamış, sonuçta ürün elde edilip satılamamışsa bundan doğan kazanç yoksunluğu müspet zarara dâhildir. Burada, alacaklının yoksun kaldığı kâr temerrüt sürecinde elde edebileceği değil, geç ifa söz konusu olmasaydı daha sonra elde edebileceği kârdır[208].

Para borcunun ifasında temerrüde düşülmesi, alacaklının malvarlığında meydana gelebilecek bir artış ihtimalini engellemiş olabilir. Bu bakımdan, aşkın zararın yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkması mümkündür[209]. Örneğin, alacaklı, para zamanında ödenseydi ondan temerrüt faizinden daha yüksek oranda faiz geliri elde edeceğini ispatlarsa temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı aşkın zarar olarak isteyebilir. Yine, para borcunun geç ifası sebebiyle, alacaklı üçüncü kişilere olan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için vadeli mevduat hesabından para çekmek zorunda kalmışsa, bundan doğan kazanç yoksunluğu talep edilebilir[210]. Benzer şekilde, alacaklı paraya zamanında kavuşsaydı onu kullanarak bir mal alıp veya bir işe girişip

---

[206] **von Büren,** s. 369; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 104; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 32.

[207] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 104; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 32.

[208] Doktrinde bu örnek, yoksun kalınan kârdan ayrı olarak, malvarlığında bir artış meydana getirebilecek olan mahrum kalınan yararlar/semereler (*entgangene Nutzen*) bağlamında verilmektedir. Buna göre, geç ifa sebebiyle sebzeler olgunlaşamadığı için, alacaklı bu yararlardan mahrum kalmıştır. Bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 104. Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 925. Kanaatimizce bu örnek doğru olmakla birlikte, konuyu yalnızca mahrum kalınan yararlar ile sınırlamaya gerek yoktur. Yukarıdaki örnekte görülebileceği gibi, söz konusu durum kâr yoksunluğuna da sebep olabilir.

[209] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105, 106; **Barlas,** s. 205 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 201 vd.; **Öçal,** s. 152.

[210] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 206.

kâr elde edeceğini ispatlarsa, bunu temerrüt faizini aştığı oranda aşkın zarar olarak talep edebilir[211]. Alacaklının hisse senedi alımı gibi spekülatif bir işlem yaparak elde edeceği kârdan yoksun kaldığını somut delillerle ispatlayabilmesi hâlinde, kural olarak bunun da aşkın zarar olarak tazmini mümkündür[212].

Alacaklının paraya geç kavuşmasından doğan aşkın zarar talebinde, makul bir dayanağı olmayan abartılı kazanç iddialarına veya gerçekleşmesi talih ve tesadüfe bağlı kazançlara itibar edilmez. Örneğin, alacaklının parayı bahis veya şans oyunlarına yatırıp buradan yüksek kazanç sağlayacağı iddiası kabul edilmez[213]. Benzer şekilde, alacaklı hukuka ve ahlaka aykırı yollarla bir kazanç elde edeceği iddiasıyla aşkın zarar talep edemez. Örneğin, alacaklı parayla tefecilik, uyuşturucu ticareti veya kaçakçılık yaparak elde edeceği kazançtan yoksun kaldığını ileri sürerek tazminat talep edemez[214].

Yukarıdaki hâllerde alacaklının borçludan elde edeceği edimi başka birine satma, kiralama veya başka bir işte kullanma gibi yollarla elde edebileceği kârdan yoksun kalması söz konusudur. Zira yoksun kalınan kâr, ilke olarak, alacaklının gereği gibi ifa edilmeyen edimden elde edebileceği kârı konu edinir. Bununla birlikte, Yargıtay, bizzat o sözleşmeden elde edilecek olan kazancı da yoksun kalınan kâr olarak nitelendirmektedir. Gerçekten, Yargıtay'a göre, yapma ediminin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, özellikle karşı tarafın sözleşmeyi haksız feshettiği

---

[211] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 925; **Öçal,** s. 152; **Barlas,** s. 207, 208; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 203, 207, 208; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495.

[212] Ancak, spekülatif bir işlemle kazanç elde edileceğinin ispatı hayli zor bir meseledir. Zira doğası gereği alacaklının böyle bir yatırımdan zarar etmesi mümkün olduğu gibi, örneğin hangi hisse senedine yatırım yapılacağının ispatı da kolay değildir. Bu sebeple, alacaklı somut delillere hangi hisse senedini alacağını ortaya koymalıdır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 221 vd. Ayrıca bkz. **Akman,** s. 634.

[213] **von Tuhr/Peter,** s. 101; **Barlas,** s. 206, 207; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 222.

[214] **von Tuhr/Peter,** s. 101; **Barlas,** s. 207; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 202.

hâllerde yapma ediminin borçlusunun doğrudan o sözleşmeden elde edeceği kazanç, yoksun kalınan kâr olarak dikkate alınır[215].

C. Menfi Zararın Kaçırılan Fırsat Kalemi ile Yoksun Kalınan Kârın Karşılaştırılması

Müspet zararın *damnum emergens* (fiili zarar) ve *lucrum cessans* (yoksun kalınan kâr) toplamından oluştuğu yukarıda ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Benzer şekilde, menfi zarar da *damnum emergens* ve *lucrum cessans* toplamından meydana gelir. Bu bakımdan, her iki zarar türünde *lucrum cessans* hesaba dâhil edilir. Bununla birlikte müspet zararda *lucrum cessans* yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkar. Buna karşılık menfi zararda yoksun kalınan kârı bir zarar kalemi olarak kabul etmek

---

[215] "*Dava, davacı tarafından kurulacak lavvar tesislerinde 5 yıl süreyle kömür yıkattırılması sözleşmesinin süresinden önce durdurulması nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir… Müspet zarar olan kâr kaybı, yukarıdaki hükümlerin de sonucu olarak kâr elde edememek nedeniyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir… iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hâllerde kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunundaki 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 zarar kapsamındaki kâr kaybı bulunmalıdır.".* 11. HD, 07.05.2018 T., 2016/7975 E., 2018/3256 K. (HukukTürk). *"Dava, TBK 470 vd. maddelerde düzenlenen ve konusu X Liman Yürüyüş Yolu, Rıhtım ve Taş Duvar Yapımı İşi olan eser sözleşmesine dayalı olarak açılmış sözleşmenin haksız feshedildiğinin tespiti, teminat mektubunun iadesi, haksız fesih sebebiyle uğranılan zarar ve yapılan iş sebebiyle alacak davasıdır… Müspet zarar olan kâr kaybı, yukarıdaki hükümlerin de sonucu olarak kâr elde edememek sebebiyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir."* 15. HD, 27.03.2017 T., 2016/1750 E., 2017/1330 K. (HukukTürk). *"Bu durumda dosya kapsamına göre; mahkemenin, sözleşmenin feshinde davalı yüklenicinin kusurlu ve haksız olduğunun kabulüne ilişkin saptaması doğru ise de; sözleşmenin haksız feshi nedeniyle yüklenicinin uğradığı kâr mahrumiyeti alacağının, sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 408. maddesindeki kesinti yöntemine uygun ve denetime elverişli biçimde hesaplandığından söz edilemez… Müspet zarar olan kâr kaybı, … kâr elde edememek nedeniyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir.".* 15. HD, 04.07.2019 T., 2018/3513 E., 2019/3182 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 15. HD, 10.05.2018 T., 2016/5440 E., 2018/1884 K. (HukukTürk).

mümkün değildir. Zira yoksun kalınan kâr kavramı, edimin tam ve gereği gibi ifa edilmesi hâlinde alacaklının elde edeceği kârı ifade eder. İfa menfaatinin konusu olan bu kazanç, niteliği gereği menfi zarar kapsamında talep edilemez[216]. Gerçekten, sözleşme görüşmelerine ve sözleşme ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı içinde bulunulacak olan durumu sağlamayı amaçlayan menfi zararda, o sözleşmeden elde edilmesi beklenen kârın yeri yoktur. Bu bakımdan alacaklının edimi bir üçüncü kişiye satarak elde edeceği kâr, geç ifa sebebiyle edimi düşük fiyatla satması sonucu yoksun kaldığı kâr veya edimden elde edeceği kira geliri ifa menfaatinin konusu olduğu için menfi zarar kapsamında değerlendirilemez. O hâlde, menfi zararda "*lucrum cessans*" farklı bir şekilde ortaya çıkar. Gerçekten, menfi zararda *lucrum cessans* olarak sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güven sebebiyle başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan zarar dikkate alınır[217]. Bu bakımdan, meydana gelebilecek karışıklıkları önlemek amacıyla "*lucrum cessans*"ın müspet zararda "yoksun kalınan kâr", menfi zararda ise "kaçırılan fırsat" şeklinde ifade edilmesi daha yerinde olur.

---

[216] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 281; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 59, 299 vd. HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K.; HGK, 05.07.2006 T., 2006/499 E., 2006/507 K. (HukukTürk); 11. HD, 20.02.1990 T., 1988/9411 E., 1990/1087 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 8, s. 1174 vd.); 15. HD, 23.02.1998 T., 1998/73 E., 1998/627 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 9, s. 1338 vd.).

[217] **von Tuhr/Peter,** s. 87; **von Tuhr/Escher,** s. 156, 157; **Bucher,** AT, s. 343; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 281, 282; **Keller, M.,** s. 266; **Keller/Schöbi,** s. 279; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 95; **Scherrer,** s. 63, 64; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Simonius,** s. 248; **Lüchinger,** N. 291 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 857; **Kutlu Sungurbey,** s. 148 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1149; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22; § 16, N. 5a; **Buz,** Dönme, s. 246 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 301. "… *İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilecektir.".* HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 3. HD, 25.02.2014 T., 2013/19821 E., 2014/2816 K. (HukukTürk); 15. HD, 23.02.1998 T., 1998/73 E., 1998/627 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 9, s. 1338 vd.); 15. HD, 25.03.1998 T., 1998/868 E., 1998/1178 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 9, s. 1336, 1337).

Alacaklının başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırması, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlali ile uygun illiyet bağı içerisindedir. Gerçekten, alacaklı görüşmeleri yapılan ancak kurulamayan veya kesin hükümsüz olan ya da sonradan iptal edilen yahut dönülen sözleşmeye güvenerek başka bir sözleşme yapma fırsatını değerlendirmemiş, sonuçta daha kötü şartlarda yeni bir sözleşme yapmak zorunda kalmıştır[218]. Bu sebeple kaçırılan sözleşme fırsatından doğan zarar, menfi zarar kapsamında talep edilebilir. Kaçırılan fırsattan doğan zarar hesap edilirken, hüküm ifade ettiğine güvenilen sözleşmenin hükümsüz olduğunun anlaşılması veya iptal edilmesi ya da sözleşmeden dönülmesi sonucunda şuan yapılması mümkün olan sözleşme ile alacaklının yapma fırsatını kaçırdığı sözleşme arasındaki fark dikkate alınır[219]. Diğer taraftan, alacaklının güvenilen sözleşme kapsamında yaptığı masraflar da menfi zarar kapsamında fiili zarar olarak talep edilmektedir. Bu sebeple, kaçırılan fırsat hesabı yapılırken, alacaklının kaçırılan kazanca ulaşmak için yapması gereken masrafların kaçırılan fırsat hesabından düşülmesi ve böylece net kârın tespit edilmesi gerekir[220]. Aksi hâlde, alacaklı, güvenilen sözleşme ilişkisine hiç girişmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Buna karşılık, kaçırılan fırsatın müspet zarar kapsamında yoksun kalınan kâr olarak talep edilmesi mümkün değildir. Gerçekten, sözleşmenin usulüne uygun ifa edilmesi hâlindeki durumun sağlanmasını isteyen alacaklı, bunun

[218] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 303.

[219] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 304. "*sözleşmenin feshi (dönme) hâlinde mahkemece yapılacak iş, var ise davalı ile sözleşme yapılmadan önce en yakın teklifte bulunan kimse ile – yoksa sözleşme tarihinde en yakın teklifin ne olması gerektiğinin bilirkişice saptanması suretiyle- sözleşme yapmak fırsatının kaçırılması sonucu, bu teklif fiyatı ile fesihten (dönmeden) sonra yapılan sözleşme arasındaki farka hükmetmekten ibarettir.*". 15. HD, 10.04.2002 T., 2001/5701 E., 2002/1742 K. (YKD, 2002, C. 28, S. 9, s. 1366, 1367). Aynı yönde bkz. 15. HD, 23.02.1998 T., 1998/73 E., 1998/627 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 9, s. 1338 vd.); 15. HD, 25.03.1998 T., 1998/868 E., 1998/1178 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 9, s. 1336, 1337).

[220] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 282; **Lüchinger,** N. 318; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 306, 307.

yanında başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmasından doğan zararı talep edemez. Yargıtay, kaçırılan fırsat bakımından genel olarak yerinde kararlar vermektedir[221]. Bununla birlikte, yüksek mahkeme bazı kararlarında bu zarar kaleminin hesabında hataya düşmektedir[222].

[221] Örneğin: *"Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı yani müsbet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez. İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kuru taciri davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme fesh edilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti."*. HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk). *"...sözleşmeden dönen tarafın müspet zarar kapsamında talepte bulunması mümkün olmayıp ancak menfi zararını istemesi mümkündür. Kaçırılan fırsat nedeniyle menfi zarar da, fesihten itibaren makul sürede sözleşme konusu işlerin bedel dışında aynı şartlarda yapılacak sözleşme sonucu ödenecek bedel ile davalı yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsaydı en yakın hangi fiyatla yapılabileceği bedel arasındaki fark olduğundan…"*. 15. HD, 16.04.2018 T., 2018/1985 E., 2018/1561 K. (HukukTürk). *"Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kumaşı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. İhâleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa da, idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir."*. HGK, 05.07.2006 T., 2006/499 E., 2006/507 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 15. HD, 15.12.2014 T., 2014/1597 E., 2014/7245 K.; 15. HD, 12.10.2017 T., 2017/1402 E., 2017/3411 K. (HukukTürk).

[222] Gerçekten, Yargıtay'ın bazı kararlarında kaçırılan fırsat hesabında yapılması mümkün sözleşme ile dönülen sözleşme arasındaki fark dikkate alınmıştır. Örneğin: *"Kural olarak, eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü gündeki aynı nitelikteki otoyu satın alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalının* (davacının) *malvarlığı azalacağından, anılan fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararı oluşturur."*. 13. HD, 22.10.1981 T., 1981/5738 E., 1981/6690 K. (YKD, 1982, C. 8, S. 2, s. 220 vd.). Zararın hesabında sözleşme kapsamında ödenecek olan bedelin dikkate alınması, ifa menfaatinin yani müspet zararın konusudur. Bu sebeple, kaçırılan fırsat hesabında sözleşmedeki bedel dikkate alınmaz. Burada alacaklının yapma fırsatını kaçırdığı başka bir sözleşmedeki bedel dikkate alınmalıydı. Yukarıdaki kararda yapılan hesaplama ancak, sözleşmedeki bedelin o tarihteki rayiç fiyata denk olması hâlinde bir anlam taşır. Aynı yönde bkz. **Kutlu Sungurbey,** s. 151, 152; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 304, dn. 46. Yargıtay bazı kararlarında ise hatalı bir şekilde

Kaçırılan fırsat hesabını bir örnek üzerinden açıklamak faydalı olur. A, B'den bir taşınmazı 200.000 TL bedelle satın almak için sözleşme yapmış, C'nin bu taşınmazın hemen bitişiğinde bulunan aynı nitelikteki taşınmazı 210.000 TL'ye satma teklifini bu sözleşmeye güvenerek kabul etmemiştir. Daha sonra A ile B arasındaki sözleşmenin hükümsüz olduğunun anlaşılması üzerine, A, aynı nitelikteki taşınmazı D'den 240.000 TL'ye satın alabilmiştir. Bu olayda A'nın menfi zarar kapsamında isteyebileceği kaçırılan fırsattan doğan zararı, D ile yaptığı sözleşmedeki bedel ile kaçırdığı fırsat olan C ile yapabileceği sözleşmedeki bedel arasındaki fark, yani 30.000 TL'dir. Buna karşılık, D ile yapılan sözleşmedeki 240.000 TL bedel ile güvenilen sözleşmedeki 200.000 TL bedel arasındaki fark olan 40.000 TL, kaçırılan fırsat kapsamında talep edilemez. Zira bu fark ifa menfaatine karşılık gelmektedir. Gerçekten, güvenilen sözleşme ifa edilseydi A aynı nitelikteki taşınmazı 240.000 TL yerine 200.000 TL'ye satın almış olacaktı. Dolayısıyla bu 40.000 TL ancak müspet zarar olarak talep edilebilir[223].

dönülen sözleşmedeki bedel ile yapma fırsatı kaçırılan sözleşmedeki bedel arasındaki farkın dikkate alınacağını kabul etmiştir. Bkz. 15. HD, 22.01.2004 T., 2003/3335 E., 2004/334 K. (HukukTürk).

[223] Örnek için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 307, 308.

§ 5. MÜSPET ZARARIN TALEP EDİLEBİLECEĞİ HÂLLER

I. GENEL OLARAK

Bir borç ilişkisinde borç tam ve doğru ifa edilmediğinde alacaklının ifa menfaati ihlal edilir. Söz konusu ihlalin malvarlığında meydana getirdiği etki ise müspet zarardır. Bu bakımdan, müspet zararın uygulama alanı bu çalışmada tek tek açıklanamayacak kadar geniştir. Bu sebeple, müspet zararın talep edilebileceği hâller, aşağıda temel borca aykırılık türleri bakımından açıklanmıştır. Konu açıklanırken yeri geldikçe müspet zararla ilgili özel hükümlere de değinilmiştir. Borca aykırılık türleri, imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt şeklinde üç ana başlığa ayrılabilir. Buna ek olarak, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumlulukta müspet zararın talep edilip edilemeyeceğini tespit etmek önem taşımaktadır.

II. İMKÂNSIZLIKTA MÜSPET ZARAR

A. Genel Olarak

Türk/İsviçre hukukunda borcun ifasındaki imkânsızlık farklı ölçütlere göre ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunlar zaman bakımından, borçlunun kusuru bakımından ve imkânsızlığın kimler için mevcut olduğu bakımından yapılan ayrımlardır. İmkânsızlığın meydana geldiği zaman bakımından yapılan ayrım baştaki ve sonraki imkânsızlık ayrımıdır. Burada dikkate alınan zaman sözleşmenin kurulma anıdır. Bu bakımdan, baştaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan imkânsızlıktır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlığa ise sonraki imkânsızlık denilmektedir. Kusur bakımından yapılan ayrıma göre ise ilke olarak[224] borçlunun imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu olduğu hâller kusurlu

[224] Kusurlu ve kusursuz imkânsızlık kavramları doktrinde yerleşik ifadelerdir. Bununla birlikte, doktrinde haklı olarak bu ayrımın aslında "borçlunun sorumlu olduğu ve borçlunun sorumlu olmadığı

imkânsızlık, imkânsızlığın borçluya yükletilemeyen sebeplerle meydana geldiği hâller ise kusursuz imkânsızlık olarak adlandırılmaktadır.

İmkânsızlığın kimler için mevcut olduğuna göre yapılan ayrımda, imkânsızlığın yalnızca borçlu bakımından söz konusu olduğu hâller sübjektif imkânsızlık, herkes bakımından geçerli olduğu hâller ise objektif imkânsızlık olarak ifade edilmektedir. Başka bir ifade ile edimin hiç kimse tarafından ifa edilememesi objektif imkânsızlık, yalnızca borçlu tarafından ifa edilememesi ise sübjektif imkânsızlıktır[225]. Doktrinde hâkim görüş, sübjektif imkânsızlık kavramına gerek olmadığını, bu kavramın yerinde olmadığını kabul etmektedir. Buna göre, imkânsızlık herkes yönünden kesin ve sürekli bir ifa engelini ifade eder. Sübjektif imkânsızlıkta ise edim yalnızca borçlu tarafından ifa edilememekte, diğer kişiler tarafından ifası mümkün bulunmaktadır. Bu sebeple sübjektif imkânsızlığı teknik anlamda bir imkânsızlık olarak kabul etmek mümkün değildir. Edimin ifasının yalnızca borçlu bakımından imkânsız olduğu hâllerde dar ve teknik anlamda imkânsızlık değil, borçlunun güçsüzlüğü (*Unvermögen des*

imkânsızlık" şeklinde yapılmasının daha yerinde olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten, bu ayrım esasen borçlunun imkânsızlığın sonuçlarından sorumlu olup olmadığına göre yapılmaktadır. Genel olarak borçlu kusurlu olduğu hâllerde sorumludur. Ancak, bazı hâllerde borçlu imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu olmasına rağmen sorumlu tutulmazken, ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk gibi bazı hâllerde imkânsızlıkta kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulmaktadır. Bu bakımdan esasen borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı imkânsızlık ayrımı daha isabetlidir. Bkz. **Dural, Mustafa,** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 109 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1327; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 452. Bu çalışmada hem doktrinde çoğunlukla kullanıldığı hem de kullanımı daha pratik olduğu için kusurlu ve kusursuz imkânsızlık ifadeleri tercih edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu ifadelerle borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı imkânsızlık hâlleri kastedilmiştir.

[225] **von Tuhr/Peter,** s. 263; **von Tuhr/Escher,** s. 94; **Bucher,** AT, s. 248, 418; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2558, 2567; **Guhl/Koller,** § 7, N. 18, 19; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 10, 11; **Schwenzer,** OR, N. 63.08; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 5; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 396; **Dural,** s. 80; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1061; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 444; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 9; **Altunkaya, Mehmet,** Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 111 vd.

Schuldners) söz konusu olur[226]. Borçlunun ifa güçsüzlüğü ise imkânsızlık olarak kabul edilmemektedir. İfa güçsüzlüğü, borçlunun ekonomik veya kişisel durumundan kaynaklanabilir[227]. Bununla birlikte, özellikle yapma borçlarında borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı edimlerdeki ifa güçsüzlüğü objektif imkânsızlıkla bir tutulmaktadır[228]. Zira bu tür borçlarda ifa güçsüzlüğü hâlinde edimin borçlu dışında bir kimse tarafından yerine getirilmesi de imkânsız olduğu için objektif imkânsızlığın mevcut olduğu kabul edilmektedir[229].

İmkânsızlık ayrımlarının birbirleriyle iç içe olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin, sonraki kusurlu objektif imkânsızlık tabirinde her üç ayrım birlikte dikkate alınmıştır. Aşağıda baştaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı temel alınmış, diğer ayrımlar ise bu başlıklar altında bu çalışmanın konusuyla ilgili oldukları ölçüde incelenmiştir.

---

[226] **BK OR-Becker,** Art. 20, N. 2; **von Tuhr/Peter,** s. 263; **Bucher,** AT, s. 247; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 5 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2567; **Guhl/Koller,** § 7, N. 19; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1061; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 9; **Başpınar, Veysel,** Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998 s. 119 vd.

[227] Bu konuda bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2567 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1061; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 10 vd.

[228] **BK OR-Becker,** Art. 20, N. 3; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 81; **Bucher,** AT, s. 418; **BSK OR I-Huguenin/Meise,** Art. 19-20, N. 46; **Schwenzer,** OR, N. 63.08; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 5, 7. Örneğin, ünlü bir heykeltraş bir heykel yapmayı taahhüt ettikten sonra ellerini kullanamaz hâle gelmişse artık ondan heykeli yapmasını beklemek mümkün değildir. Diğer taraftan, edim borcu heykeltraşın şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu için, onun dışında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi de imkânsızdır. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1061.

[229] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 8; **Keller/Schöbi,** s. 246; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2571; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N.81; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 6, 7; **Koller,** OR 2009, s. 813, 814; **Glättli,** Diss., s. 44; **Dural,** s. 81, 82, 89; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1061; **Başpınar,** Butlan, s. 119, 120; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 855; **Akıncı, Şahin,** Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2013, s. 226, 227; **Altunkaya,** s. 112. Krş. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 396, dn. 6. Aksi görüşte bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 907, 908; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 15.

B. Baştaki İmkânsızlıkta

Baştaki imkânsızlık[230], edimin ifasının sözleşmenin kurulmasından önce veya en azından kurulması anında objektif, sürekli ve kesin bir engel sebebiyle imkânsız olmasıdır[231]. Baştaki imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 27/I (OR Art. 20)'e göre, konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür (butlan). Bu hükme göre, edimin ifası en geç sözleşmenin kurulması anında imkânsızsa, bu durum sözleşmenin kesin hükümsüz olmasına sebep olur. Kesin hükümsüzlük hâlinde, sözleşme baştan itibaren geçersiz olup hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz. Batıl sözleşmelerde tarafların edim borcu doğmadığı için, alacaklı edimi talep ettiğinde borçlu ona karşı bir itiraz niteliğindeki kesin hükümsüzlüğü öne sürebilir. Ayrıca hâkim de önüne gelen davada kesin hükümsüzlüğü re'sen dikkate almak zorundadır[232]. Türk/İsviçre hukukunda baştaki imkânsızlıkta sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu açıkça düzenlenmiş, buna karşılık borçlunun imkânsızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde sorumluluğuna ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir.

Doktrinde, baştaki imkânsızlığa kesin hükümsüzlük yaptırımının bağlanmış olması eleştirilmektedir. Bu eleştiriler genel olarak, baştaki ve sonraki imkânsızlığın yaptırımı[233] ile talep edilebilecek zarar bakımından farklı sonuçlar doğuracak şekilde

---

[230] Bu başlık altında, bu çalışmanın konusu bakımından önemli olması sebebiyle, öncelikle ve genel olarak baştaki objektif imkânsızlık ele alınmıştır. Bu sebeple, "baştaki imkânsızlık" ifadesiyle kastedilen baştaki objektif imkânsızlıktır. Nitekim TBK m. 27/I'nin kapsamına sadece objektif imkânsızlık girmektedir. Baştaki sübjektif imkânsızlık ise yeri geldikçe ayrıca açıklanmıştır.

[231] **BSK OR I-Huguenin/Meise,** Art. 19-20, N. 46; **Akyol, Şener,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 151; **Başpınar,** Butlan, s. 116; **Altunkaya,** s. 103.

[232] **von Tuhr/Peter,** s. 225; **Keller/Schöbi,** s. 148; **BK OR-Kramer,** Art. 19-20, N. 316; **Guhl/Koller,** § 7, N. 38; **Schwenzer,** OR, N. 32.35; **BSK OR I-Huguenin/Meise,** Art. 19-20, N. 53; **Esener,** s. 214; **Başpınar,** Butlan, s. 26; **Eren,** Borçlar Genel, s. 350 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 175.

[233] Gerçekten, edimin ifası sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce imkânsızlaştığında bunun sonucu en ağır geçersizlik türü olan kesin hükümsüzlük iken, sözleşmenin kurulmasının hemen peşine ifa imkânsızlaşırsa sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi olmamaktadır. Birbirine süre olarak bu kadar yakın iki imkânsızlığa farklı sonuçlar bağlanması haklı olarak adil görülmemektedir. Bkz.

düzenlenmesi noktalarında toplanmaktadır[234]. Baştaki imkânsızlığa kesin hükümsüzlük yaptırımı bağlanmasının Roma hukukundaki "imkânsız olan borçlanılamaz" (*impossibilium nulla obligatio est*) ilkesine ve bunu benimseyen *Mommsen*'e dayandığı ifade edilmektedir[235]. Buna göre, tarafların imkânsızlığı bilmeleri hâlinde bu sözleşmeyi hiç yapmayacakları şeklindeki kabul, sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasının temel gerekçesidir[236]. Ancak, yalnızca bu gerekçe ile baştaki imkânsızlığa kesin hükümsüzlük yaptırımı bağlamak yerinde değildir. Zira hukukumuzda, örneğin yanılmanın iptal yaptırımına tabi olması gibi, tarafların gerçek durumu bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmayacakları bazı hâllere farklı hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Bu bakımdan baştaki imkânsızlığın sözleşmenin butlanına sebep olması zorunlu bir kabul değildir. Gerçekten Türk/İsviçre hukukunda baştaki imkânsızlığa rağmen sözleşmenin ayakta tutulduğu bazı hâller bulunmaktadır[237]. Bu sebeple,

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan, § 14, N. 3, 17; **Serozan,** Dönme, s. 590, 591. Bkz. ve krş. **Buz,** Dönme, s. 264, 265.

[234] Baştaki imkânsızlığı bilerek sözleşmeye yapan kusurlu taraf menfi zarardan sorumlu tutulurken, sonraki kusurlu imkânsızlığa sebep olan taraf müspet zarardan sorumlu tutulmaktadır. Birbirine zaman bakımından bu kadar yakın iki imkânsızlığın farklı sorumluluk hükümlerine tabi kılınması, hukukî adalet ve güvenlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 3, 17, 22; **Serozan,** Dönme, s. 590, 591.

[235] *Mommsen*'in Roma hukuku kaynaklarından yararlanarak ortaya attığı imkânsız olanın borçlanılamayacağı ilkesi ve yalnızca baştaki imkânsızlığın gerçek imkânsızlık olarak kabul edilebileceği görüşüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Mommsen,** Unmöglichkeit, s. 1 vd., 11 vd.; **Huang**, s. 46 vd., 83 vd.

[236] **Mommsen,** Unmöglichkeit, s. 106; **Huang**, s. 47; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 17; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 236. Ayrıca bkz. **Kurt, Leyla Müjde,** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara 2016, s. 37, 43 vd.

[237] Örneğin, mevcut olmayan bir alacağın bir edim karşılığı devrinde (alacağın satımı), satıcı alacağın devir sırasında hiç mevcut olmamasından sorumludur (TBK m. 191). Yine, ayıplı parça satımında, şeyin ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi veya ayıbın ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı hâllerde bile (kanaryanın ötmemesi veya arsaya inşaat yapılamaması) sözleşme ayakta tutulmakta ve alacaklının doğrudan ve dolaylı zararları tazmin edilmektedir. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 10;

baştaki imkânsızlığın sonucunun kesin hükümsüzlük olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Aksine, baştaki imkânsızlığın zorunlu ve doğal tek sonucu, imkânsızlaşan edimin aynen ifasının talep edilememesidir[238].

Borçlu baştaki imkânsızlığı bilmiyor ve bilmesi de kendisinden beklenemiyorsa herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık, baştaki imkânsızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde sözleşme yapan borçlunun, sözleşmenin kesin hükümsüz olmasından doğan zarardan sorumlu tutulması gerekir. Ancak, kanunda ne borçlunun bu zarardan sorumlu olduğuna ne de talep edilebilecek zararın türüne ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde, bu boşluğun *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile doldurulması gerektiği neredeyse oybirliği ile kabul edilmektedir[239]. Buna göre, edimin imkânsız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde sözleşme yapan borçlu, sözleşmenin geçerliliği konusunda karşı tarafta uyandırdığı güveni sarsarak davranış yükümlülüklerine aykırı davranmıştır. Bu sebeple borçlu *culpa in*

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan, § 14, N. 18; **Engin, Baki İlkay,** Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 75, s. 81, dn. 17.

[238] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 236; **Engin,** s. 76, 77.

[239] **BK OR-Becker,** Art. 20, N. 14; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 12; **von Tuhr/Peter,** s. 193, dn. 87, 264; **Keller/Schöbi,** s. 151, 152; **Bucher,** AT, s. 247, 249, 281; **BK OR-Kramer,** Art. 19-20, N. 404; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 50; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 718; **Barth,** s. 16; **Keller, M.,** s. 124 vd.; **Merz,** Vertrag, N. 134; **BSK OR I-Huguenin/Meise,** Art. 19-20, N. 59; **Schwenzer,** OR, N. 32.46, 64.06; **Gonzenbach,** s. 125; **Koziol,** Haftpflichtrecht, s. 65, 66; **Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus,** Obligationenrecht- Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 495; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 977; **Akyol,** Borçlar, s. 156; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 90, 444; **Başpınar,** Butlan, s. 178, 179; **Öz,** İnşaat, s. 36, 37; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 81; **Akıncı,** Borçlar, s. 227; **Altunkaya,** s. 242 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 233, 234; **Baygın,** s. 359, 360; **Engin,** s. 76, 77. Serozan esas olarak baştaki imkânsızlığın TBK m. 112'deki sorumluluğa tabi tutulmasından yanadır. Ancak yazar, bunun kabul edilmediği hâllerde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gidileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 17, 21.

contrahendo sorumluluğu kapsamında alacaklının menfi zararını tazmin etmelidir[240]. Söz konusu sorumluluk bir kusur sorumluluğu[241] niteliğindedir[242].

Doktrinde geniş kabul gören yukarıdaki görüşün sonucunda, edim baştan imkânsızsa sözleşme TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz sayılır ve alacaklı kusurlu borçludan menfi zararının tazminini talep edebilir. Bununla birlikte, doktrinde baştaki imkânsızlıkta yalnızca menfi zararın talep edilebileceği yönündeki kabulü eleştiren ve alacaklıya müspet zararını talep etme imkânı tanınması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. TBK m. 27'nin baştaki imkânsızlığı kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlayan açık hükmü karşısında, alacaklının müspet zararını talep edebilmesini sağlamak için farklı çözüm önerileri ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre[243], TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlük yaptırımı amaca uygun bir şekilde sınırlanarak baştaki imkânsızlıkta bazı hâllerde borçlunun edimini garanti

[240] **BK OR-Becker,** Art. 20, N. 14; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 12; **von Tuhr/Peter,** s. 264; **Bucher,** AT, s. 249; **BK OR-Kramer,** Art. 19-20, N. 404; **Keller/Schöbi,** s. 151, 152; **Gonzenbach,** s. 126; **Barth,** s. 16; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 50; **Koziol,** Haftpflichtrecht, s. 65; **KBB/Karner,** § 1293, N. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 903, 977; **Akyol,** Borçlar, s. 156; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 17, 21; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 444; **Başpınar,** Butlan, s. 179; **Öz,** İnşaat, s. 36, 37; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 81; **Altunkaya,** s. 243, 244; **Baygın,** s. 360. 11. HD, 20.02.1990 T., 1988/9411 E., 1990/1087 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 8, s. 1174 vd.).

[241] Burada kusur, imkânsızlığa sebep olma şeklinde değil, baştaki imkânsızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde karşı tarafta geçerli bir sözleşme kurulacağı yönünde bir güven oluşturup bu güveni sarsma şeklinde ortaya çıkar.

[242] Karşı tarafın edimin baştaki imkânsızlığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde tarafların kusurunun derecesine bakılmalı, gerektiğinde TBK m. 52 gereğince birlikte kusur varsayılarak tazminattan indirim yapılmalıdır. Aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 21, 23. Alman hukukunda da bunun gibi hâllerde birlikte kusura ilişkin hükümler çerçevesinde bir sonuca varılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Das Neue Schuldrecht/Medicus,** Kap. 3, N. 68; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 235, dn. 305.

[243] **Bucher,** AT, s. 248; **BK OR-Kramer,** Art. 19-20, N. 404; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 18, 21, 22; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 238; **Altunkaya,** s. 244, 245, 252 vd. Garanti vaadinin (sözleşmesinin), ifası baştan imkânsız bir edim

ettiği varsayılabilir. Zira TBK m. 27'deki kural, tarafların imkânsızlık sebebiyle meydana gelen zararlar için garanti sözleşmesi yapmasını yasaklamamıştır[244]. Bu bakımdan, objektif imkânsızlığa rağmen borçlu tarafından ifanın garanti edildiği sonucuna varılabildiği hâllerde, taraflar arasında bir garanti sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilebilir. Böylece, alacaklıya garanti sorumluluğu çerçevesinde ifa menfaatini, yani müspet zararını talep etme hakkı tanınır. Diğer taraftan, bu kabul sayesinde garanti taahhüdünün varsayılabildiği hâllerde, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ikincil bir sorumluluk hâline gelir[245]. Ancak bu kabul, bütün baştaki objektif imkânsızlık hâlleri için genel bir ilke olarak değerlendirilmemelidir. Aksine, her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılarak, borçlunun edimin ifasına ilişkin bir garanti taahhüdünün mevcut olduğu kabul edilebiliyorsa garanti sorumluluğuna gidilmelidir. Ancak, bu değerlendirmede taraflar arasında açık bir garanti sözleşmesi yapılmış olmasını aramak gerekmez. Bu sebeple, somut olayda taraflar arasında örtülü bir garanti sözleşmesinin mevcut olduğu yönünde bir sonuca ulaşılması yeterli kabul edilmelidir. Örneğin, somut olayın özelliğine göre imkânsız edimin bile bile borçlanıldığı[246] veya imkânsızlığın yalnızca borçlunun hâkimiyet alanından kaynaklandığı ve iyi niyetli karşı tarafın onun taahhütlerine güvenmek durumunda olduğu hâllerde[247] örtülü bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Böyle hâllerde kusurlu borçlunun yalnızca menfi zarardan sorumlu

için yapılsa bile geçerli olacağı yönünde bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 11; **von Tuhr/Peter,** s. 262, dn. 67; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 718; **Bucher,** AT, s. 248, **Barth,** s. 16.

[244] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 11; **von Tuhr/Peter,** s. 262, dn. 67; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 718; **Barth,** s. 16; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 238. BGE 72 I 278; 76 II 38.

[245] Böylece, garanti taahhüdünün varsayılabildiği hâllerde, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gitmeye gerek kalmaz. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 21.

[246] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 20, N. 11; **Altmeppen,** s. 1399; **Bucher,** AT, s. 248; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 239.

[247] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 239.

tutulması yerinde olmaz[248]. Buna karşılık, somut olayda borçlunun bir garanti taahhüdü belirlenemiyorsa, artık müspet zararın tazminine imkân tanınmamalıdır[249].

Başka bir görüş, objektif imkânsızlık kavramının mutlak imkânsızlık kavramıyla sınırlanmasını önermektedir[250]. Buna göre, Avusturya hukukunda olduğu gibi (ABGB § 878), yalnızca mutlak imkânsızlığın[251] (hukukî imkânsızlık ve fiili mantık dışı imkânsızlık hâlleri) TBK m. 27 kapsamına girdiği kabul edilmelidir[252]. Bunun

[248] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22. Doktrinde bir görüş, TBK m. 35/II (OR Art. 26/II) ve 47/II (OR Art. 39/II)'den hareketle özellikle zarar verenin ağır kusurlu olduğu hâllerde müspet zararın tazminine imkân tanınabileceği savunmaktadır. Bkz. **BK OR-Kramer,** Art. 19-20, N. 404.

[249] Bu görüşü benimseyen bazı yazarlar, garanti sözleşmesi varsayımının dar uygulanması ve bazı sınırlamalara tabi tutulması gerektiğini kabul etmektedir. Örneğin, bir görüşe göre, hakkaniyete aykırı sonuçları bertaraf etmek uğruna TBK m. 27'deki normun koruma amacına ters düşen sonuçlara varılmamalıdır. Özellikle, zarar verenin kusurlu olduğu ve karşı tarafın da edimin ifa edileceğine güven duyduğu her durum ve şartta müspet zararın tazminine imkân tanınmamalıdır. Kural olarak geçerli bir borç ilişkisinin varlığına ihtiyaç duyan müspet zararın talebi için yalnızca edimin ifa edileceğine güven duyulması yeterli olmayıp, bunun yanında somut olayın özelliklerinin en azından örtülü bir garanti sözleşmesinin kabulünü haklı göstermesi gerekir. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 240. Yine garanti sözleşmesi varsayımını kabul eden başka bir görüş ise objektif imkânsızlıkta sübjektif imkânsızlıktaki kadar genel nitelikte bir garanti sorumluluğuna yer olmadığını, genel bir sorumluluk olarak olsa olsa zarara birlikte yol açmaya ilişkin TBK m. 52 gereğince indirimli bir *culpa in contrahendo* (kusur) sorumluluğunun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Zira, yazara göre imkânsızlığın objektif olduğu hâllerde, alacaklının da böyle bir edimin ifa edilemeyeceğini bilmesi gerekir. Bunun istisnası ise somut olayda bir garanti taahhüdünün varlığının tespit edilebildiği hâllerdir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 21, 23, 31.

[250] **Ziegler, Antje**, Die anfangliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre, Bern-Stuttgart-Wien 1992, s. 14 vd. (**Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 238'den naklen). Bkz. ve krş. **Engin,** s. 78 vd. Öncelikle bu çözümün uygulanmasını savunan, ancak kabul edilmediği takdirde yukarıda açıklanan garanti sözleşmesi görüşünün uygulanmasını öneren görüş için bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 237 vd.

[251] Avusturya hukukunda, apaçık/kesinlikle imkânsız (Was geradezu unmöglich ist) olan bir şeyin edim konusu yapıldığı hâllerde butlan yaptırımı öngörülmüştür (ABGB § 878). Söz konusu düzenlemedeki "apaçık imkânsızlık" ifadesi öğretide dar yorumlanarak, sadece hukukî imkânsızlık ile mutlak anlamdaki (mantık dışı) imkânsızlıkları kapsadığı kabul edilmektedir. Buna mutlak imkânsızlık da denilmektedir. Bkz. **KBB/Bollenberger,** § 878, N. 2 vd.; **Bydlinski,** N. 7/14; **Engin,** s. 78 ve özellikle dn. 10, 11; **Altunkaya,** s. 58 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 233, dn. 295.

[252] Örneğin, henüz icat edilmemiş bir zaman makinesinin yapımı vaya keşfedilmemiş bir ilacın satışı mutlak imkânsızlık olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 238.

dışındaki objektif imkânsızlık hâllerinde ise sözleşme geçerli sayılmalıdır. Böylece, mutlak imkânsızlık şeklinde nitelendirilen hukukî imkânsızlık ve fiili mantık dışı imkânsızlık hâllerinde sözleşme TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz sayılır ve zarar gören yalnızca *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde menfi zararını talep edebilir. Buna karşılık, mutlak imkânsızlık sayılmayan diğer objektif imkânsızlık hâllerinde sözleşme geçerli kabul edildiği için, zarar gören müspet zararını talep edebilir[253].

Objektif imkânsızlıkta garanti taahhüdü varsayımını kabul eden bir görüş, buna alternatif olarak iki yöntem daha ortaya atmaktadır. Bu görüş ilk olarak boşluk doldurma yöntemi ile TBK m. 27 hükmünü amaca uygun sınırlamaya tabi tutarak, sonraki imkânsızlık hükümlerinin (TBK m. 112 ve 136) baştaki objektif imkânsızlığa kıyasen uygulanmasını önermektedir[254]. Zira bu görüşe göre, doktrinde çoğunluk baştaki sübjektif imkânsızlıkta sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Sübjektif ve objektif imkânsızlık arasındaki sınır belirsiz ve son derece silik olduğu için aynı yöntem objektif imkânsızlığa da uygulanabilir[255]. Bu görüşün ortaya attığı ikinci alternatife göre, *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında müspet zararın tazminine imkân tanınabilir[256]. Buna göre, sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açma sebebiyle yalnızca menfi zararın tazmin edilebilirliği, tazminatın normun koruma amacıyla sınırlanmasının doğal bir gereği olarak görülmektedir. Ancak, sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmadan dolayı tazminat talebini sınırlayıcı görevi belirli ölçüler içinde kabul edilebilecek olan menfi zarar kavramının, ifa engelini bile bile sözleşme yapmada, hele de ifa engeline yol açmada yeri olmamalıdır. Bu sebeple, geçersizliğe yol açmadan ötürü *culpa in contrahendo*

[253] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 238.

[254] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 3, 16.

[255] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 3, 16.

[256] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 3, 22.

tazminatını menfi güven zararıyla değil, müspet ifa çıkarıyla belirlemek yerinde olur[257]. Bununla birlikte, yazara göre alacaklının da imkânsızlığı bilebilecek hâlde olduğu durumlarda, TBK m. 52 gereğince birlikte kusur varsayılarak tazminattan indirim yapılmalıdır[258].

Kanaatimizce TBK m. 27'nin baştaki objektif imkânsızlığın kesin hükümsüzlüğe sebep olacağı yönündeki açık hükmü karşısında, mutlak imkânsızlık kavramını kabul etmek mümkün değildir. Zira hükümde bunu haklı kılabilecek hiçbir ibare bulunmamaktadır. Aksine bir ayrım yapılmadan konusu imkânsız olan sözleşmelerden bahsedilmektedir. Sübjektif imkânsızlık, niteliği gereği teknik anlamda imkânsızlık olarak kabul edilemeyeceği için bu hükmün dışında tutulabilmektedir. Buna karşılık, mevzu hukuk açısından objektif imkânsızlık hâlleri arasında böyle bir ayrım yapmak uygun değildir. Doktrinde çoğunluğun kabulü olan *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde menfi zararın talep edilebilmesi ise kanaatimizce mümkün olmakla birlikte yeterli değildir. Zira yukarıda açıklandığı gibi, özellikle borçlunun imkânsızlığı bile bile sözleşmeyi yaptığı hâllerde onu sadece menfi zarardan sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Üstelik doktrinde belirtildiği gibi, imkânsızlığın sözleşmenin kurulmasından hemen önce meydana gelmesi ile hemen sonra meydana gelmesi arasında zararın giderimi

[257] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22.

[258] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 23. Bununla birlikte aynı yazar başka bir yerde, alacaklının da hiç kimsenin yenip aşamayacağı, herkes için geçerli bir imkânsızlığı (objektif imkânsızlık) bilmesi gerektiğini, onun güveninin özel olarak korunmayı hak etmediğini ifade etmektedir. Yazara göre bu sebeple, objektif imkânsızlıkta genel nitelikte bir sorumluluk olarak olsa olsa TBK m. 52 uyarınca indirimli bir *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yer olabilir. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 31. Böylece yazar bir yandan baştaki imkânsızlıkta *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde müspet zararın talep edilebileceği yönünde bir genel kural önerisinde bulunurken, diğer yandan istisna olarak belirttiği alacaklının da imkânsızlığı bilebilecek durumda olduğu hâllerde indirimli bir tazminat belirlenmesi teklifini, aslında kendi görüşünde genel kural hâline getirmektedir.

bakımından bu kadar büyük bir fark oluşturmak, adalet duygularını zedeleyici sonuçlar doğurabilmektedir.

Bununla birlikte, TBK m. 27'nin açık hükmünü görmezden gelip, baştaki imkânsızlığı tamamen sonraki imkânsızlık hükümlerine kaydırmak hukuk tekniğine aykırıdır. Benzer şekilde, TBK m. 27 yürürlükte dururken *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde genel bir müspet zarardan sorumluluk rejimi kabul etmek de yerinde olmaz. Bu sebeple, kanaatimizce imkânsızlık hâlleri arasındaki çoğu zaman adaletsiz sonuçlar doğuran bu ayrımlar olabildiğince terk edilerek, modern eğilimlere uygun şekilde imkânsızlığın hüküm ve sonuçları bakımından sadeleştirme ve tek tipe indirme yolunda düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Alman hukukunda eskiden mevcut olan baştaki imkânsızlığa kesin hükümsüzlük yaptırımı bağlanması kuralı, 2002 yılındaki değişikliklerle kaldırılmış ve alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı tanınmıştır[259]. Gerçekten, BGB § 311a/I'e göre, baştaki imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Üstelik maddenin ikinci fıkrasında, borçlunun baştaki imkânsızlığı bildiği veya bilmesinin gerektiği hâllerde alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı tanınmıştır[260]. Benzer şekilde, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) baştaki imkânsızlık bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak öngörülmemiştir[261]. Bu yönde düzenlemeler yapılana kadar ise geçici çözüm olarak, TBK m. 27'ye göre

[259] Alman hukukunda 2002 reformundan önceki durumun ve sonraki durumun ayrıntılı incelemesi için bkz. **Huang**, s. 60 vd., 109 vd.

[260] Aynı hükme göre, alacaklı dilerse müspet zarar yerine BGB § 284'e göre boşa çıkan masraflarının tazmini talep edebilir.

[261] Viyana Satım Sözleşmesi'nde baştaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı yapılmadığı gibi, imkânsızlığın sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olacağı da kabul edilmemiştir. Gerçekten, CISG m. 68'e göre, *"... satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa zarar veya ziya rizikosunu satıcı taşır."*. Doktrinde bu hükümden yola çıkılarak, CISG bakımından satıcının belirli hâllerden sorumlu tutulması yoluyla, konusu baştan imkânsız olan sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, (Hachem),** Art. 68, N. 4; **Schwenzer,** Aufwendungsersatz, s. 666; **Atamer,** CISG, s. 110, 111.

objektif imkânsızlıkta sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasına aykırılık oluşturmayacak şekilde, *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde menfi zararın talep edilebilmesi genel ilke olarak uygulanmalıdır. Buna ek olarak garanti taahhüdü görüşünün genel kural hâline getirilmesi yerinde olmaz. Ancak, somut olayın özelliğine göre yapılacak değerlendirmede, borçlunun edime ve ifasına ilişkin açık veya örtülü bir garanti taahhüdünün kabul edilebildiği hâllerle sınırlı olmak üzere, müspet zararın talep edilebilmesine imkân tanınmalıdır.

Sözleşmenin kurulmasından önceki sübjektif imkânsızlık, teknik anlamda bir imkânsızlık olarak kabul edilmemektedir. Zira sübjektif imkânsızlıkta edimin ifası yalnızca borçlu bakımından imkânsızdır. Buna karşılık üçüncü kişilerin söz konusu edimi ifası mümkün hâldedir[262]. Bu sebeple sübjektif imkânsızlık esasen teknik anlamda bir imkânsızlık değildir. Bu bakımdan sübjektif imkânsızlığı ifa güçsüzlüğü olarak tanımlamak daha yerinde kabul edilmektedir[263]. Bu sebeple önceki sübjektif imkânsızlık TBK m. 27 kapsamında değerlendirilmemektedir[264]. Doktrinde çoğunlukla önceki sübjektif imkânsızlık sonraki sübjektif imkânsızlık hükümlerine

[262] Bir görüşe göre sübjektif imkânsızlıkta edimin ifası pratik olarak mümkün görülse bile, borçlu için aşırı güçleşmekte ve ondan beklenen özveri sınırını aşmaktadır. Gemiyle Somali'ye mal taşımayı taahhüt eden borçlunun, Süveyş Kanalı'nın kapanması yüzünden Cebelitarık ve Ümit Burnu'ndan geçmek zorunda kalması bu duruma örnek olarak verilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 10.

[263] **BK OR-Becker,** Art. 20, N. 2; **von Tuhr/Peter,** s. 263; **Bucher,** AT, s. 247; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 5 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2567; **Guhl/Koller,** § 7, N. 19; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1061. Bununla birlikte doktrinde, ifa güçsüzlüğü yani sübjektif imkânsızlık ile aşırı ifa güçlüğü (işlem temelinin çökmesi) arasındaki sınırın çok silik olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe örnek olarak, Alman Medenî Kanunu'nda kişisel ve ruhsal sebeplere bağlı ifa engelinin imkânsızlık, ekonomik sebeplere bağlı ifa engelinin ise işlem temelinin çökmesi bağlamında ele alınması gösterilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 12.

[264] Bkz. **Furrer/Müller-Chen,** s. 493; **Başpınar,** Butlan, s. 119 vd. Bir görüşe göre baştaki sübjektif imkânsızlığın da TBK m. 27 kapsamında değerlendirilmesi ve kesin hükümsüzlüğe sebep olması gerekir. Buna göre, en azından açık (alacaklının imkânsızlığı bilmesi gereken hâller) sübjektif imkânsızlıkta kesin hükümsüzlük kabul edilmelidir. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s. 247.

tabi tutulmaktadır[265]. Önceki sübjektif imkânsızlığa sonraki sübjektif imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağı kabul edildiğinde, sonraki sübjektif imkânsızlığa hangi hükümlerin uygulanacağı tartışması önem kazanmaktadır. Bir görüş, sonraki sübjektif imkânsızlıkta TBK m. 112'nin (borçlu kusurlu değilse TBK m. 136'nın) uygulanmasını savunmaktadır[266]. Buna karşılık diğer görüşe göre, bu hâlde temerrüt hükümleri uygulanmalıdır[267]. Sonuçta hangi görüş kabul edilirse edilsin baştaki sübjektif imkânsızlıkta sözleşme kesin hükümsüz sayılmamakta, geçerli bir biçimde kurulduğu kabul edilmektedir[268]. Bu sebeple, alacaklı kusurlu borçludan müspet zararını talep edebilir[269].

C. Sonraki İmkânsızlıkta

Sonraki imkânsızlık tabiri, edimin ifasının sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra imkânsız hâle gelmesini ifade eder. Sonraki imkânsızlığın borçlunun kusuruyla veya kusuru olmadan meydana gelmesi mümkündür.

---

[265] Bir görüş, baştaki sübjektif imkânsızlıkta garanti sorumluluğuna gidilmesini savunmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 24 vd.

[266] **von Tuhr/Escher,** s. 94; **Barth,** s. 17, 18; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 8, 12 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 64.08; **Furrer/Müller-Chen,** s. 493, 494; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 904, 909; **Akyol,** Borçlar, s. 153; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 89; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 9.

[267] **von Büren,** s. 390; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2575 vd.; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 7; **Glättli,** Diss., s. 44; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115; **Altunkaya,** s. 118, 258. Temerrüt hükümlerinin uygulanması yönündeki görüşün dikkate almaya değer haklı gerekçeleri olduğu yönünde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 48, 65.

[268] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 97, N. 3; **von Tuhr/Peter,** s. 263; **Schwenzer,** OR, N. 64.08; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2574; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 907, 908; **Başpınar,** Butlan, s. 120, 121; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 89; **Altunkaya,** s. 117, 256.

[269] Esasen burada sorumluluğun ifayı sonradan imkânsızlaştırmaktan yani aslî edim yükümlülüğüne aykırılıktan ziyade, sübjektif imkânsızlığı bile bile veya ifa yeteneğini değerlendirmeksizin sözleşme kurmaktan yani davranış yükümlülüklerine aykırılıktan doğduğu, bu sebeple TBK m. 112'nin doğrudan değil örnekseme yoluyla uygulanabileceği görüşünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, Serozan,** § 14, N. 28.

1. Sonraki Kusurlu İmkânsızlıkta

Sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra, borçlunun kusurlu bir davranışı sonucunda edimin ifasının sürekli ve kesin bir şekilde imkânsız hâle gelmesidir[270]. Türk Borçlar Kanunu'nda sonraki kusursuz imkânsızlık bakımından özel bir düzenleme mevcutken, sonraki kusurlu imkânsızlık hakkında açık bir hüküm öngörülmemiştir. Bu sebeple sonraki kusurlu imkânsızlık hâlinde borca aykırılığa ilişkin genel hüküm olan TBK m. 112 uygulanır. Buna göre, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu, kusurlu olmadığını ispat edemezse alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Söz konusu hükümdeki "hiç ifa etmeme" tabiri, sonraki kusurlu imkânsızlığı ifade eder.

Kusurlu ifa imkânsızlığında sözleşmenin kurulmasından sonra ve borçluya yükletilebilen bir sebeple ortaya çıkan sürekli ve kesin bir engel edimin ifa imkânını ortadan kaldırmaktadır[271]. Bu bakımdan imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmelidir. Başka bir ifadeyle sözleşmenin kurulması anında edimin ifası mümkün olmalıdır. Diğer taraftan edimin ifasındaki imkânsızlığın sürekli ve kesin olması gerekir. Geçici ifa imkânsızlığı kural olarak borçlu temerrüdüne sebep olur[272]. Bununla birlikte bazı hâllerde geçici imkânsızlık da ifa imkânsızlığı olarak

---

[270] **von Tuhr/Escher,** s. 93 vd.; **Bucher,** AT, s. 418; **Keller/Schöbi,** s. 245; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 57; **Larenz,** I, s. 305; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2525 vd; **Barth,** s. 32; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 7; **Koller,** OR 2009, s. 809 vd.; **Glättli,** Diss., s. 44; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 904 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 395; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 4; **Feyzioğlu,** II, s. 175; **İnan/Yücel,** s. 603; **Başpınar,** Butlan, s. 115; **Dural,** s. 75, 79; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1058, 1059; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 853.

[271] **von Tuhr/Escher,** s. 93, 94; **Keller/Schöbi,** s. 245; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 7 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 63.09 vd.; **Koller,** OR 2009, s. 816, 817; **Barth,** s. 40, 41; **Glättli,** Diss., s. 44 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 909 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 395; **İnan/Yücel,** s. 603; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1059.

[272] **von Tuhr/Escher,** s. 96; **Barth,** s. 41, 42; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2563; **Keller/Schöbi,** s. 245; **Guhl/Koller,** § 31, N. 8; **Koller,** OR 2009, s. 810; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 7, 8; **Schwenzer,** OR, N. 63.10; **Glättli,** Diss., s. 44; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 909;

kabul edilmektedir. Örneğin kesin vadeli borçlarda[273] ve geçici imkânsızlığın ne kadar süreceğinin belli olmadığı bazı sözleşmelerde[274] durum böyledir[275].

İfa imkânsızlığı mantıki, fiili ve hukuki sebeplerden kaynaklanabilir[276]. Edimin ifası imkânının mantık ve doğa kanunlarına göre kesin olarak ortadan kalkmasına mantıkî imkânsızlık denir[277]. Fiili imkânsızlıkta ise, edim konusu yok olmamakta, ancak ifa imkânı fiili ve pratik sebeplerle çok zor hâle gelmekte veya ortadan kalkmaktadır[278]. Hukukî imkânsızlıkta da edim konusu yok olmamakla birlikte ifası

Tandoğan, Mesuliyet, s. 398; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 2. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 452.

[273] Kesin vadeli sözleşmelerde vade edimin önemli bir unsurunu teşkil ettiği için zamanında ifa etmeme ifa imkânsızlığı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, bir düğün töreni için sipariş edilen elbise belirlenen günde teslim edilmediğinde, sonraki ifa alacaklı açısından hiçbir önem taşımaz. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 96; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 62; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 5; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2564; **Guhl/Koller,** § 31, N. 8; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 18; **Schwenzer,** OR, N. 63.04, 63.11; **Barth,** s. 41, 42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 909; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 398; **Dural,** s. 98; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 13, N. 2; § 14, N. 6; § 17, N. 1; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 452; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1063.

[274] **von Tuhr/Escher,** s. 96, 97; **Keller/Schöbi,** s. 245; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2564; **Barth,** s. 42; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 398; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1063. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 453.

[275] Doktrinde hâkim olan görüşe göre, sürekli borç ilişkilerinde edim yerine getirilmeden geçen zaman dilimi artık mazide kaldığı için tekrar yaşanması mümkün değildir. Bu sebeple edimin o zaman diliminde ifa edilmeyen kısmı bakımından imkânsızlık söz konusu olur. Buna karşılık ifa zamanı tamamen geçmemiş ve edimin gelecekte de ifası mümkünse imkânsızlık değil temerrüt gerçekleşir. Bkz. ve krş. **Dural,** s. 99; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1063; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 13, N. 2, § 17, N. 1. Diğer taraftan, ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde ifa sonradan imkânsızlaşırsa, edimin ifa edilen kısmı imkânsızlıktan etkilenmez; imkânsızlık hükümleri edimin imkânsızlaştığı andan sonrası için uygulanır. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 454.

[276] Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 59 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 904 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 396, 397; **Dural,** s. 8 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 5 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1059.

[277] Örneğin, edim konusu hayvanın ölmesi veya eşyanın yok olması hâllerinde artık edimin ifa edilmesi mümkün değildir. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1059; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 5.

[278] Edim konusunun bir doğa olayı veya borçlunun ya da üçüncü kişinin bir fiiliyle kaybolması gibi hâllerde fiili imkânsızlık söz konusu olur. Örneğin, edim konusu eşyanın okyanusa düşmesi veya

emredici hukuk kurallarıyla yasaklanmakta veya yine hukukî sebeplerle ifa imkânı ortadan kalkmaktadır[279].

Sonraki ifa imkânsızlığı borçlunun kusurlu bir davranışından meydana gelmelidir. Bu bakımdan borçlunun imkânsızlığın sonuçlarından sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekir. Bununla birlikte TBK m. 112'de borçlunun kusurlu olduğu yönünde bir karine öngörülmüştür. Bu sebeple alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmekle yükümlü değildir. Aksine sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, imkânsızlığın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat etmek zorundadır. Dolayısıyla borçlu, edimin imkânsızlaşmasında kusuru bulunmasa bile bunu ispatlayamadığı sürece meydana gelen zarardan sorumludur. Diğer taraftan borcun ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, TBK m. 116 gereğince imkânsızlığın sonuçlarından kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutulur.

Sonraki imkânsızlık bakımından objektif imkânsızlık ve sübjektif imkânsızlık (borçlunun güçsüzlüğü) ayrımı uygulanacak hükümler bakımından önem taşımaktadır. Ancak sonraki sübjektif imkânsızlığa hangi hükümlerin uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş sübjektif imkânsızlıkta borçlu temerrüdü

---

kolyenin gömülü olduğu arsanın üzerine gökdelen yapılması gibi hâllerde edim mantık kurallarına göre henüz yok olmamıştır. Bununla birlikte, söz konusu eşyaların alacaklıya teslimi fiili ve pratik açıdan mümkün değildir. Böyle bir edimin ifasını talep etmek aşırı güçlüklere sebep olacağı gibi dürüstlük kuralına da aykırı olur. Dolayısıyla bu edimin ifası borçludan ve makul hiçbir kişiden beklenemez. Bkz. **Dural,** s. 8 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 904 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1059, 1060; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 7. Fiili imkânsızlığın, imkânsızlık değil aşırı ifa güçlüğü olduğu görüşü için bkz. **Kurt,** İmkânsızlık, s. 64, 65.

[279] Örneğin, edim konusu hakkında sonradan ithalat ve ihracat yasağı konulması, sözleşme konusu şeyin mülkiyetinin sözleşme kurulduktan sonra mirasçılık sebebiyle alacaklıya geçmesi, imar hukuku bakımından sonradan arsaya inşaat yasağı konulması veya edim konusunun kamulaştırılması gibi hâllerde hukukî imkânsızlık mevcuttur. Bkz. **Keller/Schöbi,** s. 245; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 906; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1060.

hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır[280]. Buna karşılık diğer görüşe göre, sübjektif imkânsızlıkta TBK m. 112 (borçlu kusurlu değilse TBK m. 136) uygulanmalıdır[281]. Üçüncü bir görüş ise somut olayın özelliğine göre borçludan edimin ifası beklenebiliyorsa temerrüt, beklenemiyorsa imkânsızlık hükümlerine gidilmesi gerektiğini savunmaktadır[282].

İmkânsızlık kural olarak parça borçlarında söz konusu olur. Zira parça mal yeryüzünde tek olduğu için ifasının imkânsızlaştığı hâllerde artık yerine başka bir mal koymak mümkün değildir[283]. Buna karşılık çeşit (cins) borçlarında kural olarak imkânsızlık meydana gelmez. Zira burada tür yok olmaz (*genus perire non censetur*) ilkesi geçerlidir. Buna göre, borçlu cins borçlarında edim konusu kendi malvarlığında yok olsa bile başka yerden temin edebilir. Bununla birlikte, istisnaen o cinsten mal yeryüzünde tamamen tükenmiş ve yeniden üretilmesi de mümkün değilse artık imkânsızlıktan bahsedilebilir[284]. Para borçları kural olarak çeşit borcu olduğu için, bu borçlarda da imkânsızlık söz konusu olmaz[285]. Sınırlı çeşit borçlarında ise ifa imkânsızlığı hükümleri uygulanabilir. Gerçekten, borçlunun belirli bir stok veya

[280] **von Büren,** s. 365, 390, 391; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2575 vd.; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 7; **Glättli,** Diss., s. 44; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115; **Altunkaya,** s. 258. Bu görüşün haklı gerekçeleri olduğu yönünde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 48, 65.

[281] **von Tuhr/Escher,** s. 94; **Barth,** s. 17, 18; **Guhl/Koller,** § 31, N. 3 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 8, 12 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 64.08; **Koller,** OR 2009, s. 813; **Furrer/Müller-Chen,** s. 493 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 904, 909; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 89, 445.

[282] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 15.

[283] **von Tuhr/Escher,** s. 95; **Keller/Schöbi,** s. 246; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 79; **Schwenzer,** OR, N. 63.03; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 803, 804; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1064.

[284] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 19 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 77; **Keller/Schöbi,** s. 247; **Larenz,** I, s. 316 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 63.03; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 910; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 446; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1064.

[285] **Bucher,** AT, s. 421; **Keller/Schöbi,** s. 247; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2572; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 805.

deposunda sınırlı miktarda bulunan malların tamamı yok olduğunda ifanın imkânsızlaştığı kabul edilir[286].

Kusurlu ifa imkânsızlığında borçlunun edimini aynen yerine getirmesi artık mümkün olmadığı için aynen ifayı talep hakkı sona erer. Alacaklı artık borçludan aslî edimi değil, imkânsızlık sebebiyle uğradığı zararı talep edebilir. Hâkim görüşe göre, kusurlu ifa imkânsızlığında TBK m. 112 gereğince borçlanılan edimin yerini tazminat borcu alır[287]. Başka bir ifadeyle, borç ilişkisinden doğan aslî (birincil) edim yükümlülüğü, talî (ikincil) yükümlülük olan tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşür[288]. Söz konusu tazminat, alacaklının ifaya olan menfaatini, yani müspet zararını gidermeyi amaçlar. İmkânsızlık hâlinde sona eren, borçlunun imkânsızlaşan edim borcudur. Yoksa geniş anlamda borç ilişkisi sona ermez. Bu sebeple, geçerli olmaya devam eden borç ilişkisinde borçlunun imkânsızlaşan ediminin yerini tazminat yükümlülüğü alır. Bu bakımdan aslî edim için geçerli olan zamanaşımı süresi tazminat yükümlülüğü için de geçerli olur[289]. Diğer taraftan borç ilişkisi sona ermediği için, aslî

---

[286] **Bucher,** AT, s. 421; **Keller/Schöbi,** s. 247; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 78; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 20, 21; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 804; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1064.

[287] **von Tuhr/Escher,** s. 104; **Bucher,** AT, s. 328; **Guhl/Koller,** § 31, N. 3; **Barth,** s. 65, 67; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 853, 854, 904.

[288] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 67, 441; **Keller/Schöbi,** s. 249; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 47; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2871; **Schwenzer,** OR, N. 64.20; **Furrer/Müller-Chen,** s. 497; **Feyzioğlu,** II, s. 181; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1077; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 3; **Erdoğan,** s. 220, 221.

[289] İmkânsızlıkta borç ilişkisinin devam ettiğine karşı çıkan bir görüş, böyle bir kabulün, aslî edim için işlemeye başlayan zamanaşımının tazminat borcu için kaldığı yerden devam edeceği anlamına geldiğini savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 447 vd.; **Gündüz,** s. 101. Kanaatimizce durum her zaman böyle değildir. Zira bu kabulün zorunlu sonucu, yalnızca, aslî edim hangi zamanaşımı süresine tabiyse, onun yerini alan tazminat yükümlülüğünün de o kadar zamanaşımı süresine tabi olacağıdır. Gerçekten, bu görüşteki yazarlardan bir kısmı yeni bir sürenin işlemeye başlayacağını kabul etmekteyken, bir kısmı aslî edim için işleyen sürenin devam edeceğini kabul etmektedir. Örneğin, Wiegand açıkça tazminat açısından yeni bir zamanaşımı süresi işleyeceğini belirtmektedir. Benzer şekilde Serozan da zamanaşımı süresinin tazminat yükümlülüğünün muaccel olduğu, yani borca aykırılığın gerçekleştiği günden başlayarak sıfırdan işleyeceğini belirtmektedir. Bkz. **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 50;

edime ilişkin teminatlar ve fer'i haklar, tazminat yükümlülüğü bakımından da devam eder[290]. Benzer şekilde borçlunun aynen ifa talebine karşı sahip olduğu def'i ve itirazlar tazminat talebine karşı da ileri sürülebilir[291]. Buna karşılık doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, kusurlu imkânsızlıkta borç ve bu arada karşı borç (dolayısıyla sözleşme ilişkisi) sona erer, yerini kanundan doğan yeni bir borç niteliğindeki tazminat borcu alır[292].

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan, § 16, N. 3. Buna karşılık bu görüşteki bazı yazarlara göre, aslî edim için işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresi, tazminat borcu için de işlemeye devam eder. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 104; **Schwenzer,** OR, N. 64.21. Ayrıca Bkz. Bölüm III, § 11.

[290] **von Tuhr/Escher,** s. 104; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 49; **Schwenzer,** OR, N. 64.21; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 854; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 3.

[291] **von Tuhr/Escher,** s. 104; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 49; **Schwenzer,** OR, N. 64.21; **Furrer/Müller-Chen,** s. 497; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 3.

[292] Katılma imkânı bulamadığımız bu görüşe göre, TBK m. 136 kusursuz ifa imkânsızlığına özgü bir hüküm olarak değil, borcun borçlunun sorumluluğundan bağımsız olarak sona ermesinin sonuçlarını düzenleyen bir genel hüküm olarak değerlendirilmelidir. Kusursuz ifa imkânsızlığında borç ve karşı edim borcu sona erdiğine göre, kusurlu ifa imkânsızlığında da borçlar karşılıklı olarak evleviyetle sona ermelidir. Kusurlu ifa imkânsızlığında borçlu alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu tazminat borcu, kanundan doğan yeni bir borçtur. Bu tazminatı talep etmek için eski borcun (ve sona eren karşı borcun) vadesini beklemek gerekmez, imkânsızlık anından itibaren talep edilebilir. Bu görüşe göre, hâkim görüş kabul edilirse tazminat imkânsızlaşan edimin yerini alacağı için, hem tazminat ile karşı edim değişime tabi olacak hem de tazminat talep edebilmek için aslî edimin vadesinin gelmesi beklenecektir. Bununla birlikte, yazarlar kendi görüşleri benimsenirse, borç muaccel olmadan imkânsızlaşmışsa zararın asıl borcun muacceliyet tarihinde gerçekleşeceği dikkate alınarak hesaplanması gerektiğini savunmaktadır. Yazarlara göre, daha önce ifa edilmiş olan karşı edim TBK m. 136/II'deki gibi sebepsiz zenginleşme hükümlerine kıyasen geri istenir. Yine bu görüşe göre, fark teorisi *(fark yöntemi)* ancak kendi görüşleri kabul edilirse uygulanabilir. Zira klasik görüşe göre karşı edim borcu sona ermeyeceği için zorunlu olarak mübadele yöntemi uygulanır, fark yöntemi uygulanamaz. Oysa bu görüşe göre karşı edim borcu da sona erdiği için fark yöntemi sağlam bir temel bulmuş olur. Ancak, alacaklının daha önce ifa ettiği kendi edimini geri alması kendisi için bir değer taşımıyorsa, onu borçluda bırakıp tazminatın buna göre hesaplanmasını talep etmesi mümkündür. Hatta, alacaklı edimini henüz ifa etmeden borçlunun edimi imkânsızlaşsa bile, alacaklı ediminin borçluya bırakılmasını ve tazminat olarak imkânsızlaşan edimin değerinin ödenmesini isteyebilir. Diğer taraftan, borçlar sona erip kanundan doğan yeni bir tazminat borcu ortaya çıktığı için, bu yeni alacağa yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar. Sona eren borç için verilen kefalet ve rehinler, bu yeni tazminat alacağı için de geçerli sayılır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 446 vd.; **Öz,** Eser, s. 156, dn. 12; **Gündüz,** s. 101 vd.

Kusurlu ifa imkânsızlığında alacaklının talep edeceği zarar, niteliği bakımından müspet zarardır[293]. Zira TBK m. 112'deki tazminatla alacaklının edimin ifasındaki menfaatinin sağlanması amaçlanmaktadır[294]. Fark teorisinden hareketle imkânsızlıkta zarar, borç sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile edimin imkânsızlaşması neticesinde gösterdiği durum arasındaki farktır. İmkânsızlık sebebiyle meydana gelen müspet zarar, alacaklının malvarlığında meydana gelen fiili zararları ve yoksun kaldığı kârı kapsar. Bu bakımdan öncelikle ifası imkânsızlaşan edimin değeri müspet zarara dâhildir. Yine, edime kavuşamayan alacaklının bu yüzden üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve ceza koşulu, dava ve takip giderleri ile imkânsızlık sebebiyle yapmak zorunda kaldığı diğer ek masraflar fiili zarar olarak hesaba katılır. Bunun yanında alacaklının imkânsızlaşan edime kavuşsaydı onu başka birine satarak, kiralayarak veya bir yerde kullanarak elde edeceği yoksun kaldığı kâr da müspet zararın kapsamına dâhildir.

Aslî edimin borçlunun borcundan ibaret olduğu borç ilişkilerinde zararın hesabı bakımından problem bulunmamaktadır. Zira borçlunun imkânsızlaşan edim borcu sona erer ve alacaklının müspet zararı hesaplanarak tazmin edilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise zararın hesabında farklı ihtimaller bulunmaktadır. Karşı edimi ifa borcunun devam ettiği ve zorunlu olduğu[295] kabul edilirse, mübadele (değişim) yöntemi uygulanır. Bu durumda alacaklı kendi edimini ifa eder, bunun

---

[293] 11. HD, 20.02.1990 T., 1988/9411 E., 1990/1087 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 8, s. 1174 vd.); HGK, 29.09.2010 T., 2010/386 E., 2010/427 K.; 8. HD, 14.10.2014 T., 2014/6935 E., 2014/18281 K. (HukukTürk).

[294] **Keller/Schöbi,** s. 2498, 249; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 46, 53; **Schwenzer,** OR, N. 64.22; **Koller,** OR 2009, s. 818; **Lüchinger,** a.g.e., N. 453; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5 vd.

[295] **Keller/Schöbi,** s. 275. Kural olarak mübadele yönteminin kabul edilmesi gerektiğini, fark yönteminin ilke olarak reddedilmesi ancak istisnaî durumlarda uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 104, 105.

karşılığında müspet zarar imkânsızlaşan edimin değeri de dâhil edilerek hesaplanır. Yukarıda bahsedilen kanundan doğan yeni tazminat borcu görüşü, klasik görüş çerçevesinde fark yöntemine başvurulamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre fark yöntemi ancak karşılıklı borçların sona erdiği kabul edilirse uygulanabilir[296]. Kanaatimizce, karşı edimi ifa borcunun sona ermediği kabul edilse bile, alacaklıya zararının fark yöntemine göre hesaplanmasını isteme imkânı tanınmalıdır[297]. Buna göre, alacaklı isterse kendi edimini ifadan kaçınarak, toplam müspet zararı ile kendi ediminin değeri arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilir. Yine, alacaklı imkânsızlaşan edimi başka yerden elde etmek için ödediği bedel (somut fark yöntemi) veya piyasa değeri (soyut fark yöntemi) ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki farkın müspet zararın hesabında dikkate alınmasını talep edebilir. Şüphesiz, alacaklı

[296] Bu görüş, bir taraftan karşılıklı borçların, dolayısıyla borç ilişkisinin, yani sözleşmenin sona erdiğini savunurken bir taraftan da alacaklının sona eren bu borç ilişkisindeki karşı edimini borçluya ifa edebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. yuk. dn. 292. Artık hukuk âleminde mevcut olmadığını, sona ererek ortadan kalktığını savunduğu sözleşmedeki (bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 451), sona erdiğini kabul ettiği bir borcun alacaklının tercihine göre ifasını mümkün gören bu görüş kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir. Diğer taraftan, bu görüşün klasik görüş çerçevesinde fark yönteminin uygulanamayacağı yönündeki düşüncesine de katılmak mümkün değildir. Henüz kendi borcunu ifa etmemiş olan alacaklı, fark yöntemine başvurarak imkânsızlık sebebiyle meydana gelen toplam müspet zararı ile kendi edimi arasındaki farkın tazminat olarak ödenmesini talep edebilir. Bunun önünde bir engel bulunmadığı gibi, fark yönteminin ortaya çıkış amacı ve mantığı zaten buna dayanmaktadır. Buna karşılık, kendi edimini daha önce ifa etmiş olan alacaklı fark yöntemine başvuramaz. Zira fark yöntemi ifa edilmiş edimi geri alma hakkı vermez. Borca aykırılıkta bu hakkı tanıyan tek hukukî imkân sözleşmeden dönmedir. Kanaatimizce, kusurlu imkânsızlıkta karşı edim borcunun kendiliğinden sona ermediği, bu sebeple mübadele yönteminin her durumda uygulanabileceği, fark yönteminin ise karşı edimin ifa edilmemiş olduğu hâllerle sınırlı olmak üzere uygulanabileceği yönündeki kabul, sona erdiği kabul edilen bir sözleşme ve borcun mübadele yöntemi çerçevesinde ifa edilebileceği yönündeki kabulden daha tutarlıdır.

[297] Aynı yönde Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2781; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 53 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 64.25, 64.26; **Koller,** OR 2009, s. 818; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 12.

bunun yanında, edimin değerinin dışında kalan diğer müspet zarar kalemlerini de talep edebilir[298].

TBK m. 112'de alacaklının müspet zararı talep hakkından bahsedilmiş, dönme hakkına sahip olup olmadığına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde bir görüş, alacaklının imkânsızlık hâlinde sözleşmeden dönme hakkı olmadığını savunmaktadır[299]. Bu görüşe göre, kusurlu imkânsızlıkta dönme hakkı Borçlar Kanunu'nun kabul ettiği sistemle bağdaşmaz. Zira önünde BGB örneği duran kanun koyucu, ihmâl sonucu TBK m. 112'de dönme hakkına yer vermemiş olamaz[300]. Ayrıca, imkânsızlıkta karşılıklı borç ilişkisinin sona erdiğini savunan görüşe göre, sözleşme sona erdiği için artık dönme hakkı tanınmasına gerek yoktur, zira sona ermiş bir sözleşmeden dönmek mümkün değildir[301]. Buna karşılık kanaatimizce üstün tutulması gereken hâkim görüşe göre, kusurlu imkânsızlıkta, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüt hükümlerindeki sözleşmeden dönme hakkı (TBK m. 125/II ve III) kıyasen uygulanmalıdır[302]. Zira temerrütte olduğu gibi ifa imkânsızlığında da

---

[298] Bkz. Bölüm II, § 4.

[299] **von Tuhr/Escher,** s. 105; **Barth,** s. 17, 18; **Öz,** Eser, s. 158; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 451. Kural olarak alacaklıya dönme hakkı verilmemesi gerektiğini, istisnaen imkânsızlığın sözleşmenin devamını alacaklı için anlamsız hâle getirdiği durumlarda dönme hakkı tanınabileceğini savunan görüş için bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 190.

[300] **von Tuhr/Escher,** s. 105, dn. 79; **Barth,** s. 17, 18; **Feyzioğlu,** II, s. 190; **Öz,** Eser, s. 158.

[301] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 451. Doktrinde, bu görüş TBK m. 136'da öngörülen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye ilişkisindeki geri verme isteminin, sözleşmeden dönmedeki tasfiye ilişkisinin kapsamından çok daha dar ve kayıtlı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **Serozan,** Dönme, s. 270.

[302] **ZK-Oser/Schönenberger,** Vorbem. zu Art. 97-109, N. 4, Art. 97, N. 9; **Bucher,** AT, s. 339; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2587; 2624; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 58; **Guhl/Koller,** § 31, N. 3; **Glättli, Elisabeth,** "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", SJZ 93, 1997, s. 233; **Schwenzer,** OR, N. 64.27, 64.28; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 873, 874; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 405, 406; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 827; **İnan/Yücel,** s. 606; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1093; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 13; **Serozan,** Dönme, s. 267 vd.

borçlunun kusurlu davranışı sonucunda alacaklının edime (zamanında) kavuşmaya yönelik menfaati ve buna ilişkin güveni sarsılmış, alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalması beklenemez hâle gelmiştir[303]. Diğer taraftan, temerrütte borçlunun ifayı sonradan yerine getirme şansı olmasına rağmen kusursuz borçluya karşı bile ileri sürülebilen dönme hakkı, borçlunun kusurundan kaynaklanan imkânsızlıkta evleviyetle mümkün olmalıdır[304]. Ayrıca imkânsızlıkta alacaklıya dönme hakkı tanınması, ona ifa ettiği edimi geri isteme hakkının yanında, tıpkı temerrütte olduğu gibi edimin değerinin dışındaki zararlarını da talep etme hakkı verir[305].

Sonraki kusurlu imkânsızlıkta alacaklıya dönme hakkı tanınması, bu çalışma bakımından dönme sonucunda tazmini talep edilen zararın niteliği hususunda önem taşımaktadır. Öncelikle dönme hakkı olmadığı kabul edilirse, alacaklı yalnızca TBK m. 112 gereğince müspet zararını talep edebilir. Oğuzman/Öz'ün görüşü kabul edilirse, sözleşme ortadan kalktığı için dönmeye ihtiyaç olmaz; edim borçları sona erer, ifa edilen karşı edim sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilir ve alacaklının müspet zararı giderilir[306]. Buna karşılık, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınırsa, mevzu hukuk bakımından ve klasik görüşe göre, alacaklı ancak menfi zararını talep edebilir. Ancak, aşağıda[307] detaylı şekilde açıkladığımız görüş çerçevesinde, de lege ferenda alacaklının tercihine göre menfi zararın veya müspet zararın talep edilmesi mümkün olmalıdır.

[303] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 827; **Serozan,** Dönme, s. 272.

[304] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 58. Bu görüşe göre, böylece fark kuramının alacaklıya sağladığı ifadan kaçınma hakkı daha da ileriye götürülerek, dönme sayesinde daha önce ifa ettiği edimi geri alması sağlanacaktır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 13; **Serozan,** Dönme, s. 273. Ayrıca bkz. **Schwenzer,** OR, N. 64.27, 64.28.

[305] **Serozan,** Dönme, s. 274.

[306] Bkz. yuk. dn. 292.

[307] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 2, c, bb, bbb, bbbb, ccccc.

İmkânsızlık edimin tamamına veya bir kısmına ilişkin olabilir. Edimin yalnızca bir kısmının ifasının mümkün olmadığı hâllerde kısmî imkânsızlıktan bahsedilir[308]. Kısmî ifadan ve imkânsızlıktan bahsedilebilmesi için öncelikle edimin bölünebilir nitelikte olması gerekir[309]. Kural olarak, alacaklı kısmî ifayı kabul etmek zorunda değildir (TBK m. 84/I). Bu sebeple alacaklı kural olarak kısmen imkânsızlaşan edimin ifası teklif edilen kısmını kabul etmeyerek, edimin tamamı bakımından imkânsızlık hükümlerine dayanabilir[310]. Buna karşılık, alacaklı kısmî ifayı kabul ederse, yalnızca edimin geri kalan kısmı için imkânsızlık hükümlerine başvurabilir[311]. Bununla birlikte, önceden ifası kabul edilen kısım, alacaklı için imkânsızlaşan kısım olmadan bir değer taşımıyorsa, ifa edilen kısmın iadesi ve edimin tamamı için imkânsızlık hükümlerinin uygulanması mümkün olmalıdır[312]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimin ifası mümkün kısmı alacaklı için bir anlam taşıyorsa, onu kabul eder. Buna karşılık alacaklının kendi ediminin durumu bakımından kanunda bir hüküm mevcut değildir. Bir görüş, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kusurlu kısmî imkânsızlık hâlinde, kusursuz imkânsızlığa ilişkin TBK m. 137'deki ilkelerin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre, kusurlu kısmî imkânsızlıkta borçlunun borcu imkânsızlaşan kısım bakımından sona ererken, karşı edim borcu da o oranda sona

[308] **Barth,** s. 44; **Dural,** s. 90 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1063.

[309] Bölünebilir edim, değeri, niteliği ve özgülendiği amaç bakımından bir kayba uğramadan parçalara ayrılabilen edimdir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 325; **Bucher,** AT, s. 382, dn. 216; **Eren,** Borçlar Genel, s. 109, 1064; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 20; § 16, N. 16a.

[310] **von Tuhr/Escher,** s. 97; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 15; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 453. Alacaklı, yan edimin imkânsızlığı hâlinde aslî edimi reddedebilir. Bkz. **Barth,** s. 48, 49; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1064.

[311] **von Tuhr/Escher,** s. 97; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2608; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 910; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1064; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16a. Bir görüş burada gereği gibi ifa etmemeye dayanılarak tazminat isteneceğini savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 453.

[312] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2608, 2609; **Barth,** s. 49; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 453; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 20, § 16, N. 3, 16a.

erer[313]. Kısmî ifa reddedilmediği sürece, edimin ifası mümkün olan kısmını ve karşı edimin buna denk gelen kısmını ifa yükümlülükleri devam eder. Buna ek olarak, kusurlu borçlu imkânsızlaşan kısım bakımından alacaklının müspet zararını gidermekle yükümlü olur[314]. Kanaatimizce alacaklıya dilerse kendi ediminin tamamını ifa edip borçludan kısmî ifaya ek olarak imkânsızlıktan doğan müspet zararını talep etme hakkı tanınmalıdır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı kısmî ifayı reddedip edimin tamamı bakımından imkânsızlık hükümlerine başvurursa, talep ettiği müspet zararın hesabında ister mübadele yöntemi çerçevesinde kendi edimini ifa eder, isterse de ifa etmeyip fark yöntemi çerçevesinde hesap yapılmasını talep eder.

2. Sonraki Kusursuz İmkânsızlıkta Müspet Zarar Talep Edilip Edilemeyeceği

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen imkânsızlığın borçlunun kusurundan kaynaklanmamasının hükümleri TBK m. 136'da düzenlenmiştir. Buna göre, imkânsızlığın meydana gelmesinden sorumlu tutulamayan borçlu borcundan kurtulur. Kusursuz sonraki imkânsızlığın kural olarak objektif[315], sürekli ve kesin nitelikte olması gerekir[316]. Yine imkânsızlığın mantıki, fiili veya hukukî imkânsızlık şeklinde olması mümkündür.

---

[313] **Antalya,** C. V/1, 3, s. 445 vd.; **Gündoğdu, Fatih,** Borca Aykırılık Hâllerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 123, 124.

[314] **Gündoğdu,** s. 124. Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 910.

[315] **von Büren,** s. 290; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1326. Aksi görüşte bkz. **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 11 vd.; **von Tuhr/Escher,** s. 94 vd.; **Barth,** s. 37, 38; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 1. Ayrıca kusurlu imkânsızlıkta açıklandığı gibi borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı edimlerde sübjektif imkânsızlık da objektif imkânsızlık olarak kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1326.

[316] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2531 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1325.

TBK m. 136/II'ye göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının karşı edimi ifa yükümlülüğü de kural olarak[317] ortadan kalkar. Diğer taraftan, karşı edim ifa edilmişse, bunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre[318] iadesi gerekir. Sonraki kusursuz imkânsızlık hükümleri borç ilişkisinin tasfiyesini amaçlamaktadır. Bununla birlikte imkânsızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru bulunmadığı için alacaklının zararının giderilmesi söz konusu değildir[319]. Bu bakımdan alacaklı, edimin imkânsızlığı yüzünden uğradığı müspet zararın tazminini talep edemez[320]. Bu sebeple, kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı genel olarak bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

III. GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME HÂLİNDE MÜSPET ZARAR

A. Genel Olarak

Türk/İsviçre hukukunda borca aykırılık hâlleri genel olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlar imkânsızlık, temerrüt ve son olarak kanundaki ifade ile gereği gibi ifa

[317] Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün kapsamı dışındadır (TBK m. 136/II, 2. cümle).

[318] Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yapılsa da iade isteminin sebepsiz zenginleşmeye değil, sözleşmeye dayandığı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 10.

[319] Bununla birlikte, ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmeyen ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlu, bu sebeple doğan zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 136/III). Bu zararı, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin ve zararın artmasını önleme külfetinin ihlalinden kaynaklanan, TBK m. 112 kapsamına giren bir zarar olarak kabul etmek mümkündür. Bkz. **Bucher,** AT, s. 423; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2540; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1329.

[320] İstisnaen, kusuruyla temerrüde düşen borçlu, temerrüdün devamı sırasında meydana gelen beklenmedik hâl sonucu edimin imkânsızlaşmasından, imkânsızlıkta kusuru olmasa bile sorumludur. Bu konu aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 1, c. Diğer taraftan TBK m. 136 emredici nitelikte olmadığı için tarafların sözleşmeyle kusursuz imkânsızlıkta dahi borçlunun sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Aynı yönde bkz. **Bucher,** AT, s. 421, 422; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2539; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1329.

etmemedir[321]. Gereği gibi ifa, edimin bütün unsurlarıyla (ifa modaliteleriyle) tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu bakımdan gereği gibi ifa, edimin ifa borçlusu tarafından alacaklıya, belirlenen yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun şekilde ifa edilmesidir[322]. Bununla birlikte, gereği gibi ifa etmeme dar ve geniş anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifanın unsurlarından (modalitelerinden) herhangi birine uyulmaması hâlinde söz konusu olur. Bu sebeple, borçlanılan edim taraflar, yer, miktar, nitelik veya zaman unsurlarından birine uygun olarak ifa edilmediğinde geniş anlamda gereği gibi ifa etmemeden bahsedilir[323]. Bu bakımdan, borçlunun edimi zamanında ifa etmemesi de geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramına dâhildir. Ancak, zamanında ifa etmeme kanunda özel olarak borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerde düzenlenmiştir[324]. Görüldüğü gibi, geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme temerrüdü de kapsayacak şekilde çok kapsamlı bir kavram olup

[321] Doktrinde, özellikle Alman hukukunda bu kategoriyi ifade etmek üzere sözleşmenin müspet ihlali kavramı da kullanılmaktadır. Ayrıca gereği gibi ifa etmeme yerine kötü ifa kavramını tercih eden yazarlar da bulunmaktadır. Ancak, doktrinde bu konuda kelimenin tam anlamıyla bir kavram karmaşası mevcuttur. Gerçekten, gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa ve sözleşmenin müspet ihlali kavramları arasındaki ilişki, bunlardan hangisinin hangilerini kapsadığı ve hangisinin üst kavram olduğu konusunda nerdeyse her yazar farklı bir görüş ileri sürmektedir. Dahası bu kavramların içerikleri konusunda dahi aynı düşünen iki esere rastlamak neredeyse mümkün değildir. Söz konusu tartışmalar bu çalışmanın sınırlarını aşacak niteliktedir. Bu sebeple, TBK m. 112'de açık bir şekilde gereği gibi ifa etmeme kavramı kullanıldığı için bu çalışmada söz konusu kavram tercih edilmiştir.

[322] **Barth,** s. 6, 7; **Guhl/Koller,** § 29, N. 1 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1067, 1068.

[323] **ZK-Oser/Schönenberger,** Vorbem. zu Art. 97-109, N. 7; **Barth,** s. 6, 7; **Neuenschwander,** s. 45; **Lemp,** s. 7; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 398; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1068; **Aral,** s. 74; **Erdoğan,** s. 222, 223; **Akkanat, Halil**, "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 4. Yapmama borçlarının ihlalinde kural olarak gereği gibi ifa etmeme değil hiç ifa etmeme söz konusu olur. Bkz. **Barth,** s. 8, 9.

[324] Diğer taraftan, alacaklı kural olarak kısmî ifayı reddedip (TBK m. 84) borçluyu temerrüde düşürebilir. Yine, edimin ifa yerinden başka bir yerde ifa edilmesi hâlinde alacaklı dilerse ifayı kabul etmeyip borçluyu temerrüde düşürebilir veya ifayı kabul edip tazminat talep edebilir. Benzer şekilde, borçlunun üçüncü kişiye ifa etmeye yetkili olmadığı hâllerde edimin alacaklıdan başka birine ifa edilmesi hâlinde kural olarak temerrüt hükümlerine gidilebilir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 14 vd.; **Barth,** s. 7; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 398, 399; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1068; **Aral,** s. 75.

teknik anlamda gereği gibi ifa etmeme değildir. Dar ve teknik anlamda gereği gibi ifa etmeme, ilke olarak borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmayan ifa[325] veya yan yükümlülüklerin ihlali hâllerinde söz konusu olur[326]. Kanaatimizce dar anlamda gereği gibi ifa etmemeyi, imkânsızlık ve temerrüt hükümlerine gidilemeyen diğer borca aykırılık hâllerinin tümünü kapsayan genel bir kavram olarak kabul etmek isabetli olur[327].

Gereği gibi ifa etmemeden bahsedilebilmesi için her şeyden önce borçlu tarafından edimin ifaya sunulmuş olması ve alacaklı tarafından bunun kabul edilmiş olması gerekir. Alacaklı, kural olarak gereği gibi yapılmayan ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir[328]. Alacaklı bu ifa teklifini kabul etmezse durumun özelliğine göre ya temerrüt ya da imkânsızlık söz konusu olur. Buna karşılık alacaklı tam ve doğru şekilde yapılmayan ifa teklifini kabul edebilir. İşte, böyle bir ifanın kabul edilmesi veya ifanın gereği gibi yapılmadığının daha sonra anlaşılması hâlinde gereği gibi

---

[325] **Barth,** s. 7, 8; **Neuenschwander,** s. 45; **Aral,** s. 75; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 18, N. 2 vd.

[326] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1067, 1068 vd. Krş. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** II, N. 2625 vd.; **Furrer/Müller-Chen,** s. 517 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 400; **Erdoğan,** s. 222, 223.

[327] Aynı yönde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1067 vd. Krş. **von Tuhr/Escher,** s. 107. Doktrinde kabul edilen diğer görüşe göre dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, ayıplı ifa ve sözleşmenin müspet ihlali hâllerini kapsar. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17. İçeriği aynı olmakla birlikte gereği gibi ifa etmeme kavramı yerine sözleşmenin müspet ihlali kavramını tercih eden görüş için bkz. **Aral,** s. 76 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 18, N. 1 vd.

[328] İstisnaen alacaklının gereği gibi yapılmayan ifayı kabul etme zorunluluğu sözleşmeyle veya bir kanun hükmüyle öngörülebilir. Örneğin, satış sözleşmesinde ayıp hâlinde alıcının seçimlik haklarını düzenleyen TBK m. 227'de, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı hâllerde durum bunu haklı göstermiyorsa hâkimin satılanın onarılmasına veya bedelin indirilmesine karar vereceği düzenlenerek alıcının ifayı kabul etmeme hakkı sınırlanmıştır. Yine, eser sözleşmesinde ayıp hâlinde işsahibinin haklarını düzenleyen TBK m. 475'te, işsahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet gereğince kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya o derecede sözleşme hükümlerine aykırı olmayan edimi kabul edip dönme dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanması zorunlu tutulmuştur. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup kaldırılması aşırı masraf doğuracak olan edimlerde, işsahibinin sözleşmeden dönemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 467, dn. 461.

olmasa da bir ifa mevcut olduğu için ne temerrüt ne de imkânsızlık söz konusu olur[329]. Bu bakımdan, temerrüt veya imkânsızlık hâllerine girmeyen ve alacaklı tarafından kabul edilen bir ifanın mevcut olduğu, ancak bu ifanın edimin niteliğindeki eksiklikler veya üçüncü kişinin üstün bir hakka sahip olması ya da yan yükümlülüklere aykırılık sebebiyle borca aykırılık teşkil ettiği hâller TBK m. 112 kapsamında gereği gibi ifa etmeme olarak kabul edilir[330].

Gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa (ayıplı ifa) ile yan yükümlülüklerin ihlalini kapsar. Bazı hâllerde borçlu yalnızca edim yükümlülüğüne aykırı davranır. Örneğin, evdeki ocağı tamire gelen usta, özensiz davranması yüzünden ocağı tamir edeceği yerde daha da kötü hâle getirmişse burada yalnızca edim yükümlülüğüne aykırılık (kötü ifa) söz konusudur. Bazı durumlarda ise borçlu edim yükümlülüğünü ihlal etmemesine rağmen, gereği gibi ifa etmeme şeklinde bir borca aykırılık söz konusu olabilir. Örneğin, usta ocağı gerektiği gibi tamir etmiş ancak dikkatsizliği sonucu elindeki boru anahtarını düşürerek mutfak tezgâhını kırmıştır. Burada usta, ocağın tamiri borcunu tam ve doğru bir şekilde ifa etmiştir, dolayısıyla kötü ifa yoktur. Ancak, borçlu koruma (davranış) yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle borcu gereği gibi ifa etmemiştir. Kötü ifa ve yan yükümlülüğün ihlalinin birlikte gerçekleşmesi de mümkündür[331]. Tüm bu hâllerde, borçlu gereği gibi ifa etmeme sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulur.

Kötü (ayıplı) ifa, ifa edilen edimin sözleşmede kararlaştırılan edimin niteliklerine uygun olmamasıdır[332]. Bir başka tanıma göre kötü ifa, temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan ve çeşitli borç ilişkilerinde düzenlenen ayıptan sorumluluk

[329] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1068 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 468, 469.

[330] Aynı yönde bkz. **Gündüz,** s. 127 vd.

[331] Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1069. Krş. **Medicus,** Schuldrecht, N. 413; **Aral,** s. 92 vd.

[332] **BSK OR I-Wiegand,** N. 26; **Schwenzer,** OR, N. 67.01 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1070; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 18, N. 2.

olgusuna girmeyen, edim yükümünün ayıplı ifasıdır[333]. Kötü ifa esasen nitelik bakımından gereği gibi ifa etmemedir. Bu bakımdan, kötü ifada ifa edilen edimin nitelikleri eksik, kötü ve ayıplıdır[334]. Borçlar Kanunu'nda bazı sözleşme türleri için kötü ifa hâlleri özel olarak düzenlenmiştir[335]. Buna karşılık, diğer sözleşmelerde hakkında özel bir düzenleme bulunmayan kötü ifa hâlleri için uygulanması gereken hüküm TBK m. 112'dir. Sözleşmede borçlanılan edim yerine başka bir malın ifa edilmesi ise kötü ifa değildir[336]. Kötü ifada imkânsızlık ve temerrütten farklı olarak borçlu ifada bulunmaktadır. Bununla birlikte, borçlunun ifası sözleşmede taahhüt ettiği edimin niteliklerine uymamaktadır. Verme edimlerinde ifa edilen edim borçlunun vaat ettiği niteliklere uygun değildir. Buna karşılık, yapma (iş görme) edimlerinde nitelik eksikliği, borçlunun borcunu ifa ederken yüklendiği özenden sapma derecesine göre belirlenir[337]. Yapmama edimlerinde ise niteliği gereği kötü ifa söz konusu olmaz[338].

Gereği gibi ifa etmeme, yan yükümlülüklerin ihlali şeklinde de meydana gelebilir. Borç ilişkisinden doğan yan yükümlülüklerin bazıları doğrudan edimle ilgilidir. Bu tür yan yükümlülükler, ifanın amacına uygun, tam ve doğru bir şekilde yapılmasını sağlamaya yöneliktir[339]. Bunlara ifaya yardımcı yan yükümlülükler denmektedir. Diğer taraftan edimin ifasıyla ilgili olmayan, alacaklının edim dışındaki

---

[333] **Fikentscher/Heinemann,** s. 303; **Emmerich,** s. 317; **Larenz,** I, s. 363, 364; **Köpcke,** s. 30; **Aral,** s. 94, 95.

[334] **Fikentscher/Heinemann,** s. 303 vd.; **Larenz,** I, s. 363 vd.; **Neuenschwander,** s. 33, 34; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1070; **Aral,** s. 94 vd.

[335] Söz konusu düzenlemeler aşağıda ele alınmıştır. Bkz. Bölüm II, § 5, III, B, 3.

[336] Bu durumda yanlış ifa (aliud) söz konusu olur. Böyle bir hâlde alacaklı yanlış ifayı redderek borçluyu temerrüde düşürebilir. Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2634; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 123; **Barth,** s. 7; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 400; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1070.

[337] **Neuenschwander,** s. 34; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 31; **Schwenzer,** OR, N. 67.05; **Aral,** s. 112; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1070, 1071.

[338] **Barth,** s. 8, 9; **Neuenschwander,** s. 34; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1071; **Aral,** s. 112.

[339] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 32 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 67.09; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1072.

diğer mal ve şahıs varlığı değerlerini korumaya yönelen yan yükümlülükler de mevcuttur. Bunlar ise koruma (davranış) yükümlülükleri olarak adlandırılmaktadır[340]. İfaya yardımcı yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin ihlali, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur. Yan yükümlülüklerin ifası talep edilemez. Bu sebeple, yan yükümlülüklerin ihlali hâlinde ifa davası değil, TBK m. 112'ye göre tazminat davası açılır[341].

İfaya yardımcı yükümlülüklerden uygulamada en çok ihlal edilenler aydınlatma-bilgi verme yükümlülüğü, ambalajlama, paketleme, muhafaza etme ve başka yere gönderme yükümlülükleri ile dürüstlük kuralına uyma yan yükümlülükleridir[342]. Örneğin, satıcının teslim ettiği makinenin kullanılmasına yönelik bilgileri tam ve doğru bir şekilde vermesi aydınlatma yükümlülüğü şeklinde ifade edilir. Satıcı aslî edim yükümlülüğü olan makineyi teslim borcunu yerine getirmiş ancak kullanımına ilişkin bilgileri vermemiş veya eksik vermişse, yan yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanan bir gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur[343]. Bu bilgilerin eksik ya da yanlış verilmesi sebebiyle makinenin hasar görmesi hâlinde, borçlu meydana gelen zarardan gereği gibi ifa etmeme sebebiyle sorumlu tutulur. Dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğüne aykırılık şeklindeki gereği gibi ifa etmemeye ise bir iş merkezindeki işyerlerinden birini A'ya kiraya veren B'nin, aynı iş merkezinde başka bir işyerini

[340] Doktrinde yan yükümlülüklere ilişkin çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Bağımsız olarak dava edilebilirliklerine göre yapılan bir ayrım, bağımlı yan yükümlülük ve bağımsız yan yükümlülük şeklindedir. Bir başka ayrıma göre ise yan yükümlülükler kendi içinde ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır. Bu konuda ayrıca bkz. Bölüm I, § 1, II, B, 2, a, dn. 138.

[341] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2638; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1072; **Erdoğan,** s. 223.

[342] **Schwenzer,** OR, N. 67.09; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 32, 33; **Aral,** s. 118 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1072; **Erdoğan,** s. 223.

[343] **Schwenzer,** OR, N. 67.09; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 33; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1072.

A'nın rakibi olan B'ye kiralaması veya kendisinin de A ile aynı işi yapması örnek olarak verilmektedir[344].

Gereği gibi ifa etmemenin bir diğer türü, koruma (davranış) yükümlülüklerinin ihlalidir. Koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden bağımsızdır[345]. Öyle ki, koruma yükümlülükleri esasen tarafların iradelerinden de bağımsız olarak TMK m. 2/I dürüstlük kuralından doğar. Söz konusu yükümlülükler, edim yükümlülükleriyle ilgisi olmayan, işlemsel temas içine girmiş tarafların diğer mal ve şahıs varlığı değerlerini (bütünlük menfaati) koruyan yükümlülüklerdir[346]. Koruma yükümlülüklerine aykırılığın farklı şekillerde ortaya çıkması mümkündür. Gerçekten, edimin ayıplı (kötü) ifası aynı zamanda koruma yükümlülüklerinin de ihlali sonucunu doğurabileceği gibi, edim ayıpsız ifa edilmesine rağmen koruma yükümlülüklerine aykırı davranılmış olabilir. Örneğin edim konusu hastalıklı bir hayvanın, hastalığı alacaklının diğer hayvanlarına da bulaştırması hâlinde, ayıplı (kötü) ifanın yanında koruma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan ek bir zarar meydana gelir[347]. Taraflar arasında bir sözleşmenin mevcut olduğu hâllerde, söz konusu koruma yükümlülükleri sözleşme ilişkisinin içeriğine dâhil kabul edilir. Bu sebeple, borçlu borcunu ifa ederken veya ifa vesilesiyle alacaklının bütünlük menfaatini ihlal ederse, koruma yükümlülüklerine aykırı davranıştan doğan bir gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur. Koruma yükümlülükleri edim yükümlülüğü niteliğinde olmadığı için, kural olarak yerine getirilmeleri dava ile talep edilemez. Bu sebeple koruma

[344] **Schwenzer,** OR, N. 67.09; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1072.

[345] Bütünlük menfaati ve koruma yükümlülükleriyle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm I, § 1, II, B, 2.

[346] **Schwenzer,** OR, N. 67.08; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2643 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97. N. 135, 136.

[347] Benzer şekilde, borçlu evin çatısını onarma borcunu gereği gibi yerine getirmemişse ifa menfaatinin ihlalinden doğan zarar, söz konusu kötü ifa sebebiyle yağan yağmur ev eşyalarına zarar vermişse de bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan ek bir zarar mevcuttur. Bkz. **Larenz,** I, s. 364; **Fikentscher/Heinemann,** s. 304, 305; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1071.

yükümlülüklerine aykırı davranıldığında, ancak TBK m. 112 çerçevesinde meydana gelen zararın tazmini talep edilebilir[348].

B. Müspet Zarar Talebi Çerçevesinde Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçları

1. Genel Olarak Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçları

Kural olarak, borcun gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde uygulanacak hükümler TBK m. 112 ve devamında düzenlenmiştir. Gereği gibi ifa etmemenin en temel sonucu, bu sebeple meydana gelen maddi ve manevi zarardan[349] sorumluluktur. Bununla birlikte, kanun koyucu bazı sözleşme türleri bakımından gereği gibi ifa etmemeye ilişkin ayrıca özel düzenlemelere yer vermiştir. Gereği gibi ifa etmemenin özel olarak düzenlendiği hükümlerde alacaklıya başka imkânlar da tanınmıştır. Hakkında özel düzenleme bulunmayan gereği gibi ifa etmeme hâllerinde genel hüküm olan TBK m. 112 uygulanır. Gereği gibi ifa etmemenin özel olarak düzenlendiği sözleşme türlerinde söz konusu özel hükümler ile TBK m. 112 arasındaki ilişki ise aşağıda açıklanmıştır.

2. Müspet Zarar Talebi

Borçlu borcunu gereği gibi ifa etmediğinde, TBK m. 112 gereğince meydana gelen zarardan sorumlu olur. Gereği gibi ifa etmeme hâlinde alacaklının tazminini talep edeceği zarar, ilke olarak müspet zarardır. Zira borç gereği gibi ifa edilmediğinde

---

[348] Bütünlük menfaatini koruyan davranış yükümlülüklerinin, sözleşmenin mevcut olmadığı hâllerde de söz konusu olabileceğini tekrar belirtmek gerekir. Bu bakımdan koruma yükümlülükleri işlemsel temasa geçilmesiyle birlikte sözleşmenin kurulmasından önce veya sözleşme sırasında mevcut oldukları gibi, bazen sözleşme ifa edildikten sonra bile devam ederler. Bkz. Bölüm I, § 1, II, B, 2, a.

[349] Diğer sözleşmeye aykırılık hâllerinde olduğu gibi, gereği gibi ifa etmemede de manevi zararın tazmini mümkündür. Gerçekten, gereği gibi ifa etmeme sebebiye alacaklının şahıs varlığı değerleri ihlal edilmişse manevi zarar doğabilir. Bu durumda, TBK m. 114/II atfıyla, manevi zararın tazminini düzenleyen TBK m. 56 ve 58 hükümleri kıyasen uygulanabilir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 103; **Barth,** s. 206, 207; **Aral,** s. 194. Manevi zarar ile ilgili bkz. Bölüm I, § 3, I.

sözleşme geçerli bir şekilde varlığını devam ettirmektedir. Bu geçerli borç ilişkisinde alacaklının borcun gereği gibi ifasındaki menfaati ihlal edilmiştir. Bu sebeple, alacaklı, borç gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının arz edeceği farazî durum ile hâlihazırdaki durum arasındaki farkı müspet zarar olarak talep edebilir. TBK m. 112'de öngörülen kusur karinesi gereğince, borçlu gereği gibi ifa etmemede kusuru bulunmadığını ispat edemediği sürece bu zarardan sorumludur. Diğer taraftan, alacaklı yalnızca gereği gibi ifa etmeme ile uygun illiyet bağı içerisinde olan zararlarını talep edebilir[350]. Bunun yanında, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararı ayrı bir kategori olarak kabul eden görüş benimsenirse müspet zarardan ayrı olarak bu zarar da talep edilir. Aksi görüş benimsenirse, söz konusu zararlar müspet zarar kapsamında talep edilir. Diğer taraftan, TBK m. 112 kapsamındaki gereği gibi ifa etmeme hâllerinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınması kabul edildiği takdirde[351], alacaklının menfi zararını talep etme imkânı doğar.

3. Gereği Gibi İfa Etmemenin Düzenlendiği Özel Hükümlerin Genel Hükümler ve Müspet Zararla İlişkisi

a. Genel Olarak

Gereği gibi ifa etmemeye ilişkin genel hüküm olan TBK m. 112 dışında, bazı sözleşme türleri için kanunda özel hükümler düzenlenmiştir. Bunlardan en önemlileri olan satış, kira ve eser sözleşmelerindeki düzenlemeler ile bu düzenlemelerin genel hükümlerle ve müspet zararla ilişkisi bu çalışma bakımından önem arz etmektedir. Gerçekten, ayıplı ifa esasen gereği gibi ifa etmeme hâllerinden biridir. Bu bakımdan, satış, kira ve eser sözleşmesinde özel hükümlerle düzenlenen ayıplı ifa, aynı zamanda

[350] **Furrer/Müller-Chen,** s. 521, 522; **Aral,** s. 185.

[351] Sözleşmenin devamının taraflardan beklenemeyeceği kadar önemli derecedeki gereği gibi ifa etmeme hâllerinde dönme hakkı tanınması gerektiğini kabul eden görüş için bkz. **Schwenzer,** OR, N. 68.10; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 58; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2624.

TBK m. 112'nin de kapsamına girmektedir. Aynı şekilde üçüncü bir kişinin edim üzerinde alacaklının hakkıyla çelişen üstün bir hakka sahip olması da özünde gereği gibi ifa etmeme niteliğindedir. Üçüncü kişinin üstün hakkının sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olduğu hallerde satış ve kira sözleşmesinde zapttan sorumluluk hükümleri düzenlenmiştir. Bu sebeple, ayıplı ifadan ve zapttan sorumluluk hakkındaki özel düzenlemeler ile TBK m. 112 arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, ayıplı ifaya ilişkin özel düzenlemelerde öngörülen seçimlik haklar ve meydana gelen zararın tazmininin birlikte talep edilip edilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

b. Satış Sözleşmesinde

aa. Ayıplı İfadan Sorumluluk

Satış sözleşmesinde satıcının kötü (ayıplı) ifadan sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde ayıplı ifa hâlinde alıcıya, genel hükümlerden farklı olarak bazı seçimlik haklar tanınmıştır. Gerçekten, TBK m. 227'ye göre satıcının ayıptan sorumlu olduğu hâllerde alıcı, satılanı geri vererek sözleşmeden dönebilir, satış bedelinden indirim isteyebilir, satılanın ücretsiz onarılmasını talep edebilir veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteyebilir (TBK m. 227/I). Hükmün ikinci fıkrasında ise alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklı tutulmuştur. Burada genel hükümler ifadesiyle kastedilen, TBK m. 112'ye göre istenecek tazminattır.

Satış sözleşmesinde ayıp hâlinde sözleşmeden dönmenin sonuçları TBK m. 229'da ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre alıcı doğrudan zararlarını kusursuz sorumluluk, dolaylı zararlarını ise kusur sorumluluğu çerçevesinde talep edebilir. Satış sözleşmesinde doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının müspet zararla ilişkisi aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Satış sözleşmesinde ayıplı ifa hâlinde alıcıya tanınan seçimlik haklardan bedelden indirim hakkı esasen karşılıklı edimlerin dengelenmesini; onarım (ayıbın giderilmesi) ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakları ise edimin kendisinin ayıpsız olarak ifasını sağlamayı amaçlamaktadır. Satım konusunun kendisindeki menfaat ihlali bu seçimlik haklardan biriyle telafi edilir. Bu bakımdan, söz konusu seçimlik haklar, alıcının gereği gibi (ayıpsız) ifaya ilişkin menfaatini konu edinirler[352]. Bununla birlikte, ayıplı ifa sonucunda edimin kendisindeki menfaat eksikliğinin dışında bazı

[352] Söz konusu hakların alıcının gereği gibi ifadaki menfaatini (olumlu menfaat) sağlamaya yönelik olduğu hususunda genel bir fikir birliği bulunsa da, bu hakların bir zararın tazmini niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Katılma imkânı bulamadığımız bir görüş, bu seçimlik hakları müspet zararın tazmini olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Gündüz,** s. 133. Buna karşılık, bir görüşe göre malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi talebi bir tazminat değil, borçlanılan edimin aynen ifasını istemektir. Bkz. **Tandoğan,** I/1, s. 198; **Aral/Ayrancı,** s. 159; **Eren,** Borçlar Özel, s. 151; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 204; **Serozan,** Dönme, s. 292; **Serozan,** BÖ, s. 153. Yine bir görüşe göre, ayıbın giderilmesi (onarım) talebi bir tazminat değil, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde bir alacak hakkıdır. Bkz. **Serozan,** BÖ, s. 153; **Serozan,** Dönme, s. 292; **Buz, Vedat,** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 171; **Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan,** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2014, s. 194. Hem malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi hem de ayıbın giderilmesi haklarının aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Atamer, Yeşim M.,** "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 - Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-", BATİDER, 2007, C. XXIV, S. 1, s. 89, dn. 16. Bedelin indirilmesinin hukukî niteliği bakımından ise yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucu sözleşmedeki bedel unsurunun değiştirilmesi yoluyla dengenin yeniden sağlanmasından ibaret olduğu görüşü için bkz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 147; **Aral/Ayrancı,** s. 155; **Serozan,** BÖ, s. 152. Bu görüşe katılan, buna ek olarak bedelin indirilmesinin kısmî sözleşmeden dönme olduğunu kabul eden görüş için bkz. **Yavuz/Acar/Özen,** s. 193. Ayrıca, bedel indiriminin bir tazminat niteliği taşımadığı yönünde bkz. **Schmid/Stöckli,** N. 406; **Huguenin, Claire,** Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, N. 343; **Tandoğan,** I/1, s. 197; **Aral/Ayrancı,** s. 157. Kanaatimizce söz konusu seçimlik haklar edimin gereği gibi ifasındaki menfaati sağlamaya yönelmektedir. Ancak bunları müspet zararın tazmini niteliğinde görmek mümkün değildir. Zira alacaklının ifa menfaatini sağlamanın tek yolu müspet zararın tazmini değildir. Gerçekten, bedelden indirim hakkını bir tazminat değil, sözleşmedeki edimler arasındaki dengenin yeniden sağlanmasına yönelik sözleşmedeki bedel unsurunun değiştirilmesini sağlayan bir yenilik doğuran hak olarak kabul etmek daha yerindedir. Şeyin ayıpsız benzeri ile değişimi ise zararın tazmininden çok aynen (gereği gibi) ifanın sonradan sağlanması niteliğindedir. Benzer şekilde, ayıbın giderilmesini müspet zarar tazminatından ziyade aynen (gereği gibi) ifayı sonradan sağlamaya yönelik bir hak olarak kabul etmek isabetli olur.

başka zararlar da meydana gelebilir. İşte bu tür zararlar TBK m. 227/II'nin atfıyla, TBK m. 112'ye göre müspet zarar olarak talep edilir.

Doktrinde bir görüşe göre, ayıptan sorumluluk hükümleri özel hüküm niteliğinde olduğu için genel hüküm olan TBK m. 112 (eBK m. 96) uygulanamaz. Buna göre, özel hüküm genel hükmü dışlar (lex specialis derogat legi generali) kuralı gereği, satış sözleşmesinde ayıptan doğan zararlarda yalnızca buna ilişkin özel hükümler uygulanır. Bu sebeple ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel hüküm olan TBK m. 112 yarışmaz[353]. Diğer görüş ise ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler ile genel tazminat hükmünün yarıştığını kabul etmektedir. Ancak, bu görüşü savunan yazarlar da kendi içerisinde ikiye ayrılmıştır. Yarışma görüşünü kabul eden yazarların bir kısmına göre[354], alıcı genel hükümlere başvurabilmek için ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmek zorundadır. Sınırlı yarışma görüşü olarak adlandırılan bu görüşe göre, zamanaşımı olarak da ayıptan sorumluluğa ilişkin kısa zamanaşımı uygulanır. Buna karşılık, kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre[355], alıcı gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirerek ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümlere gidebileceği gibi, bu külfetleri yerine getirmeden doğrudan TBK m. 112 (eBK m. 96) hükmüne dayanarak zararının giderilmesini talep edebilir. Çünkü gözden geçirme ve bildirim külfetleri, genel hükme göre daha elverişli olan seçimlik haklar için öngörülmüştür. Tam yarışma görüşü şeklinde ifade edilen bu görüşe göre, alıcı

---

[353] **CHK/Müller-Chen,** Art. 197, N. 7; **Honsell,** BT, s. 110, 117; **Neuenschwander,** s. 40; **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 187. Ayıptan sorumluluk hükümleriyle yanılma hükümlerinin yarışmayacağı görüşü için bkz. **BK OR-Becker,** Vorbem. Art. 197-210, N. 4.

[354] **BK OR-Becker,** Art. 201, N. 27, Art. 210, N. 6; **Bucher,** BT, s. 107; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 28; **Furrer/Müller-Chen,** s. 539, 540; **Furrer,** s. 35; **Neuenschwander,** s. 40, 86; BGE 82 II 139; 96 II 88; 107 II 165; 108 II 104; 133 III 335.

[355] **Keller/Siehr,** s. 106, 107; **BK OR-Giger,** Vorbem. zu Art. 197-210, N. 26, 28; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 18, N. 3; **Serozan,** Dönme, s. 290, 291; **Aral/Ayrancı,** s. 172.

seçimlik hakları kullanmayacaksa söz konusu külfetleri yerine getirmesi gerekmediği gibi ayıptan sorumluluğa ilişkin kısa zamanaşımı süresiyle de bağlı değildir.

Kanaatimizce, dönme hakkı ile diğer seçimlik haklar arasında bir ayrım yapmak gerekir. Zira ayıptan sorumlulukta dönmenin sonuçları TBK m. 229'da özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, alıcı ayıp sebebiyle sözleşmeden döndüğü takdirde genel hükümlere gidemez[356]. Sözleşmeden dönen alıcı, TBK m. 229'a göre doğrudan zararlarını kusursuz sorumluluk ilkesine göre, dolaylı zararlarını ise kusur sorumluluğu esasına göre talep edebilir. Buna karşılık, alıcı sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarından birini kullandığı takdirde, TBK m. 227/II gereğince bununla birlikte TBK m. 112'ye göre müspet zararının tazminini[357] talep edebilir[358]. Ayrıca, alıcı bu imkânlara ek olarak, tam yarışma görüşü çerçevesinde ayıptan

[356] TBK m. 227'nin gerekçesinde bu konuda, *"... öğreti ve uygulamada da kabul edildiği gibi, alıcının hangi seçimlik hakkı kullanmış olursa olsun, ayrıca satılanın ayıplı teslimiden dolayı uğradığı zararlar için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulduğu belirtilmektedir. Ancak, alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, tasarının 228* (TBK m. 229) *inci maddesinde düzenlendiği göz önünde tutulursa, onun dönme dışındaki diğer seçimlik hakları ile birlikte uğradığı zararının giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur."* denilmektedir. Görüldüğü gibi gerekçede, dönme hakkı dışındaki seçimlik hakların kullanıldığı hâllerde buna ek olarak genel hükümlere göre tazminat istenebileceği, dönme hakkının kullanıldığı hâllerde ise zararın tazmini bakımından TBK m. 229 hükümlerinin uygulanması gerektiği ortaya konmuştur.

[357] Yukarıda da bahsedildiği gibi, dönme dışındaki seçimlik haklar edimin kendisindeki eksikliğin giderilmesini sağladığı için, müspet zarar edimin değeri dışındaki zararları kapsar. Aynı yönde bkz. **Zevkliler/Gökyayla,** s. 143.

[358] 818 sayılı kanun döneminde savunulan, dönme sonucu tazmini istenebilecek zararlara ilişkin düzenlemenin diğer seçimlik haklarda da uygulanması gerektiği görüşünün, kanaatimizce artık kabul edilmesi mümkün değildir. Zira 818 sayılı Kanunda diğer seçimlik haklarda istenecek tazminat bakımından bir boşluk bulunduğu için bu şekilde bir yorumla alıcıya doğrudan zararlar bakımından kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminat talep etme imkânı tanınmaktaydı. Ancak TBK m. 227/II'de açıkça diğer seçimlik haklarda genel hükümlere göre tazminat istenmesi esası kabul edilmiştir. Kanaatimizce, artık ortada bir boşluk söz konusu olmadığı için, alıcıya diğer seçimlik haklarla birlikte TBK m. 229'a göre doğrudan ve dolaylı zararını talep imkânı tanınmamalıdır. Bkz. ve krş. **Atamer,** Taşınır Satımı, s. 213 vd.

sorumluluğa ilişkin hükümlere hiç başvurmadan, doğrudan TBK m. 112'ye göre gereği gibi ifa etmemeden doğan müspet zararının tazminini talep edebilir.

bb. Zapttan Sorumluluk

Satış sözleşmesinde tam zaptı[359] düzenleyen TBK m. 217'ye göre, satılanın tamamı alıcının elinden alınırsa satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır[360]. Tam zapt hâlinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunda, alıcıya ödediği bedelin iadesini ve zararının tazminini talep etme hakkı tanınmıştır.

Satış sözleşmesinde zapttan sorumluluk hükümlerinde, ayıptan sorumluluk hükümlerindeki gibi (TBK m. 227/II) alıcının genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen satılanın zaptı, TBK m. 112'de düzenlenen hiç veya gereği gibi ifa etmemenin kapsamına girmektedir. Bununla birlikte, satış sözleşmesinde zapttan sorumluluk hükümlerinde alıcıya genel hükümlere nazaran bazı kolaylıklar sağlanmıştır. Bu sebeple doktrinde hâkim görüş, zapttan sorumluluk hükümleri ile TBK m. 112 arasında yarışma olduğunu kabul

[359] Üçüncü bir kişinin sözleşmenin kurulduğu sırada var olan üstün bir hakka dayanarak, satılanı alacaklının elinden kısmen veya tamamen almasına zapt, borçlunun bundan sorumluluğuna da zapta karşı tekeffül (zapttan sorumluluk) denir. TBK m. 214/I'e göre satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur. Üçüncü kişinin satılanı alıcının elinden tamamen alması tam zapt, satılanın bir kısmını alması veya tamamı ya da bir kısmı üzerinde bir sınırlı aynî hak veya rehin gibi alıcının mülkiyet hakkını kısıtlayan bir hak ileri sürmesi ise kısmî zapt olarak ifade edilir. Bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 211 vd.; **Eren,** Borçlar Özel, s. 77 vd.; **Aral/Ayrancı,** s. 114 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 110 vd.

[360] Tam zapt hâlinde, sözleşme kanun gereği kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple, alıcının sözleşmeden dönmesine, hatta herhangi bir irade beyanına gerek olmadan sözleşme kendiliğinden sona erer. **Keller/Siehr,** s. 59; **BK OR-Giger,** Art. 195, N. 5; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 195-196a, N. 1; **Huguenin,** BT, N. 244; **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 218; **Tandoğan,** I/1, s. 158, dn. 38; **Gümüş,** s. 57; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 117; **Eren,** Borçlar Özel, s. 86; **Aral/Ayrancı,** s. 118.

etmektedir[361]. Buna göre her iki hükmün de şartları gerçekleşmişse, alıcı dilerse TBK m. 217'ye, dilerse TBK m. 112'ye başvurabilir. Kanaatimizce, satılanın zaptı, hiç veya gereği gibi ifa etmemenin kapsamına giren, ancak kanunla özel olarak düzenlenmiş bir sorumluluktur. Bu bakımdan ilke olarak zapttan sorumluluk hükümleri yerine genel hükümlere gidilebilmesi gerekir. Ancak, TBK m. 217'de tam zapt hâlinde sözleşmenin kendiliğinden ortadan kalkacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. TBK m. 112 ise sözleşmenin geçerli olarak mevcut olmasını aramaktadır. Bu sebeple, baştan itibaren ortadan kalktığı kanunda özel bir hükümle öngörülen bir sözleşmeye dayanarak TBK m. 112'nin uygulanmasının ve müspet zararın tazmin edilmesinin mümkün görülmesi tartışmaya açıktır[362]. Kanaatimizce TBK m. 217'deki kendiliğinden sona erme, amacını aşan bir düzenlemedir[363]. Buna karşılık kısmî zapt açısından durum farklıdır.

[361] **BK OR-Giger,** Art. 192, N. 9; **Keller/Siehr,** s. 70; **Aral/Ayrancı,** s. 113; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 108; **Eren,** Borçlar Özel, s. 98, 99; **Gümüş,** s. 50, 51. Aksi görüşte bkz. **BSK OR I-Honsell,** Vorbem. Art. 192-196, N. 6.

[362] Hiç veya gereği gibi ifa etmeme hâlinde alacaklıya dönme hakkı verilmesi kabul edilse bile bu sonuç değişmez. Zira mevzu hukuk bakımından hâkim görüşün de kabul ettiği gibi sözleşmeden dönme hâlinde yalnız menfi zarar talep edilebilir. Dolayısıyla mevzu hukuk bakımından tam zapta ilişkin TBK m. 217'nin, TBK m. 112'ye gitmeyi, dolayısıyla müspet zararı talep etmeyi engelleyen bir özel düzenleme olduğu sonucu çıkmaktadır.

[363] Zira satış sözleşmesinde zapta ilişkin düzenlemeler esasen alacaklıya genel hükümlere nazaran kolaylık sağlarken, tam zaptta sözleşmenin her durumda kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bu düzenleme, alacaklının TBK m. 112'ye gitmesini ve müspet zarar talep etmesini engelleyecek niteliktedir. Doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımını müspet ve menfi zarar ayrımıyla açıklamaya çalışan ve TBK m. 217/II'deki diğer zararın müspet zarar olduğunu kabul eden görüş, kendiliğinden sona eren sözleşmede müspet zararın istenmesi problemini aşmak üzere, temerrütte sözleşmeden dönme ile tam zaptı karşılaştırmaktadır. Buna göre, birincisi alacaklının iradesine bağlı iken, ikincisi onun iradesinden bağımsız kendiliğinden gerçekleşen bir sona erme durumudur. Bu görüşe göre, doğuş sebepleri birbirinden farklı olan bu iki durum bir tutulmamalıdır. Diğer seçimlik haklarına rağmen sözleşmeden kendi iradesiyle dönen alacaklı, sözleşme devam ediyormuş gibi müspet zararını isteyemez. Buna karşılık sözleşmenin alıcının iradesine bağlı olmaksızın kendiliğinden sona ermiş sayıldığı tam zaptta, ona müspet zararı tazmin imkânı verilmelidir. Bkz. **Keller, M.,** 221 vd., 226; **Keller/Siehr,** s. 64; **BK OR-Giger,** Art. 195, N. 8, 36. Kanatimizce bu görüş teorik açıdan doğru olmakla birlikte, mevzu hukuk bakımından kabul edilmesi mümkün değildir.

Gerçekten, bu ihtimalde sözleşme sona ermez, geçerli olarak varlığı devam eder. Bu durumda alıcı kısmî zapt sebebiyle uğradığı zararı talep edebilir (TBK m. 218/I). Buna göre, alıcı kısmî zapt sebebiyle meydana gelen müspet zararının tazminini talep edebilir[364]. Zira burada özünde hiç veya gereği gibi ifa etmemeden kaynaklı bir müspet zarar mevcuttur. Bu bakımdan, kısmî zaptta TBK m. 112'ye gidilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

cc. Satış Sözleşmesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımının Müspet Zararla İlişkisi

Satış sözleşmesinde hem tam zapttan sorumluluk hükümlerinde, hem de ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmeye ilişkin düzenlemede, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı tercih edilmiştir[365]. Gerçekten, TBK m. 217/I'de alıcının, satış konusunun zaptı yüzünden "doğrudan uğradığı" zararları satıcıdan isteyebileceği düzenlenmiştir. TBK m. 217/II'de ise, satıcının kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğradığı "diğer zararları" da gidermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde, ayıptan sorumlulukta sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen TBK m. 229/I'de, alıcının ayıplı maldan doğan "doğrudan zararlarının" giderilmesini isteyebileceği düzenlenirken; ikinci fıkrada, satıcının kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının "diğer zararlarını" da gidermekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı ile bunun müspet ve menfi zarar ayrımıyla ilişkisi son derece tartışmalı bir konudur. Gerçekten, söz konusu hükümlerdeki doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının kapsamını, müspet zarar ve

[364] **Tandoğan,** I/1, s. 162; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 120; **Eren,** Borçlar Özel, s. 94, 95.

[365] Doğrudan ve dolaylı zarar kavramları için bkz. Bölüm I, § 3, II.

menfi zarar ayrımıyla, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımıyla veya illiyet bağı yardımıyla açıklamaya çalışan farklı görüşler bulunmaktadır[366].

Kabul ettiğimiz görüşe göre, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılan, istisnaî, müspet ve menfi zarar ayrımıyla örtüşmeyen bir ayrımdır[367]. Bu sebeple, söz konusu ayrımı müspet ve menfi zarar ayrımı ile açıklamaya çalışmak isabetsiz sonuçlara götürecek nitelikte bir yaklaşımdır. Gerçekten, doğrudan zarar somut olayın özelliğine göre müspet zararın kalemlerini kapsayabileceği gibi, menfi zararın kalemlerinden de oluşabilir. Yine dolaylı zarar çoğunlukla müspet zararın yoksun kalınan kâr kısmı olarak karşımıza çıksa da bu mutlak bir kural değildir. Bu sebeple, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda borca aykırılıkta genel ayrım olarak kabul edilmekteyken, Türk/İsviçre hukukunda günümüzde yalnızca satış sözleşmesinde zapt ve ayıptan sorumluluk hükümlerinde istisnaî olarak düzenlenmiş bir ayrım olduğunu, müspet ve menfi zarar ayrımı ile bir ilgisinin olmadığını kabul etmek gerekir.

Ayıp sebebiyle sözleşmeden dönüldüğünde talep edilebilecek doğrudan zarar ve dolaylı zararın kapsamının ne olduğunu belirlemek gerekir. Doğrudan zararın kapsamına ayıbın ilk ve en yakın sonucu olan zararlar girer. Bu bakımdan, ayıbın doğrudan edim konusunda meydana getirdiği zararlar, yani ayıptan doğan zarar (*Mangelshaden*)[368] her zaman doğrudan zarar niteliğindedir[369]. Bununla birlikte, ayıptan sorumlulukta alıcı sözleşmeden döndüğüne göre, edimin kendisindeki zararı talep etmesinin bir anlamı yoktur. O hâlde, sözleşmeden dönen alıcı doğrudan zarar

[366] Doğrudan ve dolaylı zarar türlerinin kapsamı ile müspet ve menfi zarar ayrımıyla ilişkisi hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. Bölüm I, § 3, II.

[367] Bkz. Bölüm I, § 3, II.

[368] Ayıbın direkt edimin konusu olan ayıplı şey üzerinde doğrudan doğruya meydana getirdiği eksilme ve kayıplara ayıptan doğan zarar (*Mangelschaden*) denir. Ayıptan doğan zarar ve ayıbı takip eden zarar (*Mangelfolgeschaden*) ile ilgili açıklamalar için bkz. Bölüm I, § 3, II.

[369] **BSK OR I-Honsell,** Art. 208, N. 5; **Aral/Ayrancı,** s. 154; **Eren,** Borçlar Özel, s. 143.

olarak, yargılama giderlerini ve satılan için yaptığı giderleri (TBK m. 229/I, b. 2), sözleşmenin kurulması için yaptığı giderleri, seyahat masraflarını, depolama masraflarını, edim ve karşı edimi taşıma ve gönderme masraflarını, ödediği vergi, harç ve sigorta ücretlerini, şeyi gözden geçirme ve bildirim masraflarını, sözleşmenin tasfiyesinden doğan masraflarını, mahkeme dışı takip giderlerini, doğrudan zarar kapsamına giren ayıbı takip eden zararlarını (*Mangelfolgeschaden*)[370] talep edebilir. Buna ek olarak, satıcı kusurlu olmadığını ispat edemediği takdirde, alıcı ayıplı ifa olayına eklenen başka bir sebep sonucu ortaya çıkan ve ayıpla uygun illiyet bağı içerisinde bulunan diğer zararlarını dolaylı zarar kapsamında talep edebilir. Doğrudan zarar olarak değerlendirilemeyen ayıbı takip eden zararlar bu kapsamdadır. Örneğin, bulaşık makinesinin su haznesindeki delikten akan suyun elektrik tesisatına girmesi sonucu kısa devre yapıp diğer cihazların bozulmasında, illiyet serisinde ilk sebep olan ayıp yüzünden makineden su akmasına ek olarak ikinci bir sebep olan elektrik tesisatının kısa devre yapması sonucu çıkan yangın veya diğer elektrikli eşyalarda meydana gelen hasar, ayıbı takip eden dolaylı zarar niteliğindedir[371]. Yoksun kalınan kâr ve sorumluluk menfaatinin ihlalinden doğan zararlar da genellikle dolaylı zarar kapsamında değerlendirilmektedir[372].

Alıcı, satış sözleşmesinde tam zapt sebebiyle her şeyden önce ödediği satış bedelinin faiziyle birlikte iade edilmesini talep edebilir[373]. Diğer taraftan, sözleşmenin tam zapt sebebiyle kendiliğinden sona ermesi, alıcının malvarlığında ödediği bedel

---

[370] Ayıbı takip eden zararların olayı özelliğine göre doğrudan zarar veya dolaylı zarar kapsamına girmesi mümkündür. Bkz. Bölüm I, § 3, II.

[371] **Keller/Siehr,** s. 90; **Aral/Ayrancı,** s. 155; **Eren,** Borçlar Özel, s. 145.

[372] **Keller/Siehr,** s. 63; **BK OR-Giger,** Art. 208, N. 45 vd., 52; **BSK OR I-Kessler,** Art. 41, N. 7; **Schwenzer,** OR, N. 14.27; **Eren,** Borçlar Özel, s. 146; **Aral/Ayrancı,** s. 155.

[373] Ancak, alıcının satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmâl ettiği ürünlerin değeri bu bedelden düşülür (TBK m. 217/I-1). Ürün kavramı, doğal ürünlerin yanında hukukî ürünleri de kapsar. Örneğin, alıcının satılanı kiraya vererek elde ettiği veya kullanarak ödemekten tasarruf ettiği kira parası ürün sayılır. Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 88.

dışında bazı zararlar doğurabilir. Bu sebeple alıcı satılanı elinden alan üçüncü kişiden alamadığı masrafları (TBK m. 217/I- 2)[374], satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışındaki bütün yargılama giderlerini (TBK m. 217/I- 3)[375] ve tam zapt sebebiyle uğradığı diğer doğrudan zararlarını (TBK m. 217/I- 4) satıcıdan talep edebilir[376]. Diğer doğrudan zararlar kapsamında sözleşme kurma masrafları, satılanın teslim alınması için yapılan masraflar, tasfiye masrafları, ihtar masrafları, vergi, harç ve sigorta masrafları, depolama masrafları gibi masraflar talep edilebilir. Kanunda yukarıda sayılan doğrudan zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edileceği benimsenmiştir. Buna ek olarak, satıcı kusursuz olduğunu ispat edemediği sürece, alıcıya satılanın elinden alınmasından doğan diğer zararları da talep etme imkânı tanınmıştır (TBK m. 217/II). Bu hüküm kapsamındaki zararlar ise alıcının uğradığı dolaylı zararlardır[377].

c. Kira Sözleşmesinde

aa. Ayıplı İfadan Sorumluluk

Kira sözleşmesinde kiralananın teslimden sonra ayıplı hâle gelmesi durumunda[378] TBK m. 305 ve devamında kiracıya, önemli ayıp hâllerinde sözleşmeyi

---

[374] Hükümde üçüncü kişiden alınamayan masraflardan bahsedilmektedir. TMK m. 994'e göre alıcı iyiniyetli üçüncü kişiden zorunlu ve faydalı masraflarını talep edebilir. Bu durumda, alıcı zorunlu ve faydalı masraflarının üçüncü kişiden tahsil edemediği kısmı ile zapt tehlikesini öğreninceye kadar yaptığı lüks masraflarını satıcıdan talep edebilir. **Tandoğan,** I/1, s. 160; **Aral/Ayrancı,** s. 119.

[375] Burada, üçüncü kişinin açtığı satılanın zaptı ile ilgili dava veya giriştiği takipten doğan masraflar ile yine bundan kaynaklı mahkeme dışı masraflar söz konusudur. **Eren,** Borçlar Özel, s. 89; **Aral/Ayrancı,** s. 119.

[376] Hükümdeki "doğrudan doğruya uğradığı diğer zararlar" tabirinden hareketle, maddenin birinci fıkrasında sayılan zararların doğrudan zarar niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Kırca,** Kaldırılması Gereken Bir Ayrım, s. 456; **Pekmez,** s. 550.

[377] **Eren,** Borçlar Özel, s. 90; **Aral/Ayrancı,** s. 120.

[378] Teslim anındaki ayıplarda kiracıya, önemli ayıp mevcutsa borçlu temerrüdü veya kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesi hükümlerine başvurma hakkı tanınmıştır. Kiralananın önemli olmayan ayıplarla teslimi hâlinde ise kiracı sonradan ortaya çıkan ayıplara ilişkin hükümlere başvurabilir (TBK

feshetme (TBK m. 305/II, 306/II), ayıbın giderilmesini isteme (TBK m. 306/I), kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme (TBK m. 306/I), bedel indirimi talep etme (TBK m. 307) ve kusurlu kiraya verenden ayıptan doğan zararların tazminini talep etme (TBK m. 305/I, 308) hakları tanınmıştır. Bedel indirimi, ayıbın giderilmesi (onarım) ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakları, satış sözleşmesinde olduğu gibi burada da gereği gibi ifaya olan menfaati sağlamaya yöneliktir. Kira sözleşmesinde kiracının bu seçimlik haklarla birlikte tazminini talep edebileceği zararlar, niteliği bakımından müspet zarardır[379]. Kira sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hâlinde kiracının müspet zararını talep edebilmesi kiraya verenin kusurlu olması şartına bağlanmış, ancak bu yönde aksi ispat edilebilir bir kusur karinesi öngörülmüştür. Bu sebeple, müspet zararın tazmini yükümlülüğünden kurtulmak isteyen kiraya veren, kusurlu olmadığını ispat etmek zorundadır[380].

Sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından baştaki ayıp ve sonraki ayıp arasında bir ayrıma gitmek gerekir[381]. Baştaki önemli ayıp bakımından kiracı iki imkâna sahiptir. İlk olarak, kiracı ifayı reddederek borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere gidip sözleşmeden dönebilir[382]. Bu ihtimalde kiracı menfi zararını talep edebilir. İkinci olarak, kiracı başlangıçtaki önemli ayıba rağmen ifayı kabul edip daha sonra TBK m. 305 ve 306'daki şartları sağlayarak sözleşmeyi feshedebilir. Kiracı, teslimden sonraki

m. 304). TBK m. 304-308 hükümlerinin esas olarak OR Art. 258-259 model alınarak düzenlendiği ancak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu hükümlerinin içeriğinin anlamsız bir şekilde metne dâhil edilmediği, bu sebeple TBK'daki bu değişik ve eksik düzenlemelerin doğru şekilde anlaşılabilmesi için OR Art. 258-259'un göz önünde tutulması gerektiği yönündeki açıklamalar ve konunun ayrıntılı incelemesi için bkz. **Aral/Ayrancı,** s. 283 vd.

379 **ZK-Higi/Wildisen,** Art. 259e, N. 24; **CHK/Hulliger/Heinrich,** Art. 259e, N. 3; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 283, 284; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 414; **Eren,** Borçlar Özel, s. 339; **Gümüş,** s. 229.

380 **ZK-Higi/Wildisen,** Art. 259e, N. 17; **CHK/Hulliger/Heinrich,** Art. 259e, N. 5, 7; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 415; **Eren,** Borçlar Özel, s. 340.

381 Baştaki ayıp için bkz. yuk. dn. 378.

382 **Schmid/Stöckli,** N. 942; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 412; **Aral/Ayrancı,** s. 285.

önemli ayıplar bakımından ise kiraya verene ayıbın giderilmesi için uygun bir süre vererek, ayıp bu sürede giderilmezse sözleşmeyi feshedebilir (TBK m. 305/II, 306/II). Her iki fesih ihtimalinde de fesih ileriye etkili sonuç doğurur[383]. Sözleşmeyi fesheden kiracı, ayıp sebebiyle uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Fesih hâlinde giderimi istenen zararın niteliği de müspet zarardır[384].

TBK m. 305/I'in ilk cümlesine göre, "*Kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir.*". İlk bakışta ayıptan doğan zararın giderilmesi talebinin seçimlik bir hak olarak düzenlendiği, kiracının ya zararın giderilmesini ya da diğer seçimlik haklardan birini seçebileceği izlenimi doğmaktadır. Ancak, düzenlemenin kötü ifade tarzına rağmen aynı fıkranın ikinci cümlesinde, zararın giderilmesi talebinin diğer seçimlik hakların kullanımını engellemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, ayıptan doğan zararların giderilmesi talebi bir seçimlik hak değildir; seçimlik hakların yanında onlarla birlikte veya tek başına kullanılabilecek bir haktır[385]. TBK m. 308'e göre de kiraya veren kusurlu olmadığını ispat edemezse ayıptan doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Kiracının seçimlik haklarla birlikte veya tek başına tazminini talep edebileceği maddi zararlar, niteliği bakımından müspet zarardır[386]. Ayıbın derecesi, yani önemli veya önemsiz ayıp olması tazminat isteme hakkının varlığına etki

[383] **Yavuz/Acar/Özen,** s. 412, 413; **Eren,** Borçlar Özel, s. 339; **Aral/Ayrancı,** s. 290, 291. Krş. **Zevkliler/Gökyayla,** s. 281, 282.

[384] **ZK-Higi/Wildisen,** Art. 259e, N. 13; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 413; **Eren,** Borçlar Özel, s. 339. Kural olarak kusursuz sorumluluk esasına göre menfi zarar istenebileceği, kiraya verenin kusursuzluğunu ispatlayamadığı hâllerde ise müspet zararın istenebileceği yönünde kabul etme imkânı bulamadığımız görüş için bkz. **Zevkliler/Gökyayla,** s. 281, 282.

[385] **Zevkliler/Gökyayla,** s. 283; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 414; **Aral/Ayrancı,** s. 292; **Eren,** Borçlar Özel, s. 339; **Gümüş,** s. 229.

[386] **ZK-Higi/Wildisen,** Art. 259e, N. 24; **CHK/Hulliger/Heinrich,** Art. 259e, N. 3; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 283; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 414; **Eren,** Borçlar Özel, s. 339; **Gümüş,** s. 229.

etmez[387]. Müspet zararın kapsamına, kiralanandaki ayıptan doğan takip ve ihtar giderleri, başka bir yer kiralanmasından doğan zararlar, fazladan yapılan giderler gibi fiili zarar ile özellikle kiralananın tamamen veya kısmen kullanılamaması sebebiyle mahrum kalınan kazanç gibi yoksun kalınan kâr kalemleri girer. Ayıbın giderilmesi talebiyle birlikte müspet zarar istendiğinde, özellikle ayıbın giderilmesine kadar geçen sürede kiralananın tamamen veya amacına uygun kullanılamamasından doğan zararlar ile ayıp yüzünden fazladan yapılan masraflar talep edilebilir. Müspet zarar kira bedelinden indirim talebiyle birlikte istenmişse, bedeldeki indirim zararın hesabında dikkate alınır[388]. Diğer taraftan kiracı seçimlik haklardan birini kullanmadan doğrudan TBK m. 112'ye göre müspet zararının tazminini talep edebilir.

bb. Zapttan Sorumluluk

Kira sözleşmesinde zapttan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 309'a göre, kiraya veren kiracının zapttan doğan bütün zararını gidermekle yükümlüdür[389]. Kiraya veren, üçüncü kişinin açtığı dava kendisine bildirilmesine rağmen davayı üstlenmemesi hâlinde meydana gelen zarardan sorumludur. Diğer taraftan, kiraya veren davayı üstlendiği hâlde kiralananın kiracının elinden alınmasından veya üçüncü kişinin üstün hakkı sebebiyle kiracının kiralananı kullanmasında meydana gelen azalmadan sorumludur. Tüm bu hâllerde tazmini gereken zarar, niteliği bakımından ifa menfaatinin ihlalinden kaynaklanan müspet zarardır[390]. Satış sözleşmesinde zapttan farklı olarak, burada doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı tercih edilmemiştir. Kiraya verenin müspet zarardan sorumluluğu için kusurlu olması gerekir[391].

---

[387] **Aral/Ayrancı,** s. 292.

[388] **Eren,** Borçlar Özel, s. 339, 340.

[389] Bkz. **Aral/Ayrancı,** s. 292, 293; **Eren,** Borçlar Özel, s. 342 vd.

[390] **Zevkliler/Gökyayla,** s. 286; **Aral/Ayrancı,** s. 293; **Gümüş,** s. 231; **Eren,** Borçlar Özel, s. 346.

[391] **Yavuz/Acar/Özen,** s. 420; **Aral/Ayrancı,** s. 293. Sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusu olduğu için, kiraya veren aleyhine bir kusur karinesi bulunduğu yönünde bkz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 345, 346.

d. Eser Sözleşmesinde

Eser sözleşmesinde ayıp hâlinde işsahibinin seçimlik haklarını düzenleyen TBK m. 475'e göre, her biri için hükümde düzenlenen özel şartların mevcut olması kaydıyla, işsahibi sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya ücretsiz onarım (ayıbın giderilmesi) haklarından birini seçimlik olarak kullanabilir. Hükmün ikinci fıkrasına göre, işsahibi bu seçimlik haklarla birlikte genel hükümlere göre meydana gelen zararın tazminini talep edebilir[392]. Doktrinde bu zararların niteliği bakımından ayıptan doğan zarar ve ayıbı takip eden zarar ayrımı kabul edilmektedir[393]. Buna göre, burada zarardan kasıt ayıbın sonraki sonucu olarak ortaya çıkan ve ayıplı eserin değerindeki eksiklik dışında kalan her türlü zarardır[394]. Kanaatimizce, eser sözleşmesinde ayıptan sorumlulukta eski borçlar kanunu zamanında anlamlı olan ayıptan doğan ve ayıbı takip eden zarar ayrımı, 6098 sayılı Kanunla birlikte önemini yitirmiştir. Gerçekten, 818 sayılı Kanunda zararın genel hükümlere göre tazminine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. 6098 sayılı Kanunda ise m. 475'te açık bir şekilde, "genel hükümlere göre tazminat" isteme hakkından bahsedilmiştir.

Ayıplı eser teslimiyle uygun illiyet bağı içinde olan her türlü zarar, kusursuzluğunu ispat edemeyen yükleniciden talep edilebilir[395]. Dönme hâli hariç olmak üzere, gereği gibi ifaya olan menfaati sağlamayı amaçlayan bu zarar niteliği bakımından müspet zarardır[396]. Seçimlik haklardan bedelin indirilmesi ve onarım

---

[392] **Schmid/Stöckli,** N. 1769; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 559, 563; **Eren,** Borçlar Özel, s. 646, 652; **Aral/Ayrancı,** s. 423; **Gümüş,** s. 368.

[393] Talep edilecek zararın ayıptan doğan zararı ve ayıbı takip eden zararı kapsadığı görüşünde bkz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 653. Yalnızca ayıbı takip eden zararı kapsadığı görüşünde bkz. **Schmid/Stöckli,** N. 1769, 1792; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 563; **Aral/Ayrancı,** s. 423, 424.

[394] **Zevkliler/Gökyayla,** s. 563; **Aral/Ayrancı,** s. 423 ve aynı yerde dn. 194'te anılan yazarlar.

[395] **Eren,** Borçlar Özel, s. 653; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1009.

[396] Burada doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı yapılmadığı neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir. Örneğin bkz. **Zevkliler/Gökyayla,** s. 563; **Aral/Ayrancı,** s. 424; **Eren,** Borçlar Özel, s. 653. Bu sebeple satış sözleşmesinde TBK m. 229'da düzenlenmiş olan doğrudan zarar ve dolaylı zarar

hakları, eserin kendisindeki ayıbı ortadan kaldırmayı amaçlar. Bu sebeple, söz konusu haklardan biriyle birlikte zararın tazmini talep edildiğinde, müspet zarar hesabı, eserin kendisindeki değer eksikliği dışında kalan ve ayıpla uygun illiyet bağı içerisinde bulunan diğer müspet zarar kalemleri dikkate alınarak yapılmalıdır[397]. Bu zararlara örnek olarak, ayıp giderilinceye kadar mahrum kalınan kira geliri, bu sürede başka bir yer kiralanması sebebiyle yapılan masraflar, yine bu sürede üretimin ya da ticaretin aksamasından kaynaklanan kayıplar, ayıbın tespiti ve seçimlik hakların kullanılması için yapılan masraflar, ayıplı eser onarılsa bile uğradığı değer kaybı gösterilebilir[398].

Kabul ettiğimiz görüşe göre, eser sözleşmesinde ayıp hâlinde özel hükümler ile genel hüküm olan TBK m. 112 vd. arasında tam yarışma mevcuttur. Bu bakımdan işsahibi iki imkâna sahiptir. İlk olarak, işsahibi TBK m. 475'e göre seçimlik haklardan birini kullanıp bunun yanında ayıp sebebiyle meydana gelen zararının tazminini talep edebilir. İkinci olarak, işsahibi eser sözleşmesindeki özel düzenlemeye hiç başvurmadan, doğrudan TBK m. 112'ye giderek gereği gibi ifa etmemeden doğan zararının tazminini talep edebilir[399].

---

ayrımı burada kıyas yoluyla dahi uygulanamaz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 653. Yukarıda açıklandığı gibi, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı günümüzde yalnızca satış sözleşmesinde kötü ifa hükümlerinde kalmış istisnaî bir ayrımdır. Ayıptan doğan zarar ve ayıbı takip eden zarar ayrımı da esasen doğrudan ve dolaylı zarar ayrımıyla ilgilidir. Bu sebeple genel hükümlere göre zararın tazmininin öngörüldüğü eser sözleşmesinde ayıptan sorumlulukta, bu ayrıma gidilmesine gerek bulunmamaktadır.

[397] **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1009. Zarar hesaplanırken eserdeki değer eksikliğinin dikkate alınmayacağı yönünde bkz. **Schmid/Stöckli,** N. 1793; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 563; **Aral/Ayrancı,** s. 423.

[398] **Aral/Ayrancı,** s. 423.

[399] Aynı yönde bkz. **Zevkliler/Gökyayla,** s. 563; **Eren,** Borçlar Özel, s. 654; **Gümüş,** s. 368; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 281. Doktrinde bir görüş, gereği gibi ifa etmeme hâli olan eser sözleşmesindeki ayıpta işsahibine müspet zararı talep imkânı tanınması gerektiğini kabul etmekle birlikte, TBK m. 112'ye değil, bunun yerine TBK m. 125 temerrüt hükümlerine gidilmesini savunmaktadır. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1009.

IV. BORÇLU TEMERRÜDÜNDE MÜSPET ZARAR

A. Genel Olarak

Borçlunun temerrüdü kanunda tanımlanmamıştır. Kısaca, borçlunun ifası mümkün olan[400] muaccel bir borcu zamanında ifa etmemesine temerrüt denir[401]. Borçlanılan edimin borca aykırı olarak zamanında ifa edilmemesi hâli olan temerrüt, niteliği gereği geçici bir durumdur. Söz konusu geçici durum iki şekilde sona erer. İlk ihtimal, temerrüde düşen borçlunun edimi sonradan ifa etmesidir[402]. İkinci ihtimal ise borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinin kesinlik kazanmasıdır. Bu durumda da iki ihtimal söz konusudur. Öncelikle, edimin ifası temerrüt hâlindeyken imkânsız hâle gelebilir[403]. İfa etmemenin kesin nitelik kazanmasında diğer ihtimal ise karşılıklı borç

---

[400] Temerrüdü imkânsızlıktan ayırmak gerekir. Gerçekten, imkânsızlıkta edimin ifası kesin olarak imkânsız hâle gelmektedir. Buna karşılık, temerrütte edimin ifası hâlâ mümkündür. İmkânsızlık temerrüdü engellediği için, imkânsızlığın mevcut olduğu hâllerde artık borçlu temerrüdünden bahsetmek mümkün değildir. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1113; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 455. Krş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 1. Diğer taraftan kusurlu imkânsızlıkta borçlunun kusuru aranmaktadır. Temerrütte ise borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olup olmamasının önemi yoktur. **BK OR-Becker,** Art. 102, N. 27; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 102, N. 28; **von Tuhr/Escher,** s. 141; **Bucher,** AT, s. 356; **Keller/Schöbi,** s. 268; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 102, N. 37, 158; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Vorbem. Art. 102-109, N. 2; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 94; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2661; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 465; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 3.

[401] **von Tuhr/Escher,** s. 135; **Bucher,** AT, s. 355, 356; **Keller/Schöbi,** s. 268; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 102, N. 33; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Vorbem. Art. 102-109, N. 2; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2656; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 2; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 29; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 911; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 468, 469; **Feyzioğlu,** II, s. 229; **Berki, Şakir,** Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1962, s. 266; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1113; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 455; **Aybay,** s. 143; **Cansel/Özel,** s. 285; **İnan/Yücel,** s. 617; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 3.

[402] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1113.

[403] **Bucher,** AT, s. 359; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 1, 11. İmkânsızlık borçlunun kusurundan kaynaklanıyorsa, borçlu TBK m. 112 ve devamına göre alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Buna karşılık, sonraki imkânsızlık borçlunun kusuruna dayanmıyorsa TBK m. 136'ya göre borcun sona ereceği yönünde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1113.

yükleyen sözleşmelerde alacaklının ifadan vazgeçip müspet zararını talep etmesi veya sözleşmeden dönmesidir[404].

Temerrüt hükümleri eksik borçlara uygulanamaz. Zira eksik borçların ifası talep ve dava edilemez. Bu tür borçlarda ifa zamanı da bulunmadığı için muacceliyet, dolayısıyla temerrüt söz konusu olamaz[405]. Yan edim yükümlülükleri, aslî edimden ayrı olarak kendine özgü amacı olan ve ifası dava edilebilen edimlerdir[406]. Bu bakımdan aslî edimden bağımsız olarak yan edimlerde temerrüt mümkündür. Gerçekten, ifası imkânsız hâle gelmemiş bir yan edimin zamanında ifa edilmemesi durumunda borçlu temerrüde düşer[407]. Buna karşılık yan yükümlülüklerde[408] temerrüt söz konusu olmaz. Zira yan yükümlülüklerin ifasının dava ile talep edilmesi mümkün değildir. Yan yükümlülüklerin zamanında ifa edilmemesi hâlinde, şartları mevcutsa, sadece tazminat talep edilebilir[409]. Ani borçlarda, edim sözleşmede belirlenen zamanda ifa edilmezse borçlu temerrüde düşer. Buna karşılık sürekli borçlarda durum tartışmalıdır[410].

---

[404] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1113.

[405] **von Tuhr/Escher,** s. 136, dn. 6; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 20; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115.

[406] Yan edim yükümlülükleri ile ilgili dataylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 32 vd.; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 15, 16.

[407] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 15, 16; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115.

[408] Yan yükümlülüklerle ilgili açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 37 vd. Ayrıca bkz. Bölüm I, § 1, II, B, 2, a, dn. 138.

[409] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 16; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115.

[410] Bir görüşe göre, sürekli borçlarda edim zamanında ifa edilmezse temerrüt değil imkânsızlık söz konusu olur. Bu görüşü savunan yazarlara göre, sürekli borçlarda zaman bakımından devamlılık mevcuttur. Bu borçlar sözleşmede belirlenen süre boyunca her an ifa edilmesi gereken bir nitelik taşımaktadır. Bu sürecin herhangi bir anında ifa edilmeyen edimin artık daha sonra ifa edilmesi mümkün değildir. Çünkü edimin ifa edilmesi gereken o zaman dilimi artık geçmişte kalmıştır. Bu sebeple tekrarlanması, yeniden yaşanması mümkün olmayan o zaman dilimine ilişkin edimin ifası bakımdan artık imkânsızlık söz konusudur. İfanın gelecekte yapılması gereken kısmı bakımından ise ifa hâlâ mümkün olduğu için imkânsızlık değil, temerrüt söz konusudur. Bkz. **Lemp,** s. 12; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 1. Benzer görüşlerin açıklaması için bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 470. Diğer görüş ise geçmişte kalan zaman bakımından ani edimlerde de

B. Borçlu Temerrüdünün Şartları

Borçlu temerrüdünün şartlarını düzenleyen TBK m. 117/I'ye göre, *"Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer."*. Söz konusu hükümde, borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarı olmak üzere temerrüdün iki şartı düzenlenmiştir. Doktrinde borçlunun temerrüde düşmesi için bunlara ilaveten başka şartların da gerektiği kabul edilmektedir. Borçlu temerrüdü müspet zararın en çok karşılan uygulama alanı olduğu için, temerrüdün şartları aşağıda kısaca açıklanmıştır.

Temerrütten bahsedebilmek için öncelikle borcun ifasının hâla mümkün olması gerekir[411]. Zira bu husus işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Temerrüde düşülmeden önce edimin ifası imkânsız hâle gelirse artık temerrütten bahsetmek mümkün değildir[412]. Böyle bir durumda temerrüt hükümleri değil, imkânsızlık hükümleri

---

aynı durumun söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Örneğin satış sözleşmesinde belirlenen zamanda borç ifa edilmediğinde o tarih artık geçmişte kalmıştır ve edimin o zamanda ifası artık mümkün değildir. Ancak zamanında ifa edilmeyen edim daha sonra ifa edilebilir hâldedir. Esasen temerrüt kavramı tam olarak bunu ifade eder. Gerçekten, temerrütte edim zamanında ifa edilmemiştir, ancak gelecekte ifası mümkün olduğu için imkânsızlık söz konusu değildir. Diğer taraftan kanunda temerrüt bakımından ani ve sürekli borç ayrımı yapılmamıştır. Bu sebeple temerrüt hükümleri sürekli borçlara da uygulanabilir niteliktedir **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 12 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1114. İnan, diğer sürekli borçlarda temerrüdü kabul etmekle birlikte, yapmama borçlarında bu fikrinden ayrılmaktadır. Yazar, yapmama borçlarında borca aykırı hareket edildiğinde belirli zaman bir daha gelmeyeceği için kural olarak temerrütten bahsedilemeyeceğini, imkânsızlığın söz konusu olduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte, yazara göre, daha sonra ifa alacaklı bakımından değer taşıyorsa ve şartları varsa yapmama borcunda da temerrüt söz konusu olabilir. Bkz. **İnan/Yücel,** s. 618.

411 **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2658; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 102, N. 3a, 12; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 912; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 479; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 235; **Feyzioğlu,** II, s. 240; **Aybay,** s. 143; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115; **Cansel/Özel,** s. 287; **Önen,** Borçlar, s. 198; **Akkanat**, s. 16; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 404.

412 Vadeden önce imkânsızlık söz konusu olmamasına rağmen ifa zamanının kaçırılması sebebiyle ifa imkânsızlaşıyorsa temerrüt değil imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağı; benzer şekilde temerrüt için ihtar gereken hâllerde borç muaccel olduktan sonra ancak ihtardan önce edimin imkânsızlaşması hâlinde de yine temerrüt değil imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 463.

uygulanır[413]. Borçlu temerrüde düştükten sonra edimin ifası objektif olarak imkânsızlaşırsa temerrüt sona erer[414]. Sübjektif imkânsızlıkta ise temerrüt hükümleri uygulanır[415].

Borçlu temerrüdünün zamanla ilgili şartı muacceliyettir. Gerçekten, borçlunun temerrüde düşürülebilmesi, öncelikle borcun muaccel olmasına bağlıdır[416]. Borcun muaccel olması, borçlanılan edimin alacaklı tarafından talep ve dava edilebilmesini ifade eder[417]. Borç muaccel olmadıkça, yani ifa zamanı gelmedikçe alacaklının ifayı talep yetkisi mevcut değildir[418]. Alacağın ne zaman talep edilebileceği taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, bir ihbar veya kanun hükmüyle ya da hukukî ilişkinin niteliğine göre belirlenebilir[419]. Bunun dışındaki hâllerde, borç, doğumu anında muaccel olur (TBK m. 90). Ayrıca, borçlunun TBK m. 97 ve 98 uyarınca ifadan

---

[413] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 912; **Feyzioğlu,** II, s. 240; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 463; **Cansel/Özel,** s. 287; **Yıldırım, A.,** s. 307.

[414] Doktrinde bir görüş, borçlu temerrüde düştükten sonra meydana gelen imkânsızlıkta ikili bir ayrım yapmaktadır. Buna göre, imkânsızlığa kadar geçen süre için temerrüt hükümleri, imkânsızlığın gerçekleşmesinden sonrası için ise imkânsızlık hükümleri uygulanır. Ancak borçlu, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat edemezse, temerrüt sırasında gerçekleşen imkânsızlıktan TBK m. 119'a göre sorumludur. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 464; ; **Cansel/Özel,** s. 287; **Yıldırım, A.,** s. 307, 308.

[415] **von Büren,** s. 365; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 6, 7; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1115; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 404. Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı yapmaksızın, temerrütten sonra edimin ifasının imkânsızlaşması hâlinde temerrüt hükümlerinin uygulanacağı görüşünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 912; **Feyzioğlu,** II, s. 240.

[416] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 470; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 235; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116. Bununla birlikte Federal Mahkeme, borçlunun henüz borç muaccel olmadan alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini bildirdiği hâllerde temerrüde düşeceğini kabul etmektedir. BGE 69 II 243 vd.; 110 II 143 (**Eren,** Borçlar Genel, s. 1116, dn. 269'dan naklen).

[417] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 470; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 905; **Feyzioğlu,** II, s. 231; **İnan/Yücel,** s. 618; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 456; **Aybay,** s. 144; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 402; **Akkanat**, s. 8.

[418] Muacceliyeti, borcun ifa edilebilirliğinden ayırmak gerekir. Borçlunun borcu ifa etme yetkisine ifa edilebilirlik denir. İfa edilebilir bir borcun henüz muaccel olmaması mümkündür. **Eren,** Borçlar Genel, s. 969 vd., 1116; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 456, dn. 398.

[419] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 905; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116.

kaçınma hakkı olmamalıdır. Borçlu, ifadan kaçınma hakkına dayanıp edimi ifa etmediğinde temerrüde düşmez[420]. Ancak, borçlu temerrüde düştükten sonra ödemezlik def'ini[421] ileri süremez[422].

Borçlunun borcunu ifa yükümlülüğü, borcun muaccel olmasıyla değil alacaklının ifayı talep etmesiyle doğar[423]. Bu sebeple, muaccel bir borcun alacaklı tarafından talep edilmeden veya kararlaştırılan vade dolmadan ifa edilmemesi borca aykırılık oluşturmaz. Bu bakımdan temerrütte borca aykırılık, muaccel bir borcun ihtara veya belirli vadenin geçmesine rağmen ifa edilmemesidir[424].

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için gereken diğer şart, alacaklının ifayı kabule hazır olmasıdır. Alacaklının ifayı kabulden kaçındığı veya edimin ifası için gerekli olan hazırlık fiillerini yerine getirmediği takdirde alacaklı temerrüdünden bahsedilir[425]. Alacaklı temerrüdünün söz konusu olduğu hâllerde, borçlu borcun vadesi geçse bile temerrüde düşmez[426].

Borçlunun temerrüde düşmesi için muacceliyet yeterli değildir; kural olarak borçlu ihtarla temerrüde düşer (TBK m. 117/I). İhtar, alacaklının borçludan borcunu

---

[420] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2665; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1121; **Hatemi/Gökyayla,** s. 254; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 404.

[421] Borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'ilere sahip olması tek başına temerrüdü engellemez. Temerrüde düşmek istemeyen borçlunun, zamanaşımı veya ödemezlik gibi def'i haklarını alacaklıya karşı ileri sürmesi gerekir. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 470; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 905; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 912; **Önen,** Borçlar, s. 199; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 235; **Feyzioğlu,** II, s. 231; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 456, 457.

[422] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1121. Temerrüten sonra ödemezlik def'i ileri sürüldüğünde temerrüdün ortadan kalkacağı, ancak bu durumun temerrüdün hâlihazırda meydana gelmiş olan sonuçlarını etkilemeyeceği görüşü için bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2665.

[423] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 24 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1121.

[424] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2661; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1121.

[425] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 479; **Feyzioğlu,** II, s. 240, 241; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1120, 1121.

[426] **von Tuhr/Escher,** s. 142; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2664; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 911, 912; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 914; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 479; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1121; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 465; **Hatemi/Gökyayla,** s. 254; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 235; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 404.

ifa etmesini istediği, tek taraflı ve varması gereken[427] hukukî işlem benzeri[428] bir irade açıklamasıdır[429]. İhtarda alacaklının borcun ifasını istediği, yani alacağını talep iradesi açık ve kesin bir şekilde ortaya konulmalıdır[430]. İfa talebi, talep edilen alacağa[431] uygun olmalıdır[432]. Borçlar Kanunu'nda ihtarın şekline ilişkin bir düzenlenme

[427] Varması gerekli bir irade beyanı olan ihtar, borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığı anda etkisini doğurur. **von Tuhr/Escher,** s. 137, 138; **Bucher,** AT, s. 358; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 471, 474; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1117; **Aybay,** s. 144; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 877. İhtarın öğrenme (ıttıla) ile hüküm ifade edeceği görüşü için bkz. **Önen,** Borçlar, s. 199; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 460.

[428] İhtar niteliği bakımından bir hukukî işlem değil, hukukî işlem benzeri bir irade açıklaması olarak kabul edilmektedir. **Bucher,** AT, s. 358; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 471; **Aybay,** s. 144; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1117; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 458; **Hatemi/Gökyayla,** s. 252. Bu sebeple hukukî işlemlere ilişkin hükümler, ihtara kıyasen uygulanır. Bu bakımdan, ehliyet, temsil, hüküm ifade etme gibi konularda hukukî işlemlere ilişkin hükümler, ihtar hakkında kıyasen uygulanır. İhtarın alacaklı veya temsilcisi tarafından, borçlu veya yetkili temsilcisine yapılması mümkündür. Diğer taraftan, ihtar bakımından alacaklının fiil ehliyetine sahip olması aranmaz; ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 914; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 906; **Feyzioğlu,** II, s. 232; **Önen,** Borçlar, s. 199; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1117; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 459; **Cansel/Özel,** s. 289.

[429] **Bucher,** AT, s. 358; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 913; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 471; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 906; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 236; **Aybay,** s. 144; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116; **İnan/Yücel,** s. 618; **Cansel/Özel,** s. 288, 289; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 876, 877.

[430] Buna karşılık, edim yerine getirilmediği takdirde ortaya çıkacak hukukî sonuçların gösterilmesine gerek yoktur. Hatta ihtarın hukukî işlem olmamasından hareketle, alacaklının beyanda bulunurken ihtara bağlı hukukî sonuçları bilmesine (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 914), borçluyu temerrüde düşürmek istemesine ve beyanı bu amaçla yapmış olmasına dahi gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 136; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 471; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 906; **Feyzioğlu,** II, s. 233; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 457, 458; **Hatemi/Gökyayla,** s. 252. Krş. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1116.

[431] Bu bakımdan hangi alacağın talep edildiği ihtarda açıkça gösterilmelidir. Borçlanılandan başka bir edimin talep edilmesi veya sözleşmede yer almayan başka talepler de içermesi ihtarın etkisiz olması sonucunu doğurur. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 916; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 472; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1118; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 878.

[432] Talep, borçlanılan edime miktar ve nitelik bakımından uygun olmalıdır. Gerçek borç miktarından fazlasını talep eden alacaklı borçlanılan edimi kabul etmeyeceğini bildirmişse ihtar geçersizdir. **Bucher,** AT, s. 357; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 916; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1118; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 459. BGE 46 II 85. Aksi takdirde, ihtar edimin gerçek miktarı bakımından geçerli olur. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 916; **Önen,** Borçlar, s. 199; **Feyzioğlu,** II, s. 233; **Oğuzman/Öz,**

bulunmadığı için[433] ihtar bakımından şekil serbestisi geçerlidir[434]. Uygulamada sıkça karşılaşılmasına rağmen, ihtarda borçluya bir süre verilmesi geçerlilik şartı değildir. Bu bakımdan, ihtarda borçluya verilen sürenin niteliği somut olayın özelliğine göre tespit edilmelidir[435]. TBK m. 117/I'de borçlunun temerrüdü için ihtar şartını arayan kanun koyucu[436], aynı maddenin ikinci fıkrasında, ihtar yerine geçen[437] ve ihtara gerek

C. I, s. 459. Alacaklı, ihtarda borcun sadece bir kısmını talep etmiş ve borç bölünebilir nitelikteyse ihtar sadece bu kısım için hüküm doğurur. Bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 473.

[433] Ticari işlerde ise 6102 sayılı TTK m. 18/III'te ihtarın noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılacağı öngörülmüştür. Ancak, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu m. 20/III'te ihtarın yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıyken, yeni kanunda yazılı şekil geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, bir ispat şartı olarak düzenlenmiştir. Gerçekten, 6102 sayılı TTK m. 18'in gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir; *"... Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür…".*

[434] Bununla birlikte ispat kolaylığı için ihtarın yazılı yapılması yerinde olur. Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1118. Ancak, ihtarda ispat şekli de aranmadığı yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 915; **Cansel/Özel,** s. 289; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 876.

[435] Somut olayın özellikleri dikkate alındığında verilen sürenin borcu erteleme veya derhâl ifadan vazgeçme niteliğinde olduğu sonucuna varılıyorsa, temerrüdün bu sürenin dolmasıyla gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Bucher,** AT, s. 358; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2707; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 473; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1117; **Havutçu,** s. 28. Ancak, verilen sürenin karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 125'te düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmek için gerekli olan ek süre olduğu anlaşılıyorsa ihtarın borçluya ulaştığı andan itibaren sonuçlarını doğurduğu kabul edilmeli, ek süre TBK m. 125'teki seçimlik hakların kullanılması bakımından dikkate alınmalıdır. Bkz. **Bucher,** AT, s. 358; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1117; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 460, dn. 424.

[436] Temerrüt ihtarının düzenlendiği TBK m. 117'nin emredici nitelikte olmadığı, tarafların temerrüt için muacceliyetin yeterli olduğu ve ihtar gerekmediği yönünde anlaşabilecekleri yönünde bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 879.

[437] TBK m. 117/II'ye göre belirli vade ihtar yerine geçer. Bu sebeple, belirli vade mevcutsa artık temerrüt için ihtara gerek yoktur. Belirli vade taraflarca birlikte tespit edilebileceği gibi sözleşmede taraflardan birine bir muacceliyet bildirimi ile vadeyi belirleme yetkisi de verilebilir. Vadenin belirli bir takvim günü olarak veya borçlunun objektif kıstaslarla kesin bir şekilde tespit edebileceği bir gün olarak kararlaştırılması mümkündür. Örneğin, 1 Mayıs 2022'de, ayın başında, sözleşmenin imzalanmasından yedi gün sonra gibi belirlemeler bu kapsamdadır. Eğer edimin "onbeş gün içerisinde" gibi belirli bir süre içerisinde ifa edilmesi kararlaştırılmışsa, borçlu sürenin son gününün geçmesiyle temerrüde düşer. Vadenin belirli veya kesin bir şekilde belirlenebilir olması gerekir. Bu bakımdan, en kısa sürede, hasat zamanının sonunda, baharın başında, gemi vardığı zaman gibi kesin şekilde belirlenemeyen bir vade kararlaştırılması istisnanın kapsamına girmez. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 102, N. 18; **Keller/Schöbi,** s. 266; **von Tuhr/Escher,** s. 138, 139; **Bucher,** AT, s. 358; **BSK OR I-**

olmayan[438] hâllerde borçlunun ihtar aranmaksızın temerrüde düşeceğini düzenlemiştir. Buna, borçlunun borcu ifa etmeyeceğini açıkça bildirdiği[439] veya borcun ne zaman ifa edilmesi gerektiğini alacaklının değil borçlunun bilmesi gerektiği hâlleri[440] de eklemek gerekir.

Borçlu temerrüdünde kusur şart değildir. Bu bakımdan borçlu, gecikmede kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, yukarıda açıklanan şartlar gerçekleştiğinde temerrüde düşer[441]. Buna objektif temerrüt teorisi denmektedir[442]. Diğer taraftan, Borçlar Kanunu'nda temerrüdün bazı sonuçları için borçlunun kusuru aranmaktadır. Örneğin, bu çalışmanın konusunu oluşturan müspet zararın tazmini bakımından durum böyledir.

Wiegand/Widmer Lüchinger, Art. 102, N. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2711 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 917; **Feyzioğlu,** II, s. 235, 236; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 237; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 475; **Berki,** s. 266; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 908; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1119; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 460, 461; **Cansel/Özel,** s. 290; **Hatemi/Gökyayla,** s. 252.

[438] TBK m. 117/II'ye göre, borçlu haksız fiilin işlendiği veya sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte ihtar gerekmeksizin kendiliğinden temerrüde düşer. Bununla birlikte iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin temerrüde düşmesi için ihtar şartı aranmıştır. Zenginleşme anında iyi niyetli olan borçlunun, daha sonra kötü niyetli hâle gelmesi ihtimalinde ise bu andan itibaren ihtara gerek olmaksızın temerrüde düştüğünü kabul etmek yerinde olur. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 462.

[439] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2660, 2722; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 911; **Aybay,** s. 144, 145; **Feyzioğlu,** II, s. 238; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 236; **Cansel/Özel,** s. 291; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 404; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1120. Borçlu muacceliyetten önce böyle bir beyanda bulunmuşsa, temerrüdün muacceliyet tarihinden başlayacağı görüşü için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 918; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 478.

[440] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 918; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 911; **Feyzioğlu,** II, s. 238; **Önen,** Borçlar, s. 200; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 463; **Cansel/Özel,** s. 291; **Velidedeoğlu/Özdemir,** s. 236. Örneğin, vekile tevdi edilen bir işin ne zaman yapılacağını vekilin bilmesi hâlinde ihtara gerek yoktur. Bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 477; **İnan/Yücel,** s. 619.

[441] **Keller/Schöbi,** s. 268; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2661; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 912; **Feyzioğlu,** II, s. 241; **Aybay,** s. 145; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1122; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 465; **Cansel/Özel,** s. 293.

[442] Bkz. **Bucher,** AT, s. 359, 360; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 912; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1122.

C. Müspet Zarardan Sorumluluk Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Hüküm ve Sonuçları

Borçlu temerrüdünde borç zamanında ifa edilmemiştir. Bununla birlikte, borcun ifası hâlâ mümkündür. Bu bakımdan, temerrüdün borcun ifasına ve temerrüt sebebiyle meydana gelen zararlara ilişkin bazı sonuçları bulunmaktadır. Temerrüdün genel sonuçlarına ilişkin hükümler, her türlü borç ilişkisinde uygulanabilir niteliktedir. Bunun yanında, TBK m. 123-126 arasında karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından özel sonuçlar düzenlenmiştir.

1. Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçlarının Müspet Zarar Bakımından İncelenmesi

Borçlu temerrüdünün genel hüküm ve sonuçları, sözleşmeden doğan borçların yanında, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Temerrüdün genel sonuçları, aynen ifa, gecikmeden doğan zarardan ve beklenmedik hâlden sorumluluktur. Bunların yanında, yalnızca para borçlarına ilişkin olarak temerrüt faizi ve aşkın zarardan sorumluluk düzenlenmiştir. Gecikme tazminatı, beklenmedik hâlden doğan sorumluluk ve para borçlarında aşkın zarar borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartına bağlanmıştır. Buna karşılık, aynen ifa işin niteliği gereği, temerrüt faizi ise kanundaki özel düzenleme sebebiyle borçlunun kusuru aranmaksızın talep edilebilir.

a. Aynen İfa Yükümlülüğü

İmkânsızlıktan farklı olarak borçlunun temerrüdü borcu sona erdirmez. Aksine, temerrüde rağmen borçlunun borcu ifa yükümlülüğü devam eder. Bu sebeple, borçlu gecikmeye rağmen borcu ifa edebileceği gibi, alacaklı da ifayı talep edebilir. Bu bakımdan, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, hatta temerrüt olgusundan bağımsız olarak edimin ifası mümkün olduğu sürece aynen

ifa talep ve dava edilebilir[443]. Esasen, edimin ifasının talep edilebilmesi temerrüdün değil, borcun muaccel olmasının bir sonucudur[444]. Dolayısıyla, aynen ifanın talep edilebilirliğini ve ifa yükümlülüğünü temerrüdün bir sonucu değil, muacceliyetin temerrüde rağmen devam eden sonucu olarak açıklamak daha yerindedir. Alacaklı, temerrüde düşen borçlunun usulüne uygun olarak teklif ettiği ifayı kabul etmediğinde alacaklı temerrüdü söz konusu olur[445].

b. Gecikmeden Doğan Zarardan Sorumluluk

Temerrüde düşen borçlu edimi daha sonra ifa etse bile, alacaklının bu geç ifa sebebiyle bazı zararları doğmuş olabilir. Gerçekten, geç ifa çoğu zaman alacaklının malvarlığında bir eksilmeye sebep olur. Borcun geç ifa edilmesi sebebiyle alacaklının uğradığı bu zarara gecikme zararı, söz konusu zararın giderilmesini amaçlayan tazminat türüne ise gecikme tazminatı denir. TBK m. 118'e göre, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat edemeyen borçlu, alacaklının geç ifa sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Gecikme zararının talep edilebilmesi için öncelikle edimin ifası mümkün olmalı ve borçlu temerrüde düşmüş olmalıdır. TBK m. 118'deki "geç ifa" tabirinden mütemerrit borçlunun temerrüde düştükten sonra yaptığı ifayı anlamak gerekir. Bu bakımdan, borcun muaccel olmasından sonra fakat temerrütten önce yapılan ifayı teknik anlamda geç ifa olarak kabul etmek mümkün değildir[446]. Bu sebeple, borçlunun borcunu muacceliyetten sonra, ancak temerrüde düşmeden önce ifa ettiği hâllerde meydana gelen zarar, geç ifadan doğan zarar olarak kabul edilmez.

---

[443] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2667 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1122, 1123; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 480.

[444] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1122; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 480.

[445] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 480; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1122.

[446] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1126; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

Alacaklı, gecikme zararının tazminiyle, borç zamanında ifa edilseydi içinde bulunacağı hâle getirilmelidir[447]. Fark teorisinden hareketle gecikme zararı, borçlu borcunu gecikmeden ifa etseydi alacaklının malvarlığının içinde bulanacağı farazî durum ile geç ifa sonucu içinde bulunduğu fiili durum arasındaki farktır. Gecikme zararı, alacaklının edimin zamanında ifa edilmesindeki menfaatinin ihlalinden doğan zarardır. Bu bakımdan, gecikme zararının tazmini alacaklının borcun zamanında ifa edilmesindeki menfaatini karşılamayı amaçlar[448]. İfa menfaatinin ihlalinden doğan gecikme zararı, hukukî niteliği bakımından müspet zarardır[449]. Gerçekten gecikme zararı esasen borcun gereği gibi ifa edilmemesi hâllerinden biri olan zamanında ifa etmemenin uygun sonucu olarak meydana gelen zarardır. Bu bakımdan ifa modalitelerinden birine aykırı davranılmış, alacaklının edimin zamanında ifasına olan menfaati ihlal edilmiştir. Bu sebeple, gecikmeden doğan zarar, müspet zararın geç ifaya özgü görünüm biçimlerinden biridir.

Tazmini istenen gecikme zararı ile edimin geç ifası arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bu bakımdan, olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre, borcun geç ifası tazmini talep edilen zararı doğurmaya elverişli olmalıdır[450]. Dolayısıyla,

---

[447] **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 12; **Bucher,** AT, s. 360, 361; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2672, 2674; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 5; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30, 31; **Beobachter/Ruedin**, s. 141; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1126; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 8.

[448] Aynı yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 102, N. 12, 13; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2674; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 8.

[449] 15. HD, 25.04.2018 T., 2018/403 E., 2018/1727 K.; HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K.; 23. HD, 04.12.2015 T., 2015/5300 E., 2015/7883 K.; 23. HD, 15.03.2018 T., 2015/3919 E., 2018/2198 K.; 15. HD, 20.02.2019 T., 2018/5526 E., 2019/704 K.; 3. HD, 30.06.2020 T., 2020/1 E., 2020/3730 K. (HukukTürk).

[450] **Keller/Schöbi,** s. 268, 269; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2670 vd.; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 5; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1128.

yalnızca edimin geç ifasının uygun sonucu olan zarar kalemleri gecikme zararının kapsamına dâhildir.

Gecikme zararının hesabında, borç zamanında ifa edilseydi meydana gelmeyecek olan zararlar dikkate alınır. Alacaklının edimin zamanında ifasına olan menfaatine denk gelen gecikme zararı, edimin aynen ifasıyla birlikte, ona ek olarak talep edilir. Esasen edimin değeri müspet zararın kalemlerinden biridir. Ancak burada edim geç de olsa ifa edilmektedir. Bu bakımdan edimin değeri gecikme zararının kapsamına girmez. Gerçekten, geç ifa edilen edim alacaklının malvarlığına girdiği için, bu manada bir zarar söz konusu değildir. Diğer taraftan, edim henüz ifa edilmemiş olsa bile edimi talep hakkı alacaklının malvarlığında mevcuttur[451]. Bu sebeple söz konusu hâlde de edimin değeri bakımından malvarlığında bir eksilmeden bahsetmek mümkün değildir.

Aynen ifa talep edildiği için edimin değeri gecikme zararının kapsamına girmemekle birlikte, temerrüt sırasında edimin değerinde meydana gelen azalma gecikme zararı olarak talep edilebilir[452]. Bunun yanında, alacaklının gecikme sebebiyle yaptığı masraflar ve yoksun kaldığı kâr gecikme zararının kapsamına girer. Örneğin, alacaklının gecikme sebebiyle yaptığı ihtar, dava ve takip masrafları ile zararı azaltmak için yapılan masraflar buraya dâhildir. Yine, gecikilen süre boyunca edimin yerine başka bir şey kiralanmışsa buna ödenen bedel[453] ve hukukumuzda kabul edildiği takdirde şeyin kullanım olanağından yoksun kalınmasıyla oluşan zarar, gecikme

[451] **Schenker,** Schadensberechnung, s. 31.

[452] **von Tuhr/Escher,** s. 145; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2672, 2673; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Beobachter/Ruedin**, s. 141; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

[453] Kural olarak aynen ifa ile birlikte istenen gecikme tazminatında, edimin yerine satın alınan şeyin zarar kalemi olarak hesaba katılmaması gerekir. Zira burada edimin aynen ifası hâlâ talep edilmektedir. Ancak, istisnaî bazı durumlarda edimin yerine satın alınan şeyin bedeli de gecikme zararı kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. Bölüm II, § 4, II, B, 4, a, aa.

zararının hesabında dikkate alınır. Benzer şekilde, edimin sonradan teslim alınması için yapılan yeniden seyahat gibi ek masraflar, edimin (ve alacaklının kendi ediminin) muhafaza ve depolanması amacıyla kiralanan yer için gecikme sebebiyle ödenen ek kira bedelleri de gecikme zararının kalemleridir[454]. Ayrıca alacaklının geç ifa sebebiyle üçüncü kişiye ödediği tazminat ve ceza koşulu gecikme zararının hesabında dikkate alınır[455]. Yukarıdaki zarar kalemleri müspet zararın fiili zarar kısmını oluşturur. Bunun yanında, alacaklının edim zamanında ifa edilseydi malı tekrar satarak, kiraya vererek veya bir işte kullanarak elde edeceği kazanç, zararın yoksun kalınan kâr kısmı olarak hesaba dâhil edilir[456].

Gecikme zararının tazmini borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartına bağlıdır. Bununla birlikte kanun koyucu TBK m. 118'de borçlunun kusurlu olduğu yönünde bir adi karine kabul etmiştir. Bu bakımdan alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekli değildir. Aksine tazminat yükümlülüğünden kurtulmak isteyen

---

[454] Doktrinde, edimin vaktinde teslim alınması amacıyla yapılan hazırlık masrafları (**von Tuhr/Escher,** s. 144; **Bucher,** AT, s. 360, dn. 125; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127; **Gündüz,** s. 153.) veya edimin depolanması için kiralanan yerin kira bedeli gibi ifayla ilgili olup boşa giden masrafların (**Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481; HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk)) da gecikme zararının kapsamında olduğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır. Oysa müspet zararın hesabında, borcun tam ve gereği gibi ifa edildiği hâllerde bile yapılacak olan harcamalar zarar olarak kabul edilmez. Zira bunlar borç tam ve doğru ifa edilse, yani ifa menfaati sağlansa alacaklının katlanmak zorunda olduğu masraflardır. Buna karşılık, alacaklının geç ifa edilen edimi teslim almak için yaptığı ek masraflar, örneğin ikinci kez yaptığı seyahat masrafları geç ifanın uygun sonucu olan masraflardır ve gecikme zararının kapsamına girer. Benzer şekilde, edimin depolanması için kiralanan yere geç ifa sebebiyle fazladan ödenen kira bedelleri, yine gecikme zararı olarak talep edilebilir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm II, § 4, II, B, 1.

[455] **von Tuhr/Escher,** s. 144; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2673; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 925; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481.

[456] **von Tuhr/Escher,** s. 144; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Bucher,** AT, s. 360, dn. 125; **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 14, 15; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 6; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2672; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 481. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

borçlunun, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekir. Gecikme zararından sorumlulukta kusurun derecesinin önemi yoktur. Edimi zamanında ifa etmek için gerekli dikkat ve özeni kasten veya her derecede ihmâl ile göstermeyen borçlu kusurlu kabul edilir[457]. Bununla birlikte, sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğun daraltılması mümkündür. Buna karşılık, ifanın yardımcı kişinin davranışıyla geciktiği hâllerde, borçlu TBK m. 116'ya göre kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olur.

Gecikmeden doğan zararın tazmininde kusur bakımından ispat yükü ters çevrilmiş olmakla birlikte, zararı ispat bakımından böyle bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple genel ilkeye uygun olarak, alacaklı zararın varlığını ve miktarını ispat etmekle yükümlüdür[458]. Kanunda, hangi zaman dilimindeki gecikmeden doğan zararların dikkate alınacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte gecikme zararı geç ifanın bir sonucu olduğuna göre, dikkate alınacak zamanın başlangıcı da temerrüt anıdır. Bu bakımdan, ilke olarak temerrüt anından borcun geç ifa edildiği ana kadar meydana gelen zararlar dikkate alınmalıdır[459]. Bununla birlikte,

[457] **von Tuhr/Escher,** s. 143, 144; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 2; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 482; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1128.

[458] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2676; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 14; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1127

[459] Kural olarak temerrüt anından itibaren, karşılıklı sözleşmeler bakımından ise seçim hakkının kullanıldığı andan itibaren hesaplanması gerektiği görüşü için bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2675. Bir görüş, doktrindeki, gecikme tazminatının hesabında vaktinde ifaya olan menfaatin göz önünde tutulacağı yönündeki ifadelerin yanıltıcı olduğunu, hesabın muacceliyet tarihinden itibaren yapılmasını ifade eden bu tabirin yerinde olmadığını savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 480, 481; **Gündüz,** s. 154. Oysa yukarıda açıklandığı gibi TBK m. 118 anlamında geç ifa, temerrüde düşüldükten sonraki ifayı ifade etmektedir. Zira muacceliyet ifanın teknik anlamda gecikmesini değil, talep edilebilirliğini ifade eder. Borçlunun temerrüde düşmediği sürece yaptığı ifa teknik anlamda geç ifa değildir. Dolayısıyla teknik anlamda gecikme olarak kabul edilmeyen bir zaman dilimi için gecikme zararı hesabı yapmak işin mantığına aykırıdır. Gerçekten, bu tabiri kullanan yazarlar da geç ifanın bu anlama geldiğini, muacceliyetten sonra ancak temerrütten önce yapılan ifanın geç ifa olmadığını ve bu hâlde ortada geç ifa ve ondan kaynaklanan bir zarar olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1126.

özellikle yoksun kalınan kâr gibi ifadan sonra meydana gelen ancak temerrütle uygun illiyet bağı içerisinde bulunan zarar kalemleri de dikkate alınmalıdır. Gecikmeden doğan zararların hesabında ise alacaklıya hüküm tarihinin veya zararın meydana geldiği anın esas alınması yönünde bir seçim hakkı tanımak isabetli olur[460].

Gecikmeden doğan zararın edimin ifası ile birlikte talep edilmesi esastır. Bununla birlikte, herhangi bir çekince öne sürmeden geç ifayı kabul eden alacaklının, gecikme tazminatını daha sonra talep ve dava etmesi mümkündür. Yine, alacaklı ifa davasında talep etmemiş olsa bile daha sonra gecikmeden doğan zararın tazmini için ayrıca dava açabilir[461]. Hatta doktrinde, aynen ifa henüz gerçekleşmemiş olsa bile alacaklının gecikmeden doğan zararını isteyebileceği kabul edilmektedir[462]. Bununla birlikte gecikme tazminatı sadece aynen ifanın istenebildiği hâllerde talep edilebilir. Bu bakımdan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa talebinden vazgeçilerek diğer hakların kullanıldığı hâllerde ayrıca gecikme tazminatı istenemez. Zira ifadan vazgeçilerek müspet zarar talep edildiğinde, ifadan vazgeçildiği ana kadarki gecikmeden doğan zarar, talep edilen müspet zararın içeriğine dâhil olarak hesap edilir[463]. Diğer taraftan, sözleşmeden dönüp menfi zararını talep eden alacaklı, buna ek olarak gecikme tazminatı isteyemez. Benzer şekilde, kusurlu sonraki imkânsızlık sebebiyle tazminat istendiği hâllerde de gecikme tazminatı istenemez. Zira gecikme tazminatı temerrüdün bir sonucudur. Buna karşılık, imkânsızlık temerrütten sonra meydana gelmişse, imkânsızlıktan itibaren TBK m. 112'ye göre imkânsızlıktan dolayı

[460] Bkz. Bölüm III, § 9, III, D, 2, c.

[461] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 480, 48.

[462] **Öz,** İnşaat, s. 137; **Kurt,** Temerrüt, s. 209.

[463] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 483.

ifa etmeme sebebiyle müspet zararın, temerrütle imkânsızlık arasındaki süre için ise gecikmeden doğan zararın talep edilebileceği kabul edilmektedir[464].

c. Beklenmedik Hâlden Doğan Zarardan Sorumluluk

Borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından biri beklenmedik hâlden (umulmayan olay) sorumluluktur. TBK m. 119/I'e göre, kusurlu mütemerrit borçlu, beklenmedik hâl sonucu meydana gelecek zarardan sorumludur. Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından beklenmedik hâl, meydana gelmesi borçluya, alacaklıya veya taraflardan birinin ifa yardımcısına yükletilemeyen olaylardır[465]. Hükümde beklenmedik hâl ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, burada beklenmedik hâlin yanında mücbir sebebin de anlaşılması gerektiği[466] kabul edilmektedir[467]. Bu düzenlemeyle, borçlunun temerrütten sonra fakat ifadan önce beklenmedik hâl sebebiyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacağı kabul edilerek durumu ağırlaştırılmıştır. Beklenmedik hâlden sorumlulukta temerrütten itibaren hasar borçluya ait olmaktadır[468].

---

[464] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 921; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 483; **Kurt,** Temerrüt, s. 213. Krş. **Ayan,** İnşaat, s. 189.

[465] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 48; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 12; **Beobachter/Ruedin**, s. 141.

[466] Beklenmedik hâl, özellikle sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız olaylara denir. Beklenmedik hâl, zarar verenin veya zarar görenin davranışından bağımsız olmalıdır. Mücbir sebep ise gerçekleşme tarzı ve şiddeti itibariyle olayların normal akışına göre beklenmedik hâlleri açık bir şekilde aşan, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, kaynağını sorumlu veya borçlunun işletme ve faaliyet alanı dışında bulan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olaydır. Geniş anlamda beklenmedik hâl kavramının iki ayrı türü olan beklenmedik hâl ve mücbir sebep arasındaki ilk fark nicelik bakımındandır. Gerçekten, mücbir sebep, beklenmedik hâle oranla daha yoğun bir şiddet ve mutlak bir kaçınılmazlık arz eder. İkinci fark olarak ise mücbir sebebin sorumlunun işletme ve faaliyet alanı dışında gerçekleşen bir olay olması gerekirken, beklenmedik hâl işletme ve faaliyet alanı içinde gerçekleşebilir. Bkz. **Eren,** s. 579, 793.

[467] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 48; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 12; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1128, 1129; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 484.

[468] **von Tuhr/Escher,** s. 145; **Bucher,** AT, s. 361; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 11; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 483.

TBK 119/II'de borçluya iki tür kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Bunlardan ilki, borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispatlamasıdır. Kusursuzluğun ispatı temerrüt bakımındandır. Bu sebeple, borçlu beklenmedik hâlin kusuru olmaksızın meydana geldiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz[469]. Borçlunun sahip olduğu diğer imkân ise temerrüt ile meydana gelen beklenmedik hâl arasında illiyet bağı bulunmadığını ispat etmesidir. Gerçekten borçlu, borcu zamanında ifa etseydi bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur[470]. Bununla birlikte alacaklı beklenmedik hâl kendi hukuk alanında gerçekleşse bile daha önce malı elinden çıkaracağını veya sigorta ettireceğini ispatlarsa, borçlu sorumluluktan kurtulamaz[471].

Beklenmedik hâlden sorumluluk alacaklının gereği gibi ifadaki menfaatinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu bakımdan söz konusu zarar müspet zarar niteliğindedir. Bu sebeple, borç beklenmedik hâl gerçekleşmeden zamanında ifa edilseydi alacaklının malvarlığının arz edeceği durum ile mevcut durum arasındaki fark alacaklının uğradığı zarardır[472]. Borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle edim konusunun yok olmasından veya hasara uğramasından sorumludur[473]. Edim konusu tamamen yok olmuşsa, müspet zarar edimin değerini kapsar. Buna karşılık edim

---

[469] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 484; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 11.

[470] Borçlu, edimi zamanında ifa etseydi bile beklenmedik hâlin alacaklının hukuk alanında da gerçekleşeceğini ispat etmelidir. Doktrinde borçlu nezdinde gerçekleşen ile alacaklı nezdinde gerçekleşen beklenmedik hâlin aynı olması gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bunların aynı türden dahi olması gerekmez, farklı türden beklenmedik hâller olabilir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 145, dn. 18; **von Büren,** s. 370; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 62; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 11; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1129. Diğer bir görüşe göre ise, bu ikisinin aynı olay olması gerekir. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 103, N. 12; **BK OR-Becker,** Art. 103, N. 22; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 928; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 484, 485.

[471] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 484.

[472] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 103, N. 55; **Beobachter/Ruedin**, s. 141; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 512.

[473] **von Tuhr/Escher,** s. 145; **Keller/Schöbi,** s. 269; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1129.

konusu kısmen yok olmuş veya değerinde azalma meydana gelmişse, bu azalma zarar olarak borçludan talep edilebilir. Diğer taraftan, beklenmedik hâl temerrüt süresinin uzamasına sebep olarak gecikme zararının miktarını artırabilir[474]. Örneğin, temerrüt sırasında çıkan yangında edim konusu otomobilin yok olması birinci ihtimaldeki, yalnızca tekerleklerinin yanması ikinci ihtimaldeki, kısmen hasar gören otomobilin tamiri süresince temerrüt süresinin uzaması ise üçüncü ihtimaldeki zarar kalemlerini oluşturur. Alacaklı bu zararları, müspet zarar kapsamındaki diğer zararları ile birlikte talep edebilir.

d. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Ödeme Yükümlülüğü ve Aşkın Zarardan Sorumluluk

aa. Temerrüt Faizi

Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu değilse, alacaklı kural olarak yalnızca aynen ifayı talep ve dava edebilir. Buna karşılık para borçları bakımından özel bir düzenlenme mevcuttur. Gerçekten, temerrüde düşen borçlu TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun[475] m. 2'ye göre temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Temerrüt faizi, gecikme tazminatının para borçlarındaki karşılığıdır. Zira temerrüt faizi de tıpkı gecikme tazminatı gibi alacaklının zamanında ifaya olan menfaatini karşılamayı amaçlar. Bu bakımdan esasen temerrüt faizi, müspet zararın kanunda özel olarak düzenlenmiş görünüm biçimlerinden biridir.

Temerrüt faizi bir yönüyle, alacaklının temerrüt sebebiyle zamanında kavuşamadığı parasını kullanıp değerlendirme imkânından yoksun kalmasından doğan

[474] **Yıldız, Mustafa Göktürk,** Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2017, s. 97, dn. 555; **Gündüz,** s. 156.

[475] 3095 sayılı ve 04.12.1984 Tarihli Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (RG, T. 19.12.1984, S. 18610).

zararın giderilmesi amacını taşır[476]. Diğer yönüyle ise temerrüt faizi karşılıksız kredi sağlayıp sebepsiz zenginleşen borçlunun söz konusu zenginleşmeyi iade etmesi düşüncesiyle temellendirilmektedir[477].

Niteliği bakımından gecikme tazminatıyla aynı olan temerrüt faizi, şartları ve hükümleri bakımından farklılık arz etmektedir. Zira kanun koyucu temerrüt faizini özel olarak düzenlemiştir. İlk olarak temerrüt faizi, kaynağının hukukî işlem, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olması fark etmeksizin her türlü borç ilişkisinde ve yalnızca para borçlarında[478] uygulanır[479]. Bu sebeple, değeri para ile ifade edilebilse dahi para dışındaki edimlerde temerrüt faizi uygulanmaz[480]. Diğer taraftan para borcunun mili para veya yabancı para borcu olması mümkündür.

İkinci olarak, gecikme tazminatında borçlunun kusuru aranırken, temerrüt faizinde borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şart değildir. Bu bakımdan

[476] Örneğin, alacaklı edim konusu paraya zamanında kavuşsaydı bunu başka bir sözleşmede karşı edim olarak kullanıp veya faizle ödünç verip bir menfaat elde edebilir ya da ihtiyaç duyduğu parayı başka bir yerden sağlamak için faiz ödemek zorunda kalmazdı.

[477] **BK OR-Becker,** Art. 104, N. 4; **Bucher,** AT, s. 361, 362; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 7; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2693; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 129; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 35; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1123; **Barlas,** s. 124; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 67, 70.

[478] Bununla birlikte, para borcunun parça borcu niteliği taşıdığı hâllerde temerrüt faizi uygulanmaz. Örneğin, üstünde ünlü bir futbolcunun imzası olan bir paranın veya kapalı bir zarf ya da kutuya konularak saklanması için tevdi edilen paranın iadesinde temerrüde düşülmesi hâlinde temerrüt faizi talep edilemez. Örnekler için bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 104, N. 2; **BK OR-Becker,** Art. 104, N. 4; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 53; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 930; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1124; **Barlas,** s. 137; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 74.

[479] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1123; **Barlas,** s. 137 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 66, 73.

[480] *" ... otonun teslim günü ile dava günü arasında geçen süredeki faizler ... zarar diye giderim konusu yapılmıştır. Oysa, belirtilen faizler ... otonun teslimindeki gecikmeden doğan bir zarar olarak nitelendirilemez. Çünkü, davalı satıcının karşı edimi para olmayıp taşınır mal yani otodur. Faiz ise para borçları yönünden söz konusu olup ...".* 13. HD, 03.02.1981 T., 1980/7164 E., 1981/654 K. (HukukTürk).

temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü bir kusursuz sorumluluk hâlidir[481]. Bu sebeple, borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını kanıtlayarak temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz[482].

Gecikme tazminatıyla temerrüt faizi arasındaki başka bir fark ise zarar unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim temerrüt faizinde alacaklının gerçekten bir zarara uğrayıp uğramadığının önemi yoktur. Çünkü kanun koyucu, para borçlarında temerrüt hâlinde alacaklının zarara uğradığı yönünde bir karine öngörmüştür. Buna göre para borcunda temerrüde düşüldüyse, alacaklı zarara uğramıştır. Üstelik bu varsayım bir kesin karine niteliğinde olduğu için, borçlunun zarar doğmadığını veya temerrüt faizi oranında olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir[483]. Bu karinenin diğer yönü ise alacaklının zararı ve zarar miktarını ispat etmesine gerek kalmamasıdır[484].

Gecikme tazminatı ile temerrüt faizi arasındaki diğer bir fark zararın hesabına ilişkindir. Malvarlığının iki durumu arasındaki farkı dikkate alan zararın genel hesaplanma şeklinden faklı olarak, temerrüt faizinde borcun belli bir oranı zarar olarak kabul edilerek tazmin ettirilir. Gerçekten, para borçlarında temerrüt faizi kanunda asgari bir oran şeklinde belirlenmiştir. Böylece alacaklının en az temerrüt faizi

---

[481] **von Tuhr/Escher,** s. 146; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 5, 34; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 104, N. 1; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2685; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 35; **Beobachter/Ruedin**, s. 141; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1124; **Erdoğan,** s. 239; **Akıncı,** Borçlar, s. 234.

[482] **Bucher,** AT, s. 362; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 485; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 7; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 486; **Albaş,** s. 143; **Barlas,** s. 134. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk).

[483] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1124; **Erdoğan,** s. 239; **Barlas,** s. 134; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 72.

[484] **Bucher,** AT, s. 362; **von Tuhr/Escher,** s. 146; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2693; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1124; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 486; **Barlas,** s. 127; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 71. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk).

oranında bir zarara uğradığı karine olarak kabul edilmiştir[485]. Üstelik bu karinenin aksini ispata izin verilmemiştir. Bu sebeple, borçlu, alacaklının zararının bu miktardan az olduğunu ispatlayarak sorumluluğunu azaltamaz[486]. Borçlunun, borcu zamanında ifa etseydi dahi alacaklının parayı hiç faiz getirmeyen ya da temerrüt faizinden daha az faiz getiren bir yerde kullanacağını ispat etmesi bile bu sonucu değiştirmez[487]. Hatta hâkimin de temerrüt faizini indiremeyeceği kabul edilmekte[488], bu faiz kanunda kabul edilmiş bir götürü tazminat olarak nitelendirilmektedir[489].

Yukarıda açıklandığı gibi gecikme tazminatı edimin ifasıyla birlikte veya ifa anında çekince öne sürülmese bile ifadan sonra talep edilebilir[490]. Buna karşılık TBK m. 131/II gereğince, herhangi bir çekince ileri sürülmeden ifa kabul edildikten sonra temerrüt faizinin ayrıca talep edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde, asıl alacağa bağlı fer'i bir hak olan faiz, asıl alacakla birlikte sona erer[491]. Diğer taraftan, dava dilekçesinde talep edilmemişse hâkimin re'sen temerrüt faizine hükmetmesi mümkün değildir[492].

---

[485] **Barlas,** s. 128, dn. 379, 135 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 69, 142. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk).

[486] **Barlas,** s. 134; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 72.

[487] **BK OR-Becker,** Art. 104, N. 4; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 36; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 485.

[488] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 36.

[489] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 486; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 7; **Barlas,** s. 137; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 70.

[490] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 1, b.

[491] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 930, 931; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 494; **Barlas,** s. 182, 184; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 72, 106 vd., 110. HGK, 02.02.2005 T., 2004/771 E., 2005/24 K.; HGK, 13.03.2002 T., 2002/82 E., 2002/173 K.; 9. HD, 24.5.1988 T., 1988/3803 E., 1988/5788 K. (HukukTürk); 15. HD, 01.02.1978 T., 1978/58 E., 1978/169 K. (YKD, 1979, C. 5, S. 4, s. 541 vd.).

[492] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 930; **Barlas,** s. 181; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1125. Aynı şekilde icra takibi de talep edilmeyen temerrüt faizini kapsamaz. Bkz. **Barlas,** s. 181; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 493.

Temerrüt faizinin hesabında faizin işlemeye başladığı an ve uygulanması gereken faiz oranı önemlidir. Temerrüt faizi kural olarak temerrüt tarihinden[493] itibaren işlemeye başlar[494]. Bununla birlikte, temerrüt faizinin dava veya icra takibi tarihinden itibaren hesaplandığı hâller de bulunmaktadır[495]. Örneğin, TBK m. 121/I'e göre, *"Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt*

[493] Yabancı para borçlarında da durum aynıdır. Yabancı para olarak ödeme talep edildiğinde temerrüt tarihinden itibaren ifa gününe kadar temerrüt faizi hesaplanır. Alacaklının vade veya fiili ödeme günündeki TL karşılığını talep etme hakkı olduğu hâllerde önce yabancı para üzerinden süreye ve ona ilişkin oranlara göre temerrüt faizi hesaplanır. Daha sonra bu miktar alacaklının tercih ettiği zamana göre TL'ye çevrilir. Bu konuda açıklamalar ve örnekler için bkz. **Barlas,** s. 158; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 490, 491, 498. Ayrıca bkz. Bölüm II, § 4, II, D, 1, b.

[494] Her ne kadar temerrüt tarihinden itibaren şeklinde ifade edilse de bununla kastedilen temerrüde düşüldüğü günden sonraki gündür. Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 146, dn. 23; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 39 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2687; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 937; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 487; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 492; **Barlas,** s. 172 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 103, 104; **Helvacı, Mehmet,** Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s. 147.

[495] Doktrinde, alacaklının dava dilekçesinde dava tarihinden itibaren temerrüt faizi talep ettiği hâllerde hâkimin bu taleple bağlı olacağı, kendiliğinden temerrüt tarihinden itibaren faiz hesaplayamayacağı ifade edilmektedir. Yine, alacaklının uygulanması gereken temerrüt faizi oranının altında bir oran talep ettiği hâllerde hâkimin bu oranla bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Barlas,** s. 185. Bu konuda Yargıtay da bir içtihadı birleştirme kararında aynen şöyle hüküm vermiştir: Borç senedinde vade varsa, alacaklı takip isteminde vade tarihinden itibaren faiz talep ettiğinde faiz vade tarihinden itibaren hesap edilir. Belirli vade bulunmamakla birlikte alacaklı ihtarda bulunmuşsa, ihtarda belirlenen günden itibaren faiz hesaplanır. Alacaklı takip talebinde vadeden itibaren faiz istediğini açıkça belirtmeden yalnızca faiz talep etmişse, faiz takip tarihinden itibaren hesaplanır. Borç senedinde vade yoksa [ve borçlu ihtarla da temerrüde düşürülmemişse, bkz. 15. HD, 05.07.2018 T., 2018/723 E., 2018/2915 K. (HukukTürk)], takip tarihinden itibaren faiz hesap edilir. Bkz. İBK, 11.12.1957 T., 1957/17 E., 1957/29 K. (HukukTürk). Ayrıca, alacaklının takip talebinde karar tarihinden itibaren temerrüt faizi istediğini belirttiği hâllerde, karar tarihinden itibaren faiz hesap edileceği yönünde bkz. 12. HD, 01.02.1983 T., 1982/10237 E., 1983/539 K. (HukukTürk). Ancak bu ihtimalde, alacaklının açık veya örtülü bir feragati mevcut olmadıkça, eksik talep edilen kısmın yeni bir dava veya takip ile istenebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Postacıoğlu, İlhan E.**, "Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Kararı", İÜHFM, 1959, C. XXIV, S. 1-4, s. 501; **Barlas,** s. 185.

faizi ödemekle yükümlüdür."[496]. Temerrüt faizinin ifasında temerrüde düşülmesi hâlinde ise bu borca temerrüt faizi yürütülmesi mümkün değildir (TBK m. 121/III). Temerrüt faizinin hesabında uygulanması gereken oran 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenir[497]. Buna göre 01.01.2022 tarihinden itibaren kanunî temerrüt faizi oranları, ticarî olmayan işlerde % 9, ticari işlerde[498] % 15.75[499] ve 6102 sayılı TTK m. 1530 kapsamındaki para borçlarında[500] % 17.25[501] olarak uygulanmaktadır[502]. Taraflar kural olarak sözleşme ile bunun altında veya üstünde bir

[496] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 147; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 105, 106. Tarafların bunun aksine anlaşma yapması mümkündür. Ancak TBK m. 121/II'ye göre böyle bir anlaşma ceza koşulu hükümlerine tabi olur ve bu sebeple hâkimin tenkis yetkisi (TBK m. 182/III) devreye girer.

[497] 15.12.1999 tarihli ve 4489 sayılı Kanunla değişik 3095 sayılı Kanun m. 2 hükmüne göre, temerrüt faizi oranı hukukî ilişkinin ticarî nitelikte olup olmamasına, borcun milli para veya yabancı para olmasına, taraflarca farklı bir oran belirlenip belirlenmediğine göre tespit edilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1124 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 486 vd.

[498] Bu oranın uygulanabilmesi için alacaklının özel olarak "ticari temerrüt faizi" talep etmesi gerektiği, sadece temerrüt faizi talep etmişse hâkimin kendiliğinden bu oranı uygulamayacağı ve adî temerrüt faizine göre hesap yapacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 489.

[499] Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranıdır. Bkz. RG, T. 02.01.2022, S. 31707. Ayrıca bkz. https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari (Erişim tarihi: 16.04.2022).

[500] 6102 sayılı TTK m. 1530'da (2-8. fıkralar arası) ticari işletmeler arasındaki mal ve hizmet tedarikine ilişkin sözleşmelere özgü olmak üzere hukukumuzda daha önce olmayan farklı düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu hükümlerde, özellikle temerrüdün şartları ve sonuçları bakımından Türk borçlar hukukunun ve özellikle temerrüt sisteminin temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir dizi düzenleme yapılmıştır. İlgili maddenin detaylı incelemesi ve eleştirisi için bkz. **Ayan, Serkan,** "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", DEÜHFD, C. 12, Özel sayı, 2010, s. 717-793.

[501] RG, T. 02.01.2022, S. 31707. Ayrıca bkz. https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Piyasa+Verileri/TTK+Md.+1530 (Erişim tarihi: 16.04.2022).

[502] Yabancı para borçlarında ise aksi sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır (3095 sayılı Kanun, m. 4a).

oran belirleyebilirler[503]. Diğer taraftan, sözleşmede yalnızca akdi faiz oranı kararlaştırılmış ve bu oran kanunî temerrüt faizi oranından yüksekse, akdi faiz oranı temerrüt faizi oranı olarak uygulanır (TBK m. 120/III).

bb. Aşkın Zarardan Sorumluluk

Yukarıda açıklandığı gibi para borçlarında gecikmeden doğan zararı karşılamak üzere temerrüt faizi öngörülmüştür. Bununla birlikte kusur şartından bağımsız olarak talep edilebilen ve kanunda belirlenen bir orandan ibaret olan temerrüt faizi, her zaman alacaklının zararının tamamını karşılamayabilir. Zira en yaygın değişim aracı olan paranın kullanım alanının genişliği, meydana gelebilecek zarar kalemlerinin çeşitlilik göstermesine sebep olmaktadır. Bu bakımdan, alacaklı temerrüt sebebiyle talep edebileceği temerrüt faizi miktarından daha fazla zarara uğrayabilir. Alacaklının para borçlarında uğradığı toplam gecikme zararının temerrüt faizinin üzerindeki bu kısmına aşkın (munzam)[504] zarar denilmektedir[505].

TBK m. 122/I (OR Art. 106)'e göre, borçlu, alacaklının temerrüt faizini aşan zararını gidermekle yükümlüdür. Aşkın zararın tazmin edilebilmesinin şartları, temerrüde düşülen bir para borcunun mevcut olması, alacaklının temerrüt faizinin üstünde bir zararının bulunması, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi ve

[503] Ancak TBK m. 120/II'ye göre sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi oranı, kanunî temerrüt faizi oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Böylece sözleşmede belirlenen temerrüt faizi oranının sınırlandırılmasına ilişkin 818 sayılı Kanun dönemindeki tartışmaların bir anlamı kalmamıştır. Buna karşılık ticari işler bakımından bu sınırlamanın geçerli olmadığı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 489.

[504] Munzam (ek) zarar olma niteliği uğranılan zararın türü bakımından değildir. Yani ortada, gecikme zararından hariç ayrı bir zarar türü bulunmamaktadır. "Munzam" sıfatı, temerrüt faizine göre yapılan bir değerlendirmedir. Bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 116.

[505] **Bucher,** AT, s. 362; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2674; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 942, 943; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1130; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 900; **Albaş,** s. 111 vd. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 7; **Erdoğan,** s. 239; **Öçal,** s. 148; **Barlas,** s. 187 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 115 vd. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk).

temerrüt ile bu zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır[506]. Alacaklı, aşkın zararda ilke olarak temerrüt faizini aşan bir gecikme zararının varlığını ve bu zararın miktarını ispat etmek zorundadır[507]. Yine temerrüt faizinden farklı olarak aşkın zararda borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması aranmıştır. Borçlu her derecedeki kusurundan sorumludur[508]. Ancak, gecikme zararında olduğu gibi burada da borçlunun kusurlu olduğu yönünde bir karine öngörülmüştür. Borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat edemediği sürece aşkın zarardan sorumludur.

Aşkın zararın hukukî niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, aşkın zararı niteliği bakımından sınırlayıcı şekilde müspet veya menfi zarardan biri olarak kabul etmek zorunlu değildir. Kanunda aşkın zarar bakımından temerrüt faizini aşan bir zarardan bahsedildiği için somut olayın özelliğine göre müspet veya menfi zarar niteliğinde olması mümkündür[509]. Yine bu görüşe katılan başka bir görüşe göre, sözleşmeden kaynaklanan para borçlarında aşkın zarar müspet zarar olarak istenebilir. Buna karşılık, haksız fiilden kaynaklanan para borçlarında bu zarar, temerrüt faiziyle karşılanamayan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde

---

[506] **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 106, N. 2; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1131, 1132; **Barlas,** s. 188 vd.; **Öçal,** s. 148 vd.; **Domaniç,** s. 74 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 123 vd.; **Helvacı,** s. 86; HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 06.12.2016 T., 2015/15144 E., 2016/9357 K.; 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K. (HukukTürk).

[507] **von Tuhr/Escher,** s. 147; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 106, N. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 941; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 489; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1131; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495; **Erdoğan,** s. 239; **Akıncı,** Borçlar, s. 235; **Öçal,** s. 150; **Domaniç,** s. 74; **Barlas,** s. 191; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 142. BGE 109 II 436 ff. ; 117 II 258. 11. HD, 08.11.1983 T., 1983/4297 E., 1983/4879 K. (YKD, 1984, C. 10, S. 2, s. 261 vd.); HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 06.12.2016 T., 2015/15144 E., 2016/9357 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K.; 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K.; 15. HD, 12.05.2016 T., 2016/1049 E., 2016/2737 K.; HGK, 19.06.1996 T., 1996/144 E., 1996/503 K. (HukukTürk).

[508] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 128.

[509] **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 901. Yargıtay da bir kararında aşkın zararı menfi zarar olarak nitelendirmiştir. Bkz. 15. HD, 05.03.1987 T., 3503 E., 857 K. (**Barlas,** s. 189, dn. 552'den naklen).

ortaya çıkar. Bu görüşe göre aşkın zararın hukukî niteliği ya borcun kaynağı dikkate alınarak belirlenmeli ya da aşkın zarar temerrüt faiziyle karşılanamayan zararın tazminini öngören kendine özgü bir tazminat türü olarak kabul edilmelidir[510].

Doktrinde hâkim görüş[511] ve Yargıtay[512], aşkın zararın ifa menfaatini karşılamayı amaçlayan müspet zarar niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce yukarıda açıklandığı gibi temerrüt faizi, gecikme tazminatının para borçlarındaki özel bir görünümünden ibarettir. Gecikme zararı, borcun zamanında (gereği gibi) ifasındaki menfaate karşılık gelen bir müspet zarar türüdür. Aşkın zararın tazmininde temerrütten kaynaklanan gecikme zararının temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı talep edilmektedir. Bu bakımdan aşkın zarar hukukî niteliği bakımından müspet zarardan başka bir şey değildir. Daha önce açıklandığı gibi borcun tam ve gereği gibi ifasındaki menfaatin ihlalinden kaynaklanan çeşitli zarar kalemlerinin bir bütünü olan müspet zararın farklı görünüm biçimleri bulunmaktadır. İşte aşkın zarar da bu görünüm biçimlerinden biridir. Üstelik borcun kaynağının ne olduğu da bu zararın niteliği bakımından önemli değildir[513]. Zira kaynağı ister haksız fiil, ister sözleşme, isterse de sebepsiz zenginleşme olsun ortada bir para borcu bulunmaktadır. Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117 vd. hükümleri sözleşmeden kaynaklanan borçlara özgü değildir. Aksine TBK m. 117'de açıkça ortaya konulduğu gibi temerrüt hükümleri haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden

---

[510] **Albaş,** s. 117.

[511] **Schenker,** Schadensberechnung, s. 29, 35; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 941 vd.; **Domaniç,** s. 68 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 116, 117. Aşkın zararın, temerrüt faiziyle karşılanamayan gecikme zararı niteliğinde olduğu yönünde bkz. **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 106, N. 1.

[512] 13. HD, 13.02.1997 T., 1996/9985 E., 1997/810 K. (YKD, 1997, C. 23, S. 5, s. 733 vd.); HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K.; 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K.; 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K. (HukukTürk).

[513] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 121. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk).

kaynaklanan borç ilişkilerinde de uygulanır. Burada önemli olan borcun kaynağının ne olduğu değil, ortada bir borç ilişkisi olmasıdır. Bu sebeple, para borcunun ifasında temerrüde düşülmesinin meydana getirdiği temerrüt faizini aşan zararın niteliğini borcun kaynağına göre belirlemek yerinde değildir. Benzer şekilde, müspet zarar niteliğinde olduğu açık olan bir zarar türünü, kendine özgü bir zarar olarak nitelemek de isabetli değildir. Diğer taraftan, ifa menfaatinin sağlanmasını amaçlayan bir zarar türünün menfi zarar olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Aşkın zarar, temerrüt sebebiyle alacaklının uğradığı toplam zararın temerrüt faizini aşan kısmıdır. Bu bakımdan aşkın zarar hesap edilirken malvarlığının iki durumunun karşılaştırılmasının yanında bir karşılaştırma (fark hesabı) daha yapılması gerekmektedir. Buna göre, borç temerrüde düşülmeden ifa edilseydi alacaklının malvarlığının arz edeceği durum ile temerrüt sonucunda içinde bulunduğu fiili durum arasındaki farktan, temerrüt süresine göre hesaplanan temerrüt faizinin düşülmesi sonucu ortaya çıkan miktar aşkın zarardır[514]. Aşkın zarar tespit edilirken öncelikle alacaklının toplam zararı hesaplanır. Ardından para borcunun miktarına ilke olarak temerrüt anından itibaren temerrüt faizi oranı uygulanarak ödenecek temerrüt faizi bulunur. Daha sonra geç ifa sebebiyle meydana gelen toplam zarar ile temerrüt faizi miktarı karşılaştırılır. Toplam gecikme zararı temerrüt faizi miktarından az veya ona eşitse aşkın zarar mevcut değildir. Buna karşılık, gecikme zararının temerrüt faizi miktarından fazla olan kısmı, aşkın zarar olarak borçludan talep edilebilir. Sonuçta temerrüt faizi ve aşkın zararın tazminiyle alacaklının borcun zamanında (gereği gibi) ifasındaki menfaati sağlanmış olur. Bununla birlikte, temerrütten doğan toplam zararın

[514] Aynı yönde bkz. **Schenker,** Schadensberechnung, s. 35, 36; **Barlas,** s. 189 vd. HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk).

temerrüt faizinden yüksek olmasında alacaklının kusurlu davranışlarının da etkisi varsa, bu husus tazminatın hesabında ortak kusur olarak dikkate alınabilir[515].

Alacaklı kanunî veya akdî temerrüt faizi oranını talep etmişse problem yoktur. Buna karşılık alacaklının talep edebileceği temerrüt faizi oranından daha düşük bir oranı talep ettiği veya hiç talep etmediği hâllerde aşkın zararın nasıl hesaplanması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde hâkim görüş, alacaklının hak sahibi olduğu orandan daha düşük oranda temerrüt faizi talep ettiği hâllerde, aşkın zarar hesabının hak sahibi olduğu oran üzerinden yapılması gerektiğini kabul etmektedir[516]. Aynı kabulün doğal sonucu olarak, alacaklının temerrüt faizini hiç talep etmediği hâllerde aşkın zarar hesabı, yine talep etmeye hak sahibi olduğu oran üzerinden yapılır[517]. Buna göre, alacaklı talep edebileceği oranda veya hiç temerrüt faizi talep etmezse, borçlunun temerrüde düşmesinden doğan zararın talep etmediği temerrüt faizi oranına karşılık gelen kısmına kendisi katlanmak zorunda kalır[518].

Aşkın zararın talep edilebilmesi için borçlunun daha önce temerrüt faizini talep veya tahsil etmiş olması şart değildir. Bu bakımdan, alacaklının açtığı davada temerrüt faizini talep dışı bırakıp sadece asıl alacağı talep ettiği veya temerrüt faizi de talep ettiği ancak davanın sonuçlanmadığı hâllerde aşkın zarar talep edilebilir. Yine, alacaklının borcun ifasını kabul ederken temerrüt faizi alacağını saklı tutmadığı veya

---

[515] **Barlas,** s. 221.

[516] **Barlas,** s. 222; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 143; **Yıldız,** s. 148; **Gündüz,** s. 163.

[517] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 143.

[518] Bu husus temerrüt faizinin asıl alacağa bağlı fer'i bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, TBK m. 131/I-II gereğince, herhangi bir çekince ileri sürülmeden ifa kabul edildikten sonra temerrüt faizinin ayrıca talep edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde, asıl alacağa bağlı bir hak olan faiz, asıl alacakla birlikte sona erer. Aynı şekilde, açılan davada temerrüt faizi talep edilmemiş veya talep etme hakkı saklı tutulmamışsa TBK m. 131 gereğince temerrüt faizi talep etme hakkı sona erer. Bu sebeple, söz konusu hâllerde alacaklının talep etmeye hak sahibi olduğu temerrüt faizi oranı aşkın zarar hesabında dikkate alınmaktadır. Bu yönde bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 143.

feragat ettiği hâller de aşkın zararın talep edilmesine engel değildir[519]. Bu durumlarda yukarıdaki esaslara göre aşkın zararın hesabı yapılır.

Müspet zararın bir türü olan aşkın zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, alacaklı, para alacağına zamanında kavuşamadığı için başka bir kişiden temerrüt faizinden daha yüksek bir oranda faizle borç almak zorunda kalabilir[520]. Benzer şekilde, borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklı üçüncü bir kişiye karşı borcunu yerine getiremeyerek elde ettiği temerrüt faizinden daha fazla tazminat, ceza koşulu veya temerrüt faizi ödemek zorunda kalabilir[521]. Yine, enflasyon sebebiyle

---

[519] **Barlas,** s. 222; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 143. *"Munzam zarar bu hukuki niteliği ve karakteri itibariyle, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması hâlinde dahi takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak da kabul edilemez. Hâl böyle olunca, asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kayıt dermeyanına da gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir dava ile on yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür.".* HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K. (HukukTürk).

[520] **BK OR-Becker,** Art. 104, N. 4; **von Tuhr/Escher,** s. 147; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1130; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495; **Öçal,** s. 151, 152; **Barlas,** s. 204; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 152, 153. Yargıtaya göre alacaklının başka bir yerden daha yüksek faizle borç aldığını ispatlaması aşkın zararın kabulü için yeterli değildir. Alacaklı bunun yanında, borçlunun temerrüdü sebebiyle bu borcu aldığını ispatlayacak somut deliller ortaya koymalıdır. Örneğin, alacaklı bu borcu, borçlunun temerrüdü sebebiyle aynı günlerde vadesi gelmiş bir borcunu ödeyebilmek için almış olmalıdır. Ancak, alacaklının ilk sözleşmedeki kendi borcunu ifa edebilmek için başka birinden yüksek faizle aldığı borç, aşkın zarar hesabında dikkate alınmaz. Bkz. HGK, 19.06.1996 T., 1996/144 E., 1996/503 K. (HukukTürk); 15. HD, 22.09.1995 T., 1995/4114 E., 1995/4916 K. (**Eren,** Borçlar Genel, s. 1130, dn. 331'den naklen). Aynı şekilde: *"Buna göre, borçlunun temerrüdüyle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması zorunludur. Geç ifadan ileri gelmişse, zarar müspet zarardır ve alacaklının bu kapsamdaki faizi aşan masrafları istenebilir. Örneğin, …daha yüksek faizle bankadan borç para almak zorunda kalması … sebepleriyle munzam zararlarının gerçekleştiği ve borçlu temerrüdü ile bu zararlar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu yasal delillerle ve somut olarak alacaklı tarafından kanıtlanmış olması durumunda borçlu sorumlu tutulabilir.".* 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K. (HukukTürk).

[521] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 943, dn. 15; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1130; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495; **Barlas,** s. 203; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 151, 152; **Helvacı,** s. 87. 15. HD, 19.06.2014 T., 2013/3885 E., 2014/4268 K.; 15. HD, 14.01.2015 T., 2014/1682 E., 2015/93 K. (HukukTürk).

paranın değerinde meydana gelen azalma temerrüt faizinden yüksek olabilir[522]. Diğer taraftan alacaklının temerrüt sebebiyle yaptığı ihtar, dava ve takip masrafları da temerrüt faiziyle ve usul hukuku kurallına göre karşılanamadığı ölçüde aşkın zararın kapsamına girer. Yukarıdaki örneklerdeki aşkın zarar, fiili zarar niteliğindedir. Bununla birlikte, aşkın zararın yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkması da mümkündür. Gerçekten, para borcunun ifasında temerrüde düşülmesi, alacaklının malvarlığında meydana gelebilecek bir artış ihtimalini engellemiş olabilir. Örneğin, alacaklı paraya zamanında kavuşsaydı onu kullanarak bir mal alıp veya bir işe girişip kâr elde edeceğini ispatlarsa, bunu temerrüt faizini aştığı oranda aşkın zarar olarak talep edebilir[523].

TBK m. 122/II'ye göre, hâkim görülmekte olan davada mevcut aşkın zararın yanında, alacaklının talebi üzerine belirlenebilir nitelikteki müstakbel aşkın zararın da tazminine karar verir. Böylece, alacaklının hüküm tarihinden sonra meydana gelecek olan aşkın zararı tespit edilerek bu kısım için sonradan ayrıca dava açılmasına gerek kalmaması öngörülmüştür. Doktrinde bunun para borçlarına has bir imkân olmadığı, diğer tazminatlar bakımından da gerçekleşeceği hüküm anında belli olan zararların dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir[524].

TBK m. 122 düzenleyici bir hüküm olduğu için, taraflarca aşkın zararın tazminin farklı şekilde kararlaştırılması mümkündür[525]. Bu bakımdan taraflar aşkın zararın talep edilemeyeceği konusunda anlaşabilirler. Sözleşmede akdî temerrüt faizi

[522] HGK, 10.11.1999 T., 1998/353 E., 1999/929 K.; 11. HD, 14.10.2014 T., 2013/13488 E., 2014/15512 K.; 11. HD, 29.04.2019 T., 2018/1512 E., 2019/3201 K. (HukukTürk). Paranın değer kaybından doğan zararların tarihi gelişimi ve tazminiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 160 vd. Ayrıca bkz. Bölüm II, § 4, II, D, 1.

[523] **Öçal,** s. 152; **Barlas,** s. 207, 208; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 201 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495.

[524] **von Tuhr/Escher,** s. 147, dn. 29; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 489; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 496. Krş. **Barlas,** s. 224, 225.

[525] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1132; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 905, 923; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 149.

kararlaştırılmışsa bunu aşan kısmın talep edilip edilemeyeceği hususunda kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple, tarafların iradelerinin yorumlanmasıyla bir sonuca varmak gerekir. Eğer tarafların iradelerinin temerrüt sebebiyle meydana gelen zararın yalnızca sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizi oranı kadarının talep edilebileceği yönünde olduğu anlaşılabiliyorsa, aşkın zararın talep edilememesi gerekir. Buna karşılık, tarafların iradelerinin yorumuyla bir sonuca varılamayan hâllerde, genel ilkeye uygun olarak akdî temerrüt faizini aşan zarar talep edilebilmelidir[526].

2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdünün Hüküm ve Sonuçlarının Müspet Zarar Bakımından İncelenmesi

a. Genel olarak

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları her türlü borç ilişkisinde uygulanabilir niteliktedir. Bunun yanında, kanun koyucu TBK m. 123-126 hükümlerinde karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından bazı özel düzenlemelere gitmiştir. Söz konusu hükümler yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulanır. Diğer taraftan, kanunda bazı sözleşme türleri için düzenlenen özel hükümler ile TBK m. 123-126 hükümleri arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekir. Alacaklı, özel hükümde bunu engelleyen bir düzenleme yoksa isterse o özel hükme isterse de genel hükümlere dayanabilir[527].

---

[526] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 146; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 905; **Birinci Uzun, Tuba,** Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 211.

[527] **BK OR-Giger,** Art. 214, N. 42. Örneğin, TBK m. 235'e göre, satılanın satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesinin kararlaştırıldığı hâllerde alıcı bedeli ödemede temerrüde düşerse, satıcı ifa için ek süre vermeden sözleşmeden dönebilir. Burada satıcı, tercihine göre bu hükme veya TBK m. 123-125 hükümlerine başvurabilir. Buna karşılık, TBK m. 235/III'e göre, satılanın zilyetliğinin satış bedeli ödenmeden alıcıya devredildiği hâllerde, alıcının bedel ödemede temerrüdü sebebiyle satıcı sözleşmeden dönemez; dönebilmesi için, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmuş olması gerekir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümlerde alacaklıya öncelikle iki seçimlik hak tanınmıştır[528]. Gerçekten, alacaklı edimin aynen ifasıyla birlikte gecikme tazminatı talep edebilir veya ifadan vazgeçme hakkını kullanabilir. Esasen, aynen ifa talebi ifa mümkün olduğu sürece mevcuttur. Alacaklı ifadan vazgeçme hakkını kullanırsa yine iki seçimlik hakka sahip olur[529]. Bu ihtimalde alacaklı ya müspet zararını talep eder ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep eder. Ancak alacaklının bu haklarını kullanabilmesi, öncelikle borçluya ifa için uygun bir süre vermesi şartına bağlanmıştır.

b. Alacaklının Seçim Hakkını Kullanmasının Şartları

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçim hakkını kullanabilmesi için her şeyden önce borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir. Sonra, taraflar arasında geçerli bir karşılıklı borç yükleyen sözleşme mevcut olmalıdır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden kasıt tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme[530] olduğu için, bu

Söz konusu hüküm TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurmayı engeleyici niteliktedir. Bu sebeple satıcı sadece TBK m. 235/III'e başvurabilir. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 214, N. 5, 7; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 5; **Tandoğan,** I/1, s. 215, 217; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 526, 500, dn. 607, 608. Buna karşılık özel hüküm varsa öncelikle o hükümlerin uygulanacağı, TBK m. 123 vd. hükümlerine gidilemeyeceği görüşünde bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 253.

[528] **Furrer/Müller-Chen,** s. 553; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1132; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 553.

[529] **Furrer/Müller-Chen,** s. 553; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1132; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 553.

[530] Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, her iki tarafın da aynı zamanda hem alacaklı hem de borçlu olduğu sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde tarafların borçlandığı aslî edimler arasında karşılıklı bir değiş tokuş ilişkisi mevcuttur. Buna synallagma ilişkisi denilmektedir. Bu tür sözleşmelerde edim ve karşı edim arasında genetik, kondisyonel ve fonksiyonel karşılık ilişkisi mevcuttur. Edim ve karşı edimin doğuşları ve meydana gelişleri bakımından birbirine bağlılığı genetik, varlıklarını sürdürmeleri bakımından birbirlerine bağlılıkları kondisyonel, ifaları bakımından birbirine bağlılıkları ise fonksiyonel karşılıklılık olarak ifa edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 40; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1009; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 492; **Havutçu,** s. 3 vd., özellikle s. 15 vd.

sözleşmelere söz konusu hükümlerin uygulanabileceğine şüphe yoktur[531]. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise her iki tarafın edim borcu bulunmakla birlikte[532], söz konusu edimler arasında bir karşılıklı değişim ilişkisi (synallagma) mevcut değildir[533]. Bu sebeple TBK m. 123-126 hükümlerinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanma kabiliyeti yoktur[534]. Benzer şekilde ortaklık sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşmelerde edimler karşılıklılık ilişkisi içerisinde olmadığı için TBK m. 123-126 hükümleri kural olarak bunlara da uygulanmaz[535]. Yine tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu hükümlerin uygulanması mümkün değildir[536].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya TBK m. 123 gereğince ek süre vermesi veya TBK m. 124'e göre süre verilmesine gerek olmayan bir durumun bulunması gerekir. Ek süre verilmesinin amacı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde bağlanan ağır özel sonuçlara başvurmadan önce, alacaklıya son kez (gecikme tazminatıyla birlikte

---

[531] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 4; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 492; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 931; **Berki,** s. 276; **Feyzioğlu,** II, s. 253; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1133; **Önen,** Borçlar, s. 205; **Aybay,** s. 147; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 408, 409; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 885.

[532] **Havutçu,** s. 6; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1133.

[533] Bu tür sözleşmelerde edimler karşılıklı olarak taahhüt edilmemektedir. Gerçekten, sözleşmenin kurulması aşamasında sadece taraflardan biri edim taahhüdünde bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafı ise sözleşmenin ilerleyen safhalarında veya sona ermesi hâlinde borç altına girmektedir. Örneğin ücretsiz vekâlette müvekkil, yalnızca vekil işin idaresi için bir takım masraflar yaparsa borç altına girer. Faizsiz ödünç sözleşmesinde ise ödünç alanın sözleşme kurulurken bir borcu bulunmamasına rağmen, sözleşme sona erdiğinde iade borcu doğar. Sonradan oraya çıkan bu borçlar, diğer tarafın sözleşme kurulurken yüklendiği borcun karşılığı niteliğinde değildir. Bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 492, 493; **Havutçu,** s. 6.

[534] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 931; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 492; **Önen,** Borçlar, s. 205; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1133; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 499, dn. 603; **Aybay,** s. 148.

[535] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 494; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1133; **Havutçu,** s. 6. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü temerrüt hükümlerinin, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ve çok taraflı sözleşmelere de kıyasen uygulanacağı görüşünde bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 409.

[536] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1133; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 886; **Akıncı,** Borçlar, s. 236.

olsa da) edimi ifa etme fırsatı sunmaktır[537]. Borçlu, verilen süre boyunca temerrüt hâlindedir ve gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür[538]. Ek süre verilmesi ihtardan farklı olduğu gibi borcun ertelenmesi niteliğinde de değildir[539]. Ek süre kural olarak, hükmün lafzına uygun şekilde, borçlu temerrüde düştükten sonra verilir[540]. Diğer taraftan sürenin alacak zamanaşımına uğramadığı müddetçe verilmesi mümkündür[541]. Ek süre verilmesi, tek taraflı ve borçluya varması gereken hukukî işlem benzeri[542] bir

[537] **von Tuhr/Escher,** s. 148; **Bucher,** AT, s. 367; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 170; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2734; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 6, 7; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 55; **Keller/Schöbi,** s. 271; **Schwenzer,** OR, N. 66.14; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 494; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 946; **Berki,** s. 277; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 934; **Feyzioğlu,** II, s. 254; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1134; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 501; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 886; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 12, 13; **Aybay,** s. 148; **Yıldırım, A.,** s. 317.

[538] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 494; **Berki,** s. 278; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 501.

[539] İhtar ile ek süre vermenin farklarının karşılaştırması için bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 888, 889; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 494; **Önen,** Borçlar, s. 205. Ayrıca bkz. Bölüm II, § 5, IV, B, dn. 436.

[540] Bununla birlikte, borcun muaccel olduğu hâllerde borçluyu temerrüde düşürmek için gönderilen ihtarla birlikte ek süre verilmesi de mümkündür. **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 12; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 13; **von Tuhr/Escher,** s. 149; **Keller/Schöbi,** s. 271; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2735; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 8; **Schwenzer,** OR, N. 66.16; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 948; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 496; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1134; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 888. Örneğin, "borcunuzu on gün içinde ifa ediniz" şeklinde bir beyan hem ihtar hem de süre vermeyi içerir. JdT 1978 I 69 (**Oğuzman/Öz,** C. I, s. 501 dn. 614'ten naklen); BGE 103 II 102, 104 vd.

[541] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1135; **Yıldırım, A.,** s. 317.

[542] Süre verme bir hukukî işlem olmadığı için, süre beyanında borcun belirli bir tarihe kadar ifa edilmesi talebinin bulunması yeterlidir. Verilen ek süre içerisinde alacaklı edimi ifa etmezse ortaya çıkacak sonuçlara yer verilmesine gerek yoktur. Ek süre alacaklı veya temsilcisi tarafından, borçlu veya temsilcisine verilir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 148, 149; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 61; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 946; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 495; **Havutçu,** s. 45; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1136.

irade açıklamasıdır[543]. Süre verme[544] herhangi bir şekil şartına bağlı değildir[545]. Ek süre, kanundaki tabirle edimin ifası için "uygun"[546] bir süre olmalıdır[547]. Hâkim görüşe göre alacaklı çok kısa süre vermişse[548], verilen süre uygun süreye uzatılmalıdır[549].

[543] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 27; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 10; **von Tuhr/Escher,** s. 149; **Bucher,** AT, s. 367; **Keller/Schöbi,** s. 271; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 58; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 7; **Schwenzer,** OR, N. 66.16; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 946; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 495; **Cansel/Özel,** s. 300; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 935; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1136; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 501; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 13; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 886.

[544] TBK m. 123'e göre, alacaklı kendisi ek süre vermek yerine, süre verilmesini yetkili hâkimden isteyebilir. Hatta doktrinde, ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek amacıyla, yetkili hâkimden ek süre verilmesini istemenin daha yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 496; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1135; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 502; **Önen,** Borçlar, s. 206; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 887. Hâkimden süre verilmesini istemenin pratik açıdan anlamsız olduğu yönünde bkz. **Bucher,** AT, s. 367; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 8.

[545] Ancak ispat kolaylığı bakımından beyanın yazılı olması tavsiye edilmektedir. Bkz. **Berki,** s. 277; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1134, 1135. Ayrıca, ticari işler bakımından TTK m. 18/III'teki ispat şekli burada da geçerlidir.

[546] Uygunluk ölçütü, her olayın kendisine has özellikleri dikkate alınarak belirlenebilir. Sürenin uygun olup olmadığı belirlenirken tarafların menfaatleri, özellikle borcun alacaklı için taşıdığı önem, niteliği ve kapsamı dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 149; **Bucher,** AT, s. 368; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 175; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2735; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 66 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 9; **Schwenzer,** OR, N. 66.17; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 947; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 495; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 935; **Feyzioğlu,** II, s. 255; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1135; **Havutçu,** s. 46; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 502; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 887. BGE 103 II 106; 105 II 33.

[547] Doktrinde, ifanın "derhâl", "uygun bir süre içinde", "vakit geçirmeksizin" gibi muğlak ifadelerle talep edilmesi uygun süre olarak kabul edilmemekte ve beyan geçersiz sayılmaktadır. Bkz.**von Tuhr/Escher,** s. 149; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 495; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1135; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 503. Aksi görüşte bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 255. Federal mahkeme tarafından, verilen sürelerin uygun kabul edildiği ve edilmediği örnekler için bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 70 vd.

[548] Alacaklının edimin hemen ifasına olan menfaati ne kadar yüksekse verilen süre o kadar kısa olabilir. **von Tuhr/Escher,** s. 149; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2735; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 66, 67; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 495; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1135.

[549] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 23; **von Tuhr/Escher,** s. 149, 150; **Bucher,** AT, s. 369; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 10; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2736; **Schwenzer,** OR, N. 66.17; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 78; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 495, 496; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 935; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1135; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 13; **Havutçu,** s. 46. Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 947, 948.

Buna karşılık, alacaklı uygun kabul edilebilecek süreden daha uzun bir süre vermişse artık bunu tek taraflı olarak kısaltamaz[550].

TBK m. 124'te, edimin ifası için borçluya ek süre verme şartına bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre, *"borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa"*(TBK m. 124/b. 1)[551], "*borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa"* (TBK m. 124/b. 2)[552] ve kesin vade belirlenmişse (TBK m. 124/b. 3)[553] süre verilmesine gerek yoktur.

[550] **von Tuhr/Escher,** s. 150; **Bucher,** AT, s. 369; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 77; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 10; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 496; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1136.

[551] Borçlunun temerrüde düştükten sonra açık bir şekilde edimi ifa etmeyeceğini bildirdiği hâllerin yanında, ifa edemeyeceğini bildirdiği hâller de bu kapsamda değerlendirilir. Benzer şekilde, borçluya uygun bir süre verilse bile ifa hazırladıklarında edimi bu sürede ifa edemeyecek kadar geciktiği hâllerde süre verilmesi gereksizdir. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 108, N. 3, 4; **von Tuhr/Escher,** s. 150; **Bucher,** AT, s. 369; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 108, N. 2; **Keller/Schöbi,** s. 272; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2742, 2744; **Ehrat, Felix R.,** Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Diss., Zürich 1990, s. 95; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 950; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 497; **Berki,** s. 280; **Hatemi/Gökyayla,** s. 259; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 523; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 890. BGE 38 II 122; 48 II 408; 97 II 65; 115 II 479; 116 II 440. 3. HD, 26.11.2020 T., 2020/4912 E., 2020/7159 K.; 23. HD, 28.04.2016 T., 2014/10974 E., 2016/2722 K.; 11. HD, 09.12.2019 T., 2018/5744 E., 2019/7987 K. (HukukTürk).

[552] Bu hüküm, temerrüt sonucunda alacaklının borcun ifasına olan menfaatinin ortadan kalkmasını ifade eder. Alacaklının borcun ifasına olan menfaati, onun sözleşmeyi yaparken takip ettiği amaca göre tespit edilir. İfada menfaatin kalmamasını mutlak şekilde anlamamak gerekir. Geç ifaya rağmen edim bir anlam ifade edebilir. Bununla birlikte, temerrüt sebebiyle alacaklının sözleşmeyi yaparken taşıdığı amacın gerçekleşme ihtimali ortadan kalkmıştır. Örneğin, belirli bir mevsimde satılmak amacıyla satın alınan eşyanın zamanında teslim edilmemesi hâlinde, o eşyayı sonraki mevsimde satma ihtimali hâlen bulunabilir. Bu bakımdan, temerrüt sonucunda edimin ifasının alacaklı için önemli derece faydasız hâle gelmesi yeterli görülmelidir. Alacaklının edimin ifasında menfaatinin kalmaması bakımından dikkate alınacak ölçüt, alacaklıdan edimi kabul etmesinin ve kendi edimini ifa etmesinin beklenememesi olarak kabul edilmektedir. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 108, N. 8; **von Tuhr/Escher,** s. 150, 151; **Bucher,** AT, s. 370; **Ehrat,** s. 95; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 108, N. 3; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 189; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2745; **Schwenzer,** OR, N. 66.20; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 938, 939; **Feyzioğlu,** II, s. 257, 258; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 498; **Önen,** Borçlar, s. 207; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 951; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 890; **Havutçu,** s. 51, 52.

[553] Kesin vade, tarafların edimin ifa edilmesi gereken zamanı mutlak, kesin bir şekilde belirledikleri vadedir. Kesin vade niteliğinin kabul edilebilmesi için, iki unsurun gerçekleşmesi zorunludur.

Edimin kesin vadede ifa edilmemesi hâlinde süre vermeye gerek kalmadığı gibi, temerrüt için ihtara da gerek yoktur. Dolayısıyla karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kesin vadenin dolmasıyla birlikte ihtara ve süre vermeye gerek kalmaksızın seçimlik haklar kullanılabilir[554]. Üstelik kesin vade ile geç ifanın kabul edilmeyeceği baştan kararlaştırıldığı için, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini derhâl bildirmesine dahi gerek yoktur[555].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için, borçlunun verilen ek süre içerisinde edimi ifa etmemiş olması veya süre verilmesini gerektirmeyen hâllerden birinin bulunması gerekir[556]. Alacaklı,

---

Bunlardan ilki, tarafların edimin ifa edilmesi gereken zamanı tereddüte yer vermeyecek derecede açık bir şekilde belirlemiş olmalarıdır. Kesin vade esasen belirli vadenin bir türüdür. Gerçekten, ilk unsur belirli vadeyi tarif etmektedir. İkinci unsur ise tarafların edimin mutlaka belirlenen tarihte veya sürede ifa edilmesi gerektiğini kararlaştırmış olmalarıdır. Kesin vadeyi özellikli kılan husus bu ikinci unsurdur. Böylelikle ifa zamanı sözleşmenin önemli bir unsuru hâline gelmekte, edimin zamanında ifasına olan menfaat sözleşmenin muhtevasına dâhil edilmektedir. Bu bakımdan kesin vadede, edimin belirlenen zamandan sonra ifa edilmesinin alacaklının menfaatine hizmet etmeyeceği, geç ifanın alacaklı tarafından ifa olarak kabul edilmeyeceği açıkça ortaya konulmaktadır. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 108, N. 12; **von Tuhr/Escher,** s. 151, 152; **Bucher,** AT, s. 370; **Schwenzer,** OR, N. 66.21; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 192; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 499, 500; **Önen,** Borçlar, s. 207, 208; **Feyzioğlu,** II, s. 258; **Hatemi/Gökyayla,** s. 260; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 891; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 524; **Havutçu,** s. 53 vd. İfa zamanı sözleşmede esaslı unsur hâline getirilmişse temerrüt değil sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağı görüşünde bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 942. Krş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 13.

[554] TBK m. 212'de, ticari satışlarda satıcının temerrüdü hâlinde kararlaştırılan belirli vadenin kesin vade olduğu yönünde bir adi karine kabul edilmiştir. Yine aynı hükümde satıcının temerrüdü hâlinde alıcının aynen ifadan vazgeçip müspet zararı talep ettiği de bir adi karine olarak kabul edilmiştir. Ayrıca alıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 235'te, satış konusu şeyin ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödeme anında devredilmesinin gerektiği durumlarda, satıcının herhangi bir işlem gerekmeksizin sözleşmeden dönebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hâllerde süre verilmesine gerek yoktur. **von Tuhr/Escher,** s. 152; **Aral/Ayrancı,** s. 104, 105, 176; **Eren,** Borçlar Özel, s. 70, 164.

[555] Aynı yönde bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 259; **Havutçu,** s. 57, 64.

[556] Kural olarak ek süre içerisinde edim fiilinin yapılmış olması yeterlidir. Ancak tarafların edim sonucunun da ek süre içerisinde gerçekleşmesi konusunda anlaşmaları mümkündür. Özellikle para borçları ile mesafe satışlarında para veya malın ek süre içerisinde gönderilmesi hâlinde, bunlar alacaklının eline verilen süreden sonra ulaşsa bile ifanın ek süre içerisinde yapıldığı kabul edilmektedir.

borçlunun ek süre içerisinde ifaya sunduğu edimi kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşer[557].

c. Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklar

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçlu verilen ek sürede borcunu ifa etmezse alacaklının öncelikle iki seçimlik hakkı doğar[558]. Esasen bunlardan biri baştan beri var olan bir haktır ve temerrütte dahi varlığını devam ettirir. Gerçekten, alacaklı, imkânsızlık söz konusu olmadıkça, aynen ifa ve gecikme tazminatını temerrütten sonra süre vermeden talep edebileceği gibi[559], süre verdikten sonra da talep edebilir[560]. Ek süre vermenin alacaklıya sağladığı asıl imkân, edimin aynen ifasından vazgeçme hakkıdır.

Havutçu, s. 57. Belirtmek gerekir ki, ek süre içerisinde ifaya sunulan edim borçlanılan edime miktar ve nitelik bakımından uygun olmalıdır. Zira alacaklı gereği gibi yapılmayan ifayı kabul etmekle yükümlü değildir.

[557] **von Tuhr/Escher,** s. 153; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 942; **Havutçu,** s. 57. Alacaklı temerrüdünden bahsetmeyip, sadece borçlu temerrüdünün sona ereceği yönünde görüş bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 503.

[558] Doktrinde hâkim görüş, seçimlik hakların sınıflandırılmasında başka bir yöntem izlemektedir. Bu görüş, süre sonunda alacaklının ifa ile birlikte gecikme tazminatı, ifadan vazgeçerek müspet zarar ve sözleşmeden dönerek menfi zarar talebi olmak üzere üç seçimlik hakkı olduğu şeklinde sınıflandırma yapmaktadır. Örneğin bkz. **Schwenzer,** OR, N. 66.22 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 503 vd.; **Feyzioğlu,** II, s. 254; **Cansel/Özel,** s. 301; **Yıldırım, A.,** s. 316. Krş. **Jermann, Philipp,** Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, Diss., Bamberg 2003, s. 20 vd. Biz, içerik bakımından bir değişiklik olmasa da önce iki seçimlik hak ve sonrasında iki seçimlik hak şeklindeki ayrımı daha isabetli buluyoruz. Aynı yönde bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2758 vd.; **Furrer/Müller-Chen,** s. 553; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1138 vd.; **Antalya,** C. V/1, 3, s. 553.

[559] 13. HD, 03.02.1981 T., 1980/7164 E., 1981/654 K. (HukukTürk).

[560] Bir görüşe göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa ve gecikme tazminatı istenebilmesi, ek süre verilmesi ve bu sürede edimin ifa edilmemesi şartına bağlıdır. Bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 254. Benzer bir görüş, aynen ifa talebinde süre vermeye gerek olmadığını, ancak gecikme tazminatı da istenecekse süre verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Cansel/Özel,** s. 300, dn. 926. Bu yönde bkz. 11. HD, 01.11.1983 T., 1983/4595 E., 1983/4691 K. (YKD, 1984, C. 10, S. 2, s. 258 vd.); HGK, 21.03.2012 T., 2012/164 E., 2012/219 K. (HukukTürk). Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Zira aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkı temerrüdün genel hükümlerindendir. Karşılıklı borç yükleyen

aa. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi

Her ne kadar "seçimlik haklar" başlıklı TBK m. 125/I'te aynen ifayı talep hakkı belirtilmişse de bu hak alacaklıya karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tanınan özel seçimlik haklardan biri değildir. Gerçekten, yukarıda açıklandığı gibi aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep etme hakkı temerrüdün genel sonuçlarındandır. Esasen her türlü borç ilişkisinde temerrüt hâlinde alacaklı aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme hakkına sahiptir[561]. Diğer taraftan, hukukumuzda, ek süre ile birlikte sonradan ifanın kabul edilmeyeceğini bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla ek süre içerisinde edimin ifa edilmemesi, sonradan ifayı talep ve kabul hakkını sona erdirmez[562]. Söz konusu imkânın bu maddede ayrıca ifade edilmesinin sebebi, ek süre verilmiş olsa bile aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının ortadan kalkmadığını ortaya koymaktır. Gerçekten, hükümdeki "her zaman" tabiriyle bu hususa vurgu yapılmıştır. Bu sebeple, ek süreden sonra dahi karine, alacaklının aynen ifayı talep ettiğidir. Alacaklının, borçluya süre verirken sonradan ifayı kabul etmeyeceğini bildirmesi de mümkündür. Böyle bir ihtimalde, süre içerisinde edim ifa edilmezse alacaklının aynen ifayı talep hakkı ortadan kalkmış olur. Aynen ifa ile birlikte müspet zararın bir görünüm biçimi olan gecikme zararlarının talebi yukarıda detaylı şekilde açıklanmıştır[563].

---

sözleşmelerde bu hakkın kullanımı için ek süre verme şartı aranmasının anlamı yoktur. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 946; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 926.

[561] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 154; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 13; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 961; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 501. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2759.

[562] **Bucher,** AT, s. 372; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 154; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 1; **Schwenzer,** OR, N. 66.23; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 943; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 503; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 409; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 926 vd.; **Akıncı,** Borçlar, s. 237.

[563] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 1, b.

bb. Alacaklının Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebinden Vazgeçme Hakkı

aaa. Genel Olarak

TBK m. 125'te alacaklıya tanınan ilk seçimlik hak aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatından vazgeçme hakkıdır. Zira karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları, temerrüdün genel sonuçlarından bu noktadan itibaren farklılaşmaktadır. Alacaklı, borçluya verdiği ek sürede edimin aynen ifa edilmemesi hâlinde artık aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmek istemiyorsa, bu seçimini borçluya derhâl bildirmelidir. Vazgeçme bildirimi, kural olarak seçimlik hakları kullanabilmek için zorunludur[564]. Vazgeçme bildirimi, verilen süre içerisinde edimin ifa edilmemesinden sonra da devam eden aynen ifa yükümlülüğünü sona erdiren bir role sahiptir[565].

[564] Hâkim görüşe göre, hükmün ifade tarzından alacaklının süre sonunda sadece aynen ifadan vazgeçtiğini derhâl bildirmesinin zorunlu olduğu, ancak tazminatı mı yoksa sözleşmeden dönmeyi mi tercih ettiğini derhâl bildirmesinin gerekmediği izlenimi çıkmakta ise de bu doğru değildir. Süre sonunda müspet zarar veya sözleşmeden dönme haklarından hangisinin seçildiği de derhâl bildirilmelidir. Aksi takdirde alacaklı spekülasyon yapma imkânına sahip olur. Örneğin, süre sonunda derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildiren alacaklı, daha sonra bekleyip edimin değeri yükselirse tazminat, düşerse dönme hakkını seçebilir. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 34; **Beobachter/Ruedin**, s. 145; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 946; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 504, 505; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 14. Alacaklının kendi edimini ifa etmek isteyip istemediğine göre ayrım yapan görüş için bkz. **Bucher,** AT, s. 374, dn. 176. Karşı edim para borcuysa alacaklının vazgeçme beyanıyla birlikte hangi hakkı seçtiğini bildirmesinin gerekli olmadığı, bunun dışındaki edimlerde ise bildirmesi gerektiği görüşü için bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 151, 152. Edimin değerindeki değişmeler ve edimin bozulabilen bir şey olması hâli bakımından benzer görüşte bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 957, 958.

[565] **Bucher,** AT, s. 372; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 957; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 501; **Feyzioğlu,** II, s. 260, 261; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 14; **Havutçu,** s. 60.

Vazgeçme hakkı, tek taraflı, varması gereken ve yenilik doğuran bir hukukî işlem niteliğindeki[566] vazgeçme bildirimi ile kullanılır[567]. Vazgeçme bildirimi ile birlikte alacaklı aynen ifayı talep hakkını yitirirken, borçlu da taahhüt ettiği aslî edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulur[568]. Alacaklı aynen ifadan vazgeçmek istiyorsa, bunu ek sürenin bitiminde borçluya kanundaki ifadeyle "derhâl" bildirmelidir. Vazgeçme bildirimi derhâl yapılmazsa, diğer seçimlik hakları kullanma imkânı ortadan kalkar. Gerçekten, kanun koyucu, vazgeçme bildiriminin derhâl yapılmamasına aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı istendiği karinesini bağlamıştır[569].

Kural olarak, alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini[570] verdiği ek sürenin sonunda bildirir. Bununla birlikte, ek süre beyanıyla birlikte veya sürenin devamı sırasında, verilen sürede edim ifa edilmezse aynen ifadan vazgeçileceğinin bildirilmesi mümkündür. Hatta alacaklı en başta temerrüt ihtarında süre vererek süre sonunda yerine getirilmeyen ifadan vazgeçeceğini dahi bildirebilir[571].

---

[566] Alacaklı vazgeçme bildirimiyle bir hak üzerinde tasarrufta bulunduğu için, tasarruf yetkisine ve fiil ehliyetine sahip olmalıdır. **Bucher,** AT, s. 373; **Havutçu,** s. 61.

[567] **Bucher,** AT, s. 373; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 14; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 14; **Havutçu,** s. 60.

[568] **Bucher,** AT, s. 372; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 957; **Havutçu,** s. 61.

[569] Ancak bu durum bir kesin karine niteliğinde değildir. Gerçekten, alacaklı tekrar ek süre vererek, bu sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini derhâl bildirip seçimlik haklarını kullanabilir. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 146; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 955 vd.; **Feyzioğlu,** II, s. 261; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 507; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 929; **Havutçu,** s. 62; **Cansel/Özel,** s. 301; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 412.

[570] Alacaklının, "aynen ifadan vazgeçtiği" ifadesini doğrudan kullanmak yerine, müspet zararı istediğini ya da sözleşmeden döndüğünü bildirmesi de mümkün ve geçerlidir. Zira böyle bir bildirimin aynen ifadan vazgeçildiği iradesini açıkça ortaya koyduğuna şüphe yoktur. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 36; **Wiegand, Wolfgang,** "Die Leistungsstörungen, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung", Recht 1983, s. 127; **Havutçu,** s. 63.

[571] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 958.

Süre verilmesine gerek olmayan hâllerde vazgeçme beyanının zorunlu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, istisnaların sadece süre şartı bakımından öngörüldüğünü, bu istisnai hâllerde bile diğer seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklının vazgeçme bildiriminden muaf tutulmadığını savunmaktadır[572]. Diğer görüş ise süre gerektirmeyen hâller arasında bir ayrım yapmaktadır[573]. Son olarak bir görüşe göre, süre vermeye gerek olmayan hâllerde vazgeçme bildirimine de gerek yoktur[574]. Kanaatimizce, bu son görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira borcun ifasının alacaklı için yararsız kaldığı hâller ile kesin vade kararlaştırılan hâllerde alacaklının sonradan ifada menfaati kalmadığı ve borçlu da bunu bildiği için vazgeçme bildirimine gerek olmamalıdır[575]. Borçlunun durumu veya davranışlarından süre verilmesinin etkisiz

---

[572] **BK OR-Becker,** Art. 108, N. 1; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 108, N. 2; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2761. BGE II 54 233.

[573] Bu görüşe göre borçlunun davranışlarından süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, süre vermeye gerek olmamakla birlikte vazgeçme bildirimi yine de yapılmalıdır. Bunun dışındaki süre verilmesini gerektirmeyen hâllerde ise vazgeçme beyanına gerek yoktur. **Bucher,** AT, s. 375; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 208; **Ehrat,** s. 97.

[574] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 960; **Havutçu,** s. 64, 65. Borcun ifa edilmeyeceğinin bildirildiği hâller bakımından bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 262; Oğuzman/Öz, vazgeçme beyanına gerek olmadığına katılmakla birlikte, TBK m. 124'teki hâllerde alacaklının dönme hakkını tercih ettiği yönünde bir karineyi savunmaktadır. Buna göre, alacaklı süre verilmesini gerektirmeyen hâllerde dönme hakkını seçmiş sayılacak, müspet zarar talep edecekse bunu derhâl bildirmek zorunda kalacaktır. Yazarlar, TBK m. 124'ün kenar başlığının bunu desteklediği iddiasındadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 526, 527. Kanaatimizce alacaklıya tanınan seçimlik haklar arasında böyle sınırlayıcı bir karine öngörmek, TBK m. 123-125 hükümlerinin ne lafzıyla ne de amacıyla bağdaşmamaktadır. İlla bir tercih yapılacaksa, kanaatimizce alacaklının en ağır yaptırımlardan biri olan sözleşmeden dönmeyi tercih ettiğini değil, borç ilişkisinin devam ettiğini ve ifa yerine müspet zararı talep hakkını tercih ettiğini varsaymak daha isabetli olur. Genel olarak aynen ifadan vazgeçen alacaklının beyanından hangi hakkı seçtiği anlaşılamıyorsa müspet zararı istediğinin kabul edilmesi gerektiği yönündeki benzer görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 964; **Feyzioğlu,** II, s. 265. BGE 69 II 243; 76 II 300.

[575] Zira bu hâllerde alacaklının sonradan ifada menfaatinin kalmadığı konusunda şüphe yoktur. Üstelik borçlu da bu durumu bilmektedir veya bilebilecek durumdadır. Alacaklının sonradan ifada menfaati kalmadığı için süre verilmesine dahi gerek görülmeyen bu hâllerde, ona yine de ifada menfaati kalmadığını vazgeçme beyanıyla bildirme zorunluluğu yüklemek isabetli olmaz. Aksi takdirde, hükmün amacıyla bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Gerçekten, vazgeçme beyanı aranırsa, bu hâllerde alacaklı derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmediğinde, borçlu kararlaştırdıkları kesin

olacağının anlaşıldığı hâllerde ise zaten borcun aynen ifa edilmeyeceği belli olduğu için ayrıca vazgeçme beyanı aranmamalıdır[576].

bbb. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebinden Vazgeçen Alacaklının İkinci Seçim Hakkı

Kanunda alacaklıya, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebinden vazgeçtiğini usulüne uygun şekilde bildirdiği veya bildirmesine gerek olmayan hâllerde iki seçimlik hak tanınmıştır. Bunlardan ilki ifa yerine müspet zararın tazmini, diğeri ise sözleşmeden dönme ve tazminat talebidir[577].

---

vadeye veya kendisinin de bilebilecek durumda olduğu menfaat yokluğuna rağmen alacaklıya aynen ifayı teklif edebilecektir. Sonuçta alacaklı, kanunun geç ifada menfaati kalmadığını kabul edip ek süre vermesini dahi aramadığı bir sözleşmede aynen ifayı kabul etmek zorunda kalacaktır. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 960; **Havutçu,** s. 64, 65.

[576] Bu hâlde alacaklının sonradan ifada menfaati kalmadığı için değil, doğrudan borçludan kaynaklanan sebeplerle süre şartı aranmamaktadır. Gerçekten, bu ihtimalde ya borçlu edimi ifa etmeme niyetini kesin bir şekilde açıklamaktadır ya da uygun süre verilse bile bu sürede edimi ifa edemeyeceği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Şüphe bulunan hâller zaten bu istisnanın kapsamına girmemektedir. Hâl böyleyken alacaklıyı yine de ifadan vazgeçtiğini bildirmek zorunda bırakmak yerinde olmaz. Zira alacaklının, zaten edimi ifa etmeyeceği açıkça ortada olan borçluya aynen ifayı istemediğini bildirmesinin mantıkî bir izahı yoktur. Diğer bir ifadeyle, alacaklıyı, "borcumu ifa etmeyeceğim" diyen borçluya karşı seçimlik haklarını kullanabilmesi için, "artık borcunu ifa etmeni istemiyorum" şeklinde bildirimde bulunmaya mecbur bırakmak yersizdir. Aynı görüşte bkz. **Feyzioğlu,** II, s. 262; **Havutçu,** s. 65. Federal Mahkemenin de bu yönde kararları bulumaktadır. Bkz. BGE 76 II 304, Erl. 2; BGE 48 II 224 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 959, dn. 35'ten naklen).

[577] Aynen ifadan vazgeçtiğini bildiren alacaklının, müspet zarar veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarından birini seçmeden uzun süre beklemesi, özellikle ceza koşulu kararlaştırılan hâllerde dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple doktrinde uzun süre seçim hakkının kullanılmamasının önüne geçebilmek için farklı görüşler ileri sürülmüştür. Böyle bir davranışın, TBK m. 52'ye kıyasen "birlikte (ortak) kusur" olarak kabul edilmesi, alacaklının dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeden dönmesinin beklenebileceği bir tarihten sonra cezanın işletilmemesi ya da bu tarihten sonra sözleşmeden dönmüş sayılması, borcun imkânsızlaştığı kabul edilerek TBK m. 112 hükmünün uygulanması ve yapma borçlarında cezanın işlemeye devam etmesinin önlenemeyeceği şeklinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 507, dn. 642; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 927 vd. Ayrıca bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 501, 502.

İfa yerine müspet zararın talep edildiği hâllerde borçlu kusurlu olmadığını ispatlayarak tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuşsa ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, borçlu kusurlu olmasa bile, sözleşmenin synallagmatik yapısı sebebiyle edimin değerine ilişkin zararı tazmin etmek zorundadır[578]. Bu durumda kusursuz olduğunu ispatlayan borçlu yalnızca edimin değerini aşan zararları tazmin etmekten kurtulur. Diğer görüşe göre, bu durumda kusursuz imkânsızlığa ilişkin TBK m. 136/II (OR Art. 119/II) kıyasen uygulanarak, alacaklının kendi edimini ifa etme yükümlülüğünden kurtulduğu ve ifa ettiği edimini geri isteyebileceği kabul edilmelidir[579]. Son olarak bir görüşe göre, alacaklı bu durumda hiç var olmayan bir hakkı seçmiştir[580]. Bu görüşü kabul eden yazarlardan bazılarına göre, alacaklının vazgeçme de dâhil hiçbir seçim hakkını kullanmadığı ve aynen ifayı talep ettiği varsayılmalıdır[581]. Buna göre, sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı tekrar ek süre vererek ifasız geçen süre sonunda sözleşmeden dönmelidir[582]. Bu görüşü temsil eden bazı yazarlara göre ise vazgeçme ile seçimlik haklardan birini kullanma hakları birbirinden ayrı safhalar olduğu için, böyle bir durumda vazgeçme beyanı kendiliğinden ortadan kalkmaz. Bu sebeple, borçlunun kusurlu olmadığını ispatlaması sebebiyle müspet zarar talep edemeyen alacaklı sözleşmeden dönme hakkını tercih

[578] **Keller/Schöbi,** s. 276; **Ehrat,** s. 105, 106; **Ayan,** İnşaat, s. 235.

[579] **Bucher,** AT, s. 373, dn. 172; **Lemp,** s. 51. Ehrat, bu görüşün de kabul edilebilir olduğunu ancak özellikle hafif kusur gibi bazı durumlarda yetersiz kalacağını ifade etmektedir. **Ehrat,** s. 106.

[580] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 170; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2790 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 15; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 236 vd.; **Koller,** OR 2009, s. 911; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 507; **Öz,** Eser, s. 181, dn. 133.

[581] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 170; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 237; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 15. Hatta bu görüşe göre, bu sırada borçlu usulüne göre ifayı teklif eder ve alacaklı kabul etmezse, borçlu temerrüdü sona erer ve alacaklı temerrüde düşmüş olur. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 507, dn. 640.

[582] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 169, 170; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 237; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 507; **Öz,** Eser, s. 181, dn. 133.

edebilir[583]. Kanaatimizce son görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira böyle bir durumda alacaklıyı bütün süreci tekrarlamaya mecbur kılmak yerinde değildir. Borçlunun kusurlu olmadığını ispatlaması sebebiyle müspet zarar talep edemeyen alacaklıya artık ek süre verme ve vazgeçme beyanı sürecini tekrarlatmadan sözleşmeden dönme hakkını seçme imkânı tanınması hem pratiklik bakımından hem de hükmün amacı bakımından daha yerinde olur[584].

aaaa. İfa Yerine Müspet Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebinden vazgeçen alacaklının sahip olduğu seçimlik haklardan ilki ifa yerine müspet zararın tazminini talep etme hakkıdır. Alacaklı ifa yerine müspet zararının tazminini talep ettiğinde sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayıp devam etmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin içeriği değişmekte, aslî edim yükümlülüğünün yerini, talî (ikincil) edim yükümlülüğü olan tazminat ödeme

[583] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2790; **Koller,** OR 2009, s. 911, 912; **Kurt,** Temerrüt, s. 263.

[584] Diğer görüşe göre alacaklı böyle bir ihtimalde sürecin en başına gitmekte ve aynen ifayı talep ettiği kabul edilmektedir. Buna göre, sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı tekrar ek süre vererek, bu süre sonunda aynen ifadan vazgeçip dönme hakkını kullanabilir. Esasen bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının, alacaklıya aynen ifayı tekrar talep etme hakkı tanıyabilmek için bütün süreci geçersiz saydıkları görülmektedir. Örneğin bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 170. Ancak kanaatimizce sırf bu nedenle alacaklının ifadan vazgeçme beyanının da zorunlu olarak geçersiz hâle geldiğini kabul etmek teorik açıdan mümkün olmakla birlikte, pratik açıdan gereksizdir. Zira bu süreçte önce borçlu ifa etmesi gereken zamanda edimi ifa etmeyip temerrüde düşmekte, ardından edimi ifa etmesi için kendisine ayrıca bir ek süre verilmekte, bu sürede de edimi ifa etmediği için, alacaklı aynen ifa talebinden vazgeçerek diğer imkânlara yönelmektedir. Bu bakımdan, alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğinde, olayların büyük çoğunluğunda ya aynen ifadan umudu kesmiştir ya da aynen ifada menfaati kalmamıştır. Hâl böyleyken alacaklının vazgeçme iradesini de doğrudan geçersiz saymak kanaatimizce yerinde değildir. Bu sebeple, kural olarak alacaklının vazgeçme beyanı geçerli sayılmalı, ona bütün süreci tekrarlama külfeti yüklenmeden dönme hakkını seçme imkânı tanınmalıdır. İstisnaen alacaklının aynen ifada hâlâ menfaati varsa, işte bu durumda değiştirme hakkı (ius varandi) kabul edilerek, onun vazgeçme hakkını kullanmamış gibi aynen ifayı talep etmesine imkân tanımak yerinde olur. Alacaklıya aynen ifayı talep hakkının tanınması için borçlunun da buna rıza göstermesi şartını arayan görüş için bkz. **Kurt,** Temerrüt, s. 263.

yükümlülüğü almaktadır[585]. Bu sebeple, müspet zararın tazminini talep hakkına, ifa yerine müspet zarar talebi de denilebilir. İfa yerine müspet zararın talep edildiği hâllerde borcun geç de olsa ifasından değil, hiç ifa edilmemesinden bahsedilir. Bu bakımdan, söz konusu hak seçildiğinde esasen borç imkânsızlaşmamış olmakla birlikte, sanki edimin ifası imkânsızlaşmış gibi TBK m. 112'deki esaslar kural olarak burada da uygulanır[586].

TBK m. 125/II'ye göre, alacaklı borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarının giderilmesini isteyebilir. Müspet zararın tazmini ile alacaklı edim tam ve doğru bir şekilde (zamanında) ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirilmelidir[587]. Bu bakımdan, borç zamanında ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum ile hâlihazırdaki durum arasındaki fark, müspet zarar olarak tazmin edilir[588]. Bu zarar, edimin aynen ifasından vazgeçildiği için öncelikle ifa edilmeyen edimin değerini kapsar. Bunun yanında, temerrüt ve edimi elde edememe sebebiyle başta gecikme zararı olmak üzere alacaklının malvarlığında meydana gelen diğer zararların da giderilmesi gerekir. Bu bakımdan, ikame alım veya yeni bir sözleşme kurmak için yapılan masraflar gibi edimin kesin olarak ifa edilmemesinden doğan

[585] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 40; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 22, 23; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 159; **Keller/Schöbi,** s. 275; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2767; **Fikentscher/Heinemann,** s. 305; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 223, 224; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 17; **Beobachter/Ruedin**, s. 145; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Feyzioğlu,** II, s. 262; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1140, 1141; **Erdoğan,** s. 243, 244; **Havutçu,** s. 67.

[586] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 40; **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1142; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 508.

[587] **Keller/Schöbi,** s. 275; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 226; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 38, 39; **Lemp,** s. 146, 147; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2769 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 17; **Beobachter/Ruedin**, s. 145; 146; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141; **Havutçu,** s. 69.

[588] **Keller/Schöbi,** s. 275; **Lemp,** s. 146; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2770, 2772; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 166; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141; **Akıncı,** Borçlar, s. 238.

zararlar[589]; usul hukuku kurallarına göre karşılanamadığı ölçüde dava ve takip giderleri[590], seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar[591], yoksun kalınan kâr[592], borçlunun temerrüdü sebebiyle üçüncü bir kişiye ödenen tazminat ve ceza koşulu[593], alacaklının kendi edimi ve karşı edim için temerrüt sebebiyle fazladan ödediği gönderme, depolama, sigorta ve seyahat gibi masraflar ifa yerine müspet zararın kapsamına dâhil olan zarar kalemleridir. Buna karşılık, alacaklı edim zamanında ifa edilseydi bile yapacak olduğu masrafları talep edemez.

Doktrinde temerrüt anından ifadan vazgeçme anına kadarki gecikme zararlarının ifa yerine tazminat kapsamında istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre[594], ifadan vazgeçme anına kadarki gecikme zararları ifa yerine müspet zararın hesabında dikkate alınmaz. Gecikme zararını isteyen alacaklı aynen ifa talebiyle birlikte bunu ileri sürmelidir. Bu görüş esasen reform öncesi Alman hukukundaki gecikme zararını müspet zarardan ayrı tutan yaklaşımdan esinlenmiştir[595]. Zira bu görüşe göre, gecikme zararı aynen ifadan vazgeçilip istenen müspet zarardan farklıdır, onun kapsamına girmez. Dolayısıyla aynen ifadan vazgeçen alacaklı müspet zararını talep ettiğinde vazgeçme anından itibaren doğan zararları hesap edilir. Temerrüt anı ile vazgeçme anı arasında doğan gecikme zararları ise müspet zarar kapsamında talep edilemez. Gecikme zararını isteyen alacaklı, bunu ancak aynen ifa ile birlikte isteyebilir.

---

589 **Keller/Schöbi,** s. 275; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 173, 175; **Lemp,** s. 152; **Havutçu,** s. 74.

590 **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141; **Havutçu,** s. 74.

591 **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 227; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2772.

592 **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 174; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141.

593 **Keller/Schöbi,** s. 275; **Lemp,** s 149; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141.

594 **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 41, 42; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 25.

595 Alman hukukunda reform öncesinde bu konudaki uygulama ve doktrindeki görüşler için bkz. **Havutçu,** s. 71 vd.

Hâkim görüş ise haklı olarak ifadan vazgeçme anına kadarki gecikme zararlarının ifa yerine müspet zararın kapsamına girdiğini kabul etmektedir[596]. Gerçekten, ifa yerine müspet zarar istendiğinde temerrüt sebebiyle ifa etmemeden doğan bütün zararlar giderilmelidir. İfadan vazgeçme anına kadarki gecikmeden doğan zararlar da buna dâhildir[597]. İfadan vazgeçerek müspet zararını talep eden alacaklıyı aynen ifayla birlikte gecikme zararı talep eden alacaklıdan daha kötü bir duruma düşürmeyi haklı kılacak bir sebep yoktur[598]. Zira ifa yerine müspet zararın tazmini, alacaklının edimin tam ve zamanında ifa edilmesindeki menfaatini sağlamayı amaçlar. Bu menfaatin temerrüt anı ile vazgeçme anı arasında kalan zamanı da kapsadığı açıktır. Gerçekten, söz konusu süreçte temerrüt sebebiyle meydana gelen gecikme zararları, alacaklının tam ve doğru ifaya olan menfaatinin ihlalinden doğmaktadır. Bu sebeple, alacaklının edimin tam ve doğru (zamanında) ifa edilmiş olması hâlinde içinde bulunacağı duruma getirilebilmesi için gecikme zararlarının da ifa yerine talep edilen müspet zarara dâhil olduğunu kabul etmek zorunludur. Aksinin kabulü, alacaklının temerrüt sebebiyle uğradığı zararın bir kısmının dikkate alınmaması anlamına gelir ki

[596] **Keller/Schöbi,** s. 275; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 226 vd.; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 39; **Lemp,** s. 149, 150; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 166, 172; **Ehrat,** s. 100, 101; **BK OR-Giger,** Art. 214, N. 18; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2772; **Beobachter/Ruedin**, s. 146; **Furrer/Müller-Chen,** s. 559; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1141; **Havutçu,** s. 70 vd., 74; **Yıldız,** s. 200; **Gündüz,** s. 168 vd.; **Akıncı, Bekir,** Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar, Konya 2014, s. 95 vd. İlke olarak vazgeçme anına kadarki gecikme zararlarının ayrıca talep edileceği görüşünde olan, ancak bu gecikme zararlarının müspet zararın hesabı içinde yer aldığını ileri sürmenin de mümkün olduğunu ifade eden görüş için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 508 ve orada dn. 647.

[597] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 226, 227; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 38, 39; **Lemp,** s. 149; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962.

[598] Bu görüşü kabul eden yazarlardan bir kısmı, temerrüt hâlindeyken edimin imkânsızlaşmasında kabul ettikleri görüşle tutarlı olarak, temerrüdün ifadan vazgeçildiği ana kadarki sonuçlarının bundan sonra da saklı kalacağı görüşüyle bu sonuca ulaşmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 508. İfadan vazgeçme anına kadarki zararları gecikme zararı, bu andan sonraki zararları da diğer zararlar olarak sınıflandıran görüş için bkz. **Yıldız,** s. 200.

bu durum tazminatın telafi edici işleviyle de bağdaşmaz. Bu bakımdan, örneğin alacaklının temerrüt anı ile vazgeçme anı arasındaki süreçte fazladan ödediği depo kira bedeli veya seyahat masrafı müspet zararın hesabına dâhil edilmelidir. Benzer şekilde temerrüt ile ifadan vazgeçme anı arasında edimin değerinin arttığını ve şeyi bu yüksek değerden elinden çıkarabileceğini ispatlayan alacaklı, kusurlu borçludan yoksun kaldığı bu kârı talep edebilir[599]. Yine, temerrüt anından ifadan vazgeçme anına kadarki süreçte temerrüt sebebiyle üçüncü kişiye olan borcunu yerine getiremeyip ona tazminat veya ceza koşulu ödemek zorunda kalan alacaklı, bu zararını ifa yerine tazminat kapsamında borçludan talep edebilir. Buna karşılık, ifadan vazgeçme anından sonra edimin kendisinde meydana gelen değer artışı müspet zararın hesabında dikkate alınmaz[600].

TBK m. 125/II'de kusurdan bahsedilmemiştir. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan sorumluluktaki genel ilke olan kusur sorumluluğu burada da uygulanır. Bu bakımdan, borçlu kusurun her derecesinden sorumludur. Ancak, TBK m. 112 ve 118 gereğince burada da kusur karinesi mevcut olduğundan, tazminat ödemek istemeyen borçlu temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat etmekle yükümlüdür[601]. Bu sebeple, borçlu kusurlu olmasa bile bunu ispat edemediği sürece alacaklının müspet zararını tazmin etmek zorunda kalır. Diğer taraftan, borçlu ifa yardımcısı kullanırsa kusursuz sorumluluk söz konusu olur. Zararın varlığını ve miktarını ispat külfeti ise alacaklının üzerindedir.

---

[599] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502, 503; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 510. İlke olarak vazgeçme anının dikkate alınmasını savunan, istisnâen bu ihtimalde temerrüt anının dikkate alınabileceğini kabul eden görüş için bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 154.

[600] **von Tuhr/Escher,** s. 154; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 186c; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 503. Krş. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2770.

[601] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 24; **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 40; **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Bucher,** AT, s. 346, 379, 380; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 168; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 16; **Wiegand,** Recht 1983, s. 128; **Schwenzer,** OR, N. 66.26; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1143; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 508; **Erdoğan,** s. 239.

Kanunda müspet zarar talebinde bulunan alacaklının kendi edimi bakımından durumu düzenlenmemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, ifa yerine müspet zararın talep edildiği hâllerde sözleşme ortadan kalkmamakta, temerrüde düşülen borcun yerini tazminat borcu almaktadır. Buna karşılık alacaklının edim borcu ilke olarak devam etmektedir. İfadan vazgeçip müspet zararını isteyen alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir meseledir. Alacaklının kendi edimini ifa etmekle yükümlü olup olmadığı, özellikle kendi edimini elden çıkarmamadaki menfaati ve zararın hesabı bakımından önem arz etmektedir. Bu hususta mübadele veya fark yönteminin kabul edilmesine göre farklı sonuçlar ortaya çıkar. Bu husus aşağıda müspet zararın belirlenmesi başlığında ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir[602]. Kısaca belirtmek gerekirse, mübadele yönteminde alacaklı kendi edimini ifa eder, bunun karşılığında uğradığı müspet zararın tamamını elde eder. Fark yönteminde ise alacaklı kendi edimini ifa etmek yerine onun değerinin müspet zararın hesabında dikkate alınmasını talep eder[603]. Böylece zararın hesabında fark yöntemi uygulanırsa alacaklı kendi edimini elinde tutma imkânına sahip olur. Ancak, alacaklının ediminin değeri onun müspet zararı hesaplanırken toplam zarardan düşülür. Bununla birlikte, fark yöntemi yalnızca alacaklının kendi edimini henüz ifa etmediği durumlarda uygulanabilir. Zira fark yöntemi ifa edilmiş olan edimin iadesini talep hakkı vermez. Bu sebeple, alacaklı hâlihazırda kendi edimini ifa etmişse, zorunlu olarak mübadele yöntemi uygulanır.

---

602 Fark yöntemi ve mübadele yönteminin açıklaması için Bkz. Bölüm III, § 9, II.

603 *"...davada satış bedeli ile davacı alıcının olumlu zararı arasındaki fark tazminat olarak istendiğine göre, mahkemece ... (belirlenen) elma miktarı, temerrüt tarihindeki elma fiyatları ve gerekli giderlere göre davacının olumlu zararını belirlemek ve bulunacak tutardan satış bedeli 910.000 lirayı indirerek meydana çıkan farkın tazminat olarak davacıya ödenmesine karar vermekten ibarettir."*. 13. HD, 10.02.1986 T., 7669 E., 669 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729, 4730). *" Davacı, ... noksan teslim edilen 1.000 sandık limonun satış bedeli ile teslim için muayyen olan günün fiyatı arasındaki farkı isteyebilir."*. 13. HD, 07.03.1988 T., 6842 E., 1252 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732).

bbbb. Sözleşmeden Dönme ve Tazminat İsteme Hakkı

TBK m. 125'te aynen ifadan vazgeçen alacaklıya tanınan diğer seçimlik hak sözleşmeden dönmedir. Sözleşmeden dönmenin sonuçları aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması borçlunun kusuruna bağlı değildir[604]. Sözleşmeden dönen alacaklı, şartları varsa tazminat talep edebilir. Bu tazminatın konusu menfi zarardır. Buna karşılık, sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını talep edip edemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

aaaaa. Alacaklının Sözleşmeden Dönme Hakkı

Sözleşmeden dönme, alacaklının edimin ifasında menfaatinin kalmadığı veya kendi edimini geri almak istediği ya da müspet zarar talebinin yerine getirilip getirilmeyeceğinin şüpheli olduğu durumlarda alacaklıyı koruma amacı taşır[605]. TBK m. 125/III'e göre, sözleşmeden dönüldüğünde taraflar henüz ifa edilmemiş edimleri ifa yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, ifa edilmiş edimlerin de iadesini talep edebilirler.

Dönme hakkı, hukukî niteliği bakımından oybirliğiyle yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir[606]. Bununla birlikte, söz konusu yenilik doğuran hakkın türü

---

[604] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 102, N. 28; **von Tuhr/Escher,** s. 141, 142; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 108, 110, Art. 109, N. 4, 32; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 504; **Berki,** s. 276; **Feyzioğlu,** II, s. 263; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1147; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 511; **Buz,** Dönme, s. 110; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 16. Kusurun gerektiği yönünde bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 955.

[605] **von Tuhr/Escher,** s. 155; **von Büren,** s. 380; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 256, 257; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 1, Art. 109, N. 1, 2; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1143; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 951; **Buz,** Dönme, s. 66 vd.; **Serozan,** Dönme, s. 41, 42.

[606] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2795; **Keller/Schöbi,** s. 277 vd., 309; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 20; **Larenz,** I, s. 403; **Leser, Hans G.,** Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975, s. 163 vd.; **Ehrat,** s. 6; **Glasl,** s. 167 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 964; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1144; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 511 vd.; **Buz,** Dönme, s. 65, 75; **Buz,** YDH, s. 190, 193; **Hatemi/Gökyayla,** s. 260; **Serozan,** Dönme, s. 58; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 16; **Cansel/Özel,** s. 301; **Akıncı,** Borçlar, s. 239; **Öz, Turgut,** "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme

bakımından başlıca iki görüş ileri sürülmüştür. Klasik dönme görüşü olarak adlandırılan ilk görüşe göre, dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır[607]. Dönme beyanıyla birlikte, sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar[608]. Dolayısıyla, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar da doğdukları andan itibaren ortadan kalkar. Taraflar borçlarından kurtulurlar ve daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesi gerekir[609].

Yeni dönme veya dönüşüm görüşü (*Umwandlungstheorie*) olarak adlandırılan diğer görüşe göre, dönme değiştirici yenilik doğran bir haktır[610]. Buna göre, dönme ile sözleşme ortadan kalkmaz. Aksine, dönme beyanıyla birlikte sözleşmenin içeriği değişir ve ifa edilmiş olan edimlerin iadesine yönelik bir tasfiye ilişkisine dönüşür[611].

Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", İÜMHAD, 1985, C. 13, S. 16, s. 132.

[607] Dönme hakkını bozucu veya değiştirici yenilik doğuran hak olarak sınıflandırmanın yerinde olmadığı, birden fazla niteliği bünyesinde barındırdığı görüşü için bkz. **Buz,** Dönme, s. 74 vd.; **Buz,** YDH, s. 194, 195.

[608] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 109, N. 2; **von Tuhr/Escher,** s. 155; **von Büren,** s. 380; **Keller/Schöbi,** s. 277, 278, 309; **Ehrat,** s. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 964; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 504; **Feyzioğlu,** II, s. 415; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 951; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 511, 512; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 935; **Öz,** Eser, s. 33 vd; **Öz,** Dönme, as. 131 vd., 172.

[609] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 109, N. 3, 4; **von Tuhr/Escher,** s. 155, 156; **Keller/Schöbi,** s. 278, 309; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 965; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 504; **Feyzioğlu,** II, s. 263; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 951; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 511, 512. Krş. **Buz,** Dönme, s. 75.

[610] Bir görüş dönmeyi bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul etmekte ancak dönüşüm görüşünü benimsediğini ifade etmektedir. Diğer taraftan bu görüşe göre, dönme hâlinde edimlerin iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri ile sözleşmelere ilişkin hükümler yarışma hâlindedir. İade alacaklısı ister sebepsiz zenginleşme hükümlerine, ister sözleşme hükümlerine dayanır. **Hatemi/Gökyayla,** s. 261 vd. Görüldüğü gibi yazarlar klasik dönme ve yeni dönme görüşlerini birleştiren bir anlayışı savunmaktadırlar. Bu yaklaşımı, dönmenin niteliğine yönelik üçüncü bir görüş olarak kabul etmek mümkündür.

[611] Dönmenin bir organizma olarak kabul edilen borç ilişkisini ortadan kaldırmadığı, yalnızca içerdiği bazı edim yükümlülüklerini değiştirdiği fikri ilk defa Heinrich Stoll tarafından 1921 yılında ortaya atılmıştır. bkz. **Stoll, Heinrich,** Die Wirkungen des vertragsmässigen Rücktritts, Bonn 1921, Diss., s. 21 vd. Bu görüşte bkz. **Stoll,** AcP, s. 308, 309; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 262 vd.; **Larenz,** I, s. 403 vd.; **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 46 vd.; **Gauch, Peter,** System der Beendigung von Dauerverträgen,

Dönüşüm görüşüne göre dönmenin iki türlü etkisi vardır. Bunlardan ilki, dönmenin borçtan kurtarıcı etkisidir. Buna göre, henüz ifa edilmemiş edimler bakımından tarafların ifa yükümlükleri ortadan kalkar[612]. Borçtan kurtarıcı etki, sözleşmenin her iki tarafı için de geçerlidir. Dönmenin ikinci etkisi, taraflar arasında ifa edilmiş edimler bakımından bir "geri verme borç ilişkisi"[613] kurmasıdır. Gerçekten, sözleşmeden dönüldüğünde, taraflar daha önce aldıkları edimleri karşı tarafa iade etme borcu altına girerler[614].

Geri verme borcunun dayandığı hukukî sebep bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Klasik dönme görüşü taraftarlarının çoğunluğunun savunduğu sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, dönme sözleşme ilişkisini ortadan kaldırdığı için ifa edilmiş edimler hukukî sebepten yoksun kalmıştır. Bu sebeple, ifa

---

Freiburg Schweiz 1968, s. 207, 208; **Gauch, Peter,** "Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)", Recht, 1989/4, s. 122-128; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2804 vd.; **Fikentscher/Heinemann,** s. 322; **Furrer/Müller-Chen,** s. 557, 558; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146; **Serozan,** Dönme, s. 73 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 16; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 414 vd. Klasik dönme görüşüne katılmakla birlikte, yeni dönme görüşünün de haklı gerekçelere dayandığı görüşünde bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 952.

[612] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 805; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 59; **Larenz,** I, s. 403 vd.; **Fikentscher/Heinemann,** s. 321; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 414. Dönüşüm görüşünü kabul eden yazarlar arasında ifa edilmemiş borçların akıbeti bakımından iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Bazı yazarlara göre, ifa edilmeyen edimler ileriye etkili olarak ortadan kalkar. Bkz. **Fikentscher/Heinemann,** s. 321, 322; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2805; **Gauch,** Dauerverträgen, s. 207, dn. 1; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 59; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1145; **Akıncı,** Borçlar, s. 239. Diğer görüş ise borçlunun ifa edilmemiş edimler bakımından ifadan kaçınmaya ilişkin bir def'i hakkına sahip olduğu yönündedir. Bkz. **Serozan,** Dönme, s. 503; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 18.

[613] Almancada bu borç ilişkisini ifade etmek üzere *Rückabwicklungsschuldverhältnis* veya *Rückgewährschuldverhältnis* kavramları kullanılmaktadır. Bkz. **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26.

[614] **Larenz,** I, s. 403 vd.; **Fikentscher/Heinemann,** s. 321, 322; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2806; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 60, 62 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5; **Furrer/Müller-Chen,** s. 557, 558; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1145, 1146; **Akıncı,** Borçlar, s. 239; **Serozan,** Dönme, s. 503; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 16, 18.

edilen edimler, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre aynen veya değeri üzerinden geri istenir[615]. Edimlerin iadesi ve iade borcunun kapsamının yanında, zamanaşımı da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu için TBK m. 82'ye göre dönme bildiriminin ulaşmasından itibaren iki yıldır[616]. Burada "sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi" davası açılmalıdır[617].

Temelde klasik dönme görüşünü benimseyen yazarlardan bazılarına göre, dönme bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu için sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Bu bakımdan mülkiyet hakkının devrinin hukukî sebebi ortadan kalkmış olur[618]. Hukukumuzda kabul edilen sebebe bağlılık ilkesi uyarınca, hukukî sebep olan sözleşmenin yokluğu, tasarruf işlemini de etkiler[619]. Dolayısıyla mülkiyet hakkı karşı tarafa geçmemiş olur. Bu sebeple, edimlerin iadesi talebi aynî hakka dayanır[620]. Örneğin, alacaklı, taşınmazlar bakımından tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla verdiği şeyin iadesini ister[621].

Kanunî borç ilişkisi olarak adlandırılan bir görüş ise iade yükümlülüğünü TBK m. 125/III'e dayanan özel nitelikte bir kanunî geri verme borcu olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, davada sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 82'deki

---

[615] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 109, N. 4; **von Tuhr/Escher,** s. 155 vd.; **von Büren,** s. 380, dn. 82; **Feyzioğlu,** II, s. 263, 264; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 952; **Aybay,** s. 149; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 512; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 936. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması görüşü için bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 505; **Önen,** Borçlar, s. 214; **Önen,** Temerrüt, s. 98.

[616] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 952; **Feyzioğlu,** II, s. 264; **Önen,** Borçlar, s. 214; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 512, 513; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 936.

[617] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 952; **Önen,** Borçlar, s. 214; **Önen,** Temerrüt, s. 100; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 513.

[618] Buna dönmenin aynî etkisi görüşü de denilmektedir. Bkz. **Buz,** Dönme, s. 133 vd.

[619] **Keller/Schöbi,** s. 277, 278, 309; **Ehrat,** s. 156 vd.; **Buz,** Dönme, s. 134 vd.; **Öz,** Eser, s. 40; **Öz,** Dönme, s. 138 vd., 172.

[620] Bu görüşe, mülkiyetin devrinden sonra yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasının aktarılan hakkı geri döndürmeyeceği gerekçesiyle karşı çıkan görüş için bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s. 262.

[621] **Ehrat,** s. 156, 157; **Buz,** Dönme, s. 139; **Öz,** Dönme, s. 141.

iki yıllık kısa süre yerine, sözleşmelere ilişkin TBK m. 146'ya göre on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır[622]. Buna rağmen söz konusu görüş, geri verme borcunun kapsamının sebepsiz zenginleşme hükümlerine kıyasen belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir[623].

Dönüşüm (yeni dönme) görüşünü benimseyen yazarlar ise geri verme borcunun sözleşmeden doğan bir borç niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler[624]. Buna göre, iade borcunu sebepsiz zenginleşme veya aynî istihkak davasına dayandırmak isabetli değildir. Zira dönme, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp sadece içeriğini değiştirir. Geniş anlamda borç ilişkisi olan sözleşme hâlâ varlığını devam ettirmektedir. Sadece borç ilişkisinin içerdiği bazı hak ve yükümlülükler değişmiştir[625]. Bu bakımdan sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemez. Diğer taraftan aynî istihkak davasından bahsetmek de yerinde değildir. Çünkü kazanımın hukukî sebebi, yani sözleşme ortadan kalkmamıştır. Dönme, yalnızca sözleşmenin içeriğini değiştirmiş ve bir tasfiye ilişkisine dönüştürmüştür. Tarafların aldıklarını geri verme borcu bu tasfiyeye yönelik borç ilişkisine dayanmaktadır[626].

---

[622] **BK OR-Becker,** Art. 109, N. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 968.

[623] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 968; Federal mahkeme de bazı eski kararlarında bu görüşü benimsemiştir. Bkz. BGE 60 II 27 vd.; 61 II 256 vd.; 63 II 252, 258; (**Eren,** Borçlar Genel, s. 1146, dn. 396'dan naklen).

[624] **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 265; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5, 6; **Wiegand, Wolfgang,** "Die Leistungsstörungen, 2. Teil: Verzug und Schlechterfüllung", Recht 1984, s. 13; **Fikentscher/Heinemann,** s. 322; **Larenz,** I, s. 403 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 60, 62 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2806; **Gauch,** Recht 1989, s. 123 vd.; **Furrer/Müller-Chen,** s. 558; **Akıncı,** Borçlar, s. 239; **Serozan,** Dönme, s. 90, 503; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 18; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 414. Ayrıca bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 952 vd.

[625] **Stoll,** Rücktritt, s. 22 vd.; **Stoll,** AcP, s. 308, 309; **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 262 vd.; **Larenz,** I, s. 406; **Fikentscher/Heinemann,** s. 321 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 46 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146.

[626] Federal mahkeme de yeni kararlarında bu görüşe katılmıştır. Örneğin bkz. BGE 114 II 157 vd.; 126 III 122; 132 III 233, 242.

Kanaatimizce üstün tutulması gereken dönüşüm görüşüne göre, sözleşme tarafların daha önce aldıkları şeyleri geri verme borcuna dönüşen içeriğiyle varlığını sürdürür. Dönme, geçmişe etkili sonuçlarını sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması şeklinde göstermez. Aksine dönmenin geçmişe etkisi, tarafların baştaki edim borçlarının yerine aldıklarını geri verme borcunun geçmesidir[627]. Bunun haricinde dönme ileriye etkili sonuçlar doğurur[628]. Geri verme borcu ifa edilmediği sürece mülkiyet veya alacak hakkı eski sahibine kendiliğinden geçmez. Bu borç ifa edildiğinde ise eski malik veya alacaklı bu haklarını tekrar kazanmış olur[629]. Bu bakımdan, geri verme borcunun konusu maddi bir edim, özellikle de bir şeyin teslimi ise şeyin aynen iade edilmesi, mülkiyetinin alacaklıya devredilmesi gerekir. Edim konusu eşyanın geri verilmesi dönme hakkının kullanılmasından sonra imkânsız hâle gelmişse, imkânsızlığın geri verme borçlusunun kusuruna dayanıp dayanmadığına göre TBK m. 112 veya 136 uygulanır[630]. Buna karşılık, eşyanın geri verilmesi dönme hakkının kullanılmasından önce imkânsız hâle gelmişse, eşyanın para olarak değeri geri verilir[631]. Bunun yanında, iadenin konusu olan eşyadan elde edilen doğal ürünler ve faiz de geri verilmelidir[632]. Diğer taraftan, geri verme borçlusunun eşyaya yaptığı

---

627 **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5; **Larenz,** I, s. 403; **Fikentscher/Heinemann,** s. 321, 322; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 47 vd; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146.

628 **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5; **Fikentscher/Heinemann,** s. 321; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146. Krş. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 47.

629 **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5, 6; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 53, 66; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146.

630 **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 7; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 271; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 74, 75. Ayrıca bkz. **Leser,** s. 176 vd.

631 **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 276; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1147. Krş. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 76 vd.

632 **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 266; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 67; **Fikentscher/Heinemann,** s. 325, 326; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146.

giderlerin TBK m. 80'e kıyasen kendisine ödenmesi gerekir[633]. Borcun konusu bir alacak hakkı ise bu durumda tekrar alacağın devri gerekir. Buna karşılık, yapmama veya katlanma edimlerinin geri verilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, bir hizmet veya şeyin kullanılmasının terki edimi de niteliği bakımından iadeye uygun değildir. Bu sebeple daha önce ifa edilmiş olan borcun konusu bu türden bir edim ise geri vermenin konusu zorunlu olarak edimin objektif piyasa değeridir[634]. Geri verme borcu sözleşmeden doğan bir borç niteliğindedir. Bu sebeple, on yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 146)[635]. Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarına göre, sözleşmeden doğan aslî borcu güvenceye alan rehin ve kefalet sözleşmeden dönme ile ortadan kalkmaz. Bunlar iade borçları için geçerli olmaya devam eder[636].

Dönme hakkının kullanılabilmesi bakımından borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olup olmadığının önemi yoktur. Çünkü dönme temerrüdün kusura bağlı olmayan sonuçlarındandır. Bu sebeple, borçlu, temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat ederek dönme hakkını ortadan kaldıramaz[637].

---

633 **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 266; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 68; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1146, 1147.

634 **BK OR-Becker,** Art. 109, N. 6; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 66, 69 vd.; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 266 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5; **Fikentscher/Heinemann,** s. 326.

635 **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 5. BGE 114 II 156; 132 III 233.

636 Serozana göre, kefalet belirli bir edimin değil, tüm sözleşme ilişkisinin ifa edilmesini güvence altına alır. Bu bakımdan, geri vereme yükümü de kefaletin kapsamına girer. Bu sebeple, kefaletin tersine dönen edimleri geri verme borçlarını güvenceye alması garipsenecek bir durum değildir. Bkz. **Serozan,** Dönme, s. 89. Buna karşılık, söz konusu teminatların, teminat sözleşmesinin amacına uygun olduğu hâllerde ve ölçüde iade yükümlülüğü için de geçerli olacağı, şüphe hâlinde uygun olduğunun varsayılacağı görüşü için bkz. **Fikentscher/Heinemann,** s. 322.

637 **Feyzioğlu,** II, s. 263; **Berki,** s. 276; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1147; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N.16; Aynı anlamda **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 936.

bbbbb. Sözleşmeden Dönen Alacaklının Menfi Zararını Talep Etme Hakkı

TBK m. 125/III'e göre, dönme hakkını kullanan alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın tazmin edilmesini isteyebilir. Yukarıda açıklandığı gibi, alacaklı, borçlu temerrüde düşmede kusursuz olsa bile dönme hakkını kullanabilir. Buna karşılık, dönme sonucunda meydana gelen zararın tazmini, ilke olarak borçlunun kusuruna bağlıdır. Bununla birlikte, kanunda borçlu aleyhine bir kusur karinesi kabul edilmiştir. Gerçekten, borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat edemediği sürece alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Doktrinde neredeyse oybirliğiyle, sözleşmeden dönen alacaklının yalnızca menfi zararını talep edebileceği kabul edilmektedir. Uygulama da bu yöndedir. Menfi zarar kavramı ve menfi zarar kapsamına giren zarar kalemleri yukarıda ayrıntılı şekilde açıklanmıştır[638]. Bu sebeple bu bölümde bahsi geçen konulara sadece kısaca değinilmiş, daha çok sözleşmeden dönme hâlinde menfi zararın özellik arz ettiği hâller açıklanmıştır.

Menfi zarar, bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına dair uyandırılan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır[639]. Bu bakımdan menfi zarar, sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olmasından doğan zarar olarak kabul edilmektedir. Oysa sözleşmeden dönmede, kurulması ve geçerliliği bakımından hiçbir problem bulunmayan sözleşmeden, borçlunun temerrüde düşerek alacaklının ifa menfaatini ihlal etmesi sonucunda dönülmektedir. Dolayısıyla, dönme hakkı esasen edim borcuna aykırılığın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan sözleşmeden dönmede menfi zarar, klasik menfi zarar tanımıyla bağdaşmaz. Başka bir ifadeyle, klasik menfi zarar tanımı sözleşmeden dönmede menfi zararı açıklamakta, hukukî zemine oturtmakta yetersiz kalmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu

[638] Bkz. Bölüm I, § 2, III ve IV; Bölüm II, § 4, II, E ve III, C.

[639] **Keller, M.,** s. 6 vd.; **Lüchinger,** N. 320 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 39, 40.

sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını değil, menfi zararını talep etme hakkı tanımayı tercih etmiştir[640].

Sözleşmeden dönmede alacaklının talep edeceği menfi zarar, bu sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu zarardır. Bu bakımdan menfi zarar, alacaklının malvarlığının sözleşmeden döndükten sonra arz ettiği durum ile bu sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olsaydı arz edeceği durum arasındaki farktır. Menfi zarar, fiili zarar ve kaçırılan fırsatları kapsar. Noter masrafları, seyahat masrafları, vergi, resim, harç veya pul giderleri gibi sözleşmenin kurulması için yapılan harcamalar fiili zarar kapsamında kabul edilir[641]. Benzer şekilde, haberleşme, seyahat, sigorta, depo, nakliye, devir ve tescil masrafları gibi sözleşmenin ifa edileceği düşüncesiyle edimin kabulü ve karşı edimin ifası için yapılan masraflar fiili zarar olarak değerlendirilmektir[642]. Ayrıca, ihtar, süre verme, dönme beyanı masrafları ile usul hukuku kurallarına göre giderilemeyen dava ve takip masrafları buraya dâhil olduğu gibi, alacaklının tasfiye ilişkisi içinde geri verme ve alma masrafları da fiili zarardır[643]. Sözleşmeden dönme sebebiyle, üçüncü kişilere olan borcun ifa edilememesi sonucu ödenen tazminat ve ceza koşulu da buraya dâhildir[644]. Yine, alacaklının kendi edim konusunu borçluya

---

[640] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm I, § 2, III.

[641] **Wiegand,** Recht 1984, s. 15; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 427; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080, 1148; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385, 519; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **İnan/Yücel,** s. 610; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 289.

[642] **von Tuhr/Escher,** s. 156; **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 342; **Keller, M.,** s. 262; **Wiegand,** Recht 1984, s. 15; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 88; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Lüchinger,** N. 280, 282; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 385; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **İnan/Yücel,** s. 610; **Hatemi/Gökyayla,** s. 262; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 291 vd.

[643] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 89; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1148; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Buz,** Dönme, s. 245. Krş. **Lüchinger,** N. 289; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 296.

[644] **Bucher,** AT, s. 342; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 90; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Keller, M.,** s. 262, 263; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 281; **Tandoğan,**

vermeseydi bundan elde edeceği doğal ve hukukî ürünler fiili zararın kalemlerindendir[645]. Kaçırılan fırsatlar ise alacaklının o sözleşmeyi yapması sebebiyle üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı için uğradığı zarardır[646]. Dönülen sözleşmeden elde edilmesi beklenen kâr, kaçırılan fırsat olarak değerlendirilemez[647].

Sözleşmeden doğan bir talep olması sebebiyle, menfi zararın tazmini talebi TBK m. 146'ya göre on yıllık zamanaşımına tabidir[648]. Bu süre, dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, yani tazminat talebinin muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar.

ccccc. Sözleşmeden Dönmede Müspet Zararın Talep Edilebilmesine İlişkin Görüşler ve Kanaatimiz

Doktrinde hâkim görüş dönme hâlinde yalnızca menfi zararın talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı verilmesini savunan görüşler de bulunmaktadır. Zira menfi zarar alacaklının ifa menfaatini karşılamaz ve miktar olarak çoğu zaman müspet zarardan daha azdır. Bu bakımdan sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararının tazmin edilebilmesi gerektiği savunulmaktadır. Diğer taraftan, yukarıda belirtildiği gibi edim borcuna aykırılık sebebiyle geçerli bir sözleşme ilişkisinden dönme, klasik menfi zarar

Mesuliyet, s. 428; **Kutlu Sungurbey,** s. 148; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1080; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Buz,** Dönme, s. 245.

645 **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 281; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1149.

646 **von Tuhr/Escher,** s. 156, 157; **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Bucher,** AT, s. 343; **Keller, M.,** s. 266; **Keller/Schöbi,** s. 279; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 95; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 9; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 428; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1149; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 931; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 519; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 14, N. 22; § 16, N. 5a; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 301.

647 **Furrer/Müller-Chen,** s. 558; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 956; **Önen,** Borçlar, s. 213.

648 **BK OR-Becker,** Art. 109, N. 4; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2812; **Buz,** Dönme, s. 275; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1149.

tanımıyla da bağdaşmaz. Bu sebeple, dönme üzerine tazmini talep edilebilecek zararın türü öteden beri tartışmalı bir konu olmuştur.

Hâkim görüş ve uygulama[649], sözleşmeden dönen alacaklının menfi zararını talep edebileceğini kabul etmektedir[650]. Gerçekten bu görüşe göre, TBK m. 125/III'te, *"sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zarar"*ın giderilmesinden bahsedilmektedir. Benzer şekilde, OR Art. 109/II'de, "*sözleşmenin hükümden düşmesinden kaynaklanan zarar (aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schaden)"* ifadesi kullanılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda menfi zarardan sorumluluğa ilişkin diğer hükümlerde (OR Art. 26/I, 39/I) de kullanılan bu ifade tarzı, kanun koyucunun sözleşmeden dönmede menfi zararın tazminini kabul ettiğini göstermektedir[651]. Bu görüşün diğer bir gerekçesi, TBK m. 125'te alacaklıya sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zarar ile sözleşmenin ifa

---

[649] 15. HD, 06.11.1996 T., 1996/4955 E., 1996/5792 K.; 15. HD, 03.02.1997 T., 1997/47 E., 1997/556 K.; 15. HD, 25.03.1998 T., 1998/868 E., 1998/1178 K.; 15. HD, 15.01.2015 T., 2014/1527 E., 2015/132 K.; 15. HD, 09.01.2019 T., 2018/3802 E., 2019/85 K.; 15. HD, 12.10.2017 T., 2017/1402 E., 2017/3411 K.; 15. HD, 13.01.2020 T., 2019/2199 E., 2020/14 K.; 15. HD, 07.11.2016 T., 2016/3998 E., 2016/4585 K.; 15. HD, 02.02.2017 T., 2015/5697 E., 2017/441 K.; 15. HD, 07.02.2019 T., 2018/2646 E., 2019/497 K.; 13. HD, 02.10.2003 T., 2003/6237 E., 2003/11099 K.; 13. HD, 07.03.2002 T., 2002/488 E., 2002/2221 K.; 23. HD, 29.11.2013 T., 2013/5442 E., 2013/7582 K.; 23. HD, 13.03.2014 T., 2014/374 E., 2014/1917 K.; 23. HD, 25.03.2014 T., 2014/2139 E., 2014/2277 K.; 23. HD, 09.10.2015 T., 2015/4159 E., 2015/6432 K. (HukukTürk); 15. HD, 17.04.1979 T., 1979/662 E., 1979/860 K. (Kazancı). Federal Mahkemenin de bu yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. BGE 44 I 507; 61 II 256; 90 II 294; 123 III 22.

[650] **BK OR-Becker,** Art. 109, N. 9; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 109, N. 7; **von Tuhr/Escher,** s. 156; **Bucher,** AT, s. 345, 379; **Keller, M.,** s. 180; **Hartmann,** Rückabwicklung, N. 738, 739; **Ehrat,** s. 184 vd; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 279, 280; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 8, 9; **Beobachter/Ruedin**, s. 146; **Berger, Bernhard,** Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, s. 595; **Kramer, Ernst A.,** Grundkurs Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009, s. 216; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 107, N. 14, 15, Art. 109, N. 4; **Jermann,** s. 36; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 950 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 505; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1147; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 518, 519; **Buz,** Dönme, s. 240 vd.; **Öz,** Eser, 284 vd.

[651] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 8; **Jermann,** s. 36; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 256. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 518, 519.

edilmemesinden doğan zarar arasında bir seçim hakkı verilmesidir. Buna göre, hükümde alacaklıya böyle bir seçim hakkı verilmesi, dönme üzerine talep edilecek zararın menfi zarar olduğunu göstermektedir[652]. Diğer taraftan, böyle bir seçim hakkına sahip olan alacaklı, sözleşmeden kendi iradesiyle döndükten sonra artık ifa menfaatini isteyemez[653]. Yine bu görüşe göre, dönmede müspet zararın kabul edilmesi, alacaklıya tanınan seçimlik hakların sayısında bir azalmaya sebep olacağı için kabul edilemez. Zira dönme hâlinde müspet zarar talep edilebilirse, ifadan vazgeçip fark yöntemine göre müspet zarar isteme hakkına ihtiyaç kalmaz[654].

Yukarıdaki görüşü savunan bazı yazarlara göre, sözleşmeden dönen alacaklıya menfi zararını talep hakkı tanınması Türk/İsviçre hukukuna özgü bir zenginliktir. Zira Türk/İsviçre kanun koyucuları, *Jhering*'in geçersiz veya irade sakatlığı sebebiyle iptal edilebilir sözleşmelerdeki menfi zarar öğretisini bir adım ileriye taşıyarak, sözleşmeden dönme hâlinde alacaklının menfi zarara uğrayacağını kabul etmiştir. Dönme hakkını kullanarak sözleşmenin kurulmasından önceki hâle dönmek isteyen alacaklıya, dönmenin bu durumu sağlamada yetersiz kaldığı hâllerde aynı amaca hizmet eden menfi zararını talep hakkı tanınması övgüye layıktır[655].

Doktrinde başka bir görüş ise, sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır[656]. Bu görüşü savunan

---

[652] **Buz,** Dönme, s. 265 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 256.

[653] **von Tuhr/Escher,** s. 156.

[654] **Buz,** Dönme, s. 266 vd.

[655] **Buz,** Dönme, s. 241, 272.

[656] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 5 vd., N. 83; **Glättli,** SJZ, s. 240 vd.; **Glättli,** Diss., s. 171 vd.; **Lemp,** s. 52, 53; **Simonius,** s. 254 vd.; **Boßhardt,** s. 81, 82; **Kutlu Sungurbey,** s. 140, dn. 101; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 969 vd.; **Serozan,** Dönme, s. 588 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 19. CISG ile bağlantılı olarak bkz. **Atamer,** CISG, s. 451. Mevzu hukuk bakımından sözleşmeden dönenin müspet zarar isteyemeyeceği, ancak de lege ferenda alacaklıya böyle bir hak tanınması gerektiği görüşünde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 260 vd.

yazarlardan bazıları dönmede menfi zararı tamamen reddederken, bazı yazarlar alacaklıya menfi veya müspet zarar arasında bir seçim hakkı tanımaktadır[657]. Bu görüşü savunanların gerekçeleri kısaca aşağıda ele alınmıştır.

İlk olarak, sözleşmeden dönen alacaklının tazminini talep edebileceği zararı, çoğu zaman müspet zarardan düşük olan menfi zarara hasretmek somut olay adaletine ve somut menfaatler durumuna aykırı sonuçlar doğurabilmektedir[658]. Bu görüşe göre sözleşmeden dönme ile müspet zarar birbirini dışlamaz[659]. Zira bazı hâllerde fiilen dönme ve müspet zarar bir arada bulunmaktadır. Örneğin, kendi edimini henüz yerine getirmemiş olan alacaklı fark yöntemine göre müspet zararının tazminini talep ettiğinde, tıpkı sözleşmeden dönmede olduğu gibi kendi edimini muhafaza edip, üstüne müspet zararını elde etmektedir[660]. Yine, kendi edimi para borcu olan alacaklı edimini ifa ettikten sonra müspet zarar istediğinde, fiilen kendi edimini geri almış ve müspet zararını tazmin ettirmiş olur[661]. Her iki durumda da sözleşmeden dönme ile

[657] Bir görüş ise sözleşmeden dönmede kuralın menfi zararın tazmini olduğunu, ancak TBK m. 125/III değiştirilerek veya yorumla TBK m. 35/II'ye benzer şekilde hakkaniyet ve sözleşme adaleti ilkeleri dikkate alınarak, gerektiğinde giderimin müspet zarar ve munzam zararı da kapsaması gerektiğini kabul etmektedir. Yazarlara göre bu şekilde hem sözleşme adaleti sağlanmış olur, hem de BGB sistemine yaklaşılmış olur. Bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s. 262, 263. Başka bir görüş ise, tarafların dönme hâlinde menfi zarar yerine müspet zararın talep edilebileceğini sözleşmeyle kararlaştırmasının mümkün ve geçerli olduğunu kabul etmekedir. Bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 506; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 936.

[658] **Serozan,** Dönme, s. 592. Ayrıca bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 7, 83; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 971.

[659] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 7, 83; **Lemp,** s. 53; **Glättli,** SJZ, s. 242; **Glättli,** Diss., s. 171 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 970, 971; **Kutlu Sungurbey,** s. 140, dn. 101; **Atamer,** CISG, s. 451.

[660] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 7a; **Lemp,** s. 52; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 971; **Serozan,** Dönme, s. 592; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 19. Fark yöntemi ile ilgili açıklamalar için bkz. Bölüm III, § 9, II, C.

[661] **Boßhardt,** s. 81; **Serozan,** Dönme, s. 594; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 19. Esasen kendi edimi para borcu olan alacaklı ister fark yöntemine göre ister mübadele yöntemine göre müspet zarar istesin bu sonuç değişmez.

müspet zarar fiilen bir araya gelmektedir[662]. Bu bakımdan, verilen örnekler aslında sözleşmeden dönme ile müspet zararın birbirini dışlamadığını açıkça göstermektedir. Hâkim görüş, alacaklının kendi edimini ifa ettiği hâllerde müspet zararın hesabında fark yönteminin uygulanamayacağını kabul etmektedir[663]. Bu görüş kabul edildiğinde yukarıda bahsedilen adaletsizlik daha açık şekilde gün yüzüne çıkmaktadır. Zira para edimini ifa etmiş olan alacaklının veya para dışındaki şey edimini ifa etmemiş olan alacaklının fark yöntemi ile elde ettiği bu imkânın, para dışındaki bir şey edimini ifa etmiş olan alacaklıya tanınmaması adil değildir. Böyle bir kabul, borçluya güvenerek kendi edimini ifa etmiş olan alacaklıyı cezalandırmak anlamına gelir. Bu durumda edimini ifa etmemiş olan alacaklıya fark yöntemi çerçevesinde tanınan ifa yükümlülüğünden kurtulma imkânı, edimini daha önce ifa etmiş olan alacaklıya da dönme ve müspet zararın tazmini ile sağlanmalıdır. Bu sebeple, sözleşmeden dönen ve edimini ifa etmiş olan alacaklı müspet zararını isteyebilmelidir[664].

Bu görüşteki bir yazara göre, sözleşmeden dönme hâlinde istenen zarar, menfi zararın yapısına uymamaktadır. Zira burada sözleşmenin kurulacağı yönünde uyandırılan bir güvenin ihlalinden bahsedilemez. Aksine geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmeden sonradan borca aykırılık sebebiyle dönülmektedir. Bu bakımdan, sözleşmeden dönmede, doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği

[662] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 7a. Bu bakımdan, fark yönteminin tazminat talebini menfi zararla sınırlandırmadan adeta "arka kapıdan" bir dönme hakkı sağladığı, böylece hâkim görüşün onaylamadığı dönme üzerine müspet zarar tazminine imkân tanıdığı yönünde bkz. **Glättli,** SJZ, s. 239.

[663] Buna göre, ifa edilmiş edimin iadesi, ancak sözleşmeden dönerek sağlanabilir. Bu sebeple, kendi edimini geri almak isteyen alacaklının sözleşmeden dönmekten başka çaresi yoktur. Sınırlı fark teorisi olarak adlandırılan bu görüş için bkz. Bölüm III, § 9, II, C, 3.

[664] **Lemp,** s. 52 vd. **Boßhardt,** s. 81, 82; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 19. Benzer yönde bkz. **Simonius,** s. 259 vd. Fark yönteminin benimsenmesinin aslında dönme ile müspet zararın birlikte istenemeyeceği iddiasını güçleştireceğini fark eden aksi görüşteki yazarların, bu uğurda fark yöntemini feda ederek, kanun koyucunun ifa yerine müspet zarar talebinde mübadele yöntemini benimsediğini ileri sürdükleri yönünde bkz. **Serozan,** Dönme, s. 593, 594.

yönündeki güvenin ihlalinden, yani borca aykırılıktan kaynaklanan bir zarar mevcuttur[665]. Sözleşmeden dönmede yalnızca menfi zararın talep edilebileceğini kabul eden yazarlar bile, TBK m. 125'in ifadesinde bir tutarsızlık olduğunu fark etmiş, ancak buna rağmen görüşlerinde ısrar etmiştir. Oysa menfi zarar kavramı aslında TBK m. 125'te tazmini öngörülen zararın iç yüzünü saklayan, somut gerçekliği çarpıtan bir kavramdır[666].

Dönmede müspet zarar talep edilebileceğini savunan görüşe göre, fesih hakkında müspet zararın tazmini kabul edilirken sözleşmeden dönmede kabul edilmemesi, dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı şeklindeki klasik görüşün artık aşılmış dogmasına dayanır. Oysa her iki hâlde de zararın sebebi sözleşmeye aykırı davranış olduğu için, böyle bir farklılığa gidilmemelidir. Alacaklı, fesih hâlinde olduğu gibi sözleşmeden dönmede de borçludan müspet zararını talep edebilir[667]. Ayrıca, sözleşme öncesi durumu sağlamayı amaçlayan dönme ile müspet zararın bir araya gelemeyeceği düşüncesi de yerinde değildir. Zira edimlerin değeri düşülerek hesaplanacak müspet zarar, görevi, amacı ve gerekleri dönme işleminden ayrı, ondan bağımsız bir taleptir[668]. Sözleşmeden dönme ile aynen ifa talebinin içeriği değişmekte, ancak sözleşmeye aykırılık olgusu ortadan kalkmamaktadır. Müspet zarar talebi, aslî edim yükümlülüklerini konu edinen dönmeye eşlik ederek onu tamamlamaktadır[669].

Başka bir açıdan bakıldığında, sözleşmeden dönmede yalnızca menfi zararın talep edilebileceğinin kabulü, alacaklının az masraf yaptığı ve başka bir sözleşme

---

[665] **Simonius,** s. 255, 256; **Serozan,** Dönme, s. 589. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 970.

[666] **Serozan,** Dönme, s. 589.

[667] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 19, 20.

[668] **Lemp,** s. 52; **Hornung,** s. 241, 265; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 971.

[669] **Serozan,** Dönme, s. 596.

fırsatını kaçırmadığı hâllerde adaletsiz sonuçlar doğurur. Zira bu ihtimalde alacaklının menfi zarar olarak talep edebileceği dikkate değer bir zararı bulunmadığı için, borçlunun borca aykırı davranışı yaptırımsız kalmış olur. Oysa sözleşmeden dönmeye sebep olan, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışıdır. Böyle bir ihtimalde en adil çözüm sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı verilmesidir[670].

Kanaatimizce, meseleyi olan ve olması gereken hukuk bakımından ele almak gerekir. Mevzu hukuk bakımından temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklıya yalnızca menfi zararı talep hakkı tanınmıştır. Gerçekten, TBK m. 125/III'e göre, sözleşmeden dönen alacaklı, kusurlu olmadığını ispatlayamayan borçludan "sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararların" giderilmesini isteyebilir. Bu hükmün karşılığı olan OR Art. 109/II'de[671] ise "sözleşmenin hükümden düşmesinden kaynaklanan zarar" tabiri tercih edilmiştir. Her ne kadar sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zarar ifadesi geniş yorumlanarak, bu hükmün aynı zamanda ifa menfaatini kapsadığı, dolayısıyla burada müspet zarar istenebileceği iddia edilebilirse de[672], kanaatimizce böyle bir yorum tarzını kabul etmek isabetli olmaz. Zira menfi zararı düzenlediği oybirliğiyle kabul edilen OR Art. 26/I ve 39/I'de de birebir aynı ifade kullanılmaktadır. Aynı şekilde, menfi zararı düzenleyen TBK 35/I'de, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeple, hükmün lafzından hareket edildiğinde, sözleşmeden dönen alacaklının talep edebileceği zararın menfi zarar olarak kabul edildiği açıktır. Üstelik maddenin gerekçesinde açıkça, dönme hâlinde istenecek zararın menfi zarar olduğu

---

[670] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 264.

[671] Bu maddenin son hâline gelene kadar geçirdiği evreler hakkında tarihi bilgi için bkz. **Glättli,** Diss., s. 136 vd. Ayrıca bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 6.

[672] Bkz. **Serozan,** Dönme, s. 589 vd. Dotrinde haklı olarak bu ifade tarzının isabetli olmadığı, çünkü sözleşmenin hükümsüz kalması hâlinde alacaklının ifa menfaatini de kaybedeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte yazar, OR revizyonu hakkında Federal konsey raporundan hareketle kastedilenin menfi zarar olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 86, dn. 22.

vurgulanmıştır[673]. Diğer taraftan TBK m. 125'te alacaklıya tanınan seçimlik haklardaki borcun ifa edilmemesinden doğan zararlar ve sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zararlar şeklindeki ayrım, dönmede menfi zarar tazminatının kabul edildiğini göstermektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, kanun koyucunun iradesinin sözleşmeden dönen alacaklıya yalnızca menfi zararını talep etme hakkı tanımak yönünde olduğu ortaya çıkar. Bu sebeple, mevzu hukuk bakımından hâkim görüşe uygun olarak, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönen alacaklının yalnızca menfi zararını talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu bakımdan, TBK m. 125/III kapsamında sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını talep etmesi mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki mevcut durum yukarıda açıklandığı gibi olmakla birlikte, kanaatimizce sözleşmeden dönen alacaklıyı menfi zararını talep etmeye mecbur kılmak isabetli değildir. Böyle bir kabul işin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk değil, kanun koyucunun tercihinden ibaret bir durumdur. Gerçekten, kanun koyucu 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da tercihini sözleşmeden dönen alacaklının talep edebileceği zararı menfi zararla sınırlamaktan yana kullanmıştır. Bununla birlikte, söz konusu tercihin çağın gelişmelerini yakalamaktan uzak, artık eskimiş bir fikirde ısrar eden bir yaklaşım olduğunu belirtmek gerekir[674]. Gerçekten modern hukuktaki gelişmeler, sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını talep etme imkânı tanıma yönündedir.

---

[673] Gerçekten, TBK m. 125'in gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: *"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.".*

[674] Bununla birlikte, geçmişte kabulün hep bu yönde olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, hâkim görüşe göre 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 124'te sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararını talep etme imkânı tanınmıştı. Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 6; **Lemp,** s. 40, 41; **Glättli,** Diss., s. 133, 134, 136; **Boßhardt,** s. 81.

Alman hukukunda 2002 reformundan önce sözleşmeden dönme hâlinde alacaklıya herhangi bir tazminat talep etme hakkı verilmemişti. Bu sebeple sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını talep edemeyeceği kabul edilmekteydi[675]. Buna karşılık, reformla birlikte durum baştan aşağı değişmiştir. Gerçekten, BGB § 323'e göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâlinde alacaklı diğer imkânlara ek olarak sözleşmeden dönebilir[676]. BGB § 325'e göre ise sözleşmeden dönme, tazminat isteme hakkını engellemez. Böylece Alman hukukunda sözleşmeden dönme ve zararın tazmini birbirinden bağımsızlaştırılmış, kendi kurallarına tabi kılınmıştır[677]. Bu bakımdan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönen alacaklı bunun yanında ifa yerine müspet zarar tazminatı isteyebilir (BGB § 325)[678]. Avusturya hukukunda da durum aynıdır. Temerrüt hâlinde alacaklı aynen ifa ile birlikte gecikme zararını isteyebilir veya makul bir süre vererek bu süre sonunda sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönen alacaklı borçludan müspet zararını talep edebilir. Gerçekten, ABGB § 921'e göre, sözleşmeden dönme müspet zararın tazmini talebini etkilemez[679]. Aynı yaklaşım İtalyan Medeni Kanunu (Codice Civile) Art. 1453'te de kabul edilmiştir[680]. Fransız hukukunda ise borçlu temerrüde düştüğünde, alacaklı ifa etmeme veya kötü ifada Art. 1217 CC'de kendisine tanınan beş imkândan birini seçebilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, bu talepler birbirleriyle uyumlu olduğu sürece birleştirilebilir ve zarar talebi her zaman diğer haklarla birleştirilebilir. Bu bakımdan sözleşmeden dönme ile müspet zarar

[675] **Staudinger/Schwarze,** § 325, N. 2, 3; **Lemp,** s. 41.

[676] **Fikentscher/Heinemann,** s. 294.

[677] **MüKo/Ernst,** § 325, N. 4; **Fikentscher/Heinemann,** s. 296.

[678] **MüKo/Ernst,** § 325, N. 2, 3, 5 vd.; **Staudinger/Schwarze,** § 325, N. 2 vd., özellikle N. 15; **Fikentscher/Heinemann,** s. 294 vd.

[679] **KBB/Bydlinski,** § 918, N. 3, 19; § 921, N. 3; **Rabl, Christian,** Schadenersatz wegen Nichterfüllung, Wien 1998, s. 30.

[680] Bkz. **Atamer, Yeşim M./Eggen, Mirjam,** "Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts - eine Übersicht", ZBJV, 11/2017, s. 754.

birleşebilir[681]. Benzer şekilde İngiliz hukukunda da önemli sözleşme ihlali hâlinde dönme ile müspet zararın birlikte talep edilebileceği kabul edilmektedir[682].

Yukarıda sayılan ulusal hukuk düzenlemelerinin yanında, uluslararası hukuk metinlerinde de durum aynıdır. Gerçekten, PICC 7.3.5/II ve 7.4.2 ile PECL 8: 102 ve 9: 502'de dönmenin tazminat hakkını ortadan kaldırmadığı belirtilerek, tazminatın yoksun kalınan kâr dâhil olmak üzere ifa etmemeden kaynaklanan tüm zararları, yani müspet zararı kapsadığı ortaya konmuştur. Yine, Viyana Satım Sözleşmesi'nde (CISG) zararın tazmini m. 74 vd.'nda, dönmenin sonuçları ise m. 81 vd.'nda düzenlenerek, dönme ile tazminat birbirinden ayrılmıştır. Alacaklı, şartlar gerçekleşip sözleşmeden döndüğünde tazminat hakkını kaybetmez (CISG, m. 81/I). CISG sisteminde açıkça müspet veya menfi zarar tabirleri kullanılmamakla birlikte, CISG m. 74'e göre tazminat, yoksun kalınan kâr da dâhil olmak üzere sözleşmenin ihlali sonucu ortaya çıkan zararın tamamını kapsar. Dolayısıyla tazminat, alacaklının ifa menfaatini konu edinir. Bu bakımdan sözleşmeden dönen alacaklının talep edeceği zarar, müspet zarardır[683].

Yukarıda açıklanan ulusal ve uluslararası düzenlemeler açıkça göstermektedir ki modern hukukta sözleşmeden dönme ile müspet zararın birlikte talep edilemeyeceği dogması artık yıkılmış, sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını talep edebileceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan sözleşmeden dönen alacaklının müspet zarar talep edemeyeceği görüşü olmazsa olmaz bir kural değildir. Gerçekten, dönme ile müspet zararın birleşmesini dışlayan bir mantık kuralı mevcut olmadığı gibi, kurumların niteliğinden kaynaklanan herhangi bir engel de bulunmamaktadır. Aksine,

---

[681] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 8; **Glättli,** SJZ, s. 243; **Atamer/Eggen,** s. 753, 754.

[682] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 8. Ayrıca bkz. **Atamer/Eggen,** s. 754.

[683] Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 8; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, (Schwenzer),** Art. 74, N. 10; **Yılmaz,** s. 179; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 262; **Zeytin,** CISG, s. 295, 299.

sözleşmeden dönmede tazminat hakkı tanımamak, tazmini istenebilecek zararı menfi zararla sınırlamak veya müspet zarara cevaz vermek tamamen hukuk politikasından kaynaklanan bir tercih meselesidir[684]. Hâl böyleyken, Türk kanun koyucusu oldukça yeni tarihli olan Türk Borçlar Kanunu'nda talihsiz bir şekilde iradesini sözleşmeden dönmede yalnızca menfi zarar tazminatına izin vermekten yana ortaya koymuştur.

Olması gereken hukuk bakımından, alacaklıya sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararını talep etme imkânı tanınmalıdır. Diğer taraftan, kanaatimizce dönme durumunda talep edilebilecek tazminatı yalnızca müspet zarara hasretmek de isabetli olmaz. Bunun yerine, sözleşmeden dönen alacaklıya, müspet zararının veya menfi zararının tazminini talep etmek hususunda bir seçimlik hak tanınmalıdır[685]. Zira sözleşmeden dönmede menfi zarar talep etmeyi engelleyen bir sebep de bulunmamaktadır. Böylece, alacaklı menfaatine daha uygun olduğunu düşündüğü zarar türünü talep etme imkânına kavuşmalıdır[686].

[684] **Lemp,** s. 53; **Glättli,** SJZ, s. 241 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 260. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu hazırlanırken ilk komisyon taslağında sözleşmeden dönen alacaklıya herhangi bir tazminat isteme hakkı verilmemiştir. Ancak daha sonra yapılan değişiklikler sonucu sözleşmeden dönen alacaklıya menfi zararını talep etme hakkı tanınmıştır. Bkz. **Lemp,** s. 40, 41, 43; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 6; **Glättli,** Diss., s. 133, 136 vd.

[685] Benzer görüşte bkz. **Glättli,** SJZ, s. 241, 243; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 267; **Gündüz,** s. 182 vd. Kusur sorumluluğu çerçevesinde müspet zarar, kusursuz sorumluluk çerçevesinde ise menfi zarar talep etme hakkı tanınması gerektiği görüşünde bkz. **Schwenzer,** OR, N. 66.34.

[686] Alacaklı bu sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olsaydı içinde bulunacağı duruma gelmek istiyorsa menfi zararını, sözleşmenin ifa edilmiş olması hâlindeki duruma gelmek istiyorsa da müspet zararını talep eder.

Kanaatimizce dönmenin sözleşme ilişkisine etkisi bakımından tercih edilen görüş de bu durumu değiştirmez[687]. Gerçekten, doktrinde haklı olarak belirtildiği[688] ve yukarıda diğer hukuk sistemlerinin incelenmesinde açıkça görüldüğü üzere, sözleşmeden dönme ile alacaklının uğradığı zararın tazmini, şartları ve sonuçları bakımından birbirinden bağımsızdır[689]. Bunun en açık ispatı, TBK'nın şu anki hâlinde bile dönme için kusurun aranmaması, zarar gideriminin ise kusura bağlı olmasında ortaya çıkar. Bu sebeple, dönmenin niteliği bakımından klasik görüş veya dönüşüm görüşünü tercih etmek, tazminat bakımından menfi veya müspet zarardan birini zorunlu olarak tercih etmek anlamına gelmez. Doktrinde dönme bakımından aynı görüşü benimseyen yazarların tazmin edilecek zarar bakımından birbirinden ayrılması

[687] Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 262, 263. Doktrinde aksi yönde bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönünce müspet zarar istenemeyeceği yönündeki kabul, klasik dönme görüşünün eseridir. Zira, klasik dönme görüşüne göre sözleşme ilişkisi baştan itibaren ortadan kalktığı için yalnızca menfi zarar talep edilebilir. Ortadan kalkmış bir sözleşmede müspet zarar istenemez. Dönüşüm görüşünün kabul edilmesiyle birlikte, bu dogma yıkılmış ve artık sözleşmeden dönme ile müspet zararın birleşebileceği kabul edilir hâle gelmiştir. Bkz. **Glättli,** SJZ, s. 240 vd.

[688] **Lemp,** s. 52; **Hornung,** s. 241, 265; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 971; **Serozan,** Dönme, s. 596; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 262, 263.

[689] Zira dönme sözleşme ilişkisinin ve edim borçlarının kaderiyle ilgili bir meseledir. Gerçekten, klasik görüş kabul edilirse dönme sözleşme ilişkisini ortadan kaldırır, ifa edilmemiş edimler sona erer, ifa edilmiş edimlerin ise iadesi yükümlülüğü doğar. Diğer taraftan dönüşüm görüşü kabul edilirse sözleşme içeriği değişerek varlığını sürdürür, tasfiye ilişkisine dönen bu borç ilişkisinde ifa edilmemiş edimler sona erer, ifa edilmiş edimlerin ise yine sözleşme ilişkisi kapsamında iadesi yükümlülüğü doğar. Sonuçta, her iki görüşte de dönme, sözleşme ilişkisi ve tarafların edimleri üzerinde etkiler doğurur. Buna karşılık borca aykırılık olgusu ve meydana gelen zararın tazmini dönmeden bağımsız bir meseledir. Sözleşmeden dönme ile tazminat yükümlülüğünün aynı borca aykırı davranışı temel alması, bunların ayrı kurumlar olduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca bkz. **Hornung,** s. 241 vd.; **Serozan,** Dönme, s. 596; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 263. Diğer taraftan, klasik görüş taraftarlarından bazıları her ne kadar sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kalktığını savunsalar da zararın tazmini konusuna gelince bunun borca aykırılıktan kaynaklanan bir zarar olduğunu, sözleşmesel nitelikli olduğunu kabul etmektedirler. Bu konuda bkz. **Lemp,** s. 53; **Hornung,** s. 243, 244. Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Glättli,** SJZ, s. 240 vd.

veya farklı görüşü benimseyen yazarların zarar bakımından aynı görüşü paylaşması da ortada böyle bir zorunluluk olmadığını göstermektedir[690].

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, temerrütte alacaklıya tanınan haklar arasındaki ayrım, günlük hayatta çoğu insan tarafından bilinmemektedir. Hatta çoğu hukukçunun bile söz konusu ayrımları tam anlamıyla kavrayamadığı inkâr edilemez bir gerçektir[691]. Sözleşmenin karşı tarafı edimini zamanında ifa etmediğinde, alacaklı, kendi edimini ifada özel bir menfaati olmadığı sürece, ifa yükümlülüğünden kurtulup veya verdiğini geri alıp tüm zararını tazmin etmek ister. Sahip olduğu seçimlik hakları bilmeyen alacaklının bu amaçla sözleşmeden döndüğünü bildirdiği hâllerde, ona bu yolu seçtiği gerekçesiyle müspet zararını tazmin imkânı tanımamak hakkaniyete uygun değildir. Diğer taraftan, doktrinde, sözleşmeye aykırılık gerçekleştiğinde alacaklının her şeyden önce kendi edimini kurtarmayı düşüneceği, bu amaçla ilk fırsatta sözleşmeden döneceği, uğradığı zararı ve borçlunun kusurlu olup olmadığını kestiremediği için zararını talep etmeyi daha sonraya bırakacağı ifade edilmektedir.

---

[690] Örneğin, dönüşüm görüşünü benimseyen ve müspet zararın tazminini savunan görüş için bkz. **Serozan,** Dönme, s. 588 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 19. Buna karşılık, dönüşüm görüşünü benimsemesine rağmen, menfi zararın tazmininden yana olan görüş için bkz. **Glasl,** s. 117; **Lüchinger,** N. 225, 255; **Eren,** s. 1147 vd. Diğer taraftan, dönme bakımından yasal borç ilişkisi görüşünü benimseyen, ancak zarar bakımından müspet zararın tazminini mümkün gören görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 969 vd.

[691] Gerçekten, uygulamada "sözleşmeden dönüp müspet ve menfi tüm zararların tazmini" veya "sözleşmeden dönüp müspet zararın tazmini" gibi taleplere sıkça rastlanmaktadır. Bu sebeple mevcut sistem içerisinde ortaya çıkan problemleri aşabilmek için yorum yoluyla alacaklının gerçek iradesi tespit edilmeye çalışılmaktadır. Ancak bu konuda tutarlı ve adil bir uygulama sağlandığını kabul etmek güçtür. Örneğin, müspet zararını talep eden alacaklı aynı zamanda sözleşmeden döndüğünü veya sözleşmeyi feshettiğini de belirtmişse, bazı durumlarda sözleşmeden dönmediği kabul edilmektedir. Örneğin bkz. 15. HD, 01.03.1999 T., 1998/5056 E., 1999/705 K. (**Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 264, dn. 411'den naklen). Buna karşılık bazı durumlarda sözleşmeden dönme ifadesini kullanan alacaklının, müspet zararı talep etmiş olsa bile sözleşmeden döndüğü kabul edilmektedir. Bkz. 15. HD, 16.09.2003 T., 2003/578 E., 2003/3937 K.; 15. HD, 23.10.2003 T., 2003/1873 E., 2003/4992 K.; 15. HD, 18.03.2008 T., 2007/2159 E., 2008/1743 K.; 15. HD, 15.02.2010 T., 2009/1062 E., 2010/776 K.; 15. HD, 06.04.2015 T., 2015/492 E., 2015/1763 K. (HukukTürk).

Bu durumda alacaklıyı müspet zararını talep hakkından mahrum bırakmak, somut gerçekliği görmezden gelmektir[692].

Yukarıda açıklandığı gibi, alacaklıya dönme hâlinde yalnızca menfi zararını talep etme hakkı tanımak bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, para dışındaki bir şey edimini ifa etmemiş olan alacaklı ifa yerine müspet zarar talep edip zararın fark yöntemine göre hesaplanmasını seçtiğinde kendi edimini elinde tutabilmektedir. Buna karşılık sözleşme ilişkisine ve karşı tarafa güvenerek edimini ifa etmiş olan alacaklının fark yöntemi çerçevesinde edimini geri alma imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklı kendi edimine tekrar kavuşmak istiyorsa zorunlu olarak sözleşmeden dönme yolunu tercih eder. Ancak bu hâlde ona müspet zararı tazmin imkânı tanınmamaktadır. Bu durumda sözleşme ilişkisine bağlı kalan ve edimini ifa etmiş olan alacaklı daha iyi korunacağı yerde daha kötü bir hâle konulmuş, usulüne uygun davranışı sonucunda cezalandırılmış olur[693].

Sözleşmeden dönen taraf alacaklı olmakla birlikte buna sebep olan borçlunun sözleşmeye aykırı davranışıdır. Bu bakımdan, borçlunun kusurlu sözleşmeye aykırı davranışının faturasını alacaklıya kesmemek gerekir. Bu sebeple, alacaklıya sözleşmeden dönse bile müspet zararını talep hakkı tanınmalıdır. Aksinin kabulünü gerektirecek bir zorunluluk da bulunmamaktadır[694]. Üstelik sözleşmeden dönen alacaklıya yalnızca menfi zararını talep hakkı veren mevcut sistemde, alacaklının sözleşmeye ilişkin az masraf yaptığı ve başka bir sözleşme fırsatını kaçırmadığı hâllerde bu adaletsizlik daha çarpıcı hâle gelmektedir[695]. Zira bu hâlde alacaklının talep edebileceği menfi zararı ya yoktur ya da çok azdır. Bu bakımdan menfi zararın tazminini talep etmesinin onun açısından bir anlamı yoktur. Böyle bir ihtimalde,

[692] **Serozan,** Dönme, s. 595.

[693] **Serozan,** Dönme, s. 593, 594. Ayrıca bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 7, 83.

[694] Aynı yönde bkz. **Serozan,** Dönme s. 595.

[695] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 264.

kusuruyla borca aykırı davranan borçlunun bu davranışı yanına kâr kalmaktadır. Diğer taraftan, böyle bir ihtimalde tazminatın amacının cezalandırmak değil zararı gidermek olduğunu ileri sürerek savunduğumuz fikre karşı çıkmak da yerinde olmaz. Zira açıkça görülmektedir ki borçlunun kusurlu davranışı sebebiyle alacaklının ifa menfaati ihlal edilmiş, tazmini gereken bir zarar meydana gelmiştir[696]. Borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda sözleşmeden dönen alacaklının ihlal edilen ifa menfaatini telafi etmenin en makul yolu ise ona müspet zararını talep hakkı verilmesidir.

Başka bir açıdan bakıldığında, ifa yerine (ifadan vazgeçerek) müspet zarar talebi alacaklının sözleşmedeki ifa menfaatini her zaman tam olarak koruyamaz. Zira müspet zararın tazmininde bile hâlâ eksik kalan bir mesele bulunmaktadır; alacaklının o sözleşmeyi yapma amacı, yani kendi edimi karşılığında karşı edime kavuşma menfaati. Gerçekten, alacaklı kendi edimini karşı tarafa vermeyi, karşı edimi elde edebilmek amacıyla taahhüt etmektedir. Bu bakımdan, alacaklı bazı hâllerde kendi edimini kaybederken, karşılığında elde etmeyi amaçladığı şeye kavuşamamaktadır[697]. Meseleyi iki açıdan ele almak gerekir. Alacaklının edimi para borcuysa çoğu durumda ifa yerine müspet zararın tazminiyle sözleşmedeki menfaati tam olarak karşılanmış olur. Zira alacaklı müspet zararın tazminiyle aynı zamanda dolaylı olarak kendi edimine de tekrar kavuşmuş olur. Dolayısıyla kendi edimini kaybetmemiş olan alacaklı, başka bir sözleşme yaparak amaçladığı edime kavuşabilir[698]. İkinci olarak, alacaklının kendi edimi para dışında bir şey borcuysa ve edimini ifa etmediyse fark yönteminin uygulanmasıyla kendi edimini elde tutacağı için çoğu zaman başka bir

[696] Aynı yönde bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 264.

[697] Bkz. **Glättli,** SJZ, s. 234.

[698] Burada, borçlunun ediminin parça borcu niteliğinde olduğu istisnaî hâllerde, alacaklının başka bir yerden o edimi elde etme imkânı olmadığı için sözleşmedeki amacına kavuşamadığı söylenebilir. Bununla birlikte bu problem çözülmesi mümkün olmayan bir meseledir. Zira böyle bir ihtimalde artık alacaklının o edime kavuşma imkânı kalmamıştır. Sözleşmeden dönme ile birlikte müspet veya menfi zararı talep imkânı tanınması da bu probleme çözüm değildir.

sözleşme yaparak amaçladığı edime kavuşabilir[699]. Buna karşılık, para dışındaki şey edimini ifa etmiş olan alacaklı, ifa yerine tazminatta ne fark yönteminde ne de mübadele yönteminde kendi edimini geri alma imkânına sahip değildir. Sonuçta, alacaklı kendi edimini elden çıkarmış, karşılığında sözleşme ilişkisine girerken elde etmeyi amaçladığı edimi değil, onun yerine bir miktar parayı elde etmiş olur. Diğer taraftan, burada karşı edimi elde etme amacını gerçekleştirebilmek için alacaklıyı aynen ifada ısrar etmeye zorlamak da yerinde değildir. Zira karşısındaki borçlu zaten borcunu zamanında ifa etmeyerek temerrüde düşmüş, üstüne verilen ek sürede edimini ifa etmemiştir. Teorik olarak alacaklının hâlâ aynen ifayı talep etme hakkı bulunsa da onu bu yola yönlendirmek, çoğu zaman sonuç alınamayacağı için anlamsız kalır[700].

Doktrinde dönme ile müspet zararın birleşebileceğini kabul eden bir görüş, sözleşmeden dönmede yalnızca fark yönteminin, ifa yerine müspet zararda ise yalnızca mübadele yönteminin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir[701]. Buna göre, böylece seçimlik hakların azalacağı yönündeki endişe de ortadan kalkmış olur[702].

---

[699] Yine burada da borçlunun ediminin parça borcu olduğu hâllerde alacaklının böyle bir imkânı bulunmamakla birlikte, bu durum müspet zararın niteliğinden değil, genel olarak nakdî tazminat kurumunun niteliğinden kaynaklanmaktadır.

[700] Krş. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 265, dn. 412.

[701] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 266.

[702] Doktrinde bir görüş dönme ile birlikte müspet zarar talebine imkân tanınırsa TBK m. 125'te alacaklıya tanınan seçimlik hakların sayısının azalacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, dönme ile birlikte müspet zarar talebi hakkı tanınırsa, alacaklının fark yöntemine göre müspet zarar talep etmesi ile sözleşmeden dönmesi arasında pratik bakımdan hiçbir fark kalmaz. Buna göre, alacaklıya sözleşmeden dönerek müspet zarar talep etme hakkı tanınırsa fark yöntemi anlamsız ve gereksiz hâle gelir, ifa yerine tazminat mübadele yöntemine hasredilir. Buna karşılık, alacaklıya ifa yerine tazminat talebinde ifa ettiği edimini geri alma hakkı da tanınırsa (mutlak fark yöntemi) sözleşmeden dönme müspet zarar talebinin içinde erir, anlamsız hâle gelerek tarihe karışır. Sonuçta, ya fark yöntemi ya da dönme bağımsız varlığa sahip bir hukukî kurum olma niteliğini kaybeder. **Buz,** Dönme, s. 265 vd. Alacaklıya dönme ile birlikte müspet zararı talep etme imkânı tanındığında fark yönteminin eski önemini yitireceği doğrudur. Ancak bu durum fark yönteminin artık işlevsiz ve gereksiz bir kurum hâline dönüşeceği anlamına gelmez. Gerçekten, aşağıda açıklandığı gibi, mutlak fark yöntemi hâkim görüş tarafından haklı olarak kabul edilmemektedir (Bölüm III, § 9, II, C ve D). Bu sebeple, kendi

Kanaatimizce, sözleşmeden dönmede müspet zararın fark yöntemine göre hesaplanması mantıkî bir zorunluluktur[703]. Zira mübadele yönteminin uygulanması alacaklının edimini ifa etmesini gerektireceğinden dönmenin mantığına aykırıdır. Buna karşılık, yazara göre fark yöntemi sadece ticari satışlarda kabul edilmiş istisnaî bir yöntem olduğu için, ifa yerine müspet zarar talebinde uygulanmaz[704]. Kanaatimizce yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda bahsedilen aynı mantıkî zorunluluk, ifa yerine müspet zarar talebinde mübadele yönteminin uygulanması bakımından mevcut değildir. Bu sebeple, ifa yerine tazminatta, karşı edim ifa edilmediği sürece fark yönteminin uygulanması mümkündür. Bugün hâkim görüş de ifa yerine müspet zarar talebinde sınırlı fark yönteminin uygulanmasını kabul etmektedir. Yazarın görüşünün faydası seçimlik haklar arasındaki şeklî sınırı keskinleştirmekten ibarettir. Gerçekten, bu görüş kabul edilirse, edimini ifa etmek isteyen alacaklının gidebileceği yol ifa yerine tazminat iken, ifa etmek istemeyen alacaklının gidebileceği tek yol sözleşmeden dönmek olur. Böylece ifa yerine tazminat ile sözleşmeden dönüp müspet zarar talep etme arasında

---

edimini ifa eden alacaklı ifa yerine müspet zarar talebi kapsamında fark yöntemine başvuramaz. Buna karşılık, kendi edimini ifa etmiş olan alacaklı sözleşmeden dönme yolunu seçerse, dönme hakkının sağladığı yetki sayesinde kendi edimini geri alır; zarar hesaplanırken ise fark yöntemi uygulanarak toplam zarar miktarından bu edimin değeri düşülerek müspet zarar belirlenir. İfa edilmiş edimin geri alınabilmesi sözleşmeden dönmenin kendine özgü sonucudur. Zararın hesabında alacaklının kendi ediminin toplam zarardan düşülmesi ise fark yönteminin kendine özgü sonucudur. Bu bakımdan, sözleşmeden dönme sözleşme ilişkisinin ve edim borçlarının kaderine ilişkin bir mesele iken, fark yöntemi zararın hesabına ilişkin bir meseledir. Gerçekten, sözleşmeden dönmenin meydana gelen zararla ve bu zararın tazminiyle ilgisi yoktur. Diğer taraftan, kendi edimini ifa etmemiş olan alacaklı sözleşmeden dönerek müspet zararını talep edebileceği gibi, ifa yerine müspet zarar talebi kapsamında fark yönteminin uygulanmasını da isteyebilir. Bu durumda dönme ve fark yöntemi benzer sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, dönme ile fark yönteminin bazı hâllerde benzer sonuçlar doğurmaları, bağımsız birer kurum olma niteliğini kaybettikleri anlamına gelmez. Benzer yönde Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 109, N. 7 vd., 83; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 266, dn. 415. Krş. **Kutlu Sungurbey,** s. 140, dn. 101.

[703] Aynı yönde bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 72; **MüKo/Ernst,** § 281, N. 113.

[704] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 267.

daha keskin bir ayrım yapılmış olur. Kanaatimizce alacaklıyı böyle bir kalıba sıkıştırmaya gerek yoktur. Edimini ifa etmemiş olan alacaklının sözleşmeden dönüp fark yöntemine göre müspet zarar talep etmesiyle, ifadan vazgeçip fark yöntemine göre müspet zarar talep etmesi arasında pratik açıdan bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte sırf bu gerekçeyle alacaklıya fark yöntemine göre ifa yerine müspet zarar talep etme yolunu kapatmak için de bir sebep yoktur. Bu bakımdan, edimini ifa etmek istemeyen alacaklıya dilerse fark yöntemine göre ifa yerine müspet zarar, dilerse sözleşmeden dönerek müspet zarar talep etme imkânı tanınmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Alacaklının sözleşmeden dönerek kendi edimini geri alma imkânı varken, edimini geri alamayacağı ifa yerine müspet zarar hakkını tercih etmeyeceği düşünülebilir. Çoğu zaman alacaklının menfaati bu yönde olsa da söz konusu varsayım mutlak değildir. Gerçekten, öyle hâller vardır ki alacaklı ifa ettiği edimi şu veya bu sebeple geri almak istemez veya böyle bir tercih menfaatine aykırıdır. Örneğin, sebze ve meyve gibi çabuk bozulan bir şeyi ifa etmiş olan üreticinin sözleşmeden dönerek edimini geri alması onun menfaatine hizmet etmez. Bu durumda, aynen ifadan vazgeçip mübadele yöntemine göre müspet zararını talep etmek onun için daha tercih edilebilir bir yoldur[705].

Yukarıdaki açıklamalar ışığında kanaatimizce, sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararı veya menfi zararı talep etme konusunda bir seçimlik hak tanınmalıdır. Benimsediğimiz sistem kabul edildiğinde ortaya çıkacak durumları ihtimallere göre değerlendirmek faydalı olur. Öncelikle alacaklının ifa yerine müspet zararın tazminini istediği hâllerde;

-Alacaklı para borcunu ifa etmiş olsa da olmasa da ifadan vazgeçip müspet zarar talep ettiğinde fark veya mübadele yöntemini seçmesi sonuç bakımından bir farklılık

[705] Benzer yönde bkz. **Gündüz,** s. 184.

doğurmaz. Zira alacaklı mübadele yöntemini seçerse para edimini ifa eder veya ifa ettiği edimi borçluda kalır, buna karşılık ondan müspet zararının tamamını alır. Alacaklının kendi edimi zaten para olduğu için, fark yöntemini seçmesinin önünde bir engel olmamakla birlikte bunun özel bir anlamı da yoktur. Çünkü ister ifa ettiği kendi edimi iade edilip fark yöntemine göre hesap yapılsın, ister iade edilmeyip müspet zararı ödensin, her iki hâlde de toplam müspet zararı kadar bir parayı elde eder.

-Alacaklı para dışındaki bir şey olan edimini henüz ifa etmemişse, ifa yerine müspet zarar tazminatı istediğinde mübadele veya fark yöntemini tercih etmesine göre sonuç değişir. Mübadele yöntemi uygulanırsa, alacaklı kendi edimini ifa eder; buna karşılık müspet zararının tamamını alır. Fark yöntemi uygulanırsa, kendi edimini ifa etmeyip elinde tutar; buna karşılık toplam müspet zararından kendi ediminin değeri düşürülür.

-Alacaklı para dışındaki bir şey olan kendi edimini daha önce ifa etmişse, asıl problem burada doğmaktadır. İfa yerine müspet zarar talep eden alacaklı mübadele yöntemini seçtiğinde, kendi edimini zaten ifa ettiği için borçludan müspet zararının tamamını alır. Buna karşılık, hâkim görüş olan sınırlı fark yöntemi kabul edildiğinde, kendi edimini ifa etmiş olan alacaklının artık fark yöntemine gitme imkânı yoktur. Zira sınırlı fark yöntemine göre alacaklı daha önceden ifa ettiği edimi geri isteyemez. Bu sebeple, kendi edimini ifa etmiş olan ve ifa yerine tazminat isteyen alacaklının zararı zorunlu olarak mübadele yöntemine göre hesaplanır. Bu durumda alacaklı kendi edimini tekrar elde etmek istiyorsa ifa yerine müspet zarar talebi onun taleplerini karşılamaz. Dolayısıyla ifa ettiği edimi geri almak isteyen alacaklının gidebileceği tek yol, sözleşmeden dönmedir.

Kendi edimini ifa etmiş olan alacaklı sözleşmeden dönerse ifa edilmemiş borçlar sona erer, ifa edilmiş olan edimlerin ise sözleşmeden dönme sebebiyle iadesi gerekir. Klasik görüş kabul edilirse, bu geri verme sebepsiz zenginleşme veya mülkiyet

hakkına ilişkin hükümlere göre gerçekleşir. Dönüşüm görüşü kabul edilirse, sözleşme ortadan kalkmadığı için edim borçları tersine dönerek iade borçlarına dönüşür ve sözleşme ilişkisi kapsamında bu borçlar yerine getirilir. Her iki ihtimalde de alacaklı daha önce ifa ettiği kendi edimine tekrar kavuşur. Böylece sözleşmeden dönme ile alacaklının kendi edimindeki menfaati karşılanmış olur. Ancak alacaklının tek menfaati kendi edimi değildir. Zira karşı tarafın borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının malvarlığında bazı zararlar meydana gelmiş olabilir. Bu zararlar iki yönlüdür.

Birincisi, alacaklının bu sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olmasındaki menfaatini karşılayan menfi zarardır. Gerçekten alacaklı, borca aykırılık sebebiyle amacına ulaşamayan bu sözleşme ilişkisine girmese bir takım masraflar yapmak zorunda kalmazdı. Diğer taraftan bu sözleşme sebebiyle başka bir sözleşme yapma fırsatını da kaçırmazdı. Bunlar alacaklının menfi zararıdır.

İkincisi, alacaklının sözleşmenin tam ve gereği gibi, bu arada zamanında ifa edilmesindeki menfaatini karşılayan müspet zarardır. Gerçekten, borçlu borcunu tam ve doğru şekilde ifa etmiş olsaydı, alacaklının malvarlığında meydana gelen bazı eksilmeler ortaya çıkmayacaktı. Buna ek olarak malvarlığında bazı artışlar meydana gelecekti. Bu eksilme ve engellenen artışlar toplamı alacaklının müspet zararını oluşturmaktadır.

Benimsediğimiz sistem dâhilinde, sözleşmeden dönen alacaklı menfaatine daha uygun olduğunu düşündüğü zararın tazminini talep edebilir. Bu bakımdan menfi zararı müspet zararından çok olan alacaklı menfi zararını talep eder. Buna karşılık sözleşme çerçevesinde pek bir masraf yapmamış veya herhangi bir başka sözleşme fırsatını kaçırmamış olan alacaklının müspet zararını talep etmesi menfaatine daha uygundur. Bu sebeple sözleşmeden dönen alacaklıya, müspet zararını veya menfi zararını talep

etme konusunda bir seçimlik hak tanınmalıdır[706]. Belirtmek gerekir ki, alacaklı hiçbir zaman müspet ve menfi zararını birlikte talep edemez.

Önerdiğimiz sistem kabul edilirse, kendi edimini ifa etmiş olan alacaklıya sözleşmeden dönüp müspet zararını talep etme hakkı tanınarak, edimine kavuşup müspet zararını tazmin etme imkânı sağlanmış olur. Böylece, sözleşmenin karşı tarafına güvenerek edimini daha önce ifa etmiş olan alacaklı, edimini ifa etmemiş alacaklılara nazaran içine düştüğü adaletsiz konumdan kurtarılmış olur. Sözleşmeden dönüp müspet zararını isteyen alacaklı kendi edimine kavuşmuştur. Bu sebeple zararın hesabında fark yöntemi uygulanarak toplam zarardan kendi ediminin değeri düşürülür ve böylece müspet zarar miktarı bulunur. Bununla birlikte alacaklı menfi zararının daha fazla olduğunu düşündüğü hâllerde müspet zarar yerine bunu da talep edebilir. Böyle bir seçim hakkının alacaklıya spekülasyon yapma fırsatı verdiği düşünülebilir. Ancak, kanaatimizce böyle bir spekülasyon riski mevcut sistemde ne kadarsa, önerdiğimiz sistemde de o kadardır. Bu ihtimalin önüne geçmek için hukukumuzda birçok imkân bulunmaktadır. Öncelikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde spekülasyon ihtimalini önlemektedir. Gerçekten, önce borç zamanında ifa edilmeyerek ihtarla veya ihtarsız temerrüde düşülmekte, ardından borca aykırı davranmış olan borçluya edimini ifa etmesi için uygun bir süre verilmekte, bu süre içerisinde bile edimini ifa etmezse derhâl aynen ifadan vazgeçildiği bildirilmekte, ancak tüm bunlardan sonra alacaklı seçimlik hakkını kullanmaktadır. Üstelik temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlayan borçlu zarardan sorumlu tutulmamaktadır. Tüm bu süreç borçluya oldukça etkin bir koruma sağlamaktadır. Kabul ettiğimiz sistemde, alacaklının sözleşmeden dönme bildirimiyle

[706] Farklı gerekçelerle de olsa sözleşmeden dönen alacaklıya müspet veya menfi zararını talep etme konusunda bir seçimlik hak tanınması gerektiği görüşünde bkz. **Glättli,** SJZ, s. 241 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 267; **Gündüz,** s. 182.

birlikte hangi zararını talep ettiğini bildirmesi zorunlu tutulursa, mevcut sistemin üstüne fazladan bir spekülasyon tehlikesi doğmaz. Diğer taraftan zararın hesabı ve tazminatın hesabı farklı aşamalardır. Bu aşamada bir spekülasyon ihtimali doğsa bile, tazminatın hesabı aşamasında hâkim takdir yetkisini kullanarak tazminat miktarını indirebilir. Bu çözüm de hakkaniyeti sağlamaya yetmezse, son çare olarak TMK m. 2 gereğince, genel ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girer[707].

D. Borçlu Temerrüdünde Bazı Özel Durumların Müspet Zarar Talebine Etkisi

1. Kısmî Temerrütte

Alacaklının kural olarak kısmî ifayı kabul mecburiyeti bulunmamaktadır (TBK m. 84). Bu bakımdan muaccel edimin bölünebilir[708] nitelikte olması hâlinde, alacaklı kısmî ifayı kabul veya reddedebilir. Alacaklının kısmî ifayı kabul ettiği hallerde borçlu edimin kalan kısmını zamanında ifa etmezse buna kısmî temerrüt denir[709]. Kısmî temerrütte karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak kısmî temerrüt kural olarak borcun ifa edilmiş kısmını

[707] Doktrinde katılma imkânı bulamadığımız bir görüş, olması gereken hukuk bakımından önerdiğimiz bu sisteme benzer bir uygulamanın mevcut sistemde de boşluk doldurma yoluyla mümkün olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, TBK m. 125/III'te (OR Art. 109/II) bir gerçek olmayan boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk, alacaklıya seçimlik olarak müspet zararı talep hakkı tanınarak doldurulmalıdır. Bkz. **Glättli,** SJZ, s. 242, 243; **Glättli,** Diss., s. 172; **Gündüz,** s. 182. Başka bir görüşe göre ise sözleşmeden dönme hâlinde borçlu kusur esasına göre müspet zarardan sorumlu tutulmalı, buna karşılık menfi zarar ise kusurdan bağımsız olarak talep edilebilmelidir. Bkz. **Schwenzer,** OR, N. 66.34.

[708] Bölünebilir edim, değeri, niteliği ve özgülendiği amaç bakımından bir kayba uğramadan parçalara ayrılabilen edimdir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 325; **Bucher,** AT, s. 382, dn. 216; **Eren,** Borçlar Genel, s. 109, 1064.

[709] Alacaklının kural olarak kısmî ifayı kabul mecburiyeti bulunmadığı için kısmî ifayı reddederek borçluyu borcun tamamı için temerrüde düşürebilir. Buna karşılık alacaklının sözleşme veya dürüstlük kuralına göre kısmî ifayı kabule mecbur olduğu hâller bunu istisnasıdır. Bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 957; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 527.

etkilemez[710]. Alacaklı, temerrüde düşülen kısmın ifası için verdiği ek sürede borç ifa edilmezse, bu kısma ilişkin olarak aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, bundan vazgeçip diğer seçimlik haklarını da kullanabilir. Ancak ifa yerine müspet zarar tazminatının edimin tamamı için mi yoksa temerrüde düşülen kısım için mi talep edileceği tartışmalıdır. Benzer şekilde sözleşmeden dönmenin sözleşmenin tamamını kapsayıp kapsamayacağı hususu da açık değildir. Doktrinde hâkim olan görüşe göre[711], ifa yerine müspet zarar tazminatı ve dönme kural olarak yalnızca temerrüde düşülen kısım için geçerli olur[712]. Bununla birlikte, kısmî ifanın alacaklı için herhangi bir yarar sağlamadığı veya edimin temerrüde düşülen kısmı olmadan alacaklının sözleşmeyi yapmayacağı hâllerde müspet zararın tamamının istenebileceği kabul edilmektedir[713]. Böyle bir ihtimalde, alacaklı kendisine ifa edilmiş

[710] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 46; **von Tuhr/Escher,** s. 158; **Bucher,** AT, s. 382; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 21, Art. 109, N. 10; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 209; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 288; **Schwenzer,** OR, N. 66.35; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 971; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 399; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 958; **Feyzioğlu,** II, s. 266; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1150; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 527; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 417; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 939.

[711] **von Tuhr/Escher,** s. 158; **Bucher,** AT, s. 382; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 21, Art. 109, N. 10; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 288; **Lemp,** s. 61; **Schwenzer,** OR, N. 66.35; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 958; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 972; **Feyzioğlu,** II, s. 266; **Aybay,** s. 150; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 528; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 417; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 939. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **MüKo/Ernst,** § 281, N. 7; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 22.

[712] Kısmî dönme bakımından karşı edimin de bölünebilir olması gerektiği, aksi hâlde ancak sözleşmenin tamamından dönülebileceği yönünde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 158; **Bucher,** AT, s. 382; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 212; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 958; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151. Karşı edim bölünemez nitelikteyse değerinin iade edilmesi gerektiği görüşünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 973. Karşı edimin temerrüde düşülen kısım oranında bölünebilir nitelikte olmasını hem dönme hem de ifa yerine tazminat bakımından arayan görüş için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 528.

[713] **von Tuhr/Escher,** s. 158; **Bucher,** AT, s. 382; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 214; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 21; **Lemp,** s. 61; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 290; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 972; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 958; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 528, 529; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 939. Alman Hukuku bakımından bkz.

olan kısmı borçluya iade etmelidir[714]. Aynı şekilde, kısmî ifa alacaklı için herhangi bir menfaat sağlamıyorsa veya alacaklının edimin ifa edilmeyen kısmı olmadan sözleşmeyi yapmayacağı kabul edilebiliyorsa, sözleşme tamamından dönme mümkündür[715].

Kısmî ifayı kabul eden alacaklı, edimin geri kalan kısmı bakımından aynen ifa ile birlikte gecikmeden doğan müspet zararını her zaman isteyebilir. Aynen ifayı istemeyen alacaklı, temerrüde düşen borçluya uygun bir süre vererek bu süre sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini bildirebilir. Bu durumda, alacaklı edimin kalan kısmı bakımından sözleşmeden kısmî dönebileceği gibi, bu kısım için ifa yerine müspet zararının tazminini de talep edebilir. Bu ihtimalde, mübadele yöntemi uygulanırsa alacaklı kendi ediminin tamamını ifa eder; bunun karşılığında borçlunun ifa etmediği kısım için müspet zarar talep eder. Buna karşılık fark yönteminde mesele biraz daha karmaşıktır. Zira kural olarak yalnızca alacaklının edimi de bölünebilir nitelikteyse fark yöntemi uygulanabilir. Bu durumda alacaklı, kendi ediminin borçlunun ifa ettiği kısma karşılık gelen kısmını ifa etmelidir[716]. Borçlunun ifa etmediği kısma ilişkin olarak ise fark yöntemi çerçevesinde alacaklının ediminin buna denk gelen kısmı dikkate alınarak hesap yapılır. Buna karşılık, alacaklının edimi bölünebilir nitelikte değilse fark yönteminin uygulanması ilke olarak mümkün değildir[717]. Bu durumda

---

MüKo/Ernst, § 281, N. 6; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C3; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 48, 52; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 22.

[714] **von Tuhr/Escher,** s. 158; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 21; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 290; **Havutçu,** s. 139.

[715] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 46; **von Tuhr/Escher,** s. 158; **Bucher,** AT, s. 382; **Keller/Schöbi,** s. 278; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **Schwenzer,** OR, N. 66.35; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 958; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 973; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 529; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 418; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 939.

[716] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 288; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 210.

[717] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 288; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 210; **Havutçu,** s. 138.

mübadele yöntemi uygulanır. Diğer taraftan alacaklı kendi edimini daha önce ifa etmişse, ifa yerine müspet zarar talebinde bunu geri alması mümkün olmadığı için, zorunlu olarak fark yöntemi değil mübadele yöntemi uygulanır[718].

Örneğin, A ile B, 200 kg gübre karşılığında bir ton buğdayın teslimi konusunda bir trampa sözleşmesi yapmışlardır. A belirlenen vadede 120 kg gübre teslim etmiş ve kalan kısım bakımından temerrüde düşmüştür. Bu durumda B, kalan 80 kg gübrenin teslimini ve gecikmeden doğan zararının tazminini her zaman talep edebilir. Diğer taraftan B, A'ya ek süre verip bu süre sonunda ifadan vazgeçerek müspet zararını talep edebilir. Bu ihtimalde B mübadele yöntemini tercih ederse bir ton buğday borcunu ifa eder, bunun karşılığında A'dan ifa etmediği 80 kg gübre yerine müspet zararını talep eder. Buna karşılık, B fark yöntemini tercih ederse 120 kg gübrenin karşılığı olan 600 kg buğday borcunu ifa eder, kalan 400 kg buğdayı ifa etmeyip fark yöntemine göre zararını hesap eder. Böyle bir ihtimalde 80 kg gübreyi başka birinden 500 kg buğday karşılığında temin edebilmişse aradaki fark olan 100 kg buğday veya onun değeri alacaklının müspet zararıdır. Buna karşılık, B bir ton buğday borcunu daha önceden ifa etmişse, artık fark yöntemi çerçevesinde 400 kg buğdayın iadesini ve müspet zararının tazminini talep edemez. Bu durumda zorunlu olarak mübadele yöntemi uygulanır.

2. Ard Arda Teslimli Sözleşmelerde

Ard arda teslimli sözleşmelerde, borçlu ilke olarak teslim edilecek her kısım için ayrı ayrı temerrüde düşer[719]. Zira bu sözleşmelerde her kısmın muacceliyet tarihi

[718] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 288, 289; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 210; **Havutçu,** s. 138.

[719] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 47; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 39; **von Tuhr/Escher,** s. 158; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 292; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 958, 959; **Aybay,** s. 150; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151.

birbirinden farklıdır. Bu sebeple, borçlu sadece ifasını geciktirdiği kısım için temerrüde düşer. Dolayısıyla karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hükümleri sadece temerrüde düşülen kısım için uygulanır[720]. Bu bakımdan ard arda teslimli sözleşmelerde alacaklı kural olarak yalnızca temerrüde düşülen kısım için ifa yerine müspet zarar talep edebilir. Bu durumda mübadele yöntemi uygulanırsa problem yoktur. Ancak, fark yönteminin uygulanması, alacaklının kendi ediminin bütünün bölünebilir nitelikte ve henüz ifa edilmemiş olmasına bağlıdır[721]. Örneğin, alacaklının sözleşmeden doğan borcu otomobil gibi bölünemeyen tek bir edimin ifasından ibaretse fark yönteminin uygulanması mümkün değildir[722]. Yine alacaklı kendi ediminin toplamını veya temerrüde düşülen kısmın karşılığını daha önce ifa etmişse bunu geri isteyemeyeceği için, bu hâlde de fark yöntemi uygulanamaz.

Ard arda teslimli sözleşmelerde kural olarak bir kısmın ifasında temerrüt sözleşmenin tamamını etkilememekle birlikte, istisnaî bazı hâllerde alacaklının henüz muaccel olmamış kısımlar bakımından da seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir. Gerçekten, borçlunun içinde bulunduğu durum ve davranışlarından sonraki kısımları vaktinde ifa etmeyeceğinin anlaşıldığı hâllerde, alacaklı borçlunun gelecekteki edimlerini de kapsayacak şekilde seçimlik haklarını kullanabilir[723]. Bu sebeple, borçlu ard arda birkaç kısmın ifasında temerrüde düşmüşse veya sonraki

[720] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 47; **von Tuhr/Escher,** s. 158, 159; **Bucher,** AT, s. 382, 383; **Keller/Schöbi,** s. 279; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 216; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 292, 293; **Lemp,** s. 62; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151; **Havutçu,** s. 141.

[721] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 293; **Havutçu,** s. 141. Krş. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 217.

[722] Buna karşılık, alacaklının borcu da ard arda teslimli nitelikte bir edimse, borçlunun temerrüde düştüğü münferit edimin karşılığının bölünebilir olması aranmaz. Zira burada kısmî ifa değil, muaccel olmuş münferit borç kısmının tamamında temerrüt söz konusudur. Bu yönde bkz. **Yıldız,** s. 271, dn. 1453; **Gündüz,** s. 190.

[723] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 47; **von Tuhr/Escher,** s. 159; **Bucher,** AT, s. 383; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 219; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 294, 295; **Havutçu,** s. 141.

kısımları ifa etmeme niyeti anlaşılıyorsa, alacaklı henüz muaccel olmamış kısımlar bakımından da ifadan vazgeçebilir[724]. Bu hâlde, alacaklı ifasından vazgeçilen bütün kısımlar için müspet zarar talep edebilir. Diğer taraftan, borçlu daha önce bir veya birkaç kısmı ifa etmişse kural olarak ifadan vazgeçme ve müspet zarar talebi bunlara etki etmez. Ancak temerrüde düşülen veya henüz muaccel olmamış kısımlar olmazsa alacaklının bu sözleşmeyi akdetmeyeceği kabul edilebiliyorsa[725], seçimlik haklar sözleşmenin tamamını kapsayacak şekilde kullanılabilir[726]. Böyle bir ihtimalde, sözleşmenin tamamı bakımından müspet zarar talep eden alacaklının, kendisine daha önce ifa edilmiş olan kısımları borçluya geri vermesi gerekir.

3. Sürekli Edimli Sözleşmelerde

Sürekli edimli sözleşmelerde, edimin ifasına başlandıktan sonra sözleşmeden dönme borçlu için bazı problemler doğurabilir. Zira sözleşmeden dönme geçmişe etkili sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple, ifasına başlanmış sürekli sözleşmelerde, dönme yerine ileriye etkili olan fesih kabul edilmektedir[727]. Eski Borçlar Kanunu döneminde doktrin ve uygulamada kabul edilen bu durum, 6098 sayılı TBK m. 126'da açıkça

---

[724] Ancak, bunun için alacaklının ek süre verme beyanında sözleşmenin tamamı bakımından ifadan vazgeçeceğini bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 50; **von Tuhr/Escher,** s. 160; **Bucher,** AT, s. 383; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 220; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 295; **Havutçu,** s 141, 142.

[725] Örneğin, bir sözlük serisinin birer cilt hâlinde ard arda teslim edilmesi kararlaştırılmışsa, bunlardan bazılarının teslim edilmemesi hâlinde önceki ifa edilmiş ciltler değersizdir. Alacaklının ifa edilmeyen ciltler olmazsa bu sözleşmeyi yapmayacağı açıktır. Bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 296; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 222.

[726] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 295, 296; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 221; **Havutçu,** s. 142. Sözleşmeden dönme bakımından bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 160; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **Keller/Schöbi,** s. 279; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 959 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151.

[727] **Keller/Schöbi,** s. 278; **Bucher,** AT, s. 384; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2815; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 236; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **Schwenzer,** OR, N. 66.36; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 965, 968; **İnan/Yücel,** s. 626; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 510, 520; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 937; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151. Krş. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 307.

düzenlenmiştir. Sözü geçen maddeye göre, sürekli edimli sözleşmelerde edimin ifasına başlanmışsa, borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde alacaklı ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Yine aynı hükümde, sözleşmeyi fesheden alacaklının sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebileceği düzenlenmiştir. Hükümde bu zararın türü belirtilmemiştir. Bununla birlikte fesih hâlinde istenen zararın, müspet zarar olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan, maddenin gerekçesinde de bunun müspet zarar olduğu ifade edilmiştir. Buradaki müspet zarar, alacaklının, sözleşmenin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı menfaat kaybıdır[728]. Buna karşılık, sürekli edimin ifasına henüz başlanmamış olan sözleşmelerde dönmenin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu sebeple, henüz sürekli edimin ifasına başlanmamışsa, fesih değil, dönme söz konusu olur[729].

TBK m. 126'da alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştır. Bunlardan biri ifanın devamıyla birlikte gecikmeden doğan zararını talep hakkı, diğeri ise sözleşmeyi feshederek müspet zararını talep hakkıdır. Bununla birlikte, alacaklı sürekli edimli sözleşmenin ifasında ısrar ederse bunun nasıl uygulanacağı konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde, edimin sözleşmeye göre bitiş tarihine, borçlunun ifayı durduğu kadar bir süre eklenerek, bu sürenin sonuna kadar ifanın devam edeceği kabul edilmektedir. Bu kabule göre, örneğin 1 Ağustos-1 Kasım arasında devam edilmesi kararlaştırılan bir taşıma işinde borçlu 1 Eylül'den itibaren edimini ifa etmemiş ve aynen ifa talebi üzerine 1 Ekim'de işe tekrar başlamışsa, ifasız geçen bir ayın eklenmesi sonucu 1 Aralık'a kadar işe devam eder. Buna ek olarak, gecikmeden bir

[728] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 521; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 342; **Yıldırım, A.,** s. 323; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 416. Tarafların somut olaydaki çıkarlarına göre, bazı hâllerde TBK m. 125/III uyarınca menfi zararın talep edilebileceği yönünde bkz. **Bucher,** AT, s. 385.

[729] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 235; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **Gauch,** Dauerverträgen, s. 210, 211; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s. 416; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 522.

zarar doğmuşsa, alacaklı bunu da gecikme zararı olarak talep eder[730]. Ancak böyle bir çözüm her zaman uygulanabilir nitelikte değildir. Çünkü sürekli edimli sözleşmelerde çoğu zaman ifa süresinin bitiminden sonraki ifa ya alacaklı için anlamsız ya da imkânsız hâle gelir. Bu hâllerde ve borçlunun edimini ifa etmeyeceğinin kesin olduğu hâllerde TBK m. 126'ya göre alacaklının elinde kalan tek imkân sözleşmeyi feshetmektir[731].

Sözleşmenin feshi hâlinde, feshin ileriye etkili (ex nunc) etkisi sebebiyle fesih anına kadarki borçlar bundan etkilenmez[732]. Bu sebeple fesihten önce ifa edilen edimlerin geri verilmesi de söz konusu olmaz. Buna karşılık, fesih anından sonrasına ilişkin edim borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar. Bu bakımdan, fesihten sonraki döneme ilişkin olarak ifa edilmiş bulunan edimlerin geri verilmesi gerekir. Örneğin, altı aylık kira bedeli peşin ödenen sözleşme dört ay sonra feshedilmişse, iki aylık kira bedelinin iadesi gerekir[733]. Bunun yanında, her ne kadar hükümde bahsedilmemiş olsa da kusura ilişkin genel ilkeye uygun olarak, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat edemeyen borçludan kanundaki ifadeyle "sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden kaynaklanan" müspet zararın tazmini talep edilebilir. Örneğin, ifaya başlandıktan sonraki süreçte kullanıma hazır bulundurmada temerrüt sebebiyle süresinden altı ay önce sona erdirilen kira sözleşmesinde, kiracının kalan altı aylık süre için daha yüksek bir bedelle başka bir yer kiralamak zorunda kalması hâlinde, aradaki fark müspet zarar olarak talep edilebilir. Bununla birlikte, kanaatimizce sürekli edimli sözleşmede fesih hâlinde öngörülen zarar, fesih anından itibaren değil temerrütten

[730] Görüş ve örnek için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 520, 521.

[731] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 521.

[732] **Keller/Schöbi,** s. 278; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 965, 968; **İnan/Yücel,** s. 626; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 510, 520; **Kılıçoğlu,** Borçlar, s. 937; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1151.

[733] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 521.

itibaren doğan müspet zarar kalemlerini kapsamalıdır. Bu bakımdan, temerrütten feshe kadar doğan gecikme zararı niteliğindeki zararlar da müspet zararın kapsamına dâhildir. Örneğin, alacaklının gecikme sebebiyle yaptığı ihtar, dava ve takip masrafları, temerrütteki süre boyunca edimin yerine başka bir şey kiralanmışsa buna ödenen bedel veya 1 Mayıs - 1 Eylül arası ticari amaçla kiralanan bir teknenin temmuz ayı boyunca kullanıma hazır bulundurulmaması sebebiyle uğranılan kâr kaybı tazmin edilecek müspet zarara dâhildir.

TBK m. 126'da alacaklıya yalnızca aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı ve fesih ile birlikte müspet zarar talep etme hakları öngörülmüştür. Esasen karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hükümlerinin bir parçası olan bu düzenlemede, ifadan vazgeçip müspet zarar talep etme hakkından bahsedilmemiştir. Ani edimli sözleşmelerde alacaklıya tanınan bu hakkın, sürekli edimli sözleşmelerde tanınmaması için bir sebep bulunmamaktadır[734]. Bu bakımdan, teorik olarak alacaklı dilerse ifadan vazgeçip müspet zarar talep edebilmelidir. Bununla birlikte, alacaklıya sözleşmenin feshiyle birlikte müspet zararını talep imkânı tanındığı için, çoğu zaman ifa yerine müspet zarar talebine ihtiyaç olmaz. Gerçekten, her iki hakkın kullanılması da ilke olarak aynı sonuçları doğurmaktadır. Ancak istisnaî bazı hâllerde, alacaklının ifa

[734] Aynı yönde bkz. **Buz, Vedat,** "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 149, 150. Bir görüş, ifasına başlanmış sürekli sözleşmelerde ifa yerine müspet zarar talebinin yeri olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, mübadele yönteminin uygulanacağı hâllerde bu durum daha açık ortaya çıkmaktadır. Zira karşı tarafın ifa etmediği kısım için tazminat isteyecek olan alacaklı, kendi edimini süre sonuna kadar ifa etmek zorunda kalacaktır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 510, dn. 659. Ayrıca bkz. **Tandoğan,** I/1, s. 145. Kanaatimizce, bu husus çoğunlukla doğru olmakla birlikte, tek başına alacaklıya ifa yerine müspet zarar talep etme imkânı tanınmaması için yeterli bir gerekçe değildir. Bir kurumun uygulanmasına çoğunlukla ihtiyaç bulunmaması, onun toptan reddini gerektirmez. Gerçekten, yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi istisnaî bazı hâllerde, alacaklının fesih ile birlikte müspet zarar yerine, ifa yerine müspet zarar talep etmekte menfaati bulunmaktadır. Bu sebeple, alacaklının elinden bu imkân tamamen alınmamalıdır.

yerine tazminat hakkını seçmesi menfaatine daha uygun sonuçlar doğurabilir. İlk olarak, her iki tarafın ediminin de sürekli nitelikte olduğu bazı sözleşmelerde alacaklının kendi edimini ifaya devam ederek karşılığında müspet zarar talep etmesi onun çıkarına hizmet edebilir. Örneğin, A'nın konaklayacak yer ve yemek sağlama, B'nin ise günde iki saat işletmenin temizliğini yapma edimi yüklendiği bir sözleşmede, bir süre sonra A konaklayacak yer sağlama edimini ifa etmekten kaçındığında, B sözleşmeyi feshederse konaklayacak başka bir yerin bedelini ödeme konusunda dezavantajlı duruma düşebilir. Buna karşılık, B ifadan vazgeçerek müspet zararını talep ettiğinde, sözleşme ileriye dönük olarak ortadan kalkmadığı için, mübadele yöntemi çerçevesinde kendi hizmet edimini ifa ederek bunun karşılığında müspet zararını talep edebilir. İş bulmanın kolay olmadığı bir şehirde, B'nin bu yolu tercih etmesi menfaatine daha uygun düşer.

İkinci olarak, sürekli edimin bir zaman aralığında ifa edilmediği, ancak sözleşmenin devamında alacaklının hâlâ çıkarının mevcut olduğu hâllerde, fesih yoluna gitmektense, ifa yerine tazminat isteyebilmesi gerekir. Bu ihtimalde, alacaklı sözleşmeyi sona erdirmeden gecikilen kısmın ifasından vazgeçip bu kısma ilişkin müspet zarar talep edebilmelidir[735]. Örneğin, yetkili kurumlardan bir yıllığına taş çıkarma izni alan A, o yörede bu işi yapabilecek nitelikteki tek kepçe operatörüyle (B) bir yıllığına sözleşme yapmış, B taş çıkarmaya başladıktan iki ay sonra, bir ay süreyle işine devam etmemiştir. Burada ifasız geçen bir aylık süreyi sözleşmeye ekleme şansı olmadığı için, alacaklının aynen ifa ile birlikte gecikme zararı talep etmesi işine yaramaz. Benzer şekilde, sözleşmeyi feshederse de kalan sürede yeni bir kepçe operatörü bulamayacağı için bu seçim de çıkarlarına tam olarak hizmet etmez. Bu durumda A, sürekli sözleşmenin niteliğine uygun olarak, ifasız geçen bir aylık süre bakımından ifadan vazgeçip müspet zarar talep edebilirse, sözleşme sona erdirilmediği

[735] **Yıldız,** s. 276; **Gündüz,** s. 196.

için kalan dokuz aylık sürede ifayı talep edebilir. İşte bu gibi istisnaî durumlarda, sözleşmenin feshindense ifa yerine müspet zarar talebi alacaklının menfaatlerine daha uygundur. Bu sebeple alacaklının elinden bu imkân alınmamalıdır.

Doktrinde, ifasına başlanmış sürekli sözleşmelerde bazı istisnaî hâllerde, alacaklıya sözleşmeden dönme ve menfi zararını talep etme hakkı tanınması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir. Buna göre, örneğin hâlihazırda ifa edilmiş edimin alacaklı için bir değer taşımadığı, edimin sonraki kısmı olmadan bu sözleşmeyi yapmayacağının kabul edilebildiği hâllerde sözleşmeden dönülebilir[736]. Bu durumda tazmini talep edilecek zarar, menfi zarardır. Başka bir görüş ise buna ek olarak, alacaklının, menfaatinin gerektirdiği hâllerde fesih ile birlikte menfi zararını talep edebileceğini savunmaktadır[737]. Bu görüşe göre, fesihle birlikte istenebilecek menfi zarar, sözleşme borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapılsaydı alacaklının uğramayacak olduğu zarardır[738].

[736] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 307, 308; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2815; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 109, N. 10; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 238; **Schwenzer,** OR, N. 66.36; **Buz,** Dönme, s. 321; **Gündüz,** s. 195. Krş. **Bucher,** AT, s. 385.

[737] **Gauch,** Dauerverträgen, s. 223; **Yıldız,** s. 275. Türk Borçlar Kanunu bakımından bu görüşü savunanlara göre, maddenin gerekçesinde, ani edimli sözleşmelere nazaran seçimlik haklarda bir sınırlandırmaya gidilmediği ifade edilmiştir. Bu sebeple, sözleşmeyi fesheden alacaklı hangi zarar türü kendisi için avantajlıysa onu seçebilir. Bkz. **Altınok Ormancı, Pınar,** Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 201, 202.

[738] **Gauch,** Dauerverträgen, s. 223. Bu görüşe katılan ve TBK bakımından fesih hâlinde menfi zarar istenebileceğini savunan görüş için bkz. **Buz,** Değerlendirme, s. 149, 150; **Altınok Ormancı,** Fesih, s. 202; **Yıldız,** s. 275; **Gündüz,** s. 195. Eski kanun döneminde de fesih ile birlikte menfi zararı savunan görüş için bkz. **Buz,** Dönme, s. 323. Örneğin, on yıllık bir sözleşmenin iki sene sonra temerrüt sebebiyle feshinde, sözleşme en baştan iki yıl için yapılsaydı alacaklının uğramayacak olduğu zararlar menfi zarar olarak talep edilebilir. Mesela, on yıllık fizibilite raporları ile iki yıllık fizibilite raporları arasındaki fark menfi zarardır. Bkz. **Altınok Ormancı,** Fesih, s. 202.

V. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEKİ KUSURLU DAVRANIŞTAN DOĞAN SORUMLULUKTA MÜSPET ZARAR

Bir sözleşme kurmak amacıyla işlemsel temasa geçen taraflar arasında, tesadüfen karşılaşan iki kişiden farklı olarak daha sıkı bir güven ilişkisi doğmaktadır. Çünkü bu işlemsel temasla birlikte her bir taraf karşı tarafın mal ve şahıs varlığına daha kolay etki etme imkânı bulmaktadır. Bu sebeple, taraflarda, karşı tarafın kendisine karşı dürüstlük kuralına uygun davranacağı yönünde hukuken korunmaya değer özel bir güven oluşur. Bu güven ilişkisi çerçevesinde, taraflar arasında, diğer tarafın ve etki alanındaki kişilerin mal ve şahıs varlığına zarar verici davranışlardan kaçınma şeklinde davranış yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisi kurulur. Taraflar bu borç ilişkisinde karşı tarafı yeterli ve doğru bilgi vererek aydınlatmak, gerekli dikkat ve özeni göstermek, dürüstlük kuralına uygun davranmak, kısaca karşı tarafın ve etki alanındaki üçüncü kişilerin mal ve şahıs varlığına zarara verici her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Dürüstlük kuralına dayanan bu edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin ihlali hâlinde, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) söz konusu olur[739]. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda, hâkim görüşün kabul ettiği gibi sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uygulanır[740].

[739] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 975 vd; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1152; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 472; **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 38 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 90 vd., 108 vd.; **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 912.

[740] **BK OR-Becker,** Art. 26, N. 11; **von Tuhr/Peter,** s. 192 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 211 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 977 vd.; **Ulusan,** s. 300 vd.; **Kutlu Sungurbey,** s. 107 vd., 117 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1155; **Serozan,** İÜMHAD-1990, s. 38, 39; **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 110, 111. *Culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin ileri sürülen teoriler için bkz. **Gonzenbach,** s. 19 vd., 64 vd.; **Kutlu Sungurbey,** s. 116 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1154 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 91 vd.

Culpa in contrahendo sorumluluğunda karşı tarafın alışveriş menfaatine ve bütünlük menfaatine ilişkin zararlar giderilir[741]. Alışveriş menfaati bakımından *culpa in contrahendo* sorumluluğunda tazmini gereken zarar, ilke olarak menfi zarardır. Daha önce açıklandığı gibi menfi zarar kural olarak bir borç ilişkisinin kurulacağına veya geçerli olacağına dair uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından doğan zarardır. Bu bakımdan menfi zarar, söz konusu sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış ve borç ilişkisine hiç girilmemiş olsaydı meydana gelmeyecek olan zarardır.

Borç ilişkisinin hükümsüz olduğu veya iptal edildiği hâllerde tazminatın menfi zarara yönelik olması işin niteliğinden kaynaklanmaktadır[742]. Bununla birlikte, istisnaî bazı hâllerde *culpa in contrahendo* sorumluluğunda müspet zararın tazmini mümkün kabul edilmektedir. Gerçekten, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun birer somut düzenlemesi olan TBK m. 35 ve 47'de hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde müspet zarardan sorumluluk da öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeler yukarıda açıklanmıştır[743]. Kısaca belirtmek gerekirse, TBK m. 35/I'de kusurlu yanılanın sözleşmenin iptali sebebiyle karşı tarafın uğradığı menfi zarardan sorumluluğu hüküm altına alınırken, TBK m. 35/II'de hakkaniyet gerektiriyorsa hâkimin müspet zararın tazminine karar verebileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, TBK m. 47/I'e göre, yetkisiz temsilci, temsil olunanın işlemi onamaması hâlinde karşı tarafın menfi zararını gidermekle yükümlü iken, TBK m. 47/II'ye göre hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde kusurlu yetkisiz temsilci diğer zararlardan (müspet zarar) da sorumlu tutulabilir (TBK m. 47/II). Görüldüğü gibi, birer *culpa in contrahendo*

---

[741] **Kutlu Sungurbey,** s. 106 vd.; **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 913. Ayrıca bkz. **Serozan,** İÜMHAD-1968, s. 111, dn. 9.

[742] **Gonzenbach,** s. 199 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 372; **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 915, 916; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5a. Geniş bilgi için bkz. Bölüm I, § 2, IV, G, 2.

[743] Bkz. Bölüm I, § 2, IV, C, 2; Bölüm I, § 2, IV, F.

sorumluluğu olan bu hâllerde hakkaniyet ilkesinden hareket eden kanun koyucu, sözleşme geçersiz hâle gelmesine rağmen zarar görene müspet zararını talep etme imkânı tanımıştır[744].

Kanunda, TBK m. 35/II ve 47/II dışında sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumlulukta müspet zararın tazminine imkân veren başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde, *culpa in contrahendo* sorumluğunun bulunduğu bazı hâllerde hakkaniyet gerektiriyorsa bu hükümlere kıyasen müspet zararın tazminine hükmedilebileceği kabul edilmektedir[745]. Çünkü *culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olduğu diğer hâllerdeki menfaat ile TBK m. 35 ve 47'de korunan menfaat kural olarak aynıdır[746]. Zira hepsinde sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümlülüklerine aykırılıktan sorumluluk söz konusudur. Bununla birlikte, hakkaniyet unsurunun eksik olduğu veya geçersizlikle korunmak istenen menfaatin müspet zararın tazminine uygun olmadığı hâllerde kıyasen uygulamaya gidilmemelidir[747].

Bu konulara değinmeden önce belirtmek gerekir ki daha önce vurgulandığı gibi, müspet zararın tazmininin mümkün kabul edildiği hâllerde bile niteliği gereği müspet ve menfi zarar birlikte veya bunlara ait zarar kalemleri birleştirilerek talep edilemez. Diğer taraftan, TBK m. 35/II ve 47/II'de olduğu gibi, aşağıdaki hâllerde de hakkaniyet gereği müspet zararın tazminine yer olup olmadığına karar verecek olan kişi hâkimdir.

---

[744] Bu hâllerde, hakkaniyet gerektiriyorsa müspet zararın tamamı karşılanabileceği gibi, olayın özelliğine göre müspet zararın bir kısmının tazminine de hükmedilebilir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 205, 440; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 450; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 108; **Tiftik,** İrade Sakatlığı, s. 400; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 63, 166, 171; **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 918.

[745] **BK OR-Becker,** Art. 31, N. 17; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 870, 886; **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 919, 920; **Gezder, Ümit,** Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 200. Ayrıca bkz. **Yıldırım,** Hile, s. 268.

[746] **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 919.

[747] **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 920.

Zarar görenin talebi üzerine bu hususta takdir yetkisini kullanarak karar verecek olan hâkim, ayrıca müspet zararın tamamının mı yoksa bir kısmının mı tazmin edileceğine de karar verir.

TBK m. 36/I'e göre, taraflardan biri diğerinin aldatması sonucu yaptığı sözleşmeyi iptal edebilir. Aldatan tarafın bu davranışı bir yandan haksız fiil niteliğindeyken diğer yandan burada tipik bir *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusudur[748]. Bu sebeple, aldatılan taraf *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında kural olarak menfi zararını talep edebilir. Bununla birlikte hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde TBK m. 35/II'ye kıyasen aldatılan tarafın menfi zararını aşan zararlarının tazminine hükmedebilir[749]. Menfi zararı aşan zararlardan kasıt ise müspet zarardır. Diğer taraftan, aldatanın sözleşme görüşmelerindeki söz ve davranışları garanti taahhüdü olarak kabul edilebiliyorsa, buna dayanılarak müspet zararın tazmini de mümkün kabul edilmektedir[750].

Borçlar Kanunu'nda yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalinde yalnızca yanılanın tazminat yükümlülüğü düzenlenmiştir. Zira ilke olarak kusurlu yanılan tarafın, karşı tarafın zararını gidermesi gerekir. Ancak, bazı hâllerde sözleşmenin karşı tarafının sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Gerçekten, karşı tarafın yanılmaya ihmâl ile sebep olduğu durumlarda[751] yanılanın tazminat ödemesi hakkaniyete uygun düşmez. Bu

---

[748] **Bucher,** AT, s. 222; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 870; **Yıldırım,** Hile, s. 270, 272; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 469; **Erdoğan,** s. 98, 99.

[749] **BK OR-Becker,** Art. 31, N. 17; **Gauch/Schluep/Schmid,** Bd. I, N. 870; **Merz,** Vertrag, N. 140; **Yıldırım,** Hile, s. 268; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 470.

[750] Bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 341; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 173.

[751] Aldatmada, aldatma kastı aranır. Aldatan taraf, karşı tarafta uyandırdığı, kuvvetlendirdiği veya muhafaza ettiği yanılmayı bilmeli ve istemeli ya da en azından bilmek zorunda olmalıdır. Doğrudan kastın yanında dolaylı kast da yeterli kabul edilmektedir. Bu bakımdan, aldatma kastının olmadığı hâllerde, aldatmanın gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafını kasten yanılmaya düşürme aldatma olarak kabul edilir ve aldatmaya ilişkin hükümler uygulanır. Buna karşılık, karşı tarafın yanılmaya düşmesine kastî bir şekilde değil de ihmâl ile sebep olunduğunda aldatma

bakımdan açıklama veya bilgi verme yükümlülüğünü ihmâliyle ihlal ederek yanılmaya sebep olan karşı taraf, yanılanın menfi zararından sorumlu olmalıdır[752]. Bu durumda, karşı taraf, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde yanılanın müspet zararından da sorumlu tutulabilir[753].

Sözleşmenin karşı tarafının korkutması sebebiyle yaptığı sözleşmeyi iptal eden taraf (TBK m. 37), *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında menfi zararını talep edebilir[754]. Bununla birlikte, TBK m. 35/II ve 47/II'deki müspet zarardan sorumluluğun amacı burada evleviyetle bulunmaktadır[755]. Bu sebeple hâkim, TBK m. 35/II ve 47/II'ye kıyasen, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde korkutulanın müspet zararının tamamının veya bir kısmının giderilmesine karar verebilir[756].

TBK m. 44'e göre, temsilciye yetki belgesi verildiği hâllerde yetki sona erdiğinde belge geri verilmelidir. Temsil olunan ve halefleri, temsilcinin yetki belgesini geri vermesi için zamanında harekete geçerek gereken girişimlerde bulunmalıdır. Aksi hâlde, iyiniyetli üçüncü kişilerin bundan doğan zararlarından sorumluluk söz konusu olur. Buradaki zararın, *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında iyiniyetli üçüncü kişilerin sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle

---

hükümleri uygulanmaz. Bu durumda şartları varsa yanılma hükümleri uygulanır. Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 415; **Yıldırım,** Hile, s. 126 vd.

[752] Bu durum, karşı tarafın ihmâl ile yanlış bilgi vermesi veya hiç bilgi vermemesi şeklinde meydana gelebilir. Bkz. **Kramer,** s. 124; **Keller, M.,** s. 148, 149; **Schwenzer,** OR, N. 39.38; **Schwenzer,** Aufwendungsersatz, s. 667 vd.; **Stoll, Heinrich,** "Haftung für das Verhalten während der Vertragssverhandlungen", LZ 19/20, 1923, s. 534, dn. 7; **Yıldırım,** Hile, s. 130.

[753] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 244, 245.

[754] Esasen, karşı tarafın korkutması aynı zamanda haksız fiil teşkil etmektedir. Bu sebeple zarar gören, haksız fiil hükümlerine gidebileceği gibi, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna da gidebilir. Zarar gören *culpa in contrahendo* sorumluluğuna giderse yukarıdaki açıklamalar geçerlidir. Aynı yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 478.

[755] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 470, 478; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 174.

[756] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 470, 478; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 174.

uğradıkları menfi zarar olduğu kabul edilmektedir[757]. Bununla birlikte, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde TBK m. 35/II ve 47/II'ye kıyasen iyiniyetli üçüncü kişinin müspet zararı tazmin edilebilmelidir[758].

Kamu düzenine, ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırılık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu hâllerde müspet zararın tazminine imkân tanınmamaktadır. Zira bu durumlarda kesin hükümsüzlük ile korunan menfaat buna engel teşkil etmektedir. Buna karşılık, kamu düzenine, ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırılık teşkil etmeyen hukuka aykırılık hâllerinde menfi zarar tazmin edilebileceği gibi[759], hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde müspet zararın tazmini de mümkün olmalıdır[760].

[757] **BK OR-Becker,** Art. 36, N. 8; **von Tuhr/Peter,** s. 373; **Bucher,** AT, s. 611; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 198; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 704, 705; **Eren,** Borçlar Genel, s. 469, 470. Aksi görüşte bkz. **Simonius,** s. 272, 273.

[758] **BK OR-Becker,** Art. 36, N. 8; **BK OR-Zäch,** Art. 36, N. 59; **Koller,** Der gute und der böse Glaube, N. 344; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Kocayusufpaşaoğlu,** s. 705; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 195. Krş. **Keller/Schöbi,** s. 91.

[759] **von Tuhr/Peter,** s. 264; **Keller, M.,** s. 127 vd.; **Lüchinger,** N. 236; **Başpınar,** Butlan, s. 179.

[760] **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 921, 922. Diğer taraftan şekle aykırılıkta sözleşmenin ayakta tutulduğu hâllerde, artık hakkaniyete göre *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gitmeye gerek kalmaz. Zira bu gibi hâllerde artık doğrudan geçerli sözleşmeye dayanılarak tazminat istenebilir. Buna karşılık, sözleşmenin geçerli sayılamadığı hâllerde ise hakkaniyet unsuru da eksik kaldığı için müspet zarar talep edilmesi mümkün değildir. Bkz. **Ergüne,** CIC'de Olumlu Zarar, s. 922. Krş. **Demircioğlu, Huriye Reyhan,** Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 269.

§ 6. MÜSPET ZARARIN BAZI KAVRAM VE KURUMLARLA İLİŞKİSİ

I. GENEL OLARAK

Yukarıda tanımı, kapsamı ve uygulama alanı açıklanan müspet zarar, sözleşmenin ihlali hâlinde talep edilmektedir. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan borcun hiç veya geniş anlamda gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde uygulama alanı bulan başka kavram ve kurumlar da bulunmaktadır. Temerrüt faizi, ceza koşulu, götürü tazminat, kaim değer talebi ve cezalandırıcı tazminat (medenî ceza) bu anlamda zikredilebilir. Müspet zarar ile söz konusu kurumların ilişkisinin, uygulama alanlarının ve aralarındaki benzerlik ve farklılıkların tespit edilmesi müspet zararın sınırlarını çizmek adına önem arz etmektedir. Temerrüt faizi yukarıda ele alınmıştır. Diğer kurumlar ise müspet zararla ilgili oldukları ölçüde aşağıda açıklanmıştır.

II. CEZA KOŞULU

A. Genel Olarak

Ceza koşulu (cezai şart) kavramı iki anlamda kullanılmaktadır. Gerçekten, bu terim ilk olarak ceza koşulunu doğuran hukukî işlemi ifade eder ki buna ceza koşulu anlaşması denir. İkinci olarak, ceza koşulu bu hukukî işlem ile belirlenen edimi ifade eder[761]. Aşağıda ceza koşulu esas olarak bu ikinci anlamda kullanılmıştır. Ceza koşulu, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi, özellikle de belirlenen yer ve zamanda ifa

[761] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1205; **Ekinci, Hüseyin,** Doktrin ve Uygulamada Ceza koşulu, Ankara 2004, s. 25; **Kocaağa, Köksal,** Türk Özel Hukukunda Ceza koşulu, Ankara 2003, s. 33 vd. Doktrinde, hukukî işlemle belirlenen edim için sözleşme cezası, bu edime ilişkin anlaşma için ise ceza koşulu tabiri de kullanılmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 529, 530; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 433, 434.

etmemesi hâlinde ödemeyi üstlendiği, hukukî işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir[762].

Ceza koşulu, alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline karşı alacağını kuvvetlendirme yollarından biridir. Taraflar sadece ceza miktarını değil, cezaya ilişkin edimi de serbestçe belirleyebilirler. Ceza koşulunun konusu ekonomik değer taşıyan bir edimdir. Bu edim genellikle bir miktar para olarak kararlaştırılmakla birlikte, para dışındaki ekonomik değer taşıyan edimler de ceza koşulunun konusu olabilir[763]. Buna karşılık, manevi değerlerin cebrî icra yoluyla takibi mümkün olmadığı için bunların ceza koşulu olarak kararlaştırılması söz konusu olamaz[764].

Ceza koşulu, kuvvetlendirilmek istenen bir asıl borcun varlığını gerektirir[765]. Bu bakımdan, ceza koşulu asıl borca bağlı bir fer'i (yan) borçtur[766]. Bu sebeple, asıl borç geçersizse (TBK m. 182/II) veya sonradan ifa, ibra, takas veya yenileme yoluyla sona ererse, fer'i nitelikteki ceza koşulu da meydana gelmez veya ortadan kalkar[767]. Benzer

---

[762] **von Tuhr/Escher,** s. 277; **Bucher,** AT, s. 521; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3783; **Keller/Schöbi,** s. 109, 110; **Schwenzer,** OR, N. 71.01; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 341; **Tunçomağ, Kenan,** Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963, s. 6; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1205; **Reisoğlu,** s. 455; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 434; **Ozanoğlu, Hasan Seçkin,** "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", GÜHFD, 1999, C. 3, S. 1-2, s. 75. 6. HD, 12.09.2013 T., 2013/679 E., 2013/12298 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 10, s. 2063 vd.).

[763] **Bucher,** AT, s. 522; **Schwenzer,** OR, N. 71.01; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1206; **Reisoğlu,** s. 455; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 533, 534; **Ozanoğlu,** s. 76.

[764] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1206.

[765] **von Tuhr/Escher,** s. 278; **Bucher,** AT, s. 523; **Keller/Schöbi,** s. 110; **Schwenzer,** OR, N. 71.03; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 7; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1206; **Ozanoğlu,** s. 75; **Ekinci,** s. 27.

[766] **von Tuhr/Escher,** s. 278; **Bucher,** AT, s. 523; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 342; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1206; **Reisoğlu,** s. 455; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 436; **Ozanoğlu,** s. 75; **Kocaağa,** s. 134. 23. HD, 06.12.2012 T., 2012/5327 E., 2012/7205 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 4, s. 823 vd).

[767] **von Tuhr/Escher,** s. 278, 279; **Bucher,** AT, s. 522, 523; **Keller/Schöbi,** s. 110; **Schwenzer,** OR, N. 71.03 vd.; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 9, 81 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 344, 345;

şekilde, sözleşmenin irade sakatlığı veya aşırı yararlanma sebebiyle iptal edildiği hâllerde de ceza koşulu ortadan kalkar[768]. Diğer taraftan, asıl borcun borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaştığı hâllerde aksi kararlaştırılmamışsa ceza koşulu hükümden düşer (TBK m. 182/II)[769]. Buna karşılık, ceza koşulunun geçersiz olması, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (TBK m. 182/II).

Asıl borç ile ceza koşulu olarak belirlenen edim arasında asıl borç - fer'i borç ilişkisi bulunmalıdır. Aksi hâlde söz konusu anlaşma bir ceza koşulu anlaşması değil, seçimlik borç anlaşması olur[770]. Ceza koşulu asıl sözleşmenin bir parçası olarak (sözleşme şartı) düzenlenebileceği gibi, sonradan bağımsız bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir[771]. Ceza koşulunun fer'i niteliğinden çıkan diğer bir sonuç ise asıl borcun bağlı olduğu şekle tabi olmasıdır. Bu bakımdan, asıl borç bir geçerlilik şekline tabi ise ceza koşulunun borç doğurabilmesi aynı şekle uyulmuş olmasına bağlıdır[772].

Borçlunun asıl edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâli için kararlaştırılan ceza koşulu, bir tür geciktirici şarta bağlı edim borcudur[773]. Buradaki geciktirici şart, muaccel bir aslî edimin hiç veya geniş anlamda gereği gibi yerine getirilmemesidir. Bu şart gerçekleştiğinde, fer'i borç olan ceza koşulu muaccel hâle gelir ve bu andan

---

Eren, Borçlar Genel, s. 1206, 1207; **Reisoğlu,** s. 455; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 535; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 436, 437; **Ozanoğlu,** s. 75; **Kocaağa,** s. 134 vd., 142.

[768] **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 81; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 535; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 437; **Kocaağa,** s. 99, 135.

[769] **von Tuhr/Escher,** s. 280, 281; **Schwenzer,** OR, N. 71.06; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3822; **Reisoğlu,** s. 455; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 535; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 437.

[770] **von Tuhr/Escher,** s. 278; **Bucher,** AT, s. 525; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 15, **Kocaağa,** s. 134.

[771] **von Tuhr/Escher,** s. 278; **Bucher,** AT, s. 524; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3793; **Keller/Schöbi,** s. 111.

[772] **von Tuhr/Escher,** s. 278; **Keller/Schöbi,** s. 111; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3794, 3795, 3839; **Schwenzer,** OR, N. 71.05; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1207, 1208; **Reisoğlu,** s. 455; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 535, 536; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 434; **Ozanoğlu,** s. 75. Aksi görüşte bkz. **Bucher,** AT, s. 524.

[773] **Bucher,** AT, s. 526; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3791; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 434; **Ozanoğlu,** s. 76; 105.

itibaren bağımsız bir alacak niteliği kazanır[774]. Ceza koşulu hukukî niteliği bakımından bir şarta bağlı borç olmakla birlikte, ayrıca düzenlendiği için, şarta bağlı borçlara ilişkin genel hükümlerden (TBK m. 170-176) önce bu özel hükümlere tabidir[775].

Kural olarak, taraflar ceza koşulunun miktarını serbestçe kararlaştırabilirler (TBK m. 182/I). Ancak, TBK m. 182/II'ye göre, hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu takdir yetkisini kullanarak kendiliğinden indirir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, belirlenen ceza koşulunun aşırı derecede yüksek (fahiş) olması gerekir. Cezanın fahiş olup olmadığına karar verme yetkisi hâkimdedir. Burada hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde tarafların ekonomik durumlarını, borca aykırılığın ağırlığını, borçlunun kusurunu, alacaklının menfaatlerini, uğradığı zararın miktarını, sözleşmenin türü ve süresini dikkate alarak karar verir[776]. Ceza miktarının zarardan fazla olması tek başına bir indirim sebebi sayılmaz[777]. Hâkim, bu değerlendirme sonucunda cezanın makul kabul edilemeyecek derecede fazla olduğuna, adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı

[774] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3797; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1207; **Kocaağa,** s. 134. *"Ceza koşulu asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer'i niteliktedir."*. 23. HD, 06.12.2012 T., 2012/5327 E., 2012/7205 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 4, s. 823 vd).

[775] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 531.

[776] **von Tuhr/Escher,** s. 285, 286; **Bucher,** AT, s. 532; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3828; **Schwenzer,** OR, N. 71.15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 355; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 146 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1213; **Reisoğlu,** s. 459. 6. HD, 12.09.2013 T., 2013/679 E., 2013/12298 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 10, s. 2063 vd.).

[777] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3828; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 439. Ceza koşulunun ceza amacı ve alacaklının durumunu iyileştirme amacı dikkate alınarak, ceza indirilirken her hâlde alacaklının müspet zarar olarak talep edebileceği miktarın üstünde kalınması gerektiği yönünde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 163, N. 9, 23; **Reisoğlu,** s. 459. Benzer yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 356. *"Ceza koşuluın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, ceza koşuluın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kararlaştırılan ceza indirilirken, her hâlde, alacaklının müspet zararını karşılamak için genel kurallara göre isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır."*. HGK, 18.06.2019 T., 2017/922 E., 2019/706 K. (HukukTürk).

düştüğüne kanaat getirirse ceza miktarını makul bir seviyeye indirir[778]. TTK m. 22'ye göre, tacir sıfatını taşıyan borçlu ceza koşulunun aşırı olduğu gerekçesiyle hâkimden indirim isteyemez. Bununla birlikte, tacir borçlu, cezanın ekonomik mahvına sebep olacak derecede yüksek ve ağır olduğu hâllerde, bunun ticarî kişilik hakkına, ahlâka, adalet ve hakkaniyete aykırı bulunduğu gerekçesiyle cezanın indirilmesini veya tamamen kaldırılmasını talep edebilir[779].

B. Ceza Koşulunun Türleri

Türk Borçlar Kanunu'nda üç tür ceza koşulu düzenlenmiştir. Bunlar seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşuludur.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâli için ceza koşulu kararlaştırılmış ve aksi sözleşmede öngörülmemişse seçimlik ceza koşulu söz konusudur. Seçimlik ceza koşulunda, alacaklı ya borcun ifasını ya da ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir[780]. Bu ihtimalde alacaklının hem ifayı hem de ceza koşulunu talep etme hakkı

---

[778] **von Tuhr/Escher,** s. 285; **Bucher,** AT, s. 532; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 355; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1213; **Reisoğlu,** s. 459.

[779] **von Tuhr/Escher,** s. 284; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1213, 1214; **Reisoğlu,** s. 459, 460; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 439, 440. Nitekim uygulama da bu yöndedir. Bkz. 15. HD, 28.03.2002 T., 2002/1188 E., 2002/1472 K. (YKD, 2002, C. 2008, S. 9, s. 1362 vd.); 6. HD, 12.09.2013 T., 2013/679 E., 2013/12298 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 10, s. 2063 vd.); 19. HD, 21.11.2012 T., 2012/6268 E., 2012/17422 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 4, s. 812 vd.); 15. HD, 18.01.2010 T., 2009/635 E., 2010/64 K. (YKD, 2010, C. 36, S. 8, s. 1469, 1470); 15. HD, 23.03.2010 T., 2009/1814 E., 2010/1643 K. (YKD, 2010, C. 36, S. 7, s. 1263 vd.); 13. HD, 03.11.2011 T., 2011/9412 E., 2011/15956 K.; 19. HD, 30.03.2017 T., 2016/14911 E., 2017/2607 K.; 19. HD, 25.06.2013 T., 2013/4781 E., 2013/11859 K.; HGK, 18.06.2019 T., 2017/922 E., 2019/706 K. (HukukTürk).

[780] Seçimlik cezaya uygulamadan şu örnekler verilebillir; *"İş sekiz gün içerisinde bitirilecektir. İşin yarım bırakılması hâlinde yüklenici işverene 15.000 TL tazminat ödeyecektir."*. 15. HD, 06.12.2011 T., 2010/7371 E., 2011/7197 K. (YKD, 2012, C. 38, S. 6, s. 1142 vd.). *"Tüm bağımsız bölüm sahiplerinin kullanacağı açık havuz 30.05.2004 tarihine kadar M tarafından yaptırılacaktır. Her ne sebeple olursa olsun M havuzu yapmaz veya yapamaz ise alıcıya 25.000 dolar ödemeyi taahhüt eder."*. 13. HD, 16.09.2010 T., 2010/2407 E., 2010/11668 K. (YKD, 2011, C. 37, S. 8, s. 1433 vd.).

bulunmamaktadır[781]. Seçimlik ceza koşulu TBK m. 179/I'de düzenlenmiştir. Seçimlik ceza koşulunda alacaklıya bir seçimlik yetki tanınmıştır. Borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi şeklindeki geciktirici şart gerçekleştiğinde alacaklının seçimlik yetkisi doğar. Esasen, bu yetki gerçek anlamda bir seçimlik borç veya hak değildir[782]. Bununla birlikte, bu yetkiye seçimlik borca ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmaktadır[783]. Tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıyla kullanılan seçimlik yetki, karşı tarafın hâkimiyet alanına varmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Alacaklının cezayı seçmesi, hukukî niteliği bakımından değiştirici yenilik doğuran bir haktır[784]. İlke olarak, yenilik doğuran haklar kullanıldıktan sonra bundan dönülmesi mümkün değildir. Bu sebeple, ceza koşulunun ödenmesini talep eden alacaklı artık asıl edimin ifasını isteyemez, bundan kesin olarak vazgeçmiş sayılır[785]. Ancak, alacaklının önce borcun ifasını talep ettiği hâllerde, daha sonra ceza koşulunu

[781] **von Tuhr/Escher,** s. 281; **Bucher,** AT, s. 527, 528; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3799; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Schwenzer,** OR, N. 71.10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 348; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 538; **Reisoğlu,** s. 456; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 441; **Ozanoğlu,** s. 94, 95; **Kocaağa,** s. 147 vd. 15. HD, 10.10.1989 T., 1988/5025 E., 1989/4123 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 4, s. 581, 582); 15. HD, 06.12.2011 T., 2010/7371 E., 2011/7197 K. (YKD, 2012, C. 38, S. 6, s. 1142 vd.); 15. HD, 09.07.1981 T., 1981/1253 E., 1981/1623 K. (YKD, 1982, C. 8, S. 2, s. 236, 237); HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[782] **von Tuhr/Escher,** s. 281; **Bucher,** AT, s. 528; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3799; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 441; **Ozanoğlu,** s. 95, dn. 151; **Kocaağa,** s. 147, 148. Burada gerçek anlamda bir seçimlik yetkinin de söz konusu olmadığı yönünde bkz. **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 106, 107, **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208.

[783] **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 107; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208.

[784] **Bucher,** AT, s. 528; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3799; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 107; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208; **Ozanoğlu,** s. 95, dn. 151.

[785] **von Tuhr/Escher,** s. 281; **Bucher,** AT, s. 528; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Schwenzer,** OR, N. 71.10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 349; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 108; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 539; **Reisoğlu,** s. 456, dn. 10; **Ozanoğlu,** s. 95, dn. 151.

seçebileceği kabul edilmektedir[786]. Sözleşme ilişkisinde asıl olan borçlanılan edimin ifası olduğu için alacaklı farklı bir yönde iradesini açıklamadığı sürece ifayı talep ettiği kabul edilir. Bu sebeple, kanaatimizce alacaklının aynen ifayı istemesi doğrudan bir seçim yaptığı ve ceza talebinden vazgeçtiği anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla, başta ifayı talep eden alacaklı daha sonra bundan vazgeçip ceza koşulunu isteyebilmelidir. Ancak, ifayı talep eden alacaklı açıkça cezadan vazgeçtiğini bildirmişse veya hâlin icabından bu sonuca varılabiliyorsa, artık alacaklının ifa ve ceza arasında seçim yaptığı kabul edilmeli ve daha sonra cezayı talep edememelidir. Alacaklının cezayı değil de ifayı seçtiği bir ihtimalde kusurlu imkânsızlık sebebiyle borç yerine getirilememişse, alacaklı seçiminden geri dönüp ceza koşulunu isteyemez. Bu durumda alacaklı ifa yerine uğramış olduğu müspet zararın tazminini talep edebilir. Alacaklının talep edebileceği müspet zarar tazminatı ceza koşulu miktarıyla sınırlı değildir[787].

TBK m. 179/I hükmü emredici nitelikte olmadığı için aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu bakımdan taraflar hiç veya gereği gibi ifa etmeme hâlinde yalnızca ceza koşulunun istenebileceğini[788] veya ceza koşulu ve ifanın birlikte

[786] **von Tuhr/Escher,** s. 281, 282; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3799; **Schwenzer,** OR, N. 71.10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 349. Aksi görüşte bkz. **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 109.

[787] **Bucher,** AT, s. 528; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 110; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208; **Ozanoğlu,** s. 95, dn. 150.

[788] **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 44.

istenebileceğini[789] ya da önce ifanın talep edileceğini ancak borç yine de ifa edilmezse sonradan ceza koşulunun istenebileceğini[790] kararlaştırabilirler[791].

Ceza koşulunun ikinci türü ifaya eklenen ceza koşuludur. Burada taleplerin yığılması söz konusudur[792]. Gerçekten, bu ihtimalde geciktirici şart gerçekleştiğinde, alacaklı hem ifayı hem de ceza koşulunu birlikte talep eder[793]. İfaya eklenen ceza koşulu tarafların bu yöndeki anlaşmasına veya kanun hükmüne dayanabilir. İlk olarak, tarafların ceza koşulunun ifa ile birlikte talep edileceğini sözleşmeyle kararlaştırması mümkündür. Taraflar hangi borca aykırılık hâllerinde ifaya ekli ceza koşulu isteneceğini belirleyebilirler[794]. Bu durumda, alacaklı böyle bir anlaşmanın varlığını ispatla yükümlüdür[795]. İkinci olarak, ifaya ekli ceza koşulu bir kanun hükmüne dayanabilir ki TBK m. 179/II'de bazı borca aykırılık hâlleri bakımından düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulu bu niteliktedir. Hükme göre, ceza koşulu borcun belirli bir zaman veya yerde ifa edilmemesi hâlinde ödenmek üzere kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifayı hem de ceza koşulunu birlikte talep edebilir. Buna göre, borcun ifa zamanı

---

[789] Hatta ifa yerine geçen tazminat (ifa yerine müspet zarar) ile birlikte ceza koşulunun isteneceği de kararlaştırılabilir: "*Taraflar arasındaki sözleşmede -Bu sözleşmeye aykırı davranan taraf, diğer tarafın uğradığı zararın tamamını tazminle yükümlü olduğu gibi, bu zarar tutarında cezai şartı karşı tarafa ödeyecektir.- hükmü yer almıştır. Görülüyor ki taraflar BK. 159/son (TBK m. 180/II) hükmünün aksini kararlaştırmışlardır. Bir başka anlatımla BK. m. 159/son (TBK m. 180/II) hilafına zarara uğrayanın hem zararını hem de zarar tutarı kadar cezai şartı, yani ikisini birarda isteyebileceğinin kabulü zorunludur.".* 15. HD, 16.09.2002 T., 2002/1563 E., 2002/3909 K. (YKD, 2003, C. 29, S. 8, s. 1237, 1238). Aynı yönde Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 539.

[790] **von Tuhr/Escher,** s. 281, 282; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1209.

[791] **Bucher,** AT, s. 527, 528; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 44, 45; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208, 1209.

[792] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3802 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1209.

[793] 23. HD, 06.12.2012 T., 2012/5327 E., 2012/7205 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 4, s. 823 vd); HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[794] **von Tuhr/Escher,** s. 283; **Bucher,** AT, s. 529; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3803 vd.; **Keller/Schöbi,** s. 113; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 349 vd.; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 46, 113; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 540.

[795] **von Tuhr/Escher,** s. 283; **Bucher,** AT, s. 529; **Keller/Schöbi,** s. 113; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1209; **Kocaağa,** s. 152.

veya ifa yeri belirlenmiş olup buna riayet etmeyen borçlunun ceza ödemesi kararlaştırılmışsa ifaya ekli ceza koşulu söz konusu olur[796]. Bununla birlikte, TBK m. 179/II'ye göre, alacaklı ifayı hiçbir çekince öne sürmeden kabul eder ya da hakkından açıkça feragat ederse, ifaya ekli ceza koşulundan vazgeçmiş sayılır. Bu bakımdan, ifanın kayıtsız şartsız kabul edilmesi ceza koşulunun ödenmesi talebinden vazgeçildiği yönünde aksi kanıtlanabilir bir karine değil, bu talebin kesin olarak kaybedilmesi anlamına gelir[797]. Bu sebeple, alacaklı ifayı kabul ederken ceza koşulunu talep etme hakkını saklı tutmalıdır. Diğer taraftan, TBK m. 179/II hükmü emredici olmadığı için taraflar belirlenen yer veya zamanda ifa etmeme hâlinde bile ceza ile ifanın birlikte talep edilemeyeceğini kararlaştırabilirler[798].

Ceza koşulunun üçüncü çeşidini düzenleyen TBK m. 179/III'e göre, borçlunun cezayı ödeyerek dönme veya fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirme yetkisi olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Bu ihtimalde taraflar, borçluya herhangi bir dönme sebebi olmasa bile sözleşmeden dönme (veya sözleşmeyi feshetme) ve bunun karşılığında sadece belirlenen ceza koşulunu ödeme yetkisi tanırlar. Buna ifayı engelleyen ceza koşulu veya dönme cezası (*Wandelpön*) denilmesinin sebebi, borçlunun, lehine olan bu düzenleme sayesinde sadece ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönme (veya

[796] **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Bucher,** AT, s. 528; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3807; **Keller/Schöbi,** s. 113; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 45, 46; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1209; **Reisoğlu,** s. 457; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 540; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 441, 442.

[797] **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Bucher,** AT, s. 529; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3807, 3808; **Keller/Schöbi,** s. 113; **Schwenzer,** OR, N. 71.11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 351; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 115; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1209, 1210; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 541; **Bilge, Necip,** Ceza koşulu, Ankara 1957, s. 104. Mahkemenin bu durumda cezanın istenemeyeceğini kendiliğinden dikkate almakla yükümlü olduğu görüşünde bkz. **Reisoğlu,** s. 457. 15. HD, 01.04.1977 T., 1977/603 E., 1977/787 K. (YKD, 1979, C. 5, S. 7, s. 1031, 1032); 23. HD, 06.12.2012 T., 2012/5327 E., 2012/7205 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 4, s. 823 vd).

[798] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 540.

feshetme) imkânına sahip olmasıdır[799]. Alacaklı bu durumda borçludan asıl edimin ifasını talep edemeyeceği gibi dönme cezası dışındaki zararının tazminini de isteyemez[800]. Dönme cezası gerçek anlamda bir ceza koşulu olarak kabul edilmemektedir[801]. Zira burada asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesine, ifasının sağlanmasına yönelik bir teminat niteliği bulunmamaktadır[802]. Aksine borçluya dilerse ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Dönme cezası ceza koşulunun niteliğine uymadığı için, borçlu kararlaştırılan cezanın dönme cezası olduğunu ispatlamakla yükümlüdür[803]. Dönme cezasında sözleşmeden dönüldüğü için ödenen ceza müspet zarara ilişkin değildir. Bununla birlikte, hükümde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak ceza ödeyerek sözleşmenin feshi (fesih cezası)[804] de mümkün kılınmıştır. İfasına başlanmış bir sürekli edimli sözleşme fesih cezası ödenerek sona erdirilirse, fesih geçmişe etkili sonuç doğurmayacaktır. Bu bakımdan fesihte ödenen ceza ileriye dönük olacağı için bunun müspet zarar ile çakışması mümkündür.

---

[799] **von Tuhr/Escher,** s. 283; **Bucher,** AT, s. 529, 530; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3810; **Keller/Schöbi,** s. 113; **Schwenzer,** OR, N. 71.13; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 352 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 542; **Ozanoğlu,** s. 97.

[800] **Schwenzer,** OR, N. 71.13; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210; **Reisoğlu,** s. 458. *"Taraflardan biri, bu cezayı (dönme cazasını) ödemek suretiyle sözleşmeden cayabilir… Bunun dışında her ne ad altında olursa olsun herhangi bir zarar (eksik iş, kâr kaybı vs.) istenemez. Zira, tüm zararlar, maktu olarak tayin edilmiş olan bu ceza ile karşılanmış sayılır.".* 15. HD, 19.03.1998 T., 1998/684 E., 1998/1085 K. (YKD, 1998, C. 24, S. 7, s. 1022, 1023).

[801] **Keller/Schöbi,** s. 113; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3810; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 542; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 436; **Ozanoğlu,** s. 97.

[802] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 352, 353; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 542.

[803] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3812; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 353; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 543.

[804] Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 543, 544.

C. Ceza Koşulu ve Müspet Zarar İlişkisi

1. Genel Olarak Ceza Koşulu ve Zarar

Sözleşmeden doğan sorumlulukta genel ilke, borçlunun borca aykırılığa kusuruyla sebep olmasıdır. Bununla birlikte, TBK m. 112'de sözleşmeyi ihlal eden borçlunun kusurlu olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine öngörülmüştür. Buna göre, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu kusurlu olmadığını ispat etmelidir. Ceza koşulu bakımından da bu genel ilkeye bağlı kalınmıştır. Gerçekten, hâkim görüşe göre ceza koşulunun istenebilmesi için borçlunun borca aykırılığa kusuruyla sebep olması gerekir[805]. Sözleşmeden doğan sorumluluktaki genel kuralla uyumlu olarak, ceza koşulu bakımından da kusurun derecesi önem taşımaz, borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Bununla birlikte, ceza koşulunda da kusuru ispat yükü ters çevrilmiştir. Bu bakımdan, alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir. Aksine, borçlu kusursuzluğunu ispat edemediği sürece cezayı ödemek zorundadır[806]. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, borçlu kusursuz sonraki imkânsızlıkta cezayı ödemekten kurtulur (TBK m. 182/II). Esasen bu düzenleme, kusurdan ziyade ceza koşulunun fer'i niteliğinin bir sonucudur[807]. Ancak, doktrinde bu hükümden yola çıkılarak, borca aykırılıkta kusurun bulunmadığı diğer hâllerde de borçlunun ceza koşulu ödemekten

---

[805] **von Tuhr/Escher,** s. 281; **Bucher,** AT, s. 526, 527; **Schwenzer,** OR, N. 71.08; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 348, 360; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 544; **Ozanoğlu,** s. 106, 107; **Dirican, Gökhan,** Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Ceza koşulu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 34, 35; **Karagöz, Veli,** İş Sözleşmesinde Ceza koşulu, Ankara 2006, s. 46; **Kocaağa,** s. 171. Bir görüş, ceza koşulunun ödenmesi için borçlunun kusurunun aranmayacağını kabul etmektedir. Buna göre, borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun ceza koşulu ilke olarak ödenir. Ancak asıl borç kusursuz sonraki imkânsızlık sebebiyle sona ererse aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça ceza koşulu ödeme borcu ortadan kalkar. Borçlu bu takdirde kusursuzluğu sebebiyle borçtan kurtulur. Ancak bu ilke ceza koşulu bakımından borçlunun kusursuzluğunun değil, ceza koşulunun asıl borca bağlı fer'i (yan) bir borç olmasının sonucudur. Bkz. **Keller/Schöbi,** s. 114; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210, 1211.

[806] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 348, 360; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545; **Ozanoğlu,** s. 107.

[807] **Keller/Schöbi,** s. 114; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210, 1211.

kurtulacağı kabul edilmektedir[808]. Buna göre, imkânsızlık, kötü ifa, temerrüt veya belirlenen yerde ifa etmemede borçlunun kusuru yoksa ceza koşulu istenemez. İstisnaen, borçlunun ifa yardımcısı kullandığı hâller gibi kusursuz sorumluluğun bulunduğu durumlarda, ceza koşulu kusur aranmaksızın talep edilebilir[809]. Diğer taraftan, TBK m. 182/II'de açıkça tarafların aksini kararlaştırmadığı hâllerden bahsedildiği için borca aykırılığın borçlunun kusuru bulunmaksızın gerçekleştiği hâllerde bile ceza koşulu ödeneceği sözleşmeyle kararlaştırılabilir[810].

Tazminat, zarar görenin uğradığı zararın giderilmesini amaçlar. Bu bakımdan, tazminat hukukunda kural olarak bir zarar doğmadıkça tazminat da söz konusu olmaz. Buna karşılık, ceza koşulu tazminat hukuku bakımından istisnaî bir durum teşkil eder. Gerçekten, TBK m. 180/I'göre alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile borçlu ceza koşulunu ödemekle yükümlüdür. Bu bakımdan, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda alacaklının herhangi bir zararı doğmasa bile ceza koşulu ödenir[811]. Bu husus ceza koşulunun zarardan bağımsız olduğunu ortaya koymaktadır. Bu sebeple, ceza koşulunun ödenebilmesi için alacaklı zarara uğradığını veya zararın miktarını ispatla yükümlü değildir. Aynı şekilde, borçlu da alacaklının zarara uğramadığını veya miktarının ceza koşulundan az olduğunu ispat ederek ceza koşulunu ödemekten tamamen veya kısmen kurtulamaz[812]. Bu durum, ceza koşulunun amacının zararın tazmininden çok borçluyu borcunu ifaya zorlamak olmasıyla açıklanabilir. Diğer

[808] **von Tuhr/Escher,** s. 280, 281; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 359, 360; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 544; **Kocaağa,** s. 172.

[809] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 348; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545.

[810] **BK OR-Becker,** Art. 163, N. 4; **Bucher,** AT, s. 526, 527; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3823; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545; **Kocaağa,** s. 96.

[811] **von Tuhr/Escher,** s. 283; **Bucher,** AT, s. 527, 530; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3814; **Keller/Schöbi,** s. 114; **Schwenzer,** OR, N. 71.02, 71.08; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 358; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1210, 1211; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545; **Reisoğlu,** s. 458; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 442 vd.; **Ozanoğlu,** s. 107. HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk).

[812] **Bucher,** AT, s. 530; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545.

taraftan, bu sayede ekonomik değeri olmayan edimlerin ya da parayla ifadesi mümkün olmayan menfaatlerin ifası da ceza koşuluyla teminat altına alınmış olur[813].

Borca aykırı davranış gerçekleştiğinde alacaklı ilke olarak türüne göre ya ifa ile birlikte ceza koşulunu ya da yalnızca ceza koşulunu almakla yetinir. Bununla birlikte, alacaklının uğradığı zararın ceza koşulu miktarından fazla olması mümkündür. Bu durumda, alacaklı ceza koşulunu aşan zararını da talep edebilir. Ancak, ceza koşulunu aşan zarar bakımından bazı özel düzenlemeler yapılmıştır.

İlk olarak, alacaklı zararının tamamını değil yalnızca ceza koşulunu aşan kısmını talep edebilir[814]. Bu bakımdan, ceza ile tazminatın mutlak şekilde birleşmesi kabul edilmemiştir[815]. Ceza koşulunu aşan zarar hesap edilirken toplam zarardan ceza miktarı düşürülür. Alacaklı, ceza koşulunu aşan zararın talebinde, tazminat hukukunun genel ilkesine uygun olarak, zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat etmelidir. Bununla birlikte, TBK m. 180/II hükmü emredici olmadığı için taraflar aksini kararlaştırabilirler[816].

İkinci olarak, borca aykırılıktan doğan zararın, özellikle de müspet zararın tazmininde alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmez. Aksine kusur karinesi sebebiyle borçlu kusuru bulunmadığını ispat edemediği sürece alacaklının zararını tazmin eder. Ancak TBK m. 180/II'ye göre, alacaklı ceza miktarını aşan zararlarını yalnızca borçlunun kusurunu ispat ederek talep edebilir. Bu bakımdan, kanun koyucu ceza koşulunu aşan zararlar bakımından TBK m. 112'deki genel ilkeden

[813] **von Tuhr/Escher,** s. 283; **Bucher,** AT, s. 527; **Schwenzer,** OR, N. 71.02; **Ekinci,** s. 309.

[814] **von Tuhr/Escher,** s. 282, 283; **Bucher,** AT, s. 530; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3815, 3816; **Schwenzer,** OR, N. 71.12; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443.

[815] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545.

[816] **Bucher,** AT, s. 531; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 125; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Ozanoğlu,** s. 104.

ayrılarak alacaklıyı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü hâle getirmiştir[817]. Doktrinde bir görüş, alacaklının kendi iradesiyle belirlenmiş bulunan ceza miktarını aşan yeni bir talepte bulunması durumunda kusuru ispat yükünün de alacaklıya düşmesi gerektiği gerekçesiyle bu düzenlemeyi isabetli bulmaktadır[818]. Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüş ise sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel ilkeden sapan ve kanunun genel sistemine aykırı olan bu düzenlemeyi eleştirmektedir[819]. Borca aykırılığa yardımcı kişinin sebep olması gibi kusursuz sorumluluğun bulunduğu hâllerde ise alacaklı kusuru ispat etmekle yükümlü değildir[820].

TBK m. 180/II emredici nitelikte olmadığı için taraflar söz konusu şartları sözleşme ile değiştirebilirler[821]. Bu bakımdan, taraflar, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulunu aşan zararı tazmin edeceğini, ispat yükünün dağılımını veya ceza miktarının zarardan düşülmeyeceğini kararlaştırabilecekleri gibi, fazla zararı isteme hakkını tamamen ortadan kaldırabilirler[822].

---

[817] **von Tuhr/Escher,** s. 283; **Bucher,** AT, s. 530, 531; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3816; **Keller/Schöbi,** s. 114; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 359; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 124, 125; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 546; **Reisoğlu,** s. 458; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443; **Dirican,** s. 128, **Karagöz,** s. 49. 11. HD, 06.04.2004 T., 2003/8790 E., 2004/3622 K. (YKD, 2005, C. 31, S. 3, s. 375 vd.); 15. HD, 08.07.2004 T., 2003/6165 E., 2004/3813 K.; 11. HD, 12.12.2017 T., 2017/4429 E., 2017/7156 K. (Kazancı).

[818] **Dirican,** s. 37; **Ekinci,** s. 313; **Karataş, İzzet,** Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009, s. 378.

[819] Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 284; **Bucher,** AT, s. 530, dn. 41; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3817; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 124, 125.

[820] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3816; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 546; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443.

[821] **Bucher,** AT, s. 530, 531; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 125; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211, **Dirican,** s. 124; **Karataş,** s. 374.

[822] **Bucher,** AT, s. 531; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 125. *"... Taraflar arasındaki sözleşmenin 8. maddesinde aynen -bu sözleşmeye aykırı davranan taraf diğer tarafın uğradığı zararının tamamını tazmin ile yükümlü olduğu gibi bu zarar tutarında ceza koşulu karşı tarafa ödeyecektir- hükmü yer almaktadır. Görülüyor ki taraflar BK 159/son m. hükmünün aksini kararlaştırmışlardır. Bir başka anlatımla BK. 159/son hilafına zarara uğrayanın hem zararını hem de zarar tutarı kadar ceza koşulunu*

Cezayı aşan zarar, hem seçimlik hem de ifaya eklenen ceza koşulunda istenebilir. Ancak, dönme cezasında borçluya kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tanındığı için ayrıca cezayı aşan zarar istenemez[823].

2. Ceza Koşulu ve Müspet Zararın Benzerlikleri ve Farkları

Ceza koşulu ile müspet zarar arasında bazı hususlar bakımından benzerlik bulunmaktayken, bu iki kurum bazı hususlarda birbirinden ayrılmaktadır.

Ceza koşulunda borçlu borcunu hiç veya gereği gibi, özellikle de belirlenen yer ve zamanda ifa etmemesi hâlinde belirlenen cezayı ödemeyi üstlenir. Benzer şekilde, müspet zararın tazmini de borcun hiç veya gereği gibi, bu arada belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesini amaçlar.

Ceza koşulunun, teminat, tazminat ve ceza amaçlarının bulunduğu kabul edilmektedir[824]. Gerçekten, ceza koşulunun temel amacı, borçluyu ifaya zorlayarak asıl alacağı teminat altına alma, kuvvetlendirme amacıdır[825]. Ceza koşulunun tazminat amacı ise, doğacak zararın baştan götürü olarak belirlenmesini ifade eder[826]. Bu bakımdan tazminat amacı yönünden müspet zarar ile bir benzerlik kurulabilir. Gerçekten, müspet zararda baştan belirlenmiş bir tazminat söz konusu olmamakla birlikte, zararın meydana geldiği hâllerde sonuç bakımından her iki kurumun da zararı giderme amacı taşıdığı kabul edilebilir[827].

---

yani ikisini bir arada isteyebileceğinin kabulü zorunludur…". 15. HD, 16.9.2002 T., 2002/1563 E., 2002/3909 K. (YKD, 2003, C. 29, S. 8, s. 1237, 1238).

[823] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 359; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 122; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1212; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 546; **Reisoğlu,** s. 458.

[824] **Keller/Schöbi,** s. 111; **Schwenzer,** OR, N. 71.02; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 342, 351; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1208; **Barlas,** s. 223; **Ozanoğlu,** s. 76 vd. Ceza koşulunun amaçlarına ilişkin görüşler ve eleştiriler için bkz. **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 23 vd.; **Kocaağa,** s. 40 vd.

[825] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 342; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1205 vd.; **Ozanoğlu,** s. 76, 77; **Kocaağa,** s. 40.

[826] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 342; **Ozanoğlu,** s. 77, 78; **Kocaağa,** s. 40.

[827] **von Tuhr/Escher,** s. 282. Krş. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1205.

Ceza koşulunda, geciktirici şart gerçekleştiğinde borçlunun ödeyeceği ceza baştan belirlenmektedir. Buna karşılık, müspet zararın ve tazminatın miktarı baştan belli değildir. Gerçekten, müspet zararda borca aykırılık gerçekleşip zarar meydana geldikten sonra bu zararın miktarı ve ne kadarının tazmin edileceği tespit edilir.

Ceza koşulu kural olarak zarardan bağımsızdır. Yani, alacaklı zarara uğramamış olsa bile ceza koşulu ödenir. Bununla birlikte, ceza koşulunun zarardan bağımsızlığı mutlak değildir. Zira ceza koşulunu aşan zarar hesaplanırken, ceza miktarı toplam zarardan düşülmektedir. Bu bakımdan, ceza koşulu bazen alacaklının uğradığı zararın tamamının veya bir kısmının giderilmesi anlamına gelir. Bununla birlikte, ceza koşulu ifa menfaatini amaçlayan müspet zararı karşılayabileceği gibi özellikle dönme cezasında olumsuz menfaati konu edinen menfi zarara yönelik de olabilir[828]. Müspet zarar ise her zaman olumlu menfaati karşılar.

Ceza koşulu zarardan bağımsız olduğu için alacaklı ne zarara uğradığını ne de zararın miktarını ispat etmek zorunda değildir. Alacaklı bir zarara uğramasa veya ceza koşulundan az bir zarara uğrasa bile ceza koşulu ödenir. Buna karşılık, müspet zararda alacaklı hem zararın varlığını hem de miktarını ispatla yükümlüdür. Ayrıca, tazminatın zararı telafi edici amacı, meydana gelen müspet zarardan fazla bir miktarda tazminata hükmedilmesini engeller.

Ceza koşulu genellikle bir miktar para olarak belirlenmekle birlikte, ekonomik değer arz etmesi şartıyla başka bir edim olarak da kararlaştırılabilir. Benzer şekilde müspet zararda tazminatın aynî veya nakdî tazminat şeklinde belirlenmesi

[828] Yargıtay'ın ceza koşulunun müspet zarar niteliğinde olduğu yönünde kararları bulunmaktadır: "*Ayrıca, ceza koşulu müspet zararı temsil etmektedir.*". 3. HD, 05.02.2013 T., 2012/18720 E., 2013/1653 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. HGK, 18.06.2019 T., 2017/922 E., 2019/706 K.; 15. HD, 02.07.2018 T., 2018/979 T., 2018/2795 K.; 23. HD, 23.10.2018 T., 2016/696 E., 2018/4867 K. (HukukTürk).

mümkündür. Bu bakımdan, ekonomik karşılığı olmayan bir manevi değer, hem ceza koşulunun hem de müspet zarar tazminatının konusunu oluşturamaz.

Ceza koşulunda alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmekle yükümlü değildir. Hâkim görüşe göre, borçlu borca aykırılıkta kusuru bulunmadığını ispat edemediği sürece cezayı öder. Aynı şekilde, müspet zarar bakımından da kusur karinesi yürür. Borçlu, sözleşmenin ihlalinde kusuru bulunmadığını ispatlayamazsa sorumluluktan kurtulamaz.

3. Ceza Koşulu ve Hiç veya Gereği Gibi İfa Etmeme

Kusurlu imkânsızlık hâlinde ceza koşulunun akıbeti tespit edilmelidir. Zira kusurlu imkânsızlıkta borçlunun ifası imkânsızlaşan borcunun yerini müspet zararı tazmin etme borcu alır. Borçlunun kusurlu imkânsızlık sebebiyle TBK m. 112'ye göre müspet zararın tazmini yükümlülüğü altına girmesi ceza koşulunun ortadan kalkması anlamına gelmez. Aksine, hiç ifa etmeme şartı gerçekleştiği için ceza koşulunu ödeme borcu doğar[829]. Bu ihtimalde alacaklı ya TBK m. 112 gereğince müspet zararını ister ya da kararlaştırılan cezayı talep eder[830]. Ceza koşulunun ödenmesini talep eden alacaklı, toplam zararı ceza miktarını aşıyorsa zararının miktarını ve borçlunun kusurunu ispat ederek fazla kısmı isteyebilir[831]. Kusurlu imkânsızlıkta, niteliği gereği seçimlik ceza koşulu uygulanabilir. Zira bu ihtimalde asıl edimin ifası imkânsızlaşmıştır. Bununla birlikte taraflar, hem cezanın hem de imkânsızlaşan edimin yerine geçen müspet zararın birlikte talep edileceğini kararlaştırabilirler[832].

İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmış olan bir sözleşmede borca aykırılık gerçekleşip ceza muaccel hâle geldikten sonra asıl edim imkânsızlaşmışsa, artık ceza

[829] **von Tuhr/Escher,** s. 278, 280; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 537.

[830] **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Ozanoğlu,** s. 95 **Kocaağa,** s. 147.

[831] **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443.

[832] **von Tuhr/Escher,** s. 283.

bağımsız bir borç hâline geldiği için ortadan kalkmaz. Böyle bir durumda, alacaklı hem asıl borcun imkânsızlaşmasından doğan müspet zararı hem de cezayı birlikte talep edebilir[833].

Gereği gibi ifa etmeme hâlinde de kararlaştırılan cezanın istenmesi mümkündür. Ancak, kanaatimizce gereği gibi ifa etmemenin niteliğine seçimlik ceza değil ifaya eklenen ceza daha uygundur. Zira burada asıl edim gereği gibi olmasa da ifa edilmiş ve alacaklı tarafından kabul edilmiştir. Bu sebeple, ifaya eklenen ceza kararlaştırıldığında alacaklı ifanın yanında cezayı isteyebilir. Gereği gibi ifa etmemenin bir türü olan ayıplı ifada seçimlik ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı ya cezayı ister ya da ayıplı ifadan kaynaklanan diğer haklarını kullanır[834]. Bir görüşe göre gereği gibi ifa etmemede, bu arada eksik ifada, seçimlik ceza uygulanabilir ve bu durumda cezanın ödenmesini talep eden alacaklı aldığı edimi iade etmelidir[835]. Buna karşılık diğer görüşe göre bu husus ceza koşulunun yorumu meselesiyle ilgilidir[836]. Bu görüşe göre, cezanın ayıplı edim iade edilmeksizin istenebileceği de kararlaştırılmış olabilir[837]. Bu ihtimalde cezayı isteyen alacaklı, aksi kararlaştırılmadığı sürece, edimin onarılması, ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi veya bedel indirimini talep edemez[838].

4. Ceza Koşulu ve Gecikme Tazminatı

Borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde ödenmek üzere ceza koşulu kararlaştırıldığında, ceza ile müspet zararın bir türü olan gecikme tazminatı çakışır. Gerçekten alacaklı borçlunun temerrüdünde kural olarak aynen ifa ile birlikte gecikme

---

[833] Aynı yönde bkz. **Kocaağa,** s. 194.

[834] Aynı yönde bkz. **Ozanoğlu,** s. 95.

[835] **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3800; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1209; **Kocaağa,** s. 190, 191.

[836] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 538, dn. 419; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 441.

[837] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 538, dn. 419.

[838] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 538, dn. 419; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 441.

sebebiyle uğradığı zararın tazminini ister. İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldığında gecikme zararı ile cezanın üst üste gelmesi söz konusu olur. Böyle bir durumda kural olarak alacaklı ya aynen ifa ile birlikte gecikme zararını ya da ifayla birlikte kararlaştırılan cezayı ister[839]. Alacaklının aynen ifanın yanında hem cezayı hem de gecikme zararını talep etmesi ilke olarak mümkün değildir[840]. Ancak, alacaklı gecikme sebebiyle uğradığı zarar ceza miktarından fazla ise zararın bu fazla kısmını talep edebilir[841]. Bununla birlikte, TBK m. 180/II gereğince, alacaklı fazla kısmı isteyebilmek için ceza miktarını aşan bir zarara uğradığını ve borçlunun kusuruyla temerrüde düştüğünü ispat etmek zorundadır. Ceza koşulu kararlaştırılmadığında alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değilken, onun menfaatini korumak için ceza koşulu kararlaştırıldığında kendisine böyle bir ispat yükü yüklenmesinin ne kadar isabetli olduğu tartışmaya açık bir meseledir[842]. Diğer taraftan, ceza koşuluna ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığı için, taraflar temerrüt hâlinde aynen ifayla birlikte hem gecikmeden doğan zararın hem de cezanın birlikte isteneceği konusunda anlaşabilecekleri gibi[843], kusurun aranması veya ispatını da farklı bir şekilde kararlaştırabilirler[844].

---

[839] Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifaya eklenen cezanın istenebilmesi için, TBK m. 125'teki seçimlik haklardan aynen ifanın seçilmesi gerektiği yönünde bkz. **Ozanoğlu,** s. 102.

[840] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Bucher,** AT, s. 531; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443; **Ozanoğlu,** s. 103, 104. Ayrıca bkz. 13. HD, 10.03.1983 T., 1418 E., 1653 K. (**Uygur, Turgut,** Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. IV, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 4372, 4373). Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 350.

[841] **von Tuhr/Escher,** s. 282; **Bucher,** AT, s. 530; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443; **Ozanoğlu,** s. 103, 104; **Kocaağa,** s. 149.

[842] Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 284; **Bucher,** AT, s. 530, dn. 41; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3817; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 124, 125.

[843] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 283, **Bucher,** AT, s. 531; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Ozanoğlu,** s. 104. Sözleşmede kararlaştırılmışsa ceza koşulu dışında ayrıca kâr mahrumiyetinin de istenebileceği yönünde bkz. 19. HD, 12.02.2008 T., 2007/6745 E., 2008/1104 K. (YKD, 2008, C. 34, S. 7, s. 1376, 1377).

[844] **Bucher,** AT, s. 530, 531.

Örneğin, tarafların 20.000 TL ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırdıkları bir olayda borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle alacaklı 30.000 TL zarara uğramışsa, farklı bir anlaşma olmadığı sürece alacaklının iki imkânı bulunmaktadır. Alacaklı genel hükümlere göre asıl borcun ifasıyla birlikte gecikme zararını talep ederse, borçlu kusurlu olmadığını ispat edemediği sürece, 30.000 TL zarara uğradığını ispat ederek bunu tazminat olarak alır. Alacaklı ifayla birlikte kararlaştırılan cezayı istediğinde ise 20.000 TL cezayı zarara uğradığını ispat etmeye gerek olmaksızın alabilir. Buna karşılık alacaklı ceza miktarını aşan 10.000 TL'yi, toplam 30.000 TL zarara uğradığını ve borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olduğunu ispat edebilirse alır.

Temerrüt hâlinde seçimlik ceza kararlaştırılmışsa konuyu ikiye ayırarak açıklamak gerekir. Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu değilse, alacaklı kural olarak TBK m. 118'e göre borcun ifasıyla birlikte gecikme tazminatı isteyebilir. Burada seçimlik ceza alacaklıya başka bir seçimlik yetki daha tanımaktadır. Bu ihtimalde, alacaklı aynen ifayı seçerse bunun yanında gecikmeden doğan müspet zararını talep eder. Buna karşılık alacaklı aynen ifayı değil de cezayı seçerse kural olarak yalnızca cezayı alır. Ancak müspet zararı ceza miktarını aşıyorsa fazla olan kısmı TBK m. 180/II gereğince kusuru ve zararı ispat ederek talep edebilir[845]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise durum daha farklıdır. Zira TBK m. 125'e göre alacaklının aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep etme hakkının yanında, ayrıca ifadan vazgeçerek müspet zararını talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde farklı bir seçim yapılmayıp aynen ifa ve gecikme tazminatının istendiği hâllerde, niteliği gereği doğrudan seçimlik ceza bakımından bir seçimden bahsetmek yerinde olmaz. Burada, alacaklının aynen ifada ısrar etmesi ceza koşulu ve ifa arasında bir seçim olarak yorumlanabilirse de kanaatimizce buradaki seçim ceza koşuluyla ilgili değil, TBK m. 125'te düzenlenen

[845] Aynı yönde bkz. **Kocaağa,** s. 149.

seçimlik haklarla ilgilidir. Gerçekten, yukarıda bahsedildiği gibi alacaklının borcun ifasını talep etmesi, ifa ve ceza arasında doğrudan bir seçim yaptığı ve ceza talebinden vazgeçtiği anlamına gelmemekte, alacaklının daha sonra ceza koşulunu seçebileceği kabul edilmektedir[846]. Ancak, ifayı talep eden alacaklı açıkça cezadan vazgeçtiğini bildirmişse veya hâlin icabından bu sonuca varılabiliyorsa, artık alacaklının ifa ve ceza arasında seçim yaptığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, alacaklı seçimlik cezanın kararlaştırıldığı hâllerde cezayı seçtiğinde ifa talebinden vazgeçmiş olacağı için, ayrıca asıl edimin aynen ifasını talep edemez. Bu durum ise TBK m. 125'teki seçimlik haklardan ifadan vazgeçme hakkına denk gelmektedir. Bu sebeple kural olarak seçimlik ceza, alacaklının TBK m. 125'e göre aynen ifa ve gecikme zararını talep hakkında ısrar ettiği hâllerde değil, ifadan vazgeçme hakkını kullandığı hâllerde işlerlik kazanır[847].

5. Ceza Koşulu ve Temerrüt Faizi

Alacaklı, para borçlarında temerrüt hâlinde temerrüt faizi talep edebilir. Müspet zararın kanunda düzenlenmiş özel bir görünüm şekli olan temerrüt faizi ile ceza koşulu bazı konularda birbirine benzemekle birlikte, aralarında bazı farklılıklar da bulunmaktadır.

Temerrüt faizi, yalnızca para borcunun ifasında temerrüde düşülmesi hâlinde söz konusu olur. Buna karşılık, ceza koşulu borcun hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa edilmediği her durum için, hatta sözleşmeden dönme veya fesih için bile kararlaştırılabilir. Bu farklılığın bir sonucu da korunan menfaatler bakımından ortaya

---

[846] **von Tuhr/Escher,** s. 281, 282; **Keller/Schöbi,** s. 112; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3799; **Schwenzer,** OR, N. 71.10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 349. Aksi görüşte bkz. **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 109.

[847] *"... davacı yüklenici seçimlik hakkını akdin ifası yönünde kullandığından (seçimlik) ceza koşuluyla ilgili isteminin reddine..."* . 15. HD, 06.12.2011 T., 2010/7371 E., 2011/7197 K. (YKD, 2012, C. 38, S. 6, s. 1142 vd.).

çıkar. Zira temerrüt faizi daima ifa menfaatine, yani müspet zarara yöneliktir. Ceza koşulu ise yerine göre menfi zararı karşılayabilir.

Ceza koşulu kural olarak bir hukukî işlemden doğarken temerrüt faizi kanundan doğar[848]. Diğer taraftan, ceza koşulu her türlü borç için kararlaştırılabilirken temerrüt faizi yalnızca para borçlarında uygulanır[849].

Temerrüt faizinde alacaklının gerçekte bir zarara uğrayıp uğramadığı önemli değildir. Gerçekten, temerrüt sebebiyle bir zarar meydana gelmemiş olsa bile borçlu temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Borçlu zarar doğmadığını veya temerrüt faizi oranında olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacağı gibi, alacaklının da zararı ve miktarını ispat etmesine gerek bulunmamaktadır[850]. Benzer şekilde, ceza koşulu da zarardan bağımsızdır. Alacaklının bir zarara uğramaması veya zararın ceza miktarından az olması cezanın talep edilebilmesi bakımından önem taşımaz.

Temerrüt faizinde borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şart değildir. Bu sebeple, borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını kanıtlayarak temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz[851]. Buna karşılık, hâkim görüşe göre ceza koşulunda borçlunun kusuru aranır. Bu sebeple, borçlu borca aykırılıkta kusuru bulunmadığını kanıtlayarak ceza ödemekten kurtulabilir. Bu bakımdan, temerrüt faizi ceza koşulundan daha avantajlıdır.

Alacaklının uğradığı zarar temerrüt faizinden fazlaysa, aşkın zarar olarak ifade edilen bu fazla kısım talep edilebilir. Aynı şekilde, zararın ceza koşulunu aşan kısmı

---

[848] **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 126; **Kocaağa,** s. 56.

[849] **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 126; **Kocaağa,** s. 56. Ceza koşulu bakımından bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3786.

[850] **von Tuhr/Escher,** s. 146; **Bucher,** AT, s. 362; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2693; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 71; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1124; **Barlas,** s. 127, 134; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 72.

[851] **Bucher,** AT, s. 362; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 485; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 17, N. 7; **Albaş,** s. 143; **Barlas,** s. 134.

da talep edilebilir. Bununla birlikte, temerrüt faizini aşan zararda kusur karinesi yürüdüğü için borçlu kusuru bulunmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Ceza koşulunda ise cezayı aşan zararını talep eden alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır.

Hem temerrüt faizi hem de ceza koşulu asıl borca bağlıdır. Bu sebeple, asıl borç sona erdiğinde ilke olarak her ikisi de sona erer (TBK m. 131/I). Diğer taraftan, TBK m. 131/II'ye göre alacaklı hakkını açıkça saklı tutmadan ifayı kabul etmiş ve hâlin icabından saklı tuttuğu anlaşılamıyorsa, artık işlemiş temerrüt faizini ayrıca talep edemez. Çünkü bu ihtimalde faiz asıl alacakla birlikte sona erer[852]. Aynı hükümde ceza koşulu bakımından da bu kural öngörülmüştür. Ayrıca TBK m. 179/II'ye göre, alacaklı ifayı hiçbir çekince koymadan kabul eder ya da hakkından açıkça feragat ederse artık ifaya ekli ceza koşulundan vazgeçmiş sayılır.

Asıl borcun para borcu olması hâlinde buna ilişkin temerrüt faizini, ceza koşuluna ilişkin temerrüt faizinden ayırmak gerekir. Gerçekten, ceza koşulu edimi bir miktar para olarak kararlaştırılmışsa, cezanın ödenmesinde temerrüde düşüldüğünde bu ceza için de temerrüt faizi istenebilir[853].

Bir görüşe göre, para borçlarında ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldığında alacaklı cezayı ve temerrüt faizini birlikte isteyebilir[854]. Bu ihtimalde temerrüt faizi ile ceza koşulu çakışır. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde alacaklı kural olarak asıl borcun ifasıyla birlikte ya temerrüt faizini ya da cezayı isteyebilmelidir. İfanın yanında hem cezanın hem de temerrüt faizinin birlikte talep edilebileceği kabul edilirse, bu takdirde cezadan temerrüt faizi miktarı düşülmelidir[855]. Bununla birlikte, taraflar para borcunun

---

[852] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 930, 931; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 494; **Barlas,** s. 182, 184; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 72, 106 vd., 110.

[853] Bkz. **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 112; **Kocaağa,** s. 191.

[854] Bkz. **Helvacı,** s. 90, 91; **Kocaağa,** s. 193, 194, ayrıca orada dn. 152.

[855] Aynı yönde bkz. **Ozanoğlu,** s. 104, dn. 175.

ifasının yanında temerrüt faizi ve cezanın birbirinden bağımsız olarak birlikte istenebileceğini kararlaştırabilirler.

Örneğin, borçlunun temerrüde düştüğü bir olayda, alacaklının toplam zararı 30.000 TL, işlemiş temerrüt faizi 15.000 TL, kararlaştırılan ceza ise 20.000 TL'dir. Burada alacaklı ifayla birlikte temerrüt faizini isterse 15.000 TL temerrüt faizine ek olarak, toplam zararının 30.000 TL olduğunu ispatlayarak aradaki 15.000 TL farkı aşkın zarar olarak talep edebilir. Bu ihtimalde alacaklı aşkın zarar bakımından borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir. Buna karşılık, alacaklı ifayla birlikte ceza koşulunu talep ederse, 20.000 TL cezanın üzerindeki 10.000 TL'lik fazla zararını, ancak borçlunun kusurunu ve zarar miktarını ispat ederek talep edebilir. Buna karşılık alacaklının hem temerrüt faizini hem de cezayı birlikte talep edebileceği kabul edilirse, temerrüt faizi ile ceza koşulu talepleri birbirinden ayrı şekilde varlığını devam ettirir. Ancak alacaklı temerrüt faizi veya cezadan biriyle tatmin edildiği derecede diğer talep hakkını kaybeder. Buna göre, yukarıdaki örnekte alacaklı cezayla birlikte temerrüt faizini de istemişse 15.000 TL temerrüt faizi olarak, (20.000-15.000) 5.000 TL ceza olarak, kalan 10.000 TL de aşkın zarar olarak talep edilir. Ayrıca, alacaklı 15.000 TL veya daha fazlasını ceza koşulu olarak almışsa, artık temerrüt faizi talep edemez[856]. Bununla birlikte, sözleşmede cezanın temerrüt faizinden bağımsız olarak ayrıca talep edilebileceği kararlaştırılmışsa, alacaklı hem 15.000 TL temerrüt faizini hem de 20.000 TL cezayı alabilir.

TBK m. 179/II'ye göre, borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi hâli için kararlaştırılan ceza koşulu kural olarak ifaya eklenen ceza koşulu niteliğindedir. Bununla birlikte, tarafların zamanında ifa etmeme hâlinde seçimlik ceza kararlaştırmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu ihtimalde, para borcunda temerrüde düşüldüğünde alacaklı ya sadece asıl edim yerine cezayı ya da ifa ile birlikte

[856] **Ozanoğlu,** s. 104, dn. 175; **Yıldız,** s. 113, 149; **Gündüz,** s. 250.

temerrüt faizini talep edebilir. Asıl alacak yerine ceza seçildiğinde, artık fer'i bir alacak olan temerrüt faizi de istenemez[857].

Para borçları için ceza koşulu kararlaştırılması bazı problemleri beraberinde getirmektedir. Gerçekten, temerrüt faizine ilişkin özel düzenlenme sebebiyle, bazı hâllerde ceza koşulu ve temerrüt faizinin sınırlarını çizmek kolay olmamaktadır. Özellikle ceza koşulunun yeterli açıklıkta kararlaştırılmadığı hâllerde, anlaşmanın temerrüt faizine mi yoksa ceza koşuluna mı yönelik olduğunu tespit etmek güçleşmektedir. Böyle hâllerde tarafların iradelerinin yorumlanmasıyla bir sonuca ulaşılması gerekir.

Örneğin, sözleşmede borçlunun borcu zamanında ifa etmemesi hâlinde 5.000 TL ödeyeceği öngörülmüşse, burada tarafların iradesinin ceza koşulu kararlaştırmak yönünde olduğu çoğu olayda kolaylıkla kabul edilebilir. Buna karşılık sözleşmede, "borçlu borcun ifasında geciktiği her ay için, sözleşme bedelinin %2'si kadar para ödeyecektir" şeklinde bir düzenleme bulunuyorsa, bunun ceza koşulu mu yoksa temerrüt faizi mi olduğunu tespit etmek oldukça güçtür. Doktrinde bir görüş, bu ihtimalde olduğu gibi belirli bir oran üzerinden bir meblağ ödenmesi kararlaştırılmışsa temerrüt faizi düzenlendiğini kabul etmektedir[858]. Kanaatimizce, böyle genel geçer bir ilke kabul etmek isabetli değildir. Bu sebeple, her somut olayın kendine özgü özellikleri dikkate alınmalı, özellikle tarafların kanunu olan sözleşmenin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanmasıyla bir sonuca varılmalıdır.

Ceza koşulunun temerrüt faizi esas alınarak belirlenmesi mümkündür. Gerçekten taraflar temerrüt hâlinde, örneğin kanunî temerrüt faizinden %10 daha fazla ceza ödeneceğini kararlaştırabilirler. Temerrüt faizi ile ceza koşulunun zararın ispatı ve kusur bakımından farklı olan yönleri, böyle bir ihtimalde tartışmaları da beraberinde

[857] **Yıldız,** s. 113.

[858] **Gündüz,** s. 251.

getirmektedir. Bir görüşe göre, para borcunda temerrüt hâlinde kanunî temerrüt faizinin üzerinde bir faiz ödenmesi şeklinde ceza koşulu kararlaştırılmışsa, bu cezanın istenmesi de kusur şartından bağımsız olmalıdır. Zira borçlu kusurlu olmasa bile temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğuna göre, ceza koşulunda da bu esas kabul edilmelidir[859]. Daha isabetli bulduğumuz diğer görüşe göre bu husus bir yorum meselesidir. Tarafların iradelerinin yalnızca temerrüt faizini yüksek tutmak yönünde olduğu anlaşılıyorsa, borçlunun kusuru bulunmasa bile belirlenen miktar ödenir. Buna karşılık, tarafların iradesinin ceza koşulu belirlemek yönünde olduğu, temerrüt faizinin yalnızca bir referans olarak alındığı sonucuna ulaşılıyorsa, bu durumda borçlu temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[860].

6. Ceza Koşulu ve Aşkın Zarar

TBK m. 180/II'ye göre, alacaklının uğradığı zarar miktarı kararlaştırılan cezadan fazlaysa, alacaklı borçlunun kusurunu ve zarar miktarını ispatlayarak bu fazla kısmı talep edebilir. Bu kural, temerrüt hâlinde ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldığında da uygulama alanı bulur. Bu bakımdan, para borçlarında temerrüt hâlinde ifayla birlikte cezayı talep eden alacaklı, ceza miktarını aşan bir zararı varsa bunu ancak zararın miktarını ve borçlunun temerrüde düşmedeki kusurunu ispatlayarak talep edebilir. Buna karşılık, alacaklı temerrüt faizi talep ettiğinde, aşkın zararını borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda kalmadan yalnızca zararın miktarını ispatlayarak talep edebilir. Aşkın zararı ödemek istemeyen borçlu, kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır (TBK m. 122/I).

Yukarıda bahsedildiği gibi, doktrinde bir görüş ceza koşulunu aşan zararın tazmininde kanunun sistemine aykırı olan kusuru ispat şartını haklı olarak

---

[859] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 544, dn. 437.

[860] **Yıldız,** s. 113; **Gündüz,** s. 250, 251. Doktrinde bir görüş, kanunî oranı aşan bir temerrüt faizi anlaşmasının ceza koşulu olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Bucher,** AT, s. 522, 523.

eleştirmektedir[861]. Söz konusu ayrıksı düzenlemenin sebep olduğu problemlerin en önemlisi para borçlarında aşkın zarar bakımından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, alacaklı temerrüt faizi talep ettiğinde aşkın zarar bakımından borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değilken, ceza koşulu talep ettiğinde kusuru ispat edemediği sürece fazla zararı talep edememektedir. Bu hâliyle, alacaklının temerrüt faizi ve ceza koşulunun üstünde bir zararı varsa, sözleşmede ceza koşulu düzenlenmiş olsa bile çoğu durumda temerrüt faizini tercih etmesi onun menfaatine daha uygun olur.

Aşkın zararın tespitinde temerrüt faizi miktarının mı yoksa ceza miktarının mı toplam zarardan düşülmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ifaya eklenen ceza koşulu varsa toplam zarardan bu ceza miktarının indirilmesi gerekir[862]. Zira bu tür ceza, alacaklının zararını giderme amacı taşıyan bir götürü tazminat niteliğindedir. Temerrüt faiziyle benzer amaç taşıyan ceza koşulu toplam zarar miktarından indirilmelidir. Diğer görüş ise somut olayda belirlenen ceza koşulu veya temerrüt faizinden daha yüksek olanın toplam zarardan düşülmesi gerektiğini savunmaktadır[863]. Buna göre, ceza koşulu veya temerrüt faizinden biri tazmin edilirse, diğeri de bu oranda sona erer. Örneğin, ceza 5.000 TL, temerrüt faizi 3.000 TL ise aşkın zarar hesabında toplam zarardan 5.000 TL düşülmelidir. Buna karşılık, ceza 5.000 TL, temerrüt faizi 7.000 TL ise toplam zarardan 7.000 TL düşülmelidir.

7. Ceza Koşulu ve İfa Yerine Müspet Zarar Tazminatı

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâlinde alacaklının sahip olduğu haklardan biri ifadan vazgeçerek müspet zarar talep etmektir. Böyle bir ihtimalde, sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmışsa ne olacağı belirlenmelidir.

---

[861] **von Tuhr/Escher,** s. 284; **Bucher,** AT, s. 530, dn. 41; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3817; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 124, 125.

[862] **Barlas,** s. 223.

[863] **Yıldız,** s. 150; **Gündüz,** s. 253.

Yukarıda açıklandığı gibi, kural olarak alacaklı hem ceza koşulunu hem de zararının tamamını talep edememektedir. Gerçekten, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, ceza koşulunu isteyen alacaklı bunun yanında yalnızca ceza miktarını aşan zararını talep edebilir. En baştan belirtmek gerekir ki tarafların sözleşmede hem cezanın hem de ifa yerine müspet zararın tamamının birlikte talep edileceğini kararlaştırması mümkündür[864]. Mesele, böyle bir anlaşma yoksa problemin nasıl çözüleceğidir.

TBK m. 179/II'ye göre, tarafların zamanında ifa etmeme hâli için kararlaştırdıkları ceza koşulu, ifaya eklenen ceza anlamına gelir. İfaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmede temerrüt sonucu ifadan vazgeçildiğinde ceza veya müspet zarardan birinin mi yoksa ikisinin birlikte mi istenebileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada taraflar hem ifanın hem de cezanın talep edilebileceği konusunda anlaştıkları için müspet zararla birlikte ceza koşulu talep edilebilir[865]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira ifaya eklenen ceza koşulunda alacaklı hem asıl borcun ifasını hem de cezayı ister. Bu bakımdan, ifaya eklenen cezanın niteliği gereği asıl borcun ifası istenmelidir[866]. Ancak, burada alacaklı, gerekli şartları yerine getirerek asıl borcun ifası talebinden açıkça vazgeçmektedir. O hâlde, asıl borcun aynen ifasından vazgeçmeyi tercih eden alacaklı, sözleşmede belirlenen cezayı talep hakkından da vazgeçmiş sayılmalıdır. Bu durumda, alacaklı seçim yetkisini ifa ile birlikte cezayı değil, ifa yerine müspet zararını talep etme yönünde kullanmıştır. Yukarıdaki görüşün kabul edilebilmesi için müspet zarar tazminatının hukukî nitelik bakımından yine asıl borcun aynen ifası niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir. Oysa müspet zarar tazminatı aynen ifanın yerini almakla birlikte, nitelik olarak aynen ifa değildir. Bununla birlikte, tarafların, ifadan vazgeçildiğinde müspet zararın ve

[864] **Bucher,** AT, s. 531; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211; **Ozanoğlu,** s. 104.

[865] **Kocaağa,** s. 194; **Gündüz,** s. 254.

[866] İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için aynen ifayı talep hakkının seçilmesi gerektiği yönünde bkz. **Ozanoğlu,** s. 102, 106.

cezanın birlikte talep edileceğini ayrıca kararlaştırmaları her zaman mümkündür. Ancak, bu ihtimalde de kararlaştırılan ceza koşulunu türü bakımından ifaya eklenen ceza olarak nitelendirmek kanaatimizce yerinde değildir.

İfa yerine müspet zarar talebiyle ceza koşulunun çakışması seçimlik cezada söz konusu olabilir[867]. TBK m. 179/II'ye göre, kural olarak zamanında ifa etmeme hâli için kararlaştırılan ceza, ifaya eklenen ceza niteliğindedir. Ancak, taraflar borç zamanında ifa edilmezse ödenecek cezayı, seçimlik ceza koşulu olarak kararlaştırabilirler. Sözleşmede seçimlik ceza koşulu kararlaştırılmışsa, alacaklı ya asıl borcun ifasını ya da cezayı talep edebilir. Bu bakımdan, seçimlik cezanın kararlaştırıldığı bir sözleşmede ifadan vazgeçildiğinde alacaklı bir taraftan aslî edimin yerine müspet zarar tazminatı isteme, diğer taraftan da ceza koşulu anlaşması gereğince asıl borcun yerine kararlaştırılan cezayı isteme hakkına sahiptir. Ancak bu ihtimalde, aksine bir anlaşma bulunmadığı sürece, ceza ile müspet zararın tamamı birlikte istenemez[868]. Gerçekten, seçimlik ceza koşulu asıl edimin ifası yerine talep edilebildiğine göre, müspet zarar ve ceza çakışmaktadır. Ancak, taleplerin birleşmesi kabul edilmediği için alacaklının elinde iki imkân bulunmaktadır. Birincisi, alacaklı genel hükümlere göre müspet zararını talep eder. İkincisi ise alacaklı sözleşmede kararlaştırılan cezayı ister. Bu ihtimalde, alacaklının toplam müspet zararı ceza miktarını aşıyorsa, TBK m. 180/II'deki şartları yerine getirip bu fazla kısmı talep etmesi mümkündür[869]. Ancak, taraflar, ifadan vazgeçme hâlinde cezanın müspet zarardan bağımsız olarak, onun yanında isteneceğini de kararlaştırabilirler.

Seçimlik ceza koşulu belirlenmiş bir sözleşmede temerrüde düşülmesi durumunda alacaklının hem borcun ifasını hem de cezayı birlikte talep etmesi hâlinde

[867] Benzer yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 539; **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443.

[868] Aynı yönde bkz. 13. HD, 10.03.1983 T., 1418 E., 1653 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4372, 4373).

[869] **Nomer,** Borçlar Hukuku, s. 443.

ne olacağı bir yorum meselesidir. Zira burada alacaklının gerçek iradesinin cezadan yana mı yoksa aynen ifadan yana mı olduğu tespit edilmelidir. Kural olarak, borçlunun temerrüdünde alacaklı seçim hakkını farklı bir yönde kullanmadığı sürece aynen ifayı talep ettiği kabul edilir. Söz konusu genel ilkenin burada da uygulanması mümkündür. Zira alacaklının, seçimlik ceza kararlaştırılmış bir sözleşmede hem ifayı hem de cezayı istediği hâllerde onun iradesinin hâlâ borcun aynen ifasından yana olduğu, bundan vazgeçmediği sonucu çıkarılabilir[870]. Bu sebeple, alacaklının asıl borcun ifasından vazgeçtiğinin açıkça anlaşılamadığı bu gibi hâllerde, ilke olarak hâlâ aynen ifayı talep ettiğini kabul etmek isabetli olur.

III. GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. Genel Olarak

Borca aykırılık hâlinde alacaklının bundan doğan zararının tazmin edilebilmesi için meydana gelen zararın ve tazminatın miktarının belirlenmesi gerekir. Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde zararın ve tazminatın hesabına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 114/II atfıyla, haksız fiillerde zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanır. Bu tespit iki safhadan oluşur. Gerçekten, öncelikle alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin, yani zararın miktarının hesap edilmesi gerekir. Daha sonra ise tespit edilen bu zararın ne kadarlık miktarının tazminat olarak alacaklıya ödeneceği belirlenir. Zararın belirlenmesi aşamasında alacaklı kural olarak hem meydana gelen zarar kalemlerinin varlığını hem de bunların miktarını ispat etmekle yükümlüdür.

[870] Aynı yönde bkz. **Kocaağa,** s. 184.

Zararın varlığının ve miktarının ispat edilmesi çoğu zaman önemli güçlükler barındırmaktadır. Diğer taraftan, zararın ve tazminatın belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, bu hükümler bir sözleşme ilişkisine giren tarafların, yaptıkları sözleşmeye ilişkin riskleri ve borca aykırılık hâlinde tazmin etmekle yükümlü olacakları zararın miktarını önceden öngörebilmelerine ve gerektiğinde sorumluluğun miktarını sınırlayabilmelerine hizmet edebilecek nitelikte değildir. İşte, tarafları bu ispat zorluklarından ve belirsizliklerden kurtarmak amacıyla götürü tazminat kurumu geliştirilmiştir. Götürü tazminat, esasen ceza koşulunu reddeden Anglo-Amerikan Hukuku kaynaklı bir kurumdur[871]. Türk/İsviçre Hukukunda götürü tazminatı düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir. Götürü tazminat, TBK m. 179 ve devamında düzenlenen ceza koşulu ile benzerlik gösterse de esasen aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 50 vd. hükümleri emredici nitelikte olmadığı için Türk/İsviçre hukukunda götürü tazminatın uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir[872].

Götürü tazminat anlaşması (*Schadenspauschalierung*), borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı hâlinde tazmin edilmesi gerekecek muhtemel zararın miktarının taraflarca götürü şekilde önceden belirlendiği[873], kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir yan anlaşmadır[874]. Bu anlaşma ile belirlenen tazminata da götürü tazminat denir.

---

[871] **Birinci Uzun,** s. 120, 121, 125; **Kapancı, K. Berk,** "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 672; **Erdem, Mehmet,** "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 97, 110.

[872] **Erdem,** s. 97 vd.; **Kapancı,** s. 657; **Birinci Uzun,** s. 63.

[873] Taraflarca tazminat miktarının borca aykırılık meydana geldikten sonra belirlenmesi hâlinde, sulh veya ibra sözleşmesinin söz konusu olacağı yönünde bkz. **Kapancı,** s. 656, dn. 2; **Erdem,** s. 102.

[874] **Ozanoğlu,** s. 89; **Kapancı,** s. 656, 657; **Birinci Uzun,** s. 63, 68; **Couchepin, Gaspard,** "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Çev. Erdem, Mehmet/Kara, Doğan, Prof. Dr. Hâlûk Burcuoğlu'na Armağan, C. I, İstanbul 2020, s. 486; **Parlak Börü, Şafak,** "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış",

Götürü tazminata ilişkin anlaşma asıl sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede kararlaştırılabilir[875]. Götürü tazminat anlaşması, içeriğine göre ispat yüküne ilişkin bir anlaşma veya bir sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olabilir[876]. Götürü tazminat asıl sözleşmeye bağlı (fer'i) bir yan anlaşma niteliğinde olduğu için hukukî kaderi asıl sözleşmeye bağlıdır[877].

Götürü tazminat anlaşması doktrinde, taraflardan birinin gerçek zarar miktarını ispat ettiği hâllerde bu miktarın tazminat olarak ödenip ödenemeyeceği ölçütüne göre, nispi, kısmen nispi ve mutlak götürü tazminat olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Tarafların iradesinden hangi türde götürü tazminat anlaşması yaptıkları belirlenemiyorsa, nispi götürü tazminatın bulunduğu kabul edilmelidir[878].

Nispi götürü tazminatta, taraflar meydana gelen zararın gerçek miktarının anlaşmada belirlenenden farklı olduğunu ispat edebilirler. Bu kapsamda, borçlu, gerçek zararın anlaşmada belirlenen miktardan az olduğunu, alacaklı ise gerçek zararın anlaşmada belirlenenden fazla olduğunu ispat ederek bu miktarın tazmin edilmesini sağlayabilir. Böyle bir ispatın mevcut olmadığı hâllerde, borçlu anlaşmada belirlenen tazminatı ödemekle yükümlü olduğu gibi alacaklı da daha fazlasını talep edemez[879].

Kısmen nispi götürü tazminatta taraflardan yalnızca biri belirlenen miktarın aksini ispat etme yetkisine sahiptir[880]. Bu götürü tazminat türü, kendi içerisinde asgari ve azami götürü tazminat olmak üzere ikiye ayrılır. Asgari götürü tazminatta, borçlunun ödemek zorunda olduğu tazminatın alt sınırı belirlenir. Bu sebeple, gerçek

---

TBBD, 2017, S. 129, s. 197; **Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten,** "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi", MARUHAD, C. 25, S. 1, 2019, s. 222, 224; **Kocaağa,** s. 49; **Erdem,** s. 98.

[875] **Erdem,** s. 102; **Kapancı,** s. 657; **Parlak Börü,** s. 197; **Öcal Apaydın/İnce Akman,** s. 224.

[876] **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 498; **Kapancı,** s. 657.

[877] **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 489 vd.; **Kapancı,** s. 657, 661 vd.; **Parlak Börü,** s. 204 vd.

[878] **Kapancı,** s. 667.

[879] **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 499; **Erdem,** s.109; **Kapancı,** s. 669; **Birinci Uzun,** s. 112; **Parlak Börü,** s. 211.

[880] **Kapancı,** s. 670; **Birinci Uzun,** s. 114.

zarar miktarı belirlenenden az olsa bile borçlu belirlenen götürü tazminatı ödemek zorundadır. Buna karşılık, alacaklı zararının anlaşmada belirlenenden daha çok olduğunu ispat ederek bu miktarın tazminini talep edebilir[881]. Azami götürü tazminat anlaşmasında ise borçlunun ödeyeceği tazminatın en üst sınırı belirlenir. Burada, alacaklı belirlenen miktardan daha fazla zarara uğradığını ispat ederek bunu talep edemez. Buna karşılık borçlu, gerçek zararın anlaşmada belirlenen miktardan daha az olduğunu ispat ederse bu az miktarı öder; ispat edemezse sözleşmede belirlenen miktarı öder[882].

Mutlak götürü tazminat anlaşması taraflardan hiçbirine zararın miktarının anlaşmada belirlenenden farklı olduğunu ispatlayarak bu miktarın tazminini talep etme imkânının tanınmadığı götürü tazminat türüdür[883]. Mutlak götürü tazminatın belirlendiği sözleşmelerde borca aykırı davranıldığında, sözleşmede götürü tazminat olarak ne belirlenmişse o ödenir.

Götürü tazminatın temel amacı[884], borca aykırılık sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesinde, alacaklıyı zararın varlığını ve miktarını ispat yükünden

[881] **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 500; **Kapancı,** s. 670, 671; **Birinci Uzun,** s. 115; **Parlak Börü,** s. 214.

[882] **Birinci Uzun,** s. 116, 117.

[883] **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 498; **Kapancı,** s. 667; **Birinci Uzun,** s. 118.

[884] Götürü tazminatta, ceza koşulundaki gibi ifayı teminat altına alma ve borçlu üzerinde ek bir baskı oluşturma yönünde temel bir amaç bulunmamaktadır. Bkz. **Ozanoğlu,** s. 89, 90. Belirtmek gerekir ki uygulamada ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki bu sınırın çizilmesi gerçekten zor bir meseledir. Bu konuda her somut olayın özelliğine göre, yorum yoluyla bir karara varılması gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay, kira tazminatını gecikme tazminatı kapsamında değerlendirerek, bu yöndeki anlaşmaları götürü tazminat olarak nitelendirmektedir. Örneğin, bir kararda, inşaat 30 aylık süre içerisinde bitirilip işsahibine ait bağımsız bölümler teslim edilmezse, yüklenicilerin her ay için 15.000 TL tazminat ödeyeceklerinin kararlaştırıldığı bir sözleşme kaydının, ceza koşulu değil götürü (maktu) tazminat olduğu gerekçesiyle, arsa sahibinin teslim anında ihtirazi kayıt öne sürmesinin şart olmadığı kabul edilmiştir. Bkz. 15. HD,04.10.1988 T., 1988/88 E., 1988/3118 K. (**Ozanoğlu,** s. 91, 92'den naklen). Aynı yönde bkz. 15. HD, 25.0.2018 T., 2018/403 E., 2018/1727 K.; HGK, 12.11.2014 T., 2013/1140 E., 2014/905 K. (HukukTürk). Doktrinde de bu tür sözleşme kayıtlarının, tazmini gereken muhtemel zararın taraflarca önceden belirlenmesi ve somut zarar miktarının hesabı konusunda kolaylık sağlayarak bu konudaki ihtilafların önlenmesi amacını taşıdığı, asıl edimin ifasını teminat altına alma

kurtarmaktır[885]. Alacaklı, kural olarak borca aykırılık sebebiyle zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, götürü tazminat anlaşması sayesinde, alacaklı bu ispat yükümlülüğünden kurtulur. Gerçekten, alacaklı götürü tazminat olarak belirlenen miktarı, bu miktarda zarara uğradığını ispatlamak zorunda olmaksızın talep edebilir. Ancak bu husus, asgari ve mutlak götürü tazminat hariç, alacaklının tazminat talebinin zarardan tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmez. Gerçekten, asgari veya mutlak götürü tazminat belirlenmediği sürece, borçlu zarar

ve ek bir baskı aracı oluşturma amacı taşımadığı kabul edilmektedir. Diğer taraftan, bir sözleşmede yer alan "inşaatın süresi içerisinde bitirilmemesi hâlinde günlük 1.000 TL ödeneceği" veya "gecikme süresi 45 günü aşarsa 500.000 TL ceza ödeneceği" gibi kayıtların borçluyu ifaya zorlama ve ek bir baskı aracı oluşturma amacı taşıdığı için ceza koşulu niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Ozanoğlu,** s. 93. Ayrıca bkz. 15. HD, 01.03.2016 T., 2015/5184 E., 2016/1305 K.; 15. HD, 22.10.2018 T., 2017/1690 E., 2018/3947 K. (HukukTürk). Yine bir kararda, *"verilen süre ve ek süre içerisinde kooperatif inşaatının teslim edilmemesi hâlinde geçen her ay için dairelerin tamamı için aylık 500.000.000 TL ödenmesi"* şeklindeki sözleşme hükmü, gecikme tazminatı (götürü tazminat) olarak kabul edilmiştir. Bkz. 15. HD, 06.12.2011 T., 2011/515 E., 2011/7200 K. (YKD, 2012, C. 38, S. 6, s. 1144 vd.). Ancak, Yargıtay bu kararında gecikme tazminatının amaçlarından birinin de tazminat tehdidiyle yükleniciyi edimini süresinde ifaya zorlamak olduğunu ifade etmiştir. Hatta sözleşmede belirlenen maktu gecikme tazminatı ile rayiçlere göre hesaplanacak gecikme tazminatı arasında bir misli fark olması gerektiği kabul edilmiştir. Yüksek mahkemenin bu bir misli farkı hangi somut gerekçelerle ve neye dayanarak kabul ettiği ise açık değildir. Kanaatimizce böyle bir kabul, söz konusu kaydı götürü tazminattan çok ceza koşuluna yaklaştırmaktadır. Bu sebeple Yargıtay'ın maktu gecikme tazminatının amacını aşıp baskı oluşturmanın da ötesinde cezalandırma amacına kayan bu yaklaşımı isabetli değildir.

Buna karşılık, Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında, aynı nitelikteki anlaşmalar ceza koşulu olarak kabul edilmiştir: "*Taraflarca imzalanan 03.04.2007 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ... inşaatın süresinde teslim edilmemesi hâlinde daire başına aylık 500,00 TL gecikme cezası kararlaştırıldığı, ...inşaat süresinin bitiminden itibaren ... ay içerisinde ... iskân ruhsatının teslim edilmemesi hâlinde aynı ceza koşulu iskân için de geçerlidir...- hükmü kabul edilmiştir. Bu hükümde öngörülen ilk bölüme yönelik ceza koşulu BK'nın 158/.... maddesinde düzenlenen ifaya ekli ceza koşulu niteliğinde olup, bu hükme göre, taraflarca aksi kararlaştırmadıkça kural, gecikme cezasının ifayla birlikte istenmesidir.".* 23. HD, 02.10.2013 T., 2013/5726 E., 2013/5982 K. (HukukTürk).

[885] **Bucher,** AT, s. 525; **Larenz,** I, s. 383; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3851; **Schwenzer,** OR, N. 71.16; **Ozanoğlu,** s. 84, 85, 89; **Kocaağa,** s. 49; **Parlak Börü,** s. 212; **Öcal Apaydın/İnce Akman,** s. 227. Götürü tazminat anlaşmasının yalnızca zararın miktarını ispat yükümlülüğünü kaldırdığı, zararın varlığının ise ispatlanması gerektiği görüşü için bkz. **Kapancı,** s. 661, 666; Birinci, Uzun, s. 101, 104; **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 500, 501; **Erdem,** s.107.

miktarının gerçekte daha az olduğunu ispat ettiği nispette tazminat ödemekten kurtulur. Bu bakımdan, ilke olarak götürü tazminat zarara ilişkin ispat yükünü ters çeviren bir anlaşmadır[886].

Götürü tazminatın diğer amacı, taraflara girdikleri sözleşme ilişkisi bakımından açıklığın ve hukukî güvenliğin sağlanmasıdır[887]. Gerçekten, götürü tazminatın kararlaştırılmasıyla taraflar o sözleşmeden kaynaklanabilecek muhtemel kâr ve zararı, olası riskleri ve sözleşmeye aykırılığın malvarlıklarına getireceği yükü daha sözleşme yapılırken tahmin etme imkânına kavuşurlar. Bu bakımdan ceza koşulundan farklı olarak, götürü tazminat borçlunun da menfaatlerine hizmet eder.

Son olarak götürü tazminatın diğer bir amacı anlaşmanın türüne göre sorumluluğun sınırlanmasıdır[888]. Gerçekten, özellikle azami ve mutlak götürü tazminatta, borçlu belirlenen miktarın üzerindeki zarardan sorumlu tutulmayacağı için sorumluluk bu nispette sınırlandırılmış olur. Diğer taraftan, ödenecek tazminatın önceden taraflarca kararlaştırılması sayesinde, özellikle yargılama masrafları gibi zarar kalemlerinden de tasarruf edilmiş olur[889].

Bir görüş, temerrüt faizini alacaklının kanunen mevcut olduğu farz edilen zararının tazmini için kanunun kabul ettiği bir götürü tazminat olarak nitelemektedir[890]. Bu görüş, ceza koşulunu da bir götürü tazminat olarak kabul etmektedir. Buna göre, ceza koşulu, borcun ihlalinde ödenecek önceden belirli götürü

---

[886] **Bucher,** AT, s. 525; **Schwenzer,** OR, N. 71.16; **Fischer, Thomas,** Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998, s. 143, 162, 172; **Ozanoğlu,** s. 85, 89; **Kocaağa,** s. 52; **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 488; **Erdem,** s.107.

[887] **Larenz,** I, s. 383; **Ozanoğlu,** s. 85, dn. 114; **Kapancı,** s. 666; **Birinci Uzun,** s. 101, 106 vd.; **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 489; **Erdem,** s. 102; **Öcal Apaydın/İnce Akman,** s. 227.

[888] **Bucher,** AT, s. 525; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3851; **Kapancı,** s. 661; **Birinci Uzun,** s. 102, 109 vd.; **Kocaağa,** s. 49.

[889] **Kapancı,** s. 666; **Birinci Uzun,** s. 102, 108; **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 489; **Erdem,** s. 102.

[890] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 425, 486, 494.

bir tazminat olduğu için, cezanın ödenmesi alacaklının zararının derecesine ve zarar görüp görmediğine bağlı değildir[891].

B. Götürü Tazminat ve Müspet Zarar

Götürü tazminat çoğunlukla sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazminine ilişkin olduğu için konusu bakımından müspet zararı ilgilendirir. Bununla birlikte, sözleşmeden dönme hâlinde ödenecek tazminata ilişkin götürü tazminat belirlendiğinde, bu anlaşmanın konusu müspet zarar değil menfi zarardır[892].

Müspet zararı tazmin etme yükümlülüğü sözleşmeden doğan sorumluluğun genel bir sonucu olarak doğrudan kanundan doğar. Gerçekten, müspet zararın tazmin edilebilmesi için tarafların bu yönde anlaşması gerekli değildir. Götürü tazminat ise genellikle müspet zararı konu edinmekle birlikte, tarafların bu yöndeki iradesine, yani anlaşmaya dayanır.

Müspet zarar tazminatı kanunda öngörülen bütün sözleşmeye aykırılık hâllerinde söz konusu olan genel bir tazminat ödeme yükümlülüğüdür. Buna karşılık, götürü tazminat anlaşması çoğunlukla bu borca aykırılık hâllerinden bir veya birkaçı için kararlaştırılır[893].

Genel olarak müspet zararın tazmininde zarar ile tazminatın miktar ve türünün önceden belirlenmesi söz konusu olmaz. Zira (müspet) zarar, niteliği gereği borca aykırılık gerçekleştikten sonra meydana gelir. Bu sebeple zararın varlığı ve miktarı sonradan yapılan bir değerlendirmeyle tespit edilir. Aynı şekilde, bu zararın ne

---

[891] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 545.

[892] **Kapancı,** s. 653; **Birinci Uzun,** s. 109, 231; **Öcal Apaydın/İnce Akman,** s. 224.

[893] Kural olarak her ihlal türü için ayrı bir götürü tazminat kararlaştırılır. Ancak, götürü tazminatın hangi borca aykırılık türü için kararlaştırıldığının açık bir şekilde ortaya konulmadığı bazı hâllerde tarafların iradeleri yorum yoluyla belirlenir. Bunun yanında, bazen anlaşmanın yorumlanması sayesinde götürü tazminatın farklı ihlal türleri için de uygulanması mümkün olur. Örneğin, bir makinenin ayıplı teslimi hâlinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat, makinenin tesliminde temerrüde düşülmesi hâlinde de ödenebilir. Bkz. **Birinci Uzun,** s. 222, 223; **Kapancı,** s. 665.

kadarlık kısmının tazmin edileceği, tazminatın türü ve ödenme biçimi zarar hesap edildikten sonra belirlenir. Tazminatın üst sınırı ise meydana gelen toplam zarardır. TBK m. 50 ve devamına göre zararı ve tazminatı belirleyecek kişi hâkimdir. Götürü tazminat anlaşmasında ise tazminat miktarı daha baştan belirlenir. Gerçekten, götürü tazminatta henüz zarar meydana gelmeden, hatta zararı doğuran borca aykırılık bile gerçekleşmeden önce ödenecek tazminat belirlenir. Bu yönüyle götürü tazminat anlaşması, borca aykırılık hâlinde meydana gelecek zararın önceden ve tahmini[894] olarak belirlenmesidir[895]. Taraflar bu anlaşmada tazminatın miktarını[896] belirlemenin yanında, türünü ve ödenme biçimini dahi kararlaştırabilirler[897].

Borca aykırılık sebebiyle meydana gelen müspet zararın talep edilebilmesi için ilke olarak borçlunun kusuru şarttır. Ancak, sözleşmeden doğan sorumlulukta öngörülen kusur karinesi sayesinde, borçlu borca aykırılıkta kusuru bulunmadığını ispat edemediği sürece müspet zarardan sorumludur. Götürü tazminat kusur bakımından bir istisna getirmez. Gerçekten, götürü tazminatın talep edilebilmesi için borçlunun kusuru şarttır. Ancak, burada da kusur karinesi yürüdüğü için götürü

[894] Götürü tazminatın tahmini niteliği güvenilirlik bakımından bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte doktrinde haklı olarak, bazı hâllerde sözleşme taraflarının o türden sözleşmelerdeki deneyimlerinin hâkimlerden daha fazla olduğu, bu sebeple zararın miktarını önceden daha isabetli tahmin edebildikleri belirtilmektedir. Bkz. **Birinci Uzun,** s. 80, 105.

[895] Götürü tazminat miktarı önceden tahmini olarak belirlendiği için, bir hoşgörü payının bırakılabileceği kabul edilmektedir. Hoşgörü payının niteliği götürü tazminat anlaşmasında belirlenebilir. Örneğin, gerçekleşen zarar ile belirlenen götürü tazminat arasında %10 fark olabileceği veya gerçek zarar 100.000 TL ile 150.000 TL arasında olursa 120.000 TL götürü tazminat ödeneceği, bu sınırın dışındaki hâllerde ise tazminatın genel hükümlere göre belirleneceği kararlaştırılabilir. Ancak, gerçekleşen zarar ile belirlenen tazminat arasında aşırı oransızlık bulunmamalıdır. Bkz. **Birinci Uzun,** s. 79 vd.

[896] Edim belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Bu bakımdan anlaşmada edimin miktarı kesin olarak belirlenebileceği gibi, belirlenme usulünün kararlaştırılması da mümkündür. Bu belirlenme usulü çeşitli şekillerde kararlaştırılabilir. Örneğin, edimin üçüncü bir kişi tarafından belirlenmesi veya para borçlarında belirli bir faiz oranına göre belirlenmesi kararlaştırılabilir. Ancak, belirlemenin keyfi olarak taraflardan birine bırakılması uygun görülmemektedir. Bkz. **Birinci Uzun,** s. 72, 73.

[897] **Kapancı,** s. 661; **Birinci Uzun,** s. 73 vd.

tazminatı ödemekten kurtulmak isteyen borçlu, borca aykırılıkta kusurunun bulunmadığını ispat etmelidir[898].

Müspet zararda tazminatın söz konusu olabilmesi zararın varlığına bağlıdır. Gerçekten, maddi tazminatın genel ilkesine uygun olarak, zarar yoksa tazminat da yoktur. Zira tazminat, meydana gelen zararı gidermeyi amaçlar. Götürü tazminatın da zarardan bağımsız olmadığı, zararın varlığına bağlı olduğu iddia edilmektedir[899]. Buna göre, götürü tazminatın talep edilebilmesi zararın mevcut olmasına bağlıdır. Götürü tazminat anlaşmasında yalnızca zararı ispat yükü ters çevrilmiştir. Bu bakımdan, borçlu alacaklının borca aykırılık sebebiyle bir zarara uğramadığını ispat edebilirse götürü tazminatı ödemekten kurtulur[900]. Kanaatimizce bu görüş doktrinde kabul edilen götürü tazminat türlerinin tamamını kapsamamaktadır. Zira götürü tazminatın zarardan bağımsız olup olmadığını götürü tazminatın türleri bakımından ayrı ayrı ele almak gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki götürü tazminatın zararın varlığına bağlı olması haklı ve yerinde bir ilkedir. Zira götürü tazminatın temel amacı meydana gelen zararın giderilmesini sağlamak, ancak alacaklıyı ispat yükünden kurtarmaktır. Zararı giderme amacı ise öncelikle bir zararın varlığını gerektirir. Bu husus götürü tazminatı ceza koşulundan ayıran en önemli unsurdur. İspat yükünün ters çevrilmesi zararın varlığından vazgeçildiği anlamına gelmez. Yalnızca, alacaklı zararın varlığını ve miktarını ispat yükünden kurtulur; borç ihlal edildiğinde zararın meydana geldiği varsayılır. Buna karşılık borçlu, aslında bir zarar oluşmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Ancak, götürü tazminatın zararın varlığına bağlı olması, yalnızca nispi götürü tazminat ve azami götürü tazminat bakımından geçerlilik alanı bulmaktadır. Gerçekten, nispi götürü tazminatta her iki taraf da gerçekleşen zararın

[898] **Birinci Uzun,** s. 238, 239, 244; **Erdem,** s. 106.

[899] **Bucher,** AT, s. 525; **Ozanoğlu,** s. 85, 86, 89; **Kocaağa,** s. 50; **Birinci Uzun,** s. 148 vd., 224.

[900] **Ozanoğlu,** s. 85; **Kocaağa,** s. 50; **Birinci Uzun,** s. 225.

götürü tazminattan farklı olduğunu ispat ederek, bu miktarın tazminini sağlayabilir. Azami götürü tazminatta ise borçlu gerçek zararın belirlenen miktardan az olduğunu ispatlayarak, yalnızca gerçekleşen zararı tazmin edebilir. Bu bakımdan, söz konusu götürü tazminat türleri bakımından zararın varlığına bağlılık ilkesi geçerlidir. Taraflar, gerçekleşen zarar neyse onun tazmin edilmesini, daha doğru bir ifadeyle borçlunun meydana gelen zarardan fazla bir tazminattan sorumlu olmamasını sağlayabilirler. Götürü tazminatın zararın varlığına bağlı olması yönündeki haklı ilke nispi ve azami götürü tazminat bakımından uygulanabilir olduğu için, kanaatimizce bunlar teknik anlamda götürü tazminat olarak tanımlanabilir.

Buna karşılık, asgari götürü tazminatta ve mutlak götürü tazminatta zararın varlığına bağlılıktan söz etmek çoğu zaman mümkün değildir. Gerçekten, asgari götürü tazminatın özelliği, tarafların gerçek zararın belirlenen götürü tazminattan az olduğunu ispatlayarak yalnızca gerçekleşen zararın giderilmesini sağlayamamalarıdır[901]. Mutlak götürü tazminatta ise taraflara gerçek zararın belirlenen tazminattan az veya çok olduğunu ispatlama imkânı tanınmamıştır[902]; alacaklının gerçekte uğradığı zarar belirlenen götürü tazminattan farklı olsa da bir şey değişmez. Bir taraftan söz konusu götürü tazminat türlerini bu şekilde açıklayıp diğer taraftan bunların zararın varlığına bağlı olduğunu iddia etmek kendi içerisinde bir çelişki teşkil etmektedir. Zira asgari götürü tazminatın kararlaştırıldığı hâllerde, alacaklının gerçekte uğradığı zarar götürü tazminat miktarından az olsa bile yine de belirlenen götürü tazminat ödenmektedir. Öyle ki alacaklı gerçekte daha az zarara uğramış olsa bile, borçlu bunu ispat ederek gerçek zarar miktarını tazmin edemez; anlaşmada belirlenen tazminat ne ise onu öder. Böyle bir durumda, asgari götürü tazminatın zarara bağlı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Borçlunun gerçek zararın daha az

[901] **Kapancı,** s. 670, 671; **Birinci Uzun,** s. 115.

[902] **Kapancı,** s. 667, 668; **Birinci Uzun,** s. 118.

olduğunu ispat edememesi, doğal olarak, gerçekte bir zarar doğmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamamasını da bünyesinde barındırır. Borçlu zararın az olduğunu veya hiç olmadığını ispat edemediğine göre, asgari götürü tazminat ne zararın varlığına ne de miktarına bağlı değildir. Aynı gerekçeler, mutlak götürü tazminat için de evleviyetle geçerlidir. Zararın önceden tahmin edildiğinden bahisle, götürü tazminatın gerçek zarar miktarından farklı olabilmesini hoşgörü payı adı altında kabul etmek de bu götürü tazminat türleri açısından gerçeği değiştirmez. Bu çalışmanın kapsamına girmediği için götürü tazminatın ceza koşuluyla ilişkisi üzerinde durulmamıştır[903]. Ancak şunu belirtmek gerekir ki asgari götürü tazminat, özellikle gerçek zararın belirlenen tazminattan az olduğu hâllerde, esasen ceza koşulundan[904] başka bir şey değildir[905]. Zararın ceza koşulundan fazla olan kısmının, ancak borçlunun kusurunu ispat etmek suretiyle talep edilebileceği hükmü (TBK m. 180/II) de aksini iddia etmek için[906] haklı bir gerekçe olamaz. Zira ceza koşulunda taraflar sözleşmeyle bunun aksini kararlaştırıp, zararın cezadan fazla olan kısmının kusuru ispat gerekmeksizin talep

[903] Götürü tazminat ve ceza koşulunun karşılaştırması için bkz. **Fischer, T.,** s. 161 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3851; **Ozanoğlu,** s. 84 vd.; **Kocaağa,** s. 49 vd.; **Kapancı,** s. 671 vd.; **Birinci Uzun,** s. 137 vd; **Couchepin** (Erdem/Kara), s. 502 vd.

[904] İspata ihtiyaç göstermeyen asgari zararın (*Mindestschaden*) karşılanmasının, ceza koşulunun bir niteliği olduğu yönünde bkz. **Ozanoğlu,** s. 86.

[905] Götürü tazminatta zararın varlığının ispatını arayan bir görüş de tarafların zararın varlığını ispat yükümlülüğünü kaldırabileceğini, böyle bir anlaşmanın varlığı hâlinde amaç ihlal gerçekleştiğinde zarar olmasa bile belirlenen edimin alacaklıya ödenmesi olduğu için, burada götürü tazminattan değil, ceza koşulundan bahsedilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kapancı,** s. 661, dn. 22. Ancak, kanaatimizce, böyle bir genelleme yapmak da yerinde değildir. Zira zararın varlığını ispat yükünü kaldırmak, doğrudan diğer tarafın da zararın meydana gelmediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamayacağı anlamına gelmez. Bunun için, zararın varlığını ispat yükü kaldırıldığı gibi, karşı tarafın zararın yokluğunu ispat imkânı da kaldırılmalıdır. Mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmaları her iki tarafın da gerçekleşen zararın belirlenenden az olduğunu veya hiç olmadığını ispatlamasına izin vermediği için tam da bu niteliktedir.

[906] Bkz. **Birinci Uzun,** s. 116.

edilebileceği konusunda anlaşabilirler[907]. O hâlde asgari götürü tazminat, çoğu durumda, fazla zarar bakımından kusuru ispat yükünün ters çevrildiği bir ceza koşuludur. Zira burada, götürü tazminatın zararı giderme ve ispat yükünü terse çevirme amacı aşılmakta, her şartta belirli asgari bir miktarın ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Asgari tazminat gerçek zarardan çok fazla olduğunda hâkimin uyarlama veya indirme gibi yollarla müdahale edeceğinin kabul edilmesi[908] de asgari götürü tazminatın bu niteliğini değiştirmemektedir[909]. O hâlde, asgari götürü tazminat anlaşması, yalnızca gerçek zarar miktarı belirlenen götürü tazminata eşit veya ondan fazlaysa teknik anlamda bir götürü tazminat niteliği taşımaktadır.

IV. CEZALANDIRICI TAZMİNAT

Türk/İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde ilke olarak tazminatın yalnızca telafi edici işlevi kabul edilir. Gerçekten, tazminatın amacı bir kimsenin uğradığı zararın bundan sorumlu olan kişi tarafından giderilmesi, yani telafi edilmesidir[910]. Bu bakımdan, kural olarak tazminatın cezalandırıcı işlevi, yani maddi tazminatın zarar vereni cezalandırma amacı kabul edilmez[911]. Bu sebeple, tazminatın üst sınırı meydana

[907] **Bucher,** AT, s. 530, 531; **Tunçomağ,** Cezaî Şart, s. 125; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1211, **Dirican,** s. 124, **Karataş,** s. 374.

[908] Bkz. **Birinci Uzun,** s. 304 vd.; **Kapancı,** s. 668.

[909] Bkz. ve krş. **Kapancı,** s. 668, dn. 61.

[910] **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 8; **Larenz,** I, s. 424; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Oftinger/Stark,** s. 378; **Lange/Schiemann,** s. 9 vd.; **Merz,** OR, s. 214; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 25; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581, 583; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 33; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 1091; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114.

[911] **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 43, N. 2; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 8; **Larenz,** I, s. 424; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 316; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 34, 35; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 785, 1091; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 330.

gelen zarardır; toplam zarardan fazlası zarar verene tazminat olarak yükletilmez[912]. Buna karşılık, Amerikan hukukunda ve sınırlı olarak İngiliz hukukunda *punitive damage* (*exemplary damages,* cezalandırıcı tazminat, medenî ceza) adı altında, tazminatın cezalandırıcı işlevi de kabul edilmektedir.

Cezalandırıcı tazminat veya medenî ceza farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir tanıma göre cezalandırıcı tazminat, ağır kusurlu davalıyı cezalandırmak ve onu ve başkalarını gelecekte aynı veya benzer eylemlerden caydırmak amacıyla telafi edici tazminata ek olarak verilen bir miktardır[913]. Daha kapsayıcı bir başka tanıma göre ise, *"zararın tazmini amacıyla açılan ve medeni yargılama usulüne göre görülen davada, davalının ağır kusurla hareket ettiğine ilişkin açık ve inandırıcı delilin olması hâlinde, 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."*[914].

Cezalandırıcı tazminat (medeni ceza, özel hukuk cezası, kanunî ceza), tazminatın telafi edici işlevinin ötesine geçen bir kurumdur. Gerçekten, yukarıdaki tanımlardan anlaşılabileceği gibi, cezalandırıcı tazminatın kural olarak cezalandırma ve caydırma (önleme) işlevi olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır[915]. Bununla

---

[912] **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2, Art. 99, N. 40; **Oftinger/Stark,** s. 377, 378; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 25; **Merz,** OR, s. 214; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 101; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 343; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 583; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315, 430; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 425; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 785, 1091; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 63; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226.

[913] **Galligan, Thomas C.,** "Disaggregating More-Than-Whole Damages in Personal Injury law: Deterrence and Punishment", Tennessee Law Rev., 2003, Vol. 71 (1), s. 117. Ayrıca bkz. **Lüchinger,** N. 37; **Özden Merhacı, Selin,** Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013, s. 76, 77.

[914] **Gül, İbrahim,** ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015, s. 212.

[915] Cezalandırıcı tazminatın işlevlerine ilişkin açıklamalar için bkz. Bkz. **Wagner, Gerhard,** "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht- Anmaßung oder legitime Aufgabe?", AcP 206, 2006, s. 473 vd.; **Özden Merhacı,** s. 88 vd; **Gül,** 202 vd.

birlikte, istisnaî bazı hâllerde cezalandırıcı tazminatın telafi işlevinin de bulunduğu kabul edilmektedir[916].

Cezalandırıcı tazminatın özellikleri, cezalandırma ve caydırma amacıyla hükmedilmesi, meydana gelen zararın ve kusurun ağırlığının dikkate alınması, mağdura telafi tazminatını aşan bir meblağın ödenmesi, bu meblağ belirlenirken davalının servetinin gözetilmesi, takdiri olması, nadiren verilmesi ve ispat yükünün daha ağır olması şeklinde sıralanabilir[917].

Cezalandırıcı tazminat Amerikan hukukunda esas olarak haksız fiillerde uygulanan bir kurumdur[918]. Gerçekten, salt sözleşmenin ihlali sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmeyeceği yönünde yerleşik bir ilke bulunmaktadır[919]. Bununla birlikte, son yıllarda sözleşmenin ihlalinin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi, nişanın haksız bozulması ve kamu hizmeti gören kuruluşlarda yapılan sözleşmelerin ihlali gibi hâllerde de cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir[920].

Görüldüğü gibi, her ne kadar adında "tazminat" kelimesi geçse de cezalandırıcı tazminatın, zararın telafisini amaçlayan tazminatla bir ilgisi yoktur. Zira hem haksız fiil sorumluluğunda hem de sözleşmeden doğan sorumlulukta tazminat, sadece meydana gelen zararın giderilmesine hizmet eder. Oysa cezalandırıcı tazminatın amacı zararı telafi etmek değil, zarar vereni cezalandırmak ve caydırmaktır. Bu bakımdan, cezalandırıcı tazminat, Türk/İsviçre özel hukukunda sorumluluk hukukunun kapsamına girmeyen bir kurumdur[921]. Gerçekten, hukuk sistemimizde cezalandırıcı tazminatı düzenleyen genel bir hüküm bulunmadığı gibi, cezalandırıcı tazminat kurumu sorumluluk hukukunun sistematik yapısına da aykırıdır.

---

[916] Bkz. **Özden Merhacı,** s. 93 vd; **Gül,** 200 vd.

[917] Bu özellliklerin açıklaması için bkz. **Gül,** s. 253 vd.

[918] **Wagner,** s. 472 vd.; **Gül,** s. 213 vd.

[919] **Gül,** s. 239.

[920] **Gül,** s. 241 vd.

[921] Avusturya hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Koziol,** Schaden, N. 24; **Apathy/Riedler,** N. 13/2.

Cezalandırıcı tazminat, sözleşmeden doğan sorumluluğun niteliğiyle bağdaşan bir kurum değildir. Zira sözleşmeden doğan sorumlulukta amaç, zarar görenin uğradığı zararın giderilmesidir. Bu giderim yerine göre olumlu menfaatin veya olumsuz menfaatin ve bunların yanında bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararın tazminiyle gerçekleştirilir. Bu bakımdan sözleşmeden doğan sorumlulukta meydana gelen zarardan daha fazla bir tazminata hükmedilerek, telafi amacının yanında cezalandırma veya önleme amaçları güdülmez. Bu sebeple, müspet zararın tazminiyle cezalandırıcı tazminat bağdaşmaz. Müspet zararın talep edilebileceği hâllerde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine imkân tanıyacak bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türk özel hukukunda cezalandırıcı tazminata benzeyen bazı istisnaî tazminat düzenlemeleri bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri, icra hukukunda kabul edilen icra tazminatları[922], rekabet hukukunda üç misli tazminat[923] ve fikrî haklar hukukunda mali hakların ihlalinde üç misli tazminat

[922] İcra tazminatları genel başlığı altında toplanabilecek bu tazminatlar, İİK m. 67/II, 68/VII, 68a/VIII, 69/V, 72/IV-V, 89/III, 147/I, 150/a, 150/g, 169a/VI, 170/III, 269c/II ve 269d hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu tazminatların ortak özelliği, kural olarak haksız ve dürüstlük kuralına aykırı bir eylem gerektirmesi, mağdura ödenmesi, telafi tazminatını aşması, üst sınırı olmaması, ilke olarak kusurun ağırlığına göre derecelendirilmesi, ceza ve caydırma amacı taşımasıdır. Bu hükümlerin cezalandırıcı tazminat bakımından açıklaması için bkz. **Gül,** s. 309 vd.

[923] RKHK m. 58'e göre, "*(1) Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. (2) Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmâlinin olduğu hâllerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir."*. Bu düzenleme kapsamında rekabetin işbirliğiyle veya birleşme ya da devralma yoluyla yahut hâkimin durumun kötüye kullanılmasıyla engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması haksız fiil niteliğinde olduğu için, haksız fiilin şartları (özellikle kusur ve zarar) gerçekleştiğinde, bundan zarar görenler zararlarının tazminini isteyebilirler. RKHK m. 58/II'ye göre ise bu zarar, tarafların anlaşması veya kararı ya da ağır ihmâli sebebiyle meydana gelmişse, zararın veya zarar verenlerin elde edebileceği kârın üç katı tazminat olarak istenebilir. Buradaki üç kat düzenlemesi

hükümleridir. Bunlardan ilk ikisi müspet zararla bir ilgisi ve bağlantısı bulunmayan düzenlemeleridir. Mali hakların ihlaline ilişkin düzenleme ise aşağıda kısaca açıklanmıştır.

FSEK m. 68/I'e göre, eseri, icrayı, fonogramı ve yapımları hak sahibinden izinsiz işleme, çoğaltma, çoğaltılmış nüshaları yayma, temsil etme veya her türlü araçla yayma hâlinde, hak sahibi sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını mali haklarını ihlal eden kişiden isteyebilir. Ayrıca FSEK m. 68/II'de, izinsiz çoğaltılan kopyaların henüz satışa çıkarılmadığı hâllerde de eser sahibine, bir sözleşme söz konusu olsaydı isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep hakkı tanınmıştır. Hükme göre, eser sahibinin izni olmaksızın çeviri, basım veya izin verilen sayıdan fazla basım, her türlü işleme ve yayma hâlinde eser sahibinin mali hakları ihlal edilmiş sayılır. Telif tazminatını düzenleyen bu düzenleme, tazminata ilişkin hükümler arasında değil, tecavüzün ref'i (durdurulması, ortadan kaldırılması) başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece malî haklara ilişkin tecavüz hâlinde sadece telif ücretinin ödenmesinin caydırıcı olmayacağı düşüncesiyle, telif ücretinin üç misline kadar bir meblağın tazmin edilmesi imkânı tanınmıştır[924]. Hükümde "en çok üç kat fazlası" ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, doktrinde bunun üç katı şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir[925].

Hâkim görüşe göre telif tazminatı bakımından kusur aranmaz[926]. Diğer taraftan, bu tazminatın talep edilebilmesi zarar şartından da bağımsızdır[927]. Bununla birlikte,

bir cezalandırıcı tazminat olarak kabul edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin konusu haksız fiil olduğu için müspet zararla bir ilgisi bulunmamaktadır. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **Özden Merhacı,** s. 189 vd.; **Gül,** s. 349 vd.

924 **Kılıçoğlu, Ahmet M.,** Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 394; **Gül,** s. 341.

925 **Özden Merhacı,** s. 197; **Gül,** s. 341.

926 Bkz. **Kılıçoğlu,** Fikri Haklar, s. 395; **Özden Merhacı,** s. 198 ve orada anılan yazarlar; **Gül,** s. 341 ve dn. 1608'de anılan yazarlar; **Türker, Gökçen,** İcracı Sanatçıların Hakları, Ankara 2016, s. 227.

927 **Kılıçoğlu,** Fikri Haklar, s. 394, 395; **Gül,** s. 343. Krş. **Türker,** s. 224.

hak sahibinin bu hükme göre elde edeceği tazminat onun gerçek zararından azsa, fazla kısmı FSEK m. 70/II gereğince zararı ve kusuru ispat ederek talep etmesi mümkündür[928]. Telif tazminatının bir telafi tazminatı niteliğinde olmadığı, ceza niteliğinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Gerçekten, zarardan bağımsız niteliği ve sözleşme yapılmış olsa elde edilecek ücretin üç katının öngörülmesi, bunun telafi edici tazminat olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Ancak, doktrinde telif tazminatının bir ceza koşulu mu yoksa cezalandırıcı tazminat mı olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır[929]. Telif tazminatı ile bir taraftan devam eden ihlalin durdurulması amaçlanırken, diğer taraftan sözleşme yapılsa ödenecek olan ücretin üç katı ödettirilerek önleyici bir işlev amaçlanmaktadır[930]. Telif tazminatının, cezalandırıcı tazminata benzemekle birlikte azamî miktarın belli olması, davalının servetinin gözetilmemesi ve kusurun aranmaması gibi hususlar sebebiyle Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminattan farklı olduğu kabul edilmektedir[931].

Kural olarak, telif tazminatı haksız fiilden kaynaklanır. Bu bakımdan ilke olarak müspet zarar ile ilişkilendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hâllerde, eylemin aynı zamanda sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi mümkündür. Örneğin, bir kitabın basımı için anlaşılan yayınevi kitabı izinsiz olarak kararlaştırılan sayının üstünde çoğaltırsa, burada aynı zamanda sözleşmeye aykırı davranılmıştır. Bu hâlde zorlama bir yorumla ödenen üç misli tazminatın bir kısmının sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen müspet zararı telafi ettiği düşünülebilir. Ancak, üç misli tazminat talebinde zararın ispatı ve kural olarak kusurun varlığı aranmadığı için, bu tazminatın müspet zararı gidermeyi amaçladığını kabul etmek yerinde olmaz. Bu sebeple, burada öngörülen tazminatın

[928] **Gül,** s. 343; **Türker,** s. 225, 226.

[929] Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz. **Özden Merhacı,** s. 197 vd.; **Gül,** s. 344 vd.

[930] Aynı yönde bkz. **Gül,** s. 345.

[931] **Özden Merhacı,** s. 199, **Gül,** s. 348, 349.

müspet zararı gidermek gibi bir amacı da işlevi de yoktur. Yalnızca, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi varsa, ödenen tazminatın bir kısmı dolaylı yoldan müspet zararı gidermiş olur.

V. KAİM DEĞER TALEBİ

Türk/İsviçre hukukunda edimin ifası borçlunun kusuruyla sonradan imkânsızlaştığında alacaklıya müspet zararını talep etme hakkı tanınmıştır. Bunun yanında doktrinde alacaklıya sözleşmeden dönme imkânının da tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan, bir görüş, alacaklının edimin imkânsızlaştığı hâllerde borçlunun malvarlığında bu edimin yerine geçen değeri talep edebileceğini savunmaktadır.

Borçlunun ifası imkânsızlaşan ediminin yerine geçen şey veya değere, kaim değer (*stellvertretendes commodum*) denilmektedir[932]. Kaim değer, ifası imkânsızlaşan edimin yerine geçen başka bir şey, para, kamulaştırma bedeli, sigorta bedeli, haksız fiil tazminatı veya bunları talep hakkı olabilir[933]. Bunun yanında, borçlunun edim konusunu bir hukukî işleme konu ederek elde ettiği ivaz da kaim değer olarak kabul edilmektedir[934].

---

[932] **von Tuhr/Escher,** s. 131 vd.; **Bucher,** AT, s. 424; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 25; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 285, N. 11; **Dural,** s. 183; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 222.

[933] **von Tuhr/Escher,** s. 131, 132; **Bucher,** AT, s. 425; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 27; **Schwenzer,** OR, N. 64.14; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2595, 2599; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 285, N. 11; **Dural,** s. 183, 190 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1331; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 15, § 16, N. 16; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 222.

[934] **von Tuhr/Escher,** s. 132; **Bucher,** AT, s. 425, 426; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 27; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 285, N. 11; **Dural,** s. 195; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 15, § 16, N. 16; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 224 vd.

Alman hukukunda BGB § 285'te alacaklıya kaim değeri talep hakkı tanınmıştır. Türk/İsviçre hukukunda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen, hâkim görüş kaim değerin talep edilebileceğini kabul etmektedir[935]. Türk/İsviçre hukukunda kaim değer talebi esasen kusursuz sonraki imkânsızlık bakımından kabul edilmektedir. Buna göre, kusursuz imkânsızlıkta borçlunun imkânsızlaşan ediminin yerine bir kaim değer geçerse borcu sona ermez. Borçlunun kusursuz imkânsızlıkta borcundan kurtulması, onu, edim kusuru olmaksızın imkânsızlaşmasına rağmen borç ile bağlı kalmaktan kurtarmak için kabul edilmiştir. Ancak, borçlunun kaybettiği edimin yerine bir kaim değer geçmişse böyle bir kaygıya gerek olmadığı gibi, borçluyu imkânsızlığın kaim değer gibi olumlu sonuçlarından yararlandırma amacı da bulunmamaktadır. Bu ihtimalde, alacaklının ifası imkânsızlaşan asıl edim alacağının yerini onun sürrogati olan kaim değer alacağı alır[936]. Bu durumda alacaklının iki imkânı bulunmaktadır. Birincisi, TBK m. 136'daki genel ilkeye uygun olarak borçlunun borcunun sona erdiği kabul edilir ve alacaklı da kendi edimini ifadan kurtulur veya ifa etmişse geri ister. İkincisi, alacaklı kaim değeri talep eder; bu durumda borç ilişkisinin sona ermediği kabul edilir[937]. Bu sebeple, alacaklı kaim değeri talep ederse, kendi edimini ifa etmesi

[935] **von Tuhr/Escher,** s. 131 vd.; **Bucher,** AT, s. 424 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2595 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55; **Schwenzer,** OR, N. 64.14; **Dural,** s. 183 vd; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1331; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 15, § 16, N. 16; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 227 vd., 285. Bir görüşe göre ise Türk/İsviçre Hukukunda taraflar bu yönde anlaşmadıkça, borçluyu kaim değeri ifa etmeye zorlamak için sağlam bir dayanak bulunmamaktadır. Bu sebeple, kaim değer talebi yalnızca borçlunun bunu reddetmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabiliyorsa kabul edilmelidir. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 400.

[936] **von Tuhr/Escher,** s. 131; **Bucher,** AT, s. 424, 425; **Schwenzer,** OR, N. 64.14; **Dural,** s. 185; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1331; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 7; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 227, 285

[937] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2598; **Dural,** s. 190; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1331; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 7. Doktrinde bir görüş, imkânsızlık anından kaim değer talebinden vazgeçilmesi anına kadarki süreçte alacaklının kendi edimini ifa borcunun ayakta kaldığını savunurken; diğer görüş ilke olarak tarafların borçlarının imkânsızlıkla sona

gerekir[938]. Kaim değer alacaklının ediminden değerli ise bir şey değişmez, bu fazlalık alacaklıya kalır[939]. Ancak, kaim değer alacaklının kendi ediminin değerinden daha az ise kendi edimini de bu oranda indirip ifa eder[940].

Alacaklının kaim değer talebi, zararın tazmini talebi niteliğinde değildir[941]. Gerçekten, burada alacaklının talebi, asıl edimin yerine sürrogati geçerek konusu değişmiş olmakla birlikte, sözleşmenin yerine getirilmesi talebinden başka bir şey değildir. Bu bakımdan, kaim değer talebi alacaklının zarara uğramasına bağlı değildir[942]. Bu sebeple, kaim değeri isteyen alacaklı zarara uğradığını ispat etmekle de yükümlü değildir[943]. Alacaklıya kaim değeri talep etme hakkı tanınmasının altında yatan fikir, gerçek hak sahibi olmayan kişilerin malvarlığına giren değerlerin, oradan alınarak gerçek hak sahibine verilmesidir[944]. Zira aksinin kabulü, borçlunun imkânsızlık sebebiyle daha kârlı bir duruma gelerek sebepsiz zenginleşmesine yol açabilir[945].

---

erdiğini, ancak alacaklının kaim değeri talep etmesiyle birlikte bu borçların tekrar canlandığını kabul etmektedir. Tartışmalar için bkz. **Kurt,** İmkânsızlık, s. 238, 239.

[938] **von Tuhr/Escher,** s. 133, 134; **Bucher,** AT, s. 426; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2598; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 237, 285.

[939] **Schwenzer,** OR, N. 64.23; **Dural,** s. 197; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 15, N. 15. Krş. **Bucher,** AT, s. 427; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1332; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 246.

[940] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2602; **Dural,** s. 197; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16. Krş. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1332. Buna karşılık, karşı edim hasarının kanun veya sözleşme ile alacaklıya yükletildiği hâllerde indirim yapılmaması gerektiği yönünde bkz. **Bucher,** AT, s. 426; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2602; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 245.

[941] **von Tuhr/Escher,** s. 131 vd.; **Bucher,** AT, s. 425; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 26; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1331; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 229, 230.

[942] **Bucher,** AT, s. 425; **Dural,** s. 184; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 230.

[943] **Bucher,** AT, s. 426; **Dural,** s. 184; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 230.

[944] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 25 vd.; **Dural,** s. 184; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 227, 228.

[945] **Dural,** s. 184, 185; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16.

Doktrinde, kusursuz imkânsızlıkta kaim değerin talep edilebilmesinden hareketle, kusurlu imkânsızlıkta da istenebileceği kabul edilmektedir[946]. Buna göre, borçlunun yerine getireceğini taahhüt ettiği edimin yerine geçen kaim değer onun yanına kâr kalmamalıdır. Borçlu edimi ifa etmeyi borçlandığına göre, alacaklı imkânsızlık sonucunda bu edimin yerine geçen değeri talep edebilmelidir[947]. Bu hâlde alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda olduğu için fark yöntemi değil, mübadele yöntemi uygulanır[948]. Kaim değerin borçlanılan edimden değerli olup olmaması durumu değiştirmez. Kaim değerin fazla değeri alacaklıya kalır[949]. Buna karşılık, kaim değer borçlanılan edimden değersizse, alacaklı aradaki farkı zararını ispat ederek müspet zarar kapsamında talep edebilir[950].

Kaim değer talebi, bunu savunan yazarların da kabul ettiği gibi, bir tazminat niteliğinde değildir. Zira kaim değer talebi, sözleşmeden doğan aslî edimin yerini alan bir sürrogat olarak sözleşmenin ifasını sağlamaktadır[951]. Diğer taraftan kaim değerin talep edilmesi kusur ve zarar şartından bağımsız kabul edilmektedir. Bu sebeple, kaim değer talebi nitelik bakımından müspet zarar talebi değildir.

---

[946] **von Tuhr/Escher,** s. 133; **Bucher,** AT, s. 425; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55; **Schwenzer,** OR, N. 64.23; **Furrer/Müller-Chen,** s. 497; **Dural,** s. 198, 199; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 231.

[947] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55; **Schwenzer,** OR, N. 64.23; **Furrer/Müller-Chen,** s. 497; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 231.

[948] **von Tuhr/Escher,** s. 133; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55.

[949] **Schwenzer,** OR, N. 64.23; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16. Krş. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2603; Aksi görüşte bkz. **Bucher,** AT, s. 426, 427.

[950] **Bucher,** AT, s. 426, dn. 39; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 16. Aynı yönde bkz. **Kurt,** İmkânsızlık, s. 231.

[951] **von Tuhr/Escher,** s. 131 vd.; **Bucher,** AT, s. 425; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1331, 1332; **Kurt,** İmkânsızlık, s. 229, 230.

§ 7. ALMAN HUKUKUNDA MÜSPET ZARARIN TALEP EDİLEBİLECEĞİ HÂLLER

I. GENEL OLARAK ALMAN HUKUKUNDA İFA ENGELLERİ SİSTEMİ

Alman hukukunda ifa engelleri sistemi, özellikle müspet zararın tazmini bakımından örnek teşkil edebilecek düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple Alman ifa engelleri sistemini müspet zararla ilgili olduğu ölçüde genel hatlarıyla açıklamak faydalı olur. Alman hukukunda 2002 yılında yapılan reformla ifa engelleri sistemi baştan aşağı yeniden düzenlenmiştir. Gerçekten, bu değişikliklerle Alman hukukunda ifa engelleri doğuş kaynakları bakımından değil, sonuçları bakımından yeniden tasarlanmıştır[952]. Bu bakımdan, yükümlülük ihlalinin türü değil, ihlalin hukukî sonuçları temele oturtulmuştur. Bu sayede, hukukî sonuçlar bakımından ifa engelleri arasındaki farklılıklar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır[953].

Alman ifa engelleri hukukunda imkânsızlık kavramı eski temel konumunu kaybetmiş, alacaklının tüm hakları kural olarak tek bir olguya, yani yükümlülüğün ihlali (*Pflichtverletzung*, BGB § 280/I) kavramına bağlanmıştır[954]. Gerçekten, ifa

---

[952] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 21, N. 6; **MüKo/Ernst,** § 280, N. 4; **Schmidt-Räntsch, Jürgen,** Das neue Schuldrecht, Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, s. 79; **Mattheus, Daniela,** "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002- Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts", JuS, 2002, Heft 3, s. 209; **Looschelders, Dirk,** "Pflichtverletzung als Prüfstein der Privatrechtsdogmatik", Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert- Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin-Boston 2017, s. 403.

[953] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. B1, B4; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 11, N. 16.

[954] **Schwarze, Roland,** Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., Berlin-Boston 2017, s. 239; **Mattheus,** s. 211; **Looschelders**, Pflichtverletzung, s. 403; **Schmidt-Räntsch,** s. 79, 80; **Huang**, **Sung-Mao,** Die Schadensersatzhaftung wegen anfänglicher Leistungshindernisse und anfänglicher unbehebbarer Mängel der Kaufsache, Bochum 2017, s. 124, 180; **Serozan, Rona,** "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM,

engelleri, yükümlülük ihlali kavramı çerçevesinde ele alınmıştır[955]. Bu bakımdan, tazminat talebi ve sözleşmeden dönme için temel şart bir yükümlülüğün ihlalidir[956]. Yükümlülüğün ihlali kavramı, bir borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğe aykırı davranışı ifade etmektedir[957]. Sorumluluk bakımından ihlal edilen yükümlülüğün türü önem taşımaz, yükümlülük ihlalinin borçluya yükletilebilemesi yeterlidir. Bu bakımdan, hiç ifa etmeme, geç veya kötü ifa, koruma yükümlülüklerinin ihlali, sözleşme öncesi yükümlülükler gibi borca aykırılık hâlleri bir araya getirilmiş, yükümlülüğün ihlali hâlinde uygulanacak yaptırımlar arasında uyum sağlanmıştır[958]. Yükümlülük ihlalinin sonuçlarıyla ilgili olarak, tazminat hükümleri (BGB § 280-288) ve sözleşmeden dönme veya karşı edimi ifa yükümlülüğünün sona ermesine ilişkin hükümler (BGB § 323-326) olmak üzere iki düzenleme dizisi oluşturulmuştur. Tüm

2000, C. LVIII, S. 1-2, s. 233, 234; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 11, N. 16.

[955] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 1, 11; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. B12 vd.; **Hk-BGB/Schulze,** § 280, N. 1, 2, **Looschelders,** Schuldrecht, N. 407; **Huang**, s. 124; **Senne, Petra,** "Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", JA, 2002, Heft 5, s. 425; **Mattheus,** s. 211.

[956] Alman hukukunda 2002 değişiklikleriyle, borca aykırılık sebeplerine göre yapılan ayrımdan kurtulup, yükümlülük ihlalinin sonuçlarını temel alan bir sistem kurma hedefi izlenmiştir. **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. B4; **Mattheus,** s. 209, 211. Ancak, bu konuda tam anlamıyla bir başarıya ulaşıldığı söylenemez. Zira niteliği gereği, ifa yerine tazminat ve karşı edimin akıbeti bakımından farklı ihlal türleri arasında bir ayrım yapılması zorunludur. Gerçekten, Alman kanun koyucusu da bu ayrımları yapmaktan vazgeçememiş, sonuçta olguya dayalı eski sistem ile yükümlülük ihlaline dayalı sistemin birleştirilmesinden oluşan bir karma sistem meydana getirilmiştir. Bkz. **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. B10 vd.; **MüKo/Ernst,** § 280, N. 1 vd.; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 414.

[957] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 10; **Hk-BGB/Schulze,** § 280, N. 1; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 407, 444; **Looschelders**, Pflichtverletzung, s. 405 vd.; **Schmidt-Räntsch,** s. 80; **Senne,** s. 425. Yükümlülük ihlali kavramının muğlak ve içi boş bir genel kavram olduğu, imkânsızlık hâllerini kapsamadığı yönündeki eleştiriler için bkz. **Huang**, s. 125 vd., 180 vd.

[958] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 10; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 407, 444; **Schmidt-Räntsch,** s. 79, 80; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 234; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 11, N. 16.

çabalara rağmen, imkânsızlık bağımsız bir kategori olarak varlığını sürdürmüştür[959]. Gerçekten, BGB § 275'te ifa yükümlülüğünün akıbetiyle ilgili olarak imkânsızlığın bağımsız işlevi korunmuştur. Buna karşılık, imkânsızlık tazminat bakımından BGB § 280/I-III, 283 ve 311a/II'de yükümlülük ihlalinin özel bir türü olarak kabul edilmiştir[960].

Kural olarak, yükümlülük ihlali sebebiyle meydana gelen zararın tazmini bakımından uyum sağlanarak BGB § 280-288 arasında düzenlemeler yapılmıştır. Yalnızca baştaki imkânsızlık bakımından BGB § 311a/II'de ayrı bir düzenlemeye gidilmiştir. BGB § 280/I sorumluluk bakımından temel normdur. Bu düzenlemenin iki işlevi bulunmaktadır. İlk olarak, basit tazminat (*einfache Schadensersatz, Schadensersatz neben der Leistung*) söz konusu olduğunda, bu hüküm tek başına uygulanabilir. İkinci olarak, BGB § 280/I bütün sorumluluk hâlleri bakımından genel şartları düzenleyen bir temel hükümdür. Yani, her türlü yükümlülük ihlalinde aranan temel şartlar BGB § 280/I'de düzenlenmiş, bazı yükümlülük ihlalleri bakımından ise buna ek olarak bazı şartlar aranmıştır[961]. Gerçekten, BGB § 280/I'de yükümlülüğün ihlalinden sorumluluğun temel gereklilikleri, bir borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün[962] borçlu tarafından sorumluluk gerektirecek şekilde ihlali ve bir zarar

---

[959] **Canaris, Claus-Wilhelm,** "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", JZ, 2001/10, s. 499 vd.; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 408, 409, 414; **Looschelders**, Pflichtverletzung, s. 403; **Mattheus,** s. 211; **Huang**, s. 124 vd. Bunun gerekçesi, diğer yükümlülük ihlali veya ifa engellerinin genellikle aslî edim yükümlülüğünün varlığı üzerinde doğrudan bir etkisi olmamasına rağmen, imkânsızlıkta aslî edim yükümlülüğünün devam ettiğini iddia etmenin anlamsız olduğu şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 2; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 409.

[960] **Looschelders,** Schuldrecht, N. 409; **Looschelders**, Pflichtverletzung, s. 412; **Huang**, s. 239.

[961] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 1; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A10; **Schwarze,** s. 235; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 513; **Schmidt-Räntsch,** s. 80; **Lorenz**, **Stephan,** "Grundwissen-Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB)", JuS 2008, Heft 3, s. 203; **Mattheus,** s. 210.

[962] Yükümlülük zarar verici olayın gerçekleştiği anda hâlihazırda mevcut olmalıdır. Aksi takdirde borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün ihlalinden bahsedilemez. Haksız fiil gibi zarar verici olaydan sonra

meydana gelmesi şeklinde ortaya konulmuştur[963]. BGB § 281 ve devamında ise belirli zarar türleri bakımından ek şartlar öngörülmüştür.

Bir yükümlülüğün ihlali hâlinde istenen basit tazminat (*einfache Schadensersatz, Schadensersatz neben der Leistung*) BGB § 280/I'e dayanır. Bu hüküm, BGB § 280/II ve III'e göre ek gerekliliklerin aranmadığı tüm zararın tazmini hâllerini kapsayan genel bir düzenlemedir. Bu bakımdan, ifa yerine tazminat istendiği hâller ile gecikme zararının istendiği hâller dışındaki tazminat talepleri, BGB § 280/I'e göre istenen basit tazminatın uygulama alanına girer[964]. Bu hükmün uygulama alanına giren yükümlülük ihlallerinin tek tek sayılması mümkün olmamakla birlikte, düzeltilebilir gereği gibi ifa etmeme, yan yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesinde, esnasında ve sonrasındaki koruma yükümlülüklerinin ihlalinden doğan ve BGB § 282 kapsamına girmeyen tazminat talebi örnek verilmektedir[965].

II. MÜSPET ZARARIN DÜZENLENİŞİNE GENEL BAKIŞ

Alman hukukunda tazminat türleri, sorumlulukta temel norm olan BGB § 280/I'e göre talep edilebilen basit tazminat (*einfache Schadensersatz, Schadensersatz neben der Leistung*), temerrütte edimin yanında talep edilebilen gecikme tazminatı

bir borç ilişkisinin meydana geldiği hâllerde, zarar verici olay bu madde kapsamına girmez. Bu ihtimalde, sadece zarar verici olay gerçekleştikten sonra kurulan borç ilişkisinde bir yükümlülük ihlal edilirse (haksız fiilden doğan tazminat ödeme borcunun ifasında temerrüt gibi), BGB § 280 ve davamındaki hükümler uygulanır. Bkz. **Looschelders,** Schuldrecht, N. 516.

963 **MüKo/Ernst,** § 280, N. 1 vd.; **Hk-BGB/Schulze,** § 280, N. 7 vd.; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 410, 514 vd.; **Schmidt-Räntsch,** s. 80; **Lorenz**, Schadensarten, s. 203; **Senne,** s. 425 vd.

964 **MüKo/Ernst,** § 280, N. 1, 2, 4, 8, 31; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A10, C12; **Hk-BGB/Schulze,** § 280, N. 2, 16; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 532.

965 **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A13, C12, C13; **MüKo/Ernst,** § 280, N. 2, 31; **Canaris,** Reform, s. 511 vd.; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 25, N. 2 vd., 12 vd.; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 532 vd.; **Mattheus,** s. 210.

(*Verzugsschaden, Verzögerungsschaden*, BGB § 280/II, 286), ifa yerine tazminata alternatif olarak istenebilen boşa çıkan masrafların tazmini (BGB § 284) ve edimin ifası yerine talep edilebilen tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*) olmak üzere dörde ayrılmıştır.

İfa yerine tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*), müspet zararın giderilmesine yöneliktir[966]. Bu tazminat türü, borçlunun asıl edim borcunun yerine geçer. Alman Hukukunda ilke olarak aynen tazmin kabul edilmekle birlikte, ifa yerine tazminatta niteliği gereği çoğu zaman nakden tazmin söz konusu olur[967]. İfa yerine tazminat, BGB § 280/III, 281, 282, 283 ve 311a/II hükümlerine göre istenebilir. Diğer taraftan, BGB § 325'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönme, tazminat talep etme hakkını engellemez. Bu bakımdan, hiç veya gereği gibi ifa etmeme sebebiyle BGB § 323 uyarınca veya imkânsızlık sebebiyle BGB § 326'ya göre sözleşmeden dönüldüğünde ifa yerine tazminat istenmesi mümkündür. Böylece sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zarar istenemeyeceği yönündeki dogma terk edilmiştir. İfa yerine tazminat, kendi içerisinde küçük (*kleiner Schadensersatz*) ve büyük tazminat (*großer Schadensersatz, Schadensersatz statt der ganzen Leistung*) olarak ikiye ayrılmaktadır[968]. Kısmî ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme hâlinde kural olarak küçük tazminat istenir. Ancak, BGB § 281/I'deki şartlar karşılandığında kısmî ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme sebebiyle büyük tazminat istenmesi de

[966] **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 1, 2; **MüKo/Ernst,** § 281, N. 3, 9.; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 16; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 968; **Lorenz**, Schadensarten, s. 204, 205; **Mattheus,** s. 210, 211; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 238; **Ergüne, Mehmet Serkan,** "Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları", İÜHFM, 2004, C. LXII, S. 1-2, s. 360.

[967] **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 7; **Schwarze,** s. 235; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 968; **Lorenz**, Schadensarten, s. 205.

[968] **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 1; **MüKo/Ernst,** § 280, N. 49, § 281, N. 6, 7, 133; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C3, C12; **Canaris,** Reform, s. 513; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 48, 52; **Mattheus,** s. 210.

mümkündür[969]. İfa yerine tazminat talep eden alacaklı, zararın hesabında fark yönteminin veya mübadele yönteminin uygulanmasını isteyebilir[970]. Diğer taraftan, borçlunun temerrüdünde ifanın yanında talep edilebilen gecikme tazminatı (*Verzugsschaden, Verzögerungsschaden*, BGB § 280/II, 286) da müspet zarar niteliğindedir.

III. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ TÜRLERİ VE TAZMİN EDİLECEK ZARAR

A. İmkânsızlıkta

İmkânsızlık BGB § 275'te düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile baştaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı kaldırılarak her ikisi de BGB § 275 hükümlerine tabi kılınmıştır[971]. Diğer taraftan objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı da ilke olarak terkedilmiştir[972]. İmkânsızlık hâlinde borçlunun aslî edim borcunu ifa yükümlülüğü sona ermektedir[973]. İmkânsızlık kapsamında, gerçek imkânsızlık (*echte Unmöglichkeit,* § 275/I), edimin ifasının alacaklının ifa menfaatiyle karşılaştırıldığında büyük ölçüde orantısız bir çaba/maliyet gerektirmesi (§ 275/II)[974] ve borçlunun şahsına bağlı edimlerde şahsi

---

[969] **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 1; **MüKo/Ernst,** § 281, N. 6, 133, 144; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C3; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 48, 52; **Mattheus,** s. 210.

[970] **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 12, 17, 18; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18.

[971] **Canaris,** Reform, s. 499, 500; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 10, 11; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 6; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 427; **Schmidt-Räntsch,** s. 96; **Emmerich, Volker,** Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, s. 12; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 240; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 11, N. 16; **Ergüne,** Reform, s. 352.

[972] **Canaris,** Reform, s. 499; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 4 vd.; **Schmidt-Räntsch,** s. 96; **Emmerich,** s. 13; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 240; **Ergüne,** Reform, s. 352.

[973] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 3; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 2, 3, 79; **Emmerich,** s. 12, 13; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 240; **Ergüne,** Reform, s. 352, 353.

[974] Bkz. **Canaris,** Reform, s. 501 vd.; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 18 vd.; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 92 vd.; **Schmidt-Räntsch,** s. 99, 100.

sebeplerle ifanın beklenemezliği (§ 275/III)[975] hâlleri kabul edilmiştir[976]. BGB § 275/IV'te imkânsızlık hâlinde alacaklının hakları bakımından BGB § 280, 283, 284-285, 311a ve 326 hükümlerine atıf yapılarak, yükümlülük ihlaline ilişkin hükümlerin uygulanabileceği ortaya konulmuştur. Baştaki imkânsızlığın BGB § 275 kapsamında değerlendirilmesiyle birlikte, bu imkânsızlık türünün sözleşmenin geçersizliğine sebep olacağı yönündeki kabul terk edilmiştir[977]. Gerçekten, BGB § 311a/I'de baştaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği açıkça düzenlenmiştir.

İmkânsızlıkta borçlunun borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulması her türlü borç ilişkisi için geçerlidir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının kendi ediminin akıbeti ise BGB § 326'da düzenlenmiştir. Buna göre, imkânsızlık sebebiyle borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulan borçlu, kural olarak[978] karşı edimi talep etme hakkını kaybeder (BGB § 326/I). Alacaklı edimini daha önce ifa etmişse, dönmeye ilişkin BGB § 346-348 hükümlerine göre bunun iadesini talep edebilir (BGB § 326/IV). Kısmî imkânsızlıkta, kural olarak borçlu imkânsızlaşan kısım bakımından ifa yükümlülüğünden kurtulurken, alacaklının karşı edimi de bu oranda indirilir (BGB § 326/I, § 441/III)[979].

---

[975] Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 22 vd.; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 108 vd.; **Schmidt-Räntsch,** s. 101.

[976] BGB § 275/II ve III kapsamındaki hâllerde gerçek anlamda imkânsızlık bulunmadığı için ifa borcu doğrudan sona ermemekle birlikte, borçluya ifa talebine karşı bir def'i ileri sürme imkânı tanınmıştır. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 2, 3; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 88, 114 vd.; **Schwarze,** s. 249; **Emmerich,** s. 13.

[977] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 11; **Emmerich,** s. 12; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 241; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 11, N. 16.

[978] İmkânsızlık tamamen veya ağırlıklı olarak alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle veya alacaklı temerrüt hâlindeyken borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple meydana gelmişse, alacaklının kendi edimini ifa borcu devam eder. Ancak, bu ihtimalde borçlunun kendi edimini ifa etmekten kurtulması sonucu tasarruf ettiği veya emeğini başka bir yerde kullanarak elde ettiği ya da kötü niyetle elde etmekten kaçındığı değerler mahsup edilir (BGB § 326/II). Ayrıca istisnalar için bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 37 vd., 47 vd.

[979] İstisnalar için bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 35 vd.

İmkânsızlıkta niteliği gereği her zaman ifa yerine tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*) söz konusu olur. Bununla birlikte, tazminat talebinin şartları baştaki veya sonraki imkânsızlık hâllerine göre değişir[980].

Sonraki imkânsızlıkta tazminat talebinin hukukî dayanağı, BGB § 280 I, III ve § 283'tür[981]. Sözleşmenin karşılıklı veya tek taraflı borç doğurması yalnızca BGB § 320 ve devamı hükümlerinin uygulanabilmesi açısından önem taşır[982]. Buna göre, borçlunun sözleşmenin kurulmasından sonra edimin ifasını kusurlu olarak imkânsızlaştırarak ifa yükümlülüğünden kurtulması gerekir[983]. Bu şartlar sağlanmışsa alacaklı, borçluya ifa için bir ek süre vermek zorunda olmadan[984] ifa yerine tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*) ile edim ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirilmesini, yani müspet zararını talep edebilir[985]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı zararının fark yöntemine veya mübadele yöntemine göre hesaplanmasını isteyebilir[986]. Daha önce ifa ettiği kendi edimini geri almak isteyen alacaklı, sözleşmeden dönerek BGB § 346-348'e göre edimin iadesini ister ve ifa yerine tazminatın fark yöntemine göre hesaplanmasını talep eder (BGB § 325)[987].

---

[980] **MüKo/Ernst,** § 283, N. 3; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A14; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 49; **Hk-BGB/Schulze,** § 283, N. 1.

[981] **MüKo/Ernst,** § 283, N. 3, 4; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A14; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 3; **Emmerich,** s. 13; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 283, N. 1.

[982] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 50; **MüKo/Ernst,** § 283, N. 2.

[983] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 50 vd.; **MüKo/Ernst,** § 283, N. 1, 5; **Hk-BGB/Schulze,** § 283, N. 2; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 283, N. 9 vd.

[984] Bu sonuç BGB § 283'te, § 281'deki süre belirlemeye ilişkin hükümlere atıf yapılmamasından ve imkânsızlıkta borçluya süre vermenin anlamsız olacağından çıkarılmaktadır. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 56; **MüKo/Ernst,** § 283, N. 1; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 283, N. 5.

[985] **MüKo/Ernst,** § 283, N. 1; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A14; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 57; **Hk-BGB/Schulze,** § 283, N. 4; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 283, N. 15.

[986] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 58 vd.; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18.

[987] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 58.

Alacaklı, kısmî imkânsızlık ve giderilemez nitelikteki gereği gibi ifa etmeme hâllerinde ilke olarak yalnızca imkânsızlaşan kısım için tazminat talep edebilir (küçük tazminat, *kleine Schadensersatz*)[988]. Bununla birlikte, alacaklının kısmî ifada herhangi bir menfaati yoksa veya giderilemez hâldeki gereği gibi ifa etmeme önemli nitelikteyse, edimin tamamı bakımından ifa yerine tazminat (büyük tazminat, *der große Schadensersatz, Schadensersatz statt der ganzen Leistung*) istenebilir (BGB § 283, § 281/I, 2. ve 3. cümle)[989]. Büyük tazminat talep eden alacaklı, edimin ifa edilmiş olan kısmını BGB § 346 vd. hükümlerine göre iade eder (BGB § 281/V).

Baştaki imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemez (BGB § 311a/I). Baştaki imkânsızlık hâlinde de alacaklı ifa yerine tazminat isteyebilir (BGB § 311a/II). Bunun için, geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması, sözleşmenin kurulduğu anda BGB § 275 gereğince edimin ifasının mümkün olmaması ve bu sebeple borçlunun edim yükümlülüğünden kurtulması, borçlunun sözleşme yapılırken imkânsızlığı bilmesi veya kusurlu olarak bilmemesi[990] gerekir[991]. Baştaki imkânsızlıkta talep edilen ifa yerine tazminatın (*Schadensersatz statt der Leistung*) konusu da müspet zarardır[992] ve fark veya mübadele yöntemine göre hesaplanabilir[993]. Baştaki kısmî imkânsızlık ve giderilemez nitelikteki gereği gibi ifa etmemede kural olarak küçük tazminat (*kleine*

[988] **MüKo/Ernst,** § 283, N. 13, 20; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 61; **Lorenz**, Schadensarten, s. 205; **Ergüne,** Reform, s. 362, 363.

[989] **MüKo/Ernst,** § 283, N. 13, 16; **Hk-BGB/Schulze,** § 283, N. 3; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 283, N. 16, 17; **Ergüne,** Reform, s. 363. Bu ek şartlar, kısmî imkânsızlık veya giderilemez gereği gibi ifa etmeme sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda BGB § 326/V ve 323/V'e karşılık gelir. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 62.

[990] Borçlunun imkânsızlığı bildiği yönünde bir karine kabul edilir. Bu sebeple, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, imkânsızlığı bilmediğini ispat etmekle yükümlüdür. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 69.

[991] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 64 vd.; **Staudinger/Caspers,** § 275, N. 6.

[992] Baştaki imkânsızlıkta sözleşmenin geçerli olduğu gerekçesiyle menfi zararın talep edilemeyeceği görüşü için bkz. **Huang**, s. 223, 224.

[993] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 70; **Huang**, s. 223, 224, 240; **Ergüne,** Reform, s. 369.

Schadensersatz) talep edilebilirken, BGB § 311a/II gereğince BGB § 281/I, 2. ve 3. cümleler uyarınca alacaklının kısmî ifada herhangi bir menfaati yoksa veya giderilemez hâldeki gereği gibi ifa etmeme önemli nitelikteyse, edimin tamamı bakımından ifa yerine tazminat (büyük tazminat, *der große Schadensersatz*, *Schadensersatz statt der ganzen Leistung*) istenebilir[994].

Borçlu BGB § 275 gereğince ifadan kurtulduğu asıl edimin yerine bir kaim değer (*stellvertretendes commodum*) elde etmişse, alacaklı bu kaim değerin veya kaim değer talebinin kendisine devredilmesini isteyebilir (BGB § 285/I). Yukarıda açıklandığı gibi[995], burada bir tazminat talebi değil asıl edimin yerine geçen sürrogatin ifası talebi bulunmaktadır[996]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kaim değeri talep eden alacaklı, kendi edimini ifa etmekle yükümlüdür. Ancak, kaim değer asıl edimden düşükse, alacaklının karşı edimi de buna göre indirilir (BGB § 326/III, § 441/III)[997]. Diğer taraftan, kaim değeri talep eden alacaklı aynı zamanda ifa yerine tazminat talep etmişse (*Schadensersatz statt der Leistung*), kaim değerin ekonomik değeri tazminat miktarından düşürülür (BGB § 285/II).

B. Temerrütte

Borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi BGB § 280/I anlamında bir yükümlülük ihlalidir. Ancak, borçlunun salt ifada gecikmesi, alacaklıya doğrudan gecikme yüzünden tazminat isteme hakkı vermez. Bu durumda alacaklı ilke olarak yalnızca edimin ifasını isteyebilir. İfanın yanında tazminat talep etmek isteyen alacaklı, BGB § 286'da düzenlenen ek şartları yerine getirmelidir (BGB § 280/II). Diğer taraftan gecikme, alacaklının artık aynen ifada menfaatinin kalmamasına sebep

[994] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A14; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 70.

[995] Bkz. Bölüm II, § 6, V.

[996] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 26.

[997] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C16; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 46.

olabilir. Bu ihtimalde alacaklı BGB § 281/I'deki ek şartları yerine getirerek ifa yerine tazminat talep edebilir veya BGB § 323/I uyarınca sözleşmeden dönebilir[998]. Bu bakımdan, edimin ifası mümkün olmasına rağmen (imkânsız olmamasına rağmen) ifa edilmediğinde, ifa etmemenin geçici mi yoksa kalıcı mı olduğuna göre ayrım yapılır. Alacaklı geçerli bir ifa yerine tazminat talebi (BGB § 281) veya sözleşmeden dönme (BGB § 323/I) yoluyla ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırırsa, ifa etmeme hâli kesinleşir[999]. Bu ihtimalde, borçlu ifa yerine tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*) ödemekle yükümlü olur (BGB § 280/I, III, 281/I ilk cümle).

Geciken edimin ifasıyla birlikte zararının tazminini talep etmek isteyen alacaklı, BGB § 286'daki ek şartları yerine getirmelidir. Öncelikle, borçlu, geçerli bir borç ilişkisinden doğan ifası mümkün ve muaccel edim borcunu zamanında ifa etmemiş olmalıdır[1000]. Sonra, alacaklı borçluyu temerrüde düşürmelidir. Buna göre, borçlu muacceliyetten sonra alacaklının ihtarına rağmen borcunu ifa etmezse temerrüde düşer (BGB § 286/I). BGB § 286/II'de ise ihtara gerek olmayan hâller düzenlenmiştir[1001]. Ayrıca BGB § 286/III'te, alacaklının kendi ediminin karşılığı olan para alacağında, muacceliyetten veya fatura ya da eşdeğeri bir ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasından 30 gün sonra borçlunun temerrüde düşeceği öngörülmüştür[1002]. Diğer taraftan, BGB § 281/I ve 323/I gereğince ek süre verme de ihtar yerine geçer[1003]. Borçlu temerrüten sorumlu tutulamayacağını ispatlayamazsa, alacaklı gecikmeden doğan zararını (*Verzögerungsschaden, Verzugsschaden*) talep edebilir[1004]. Borçlunun

[998] **MüKo/Ernst,** § 286, N. 3; **Senne,** s. 428.

[999] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C3; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 1.

[1000] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 2 vd.; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 35 vd.; **Senne,** s. 427.

[1001] Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 15 vd.; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 58 vd.; **Senne,** s. 427.

[1002] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 19 vd.; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 77 vd.; **Senne,** s. 428.

[1003] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 11; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 243.

[1004] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C11; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 28 vd.; **MüKo/Ernst,** § 286, N. 111 vd.; **Senne,** s. 428.

temerrüde düşmesi, kural olarak alacaklının aynen ifa talebini etkilemez. Bu bakımdan alacaklı, BGB § 280/I ve II'ye göre borcun aynen ifasıyla birlikte temerrütten doğan zararını talep edebilir. Alacaklı, para borcunun ifasında temerrüde düşen borçludan temerrüt faizi talep edebilir (BGB § 288/I)[1005].

Borçlunun ifada gecikmesi sonucunda edimin ifasında menfaati kalmayan alacaklı, ifa yerine tazminat isteyebilir (BGB § 280/I, III ve 281). Bu ihtimalde alacaklı edimin ifasından vazgeçerek müspet zararını talep eder. Alacaklının gecikme sebebiyle ifa yerine tazminat talep ettiği hâllerde BGB § 286'daki şartların yerine getirilmesi gerekmez[1006]. Gerçekten, alacaklı BGB § 280/I, III ve 281'in şartlarını yerine getirerek ifa yerine tazminat isteyebilir[1007]. Buna göre, alacaklı muaccel edimini kusurlu olarak zamanında ifa etmeyen borçluya uygun bir ek süre vererek (BGB § 281/I)[1008], bu süre sonunda borç ifa edilmemişse ifa yerine tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*) talep edebilir. Söz konusu tazminat, edimin gereği gibi ifasındaki menfaati, yani müspet zararı giderir. Müspet zararın fark veya mübadele yöntemine göre belirlenmesi mümkündür[1009].

[1005] **MüKo/Ernst,** § 286, N. 137 vd.; **Senne,** s. 428.

[1006] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 34 vd.; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 6; Krş. **MüKo/Ernst,** § 280, N. 3, § 281, N. 20.

[1007] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A14, C3; **Schwarze,** s. 271 vd.; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 34; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 5, 6; **Schmidt-Räntsch,** s. 116; **Senne,** s. 429.

[1008] BGB § 281/II'de ise ek süre vermeye gerek olmayan hâller düzenlenmiştir. Buna göre, borçlu ciddi ve kesin olarak ifayı reddetmişse veya her iki tarafın menfaatleri tartıldığında derhâl tazminat talep edilmesini haklı kılan durumlar varsa bir süre belirlemeye gerek yoktur. Ayrıca üçüncü fıkraya göre, yükümlülük ihlalinin niteliği gereği süre vermeye gerek yoksa bunun yerine ihtar yapılır. Bunun yanında, tarafların ek süre verilmeyeceği yönünde anlaştıkları hâllerde de bir süre vermeye gerek yoktur. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 42 vd.; **MüKo/Ernst,** § 281, N. 44, 55 vd.; **Schwarze,** s. 290 vd.

[1009] **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 12, 17, 18; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 50; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18.

Kısmî ifa etmeme (*Teilnichtleistung*) hâlinde, alacaklı kural olarak yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından müspet zarar tazminatı talep eder (küçük tazminat, *kleiner Schadensersatz*)[1010]. Ancak alacaklı, kısmî ifada herhangi bir menfaatinin bulunmadığı hâllerde edimin tamamı için müspet zararı gideren ifa yerine tazminat (büyük tazminat, *großer Schadensersatz, Schadensersatz statt der ganzen Leistung*) isteyebilir (BGB § 281/I, 2. cümle)[1011]. Büyük tazminat isteyen alacaklı, BGB § 346-348 hükümlerine göre, kısmî ifayı iade eder (BGB § 281/V).

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifada gecikme hâlinde alacaklının sözleşmeden dönmesi mümkündür. BGB § 323'e göre alacaklı, muaccel[1012] bir borcun ifası için verdiği ek sürede[1013] borç ifa edilmezse sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, borçlunun kusurlu olmasına bağlı değildir. Kısmî ifa hâlinde, alacaklı yalnızca kısmî ifada menfaati yoksa sözleşmeden dönebilir (BGB § 323/V, 1. cümle). Borçlu gereği gibi ifa etmemişse, alacaklı ancak yükümlülük ihlali önemli nitelikteyse sözleşmeden dönebilir (BGB § 323/V, 2. cümle). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının dört seçimlik hakkı bulunmaktadır. İlk olarak,

[1010] **MüKo/Ernst,** § 281, N. 7; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 22; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 65; **Lorenz**, Schadensarten, s. 205; **Schmidt-Räntsch,** s. 121.

[1011] **MüKo/Ernst,** § 281, N. 6; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C3; **Schwarze,** s. 237 vd.; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 48, 52; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 22; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 65, 67; **Schmidt-Räntsch,** s. 121.

[1012] BGB § 323/IV'e göre, alacaklı, muacceliyetten önce dönmenin şartlarının gerçekleşeceğinin açık olduğu hâllerde, borç muaccel olmadan sözleşmeden dönebilir. Özellikle borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini açık ve kesin bir şekilde bildirdiği hâller bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 61.

[1013] Ek süre verilmesini gerektirmeyen hâller ise BGB § 323/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun ifayı ciddi ve kesin bir şekilde reddetmesi hâlinde, belirlenen vade veya sürede ifanın alacaklı için esas olduğunun borçluya sözleşme kurulmadan önce bildirildiği veya sözleşmenin imzalanmasına eşlik eden şartlardan anlaşıldığı durumlarda vade veya sürede ifa etmemesi hâlinde ve gereği gibi ifa etmemede tarafların menfaatleri tartıldığında derhâl tazminat talep edilmesini haklı kılan durumlar varsa bir süre belirlemeye gerek yoktur. Diğer taraftan üçüncü fıkraya göre, yükümlülük ihlalinin niteliği gereği süre vermeye gerek yoksa bunun yerine ihtar yapılır.

alacaklı aynen ifada ısrar edebilir. İkincisi, alacaklı sözleşmeden dönebilir. Üçüncüsü, BGB § 281'e göre ifa yerine tazminat isteyebilir. Son olarak, alacaklı hem sözleşmeden dönüp hem de ifa yerine tazminat isteyebilir (BGB § 325). Dönme, sözleşme ilişkisini bir geri verme borç ilişkisine[1014] çevirir. Bu sebeple, aslî edimi talep hakları sona erer, ifa edilmiş olan edimler BGB § 346-348 hükümlerine göre iade edilir. BGB § 325'e göre sözleşmeden dönme, müspet zararın tazminini talep etme hakkını etkilemez. Ancak, müspet zarar niteliğindeki ifa yerine tazminat talep edildiğinde, dönmenin niteliği gereği mübadele yöntemi uygulanamaz, yalnızca fark yöntemi uygulanabilir[1015].

C. Gereği Gibi İfa Etmemede

Gereği gibi ifa etmeme, kanunda gereği gibi ifa etmeme (BGB § 281) ve sözleşmeye uygun olmayan ifa (BGB § 323) şeklinde ifade edilmiştir[1016]. Tazminatın hangi hükümlere göre isteneceği belirlenirken, gereği gibi ifa etmemenin giderilebilir olup olmadığına ve sözleşmenin kurulmasından önce var olup olmadığına göre ayrım yapılmaktadır[1017]. Gereği gibi ifa etmeme hâlinde alacaklı ihlalin niteliğine göre BGB § 280/I, III, 281, 283 veya 311a/II'ye göre ifa yerine tazminat isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönen alacaklı BGB § 325'e göre ifa yerine tazminat isteyebilir. Gereği gibi ifa etmeme hâlinde, alacaklı borçluya uygun bir süre

[1014] Bkz. **Staudinger/Schwarze,** § 323, N. D26.

[1015] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 23, N. 72; **MüKo/Ernst,** § 281, N. 113.

[1016] Alman hukuk doktrininde gereği gibi ifa etmeme, çoğunlukla, kötü ifa (*Schlechterfüllung*) kavramıyla ifade edilmektedir. Bu çalışmada kötü ifa, gereği gibi ifa etmemenin bir türü olarak kabul edildiği için, kavram karmaşasına sebep olmaması amacıyla burada da gereği gibi ifa etmeme kavramı kullanılmıştır. Zira Alman hukukunda kötü ifa kavramıyla kastedilen, bu çalışmada gereği gibi ifa etmeme şeklinde ifade edilen borca aykırılık türüdür. Nitekim BGB § 281'de de gereği gibi ifa etmeme (*nicht wie geschuldet*) kavramı tercih edilmiştir. Gereği gibi ifa etmeme kavramının açıklaması için bkz. Bölüm II, § 5, III, A.

[1017] Bu konudaki açıklamalar için bkz. **MüKo/Ernst,** § 280, N. 50 vd., § 283, N. 16 vd.

vermeli veya süre verilmesine gerek olmayan hâllerden biri mevcut olmalıdır (BGB § 281/I, II). Borçlu bu sürede gereği gibi ifayı sağlamazsa, alacaklı tazminat isteyebilir. Alacaklının iki tür tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. İlke olarak alacaklı gereği gibi yapılmayan ifayı elinde tutar ve borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durumun sağlanmasını küçük tazminat (*kleiner Schadensersatz*) ile talep eder[1018]. Buna karşılık, gereği gibi ifa etmeme önemli nitelikteyse, alacaklı edimin tamamı yerine büyük tazminat (*Schadensersatz statt der ganzen Leistung*) talep edebilir (BGB § 281/I, 3. cümle)[1019]. Bu ihtimalde borçlu daha önce ifa ettiği edimi BGB § 346-348 hükümlerine göre geri isteyebilir (BGB § 281/V). Gereği gibi ifa etmeme, alacaklının ifa menfaatinin yanında diğer menfaatlerini de ihlal etmiş olabilir. Bu durumda alacaklı, söz konusu zararlarını BGB § 280/I'e göre talep edebilir[1020]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, BGB § 323/I'deki şartları yerine getirerek sözleşmeden dönebilir. Buna göre, alacaklı sözleşmeye uygun (gereği gibi) olmayan ifa hâlinde, borçluya ek süre vermeli veya süre verilmesine gerek olmayan hâllerden biri mevcut olmalıdır. Verilen sürede gereği gibi ifa sağlanmazsa, alacaklı gereği gibi ifa etmemenin önemli nitelikte olması kaydıyla sözleşmeden dönebilir. Zira gereği gibi ifa etmeme önemsizse, alacaklı sözleşmeden dönemez (BGB § 323/V). Alacaklı sözleşmeden döndüğünde, tasfiye ilişkisi kapsamında ifa edilen edimler iade edilir.

D. Koruma Yükümlülüklerinin İhlalinde

Koruma yükümlülüklerini düzenleyen BGB § 241/II'ye göre, borç ilişkisi içeriğine göre, tarafları karşı tarafın haklarını, hukukî varlıklarını ve menfaatlerini

[1018] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 49, § 281, N. 7, 133; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C12; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 23; **Schwarze,** s. 319.

[1019] **MüKo/Ernst,** § 281, N. 5, 133, 144; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 23; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 68 vd.; **Schwarze,** s. 319.

[1020] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 24, N. 22 vd.; **MüKo/Ernst,** § 280, N. 49, 70 vd.

dikkate almaya mecbur kılabilir. Koruma yükümlülüklerinin (*Schutzpflichten*, *Rücksichtnahmepflichten*) ihlali hâlinde ilke olarak BGB § 280/I gereğince ifanın yanında tazminat talep edilebilir[1021]. Buna göre, bir borç ilişkisinde BGB § 241/II kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal eden ve bundan sorumlu tutulabilen borçlu, alacaklının diğer hukukî menfaatlerine (bütünlük menfaati, *Integritätsinteresse*) verdiği zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Burada, ifa yerine tazminat değil, ifanın yanında tazminat söz konusudur[1022]. Ancak, koruma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle alacaklının edimin ifasında menfaati kalmamışsa (koruma yükümlülüğünün ihlali, alacaklıdan edimin ifasını kabul etmesinin beklenemeyeceği kadar önemli ise)[1023], alacaklı BGB § 280/I, III ve 282'ye göre ifa yerine tazminat talep edebilir[1024]. BGB § 282'ye göre, alacaklının ek süre vermesine veya ihtarda bulunmasına gerek yoktur. Koruma yükümlülüğü bir edim yükümlülüğü niteliğinde olmadığı için, kural olarak sözleşmeden dönme hakkı vermez[1025]. İstisnaen karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun BGB § 241/II'den doğan koruma yükümlülüğünü alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyeceği kadar önemli bir derecede ihlal etmesi hâlinde, BGB § 324'e göre sözleşmeden dönme mümkündür[1026]. Yükümlülüğün ihlalinden borçlunun sorumlu tutulabildiği hâllerde, alacaklı sözleşmeden dönmenin yanında ifa yerine tazminat talep edebilir. Bu ihtimalde, müspet zararın tazmin edildiği kabul edilmektedir[1027]. Görüldüğü gibi, reform öncesinde sözleşmenin müspet ihlali kapsamında çözüme kavuşturulan koruma

[1021] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 93, § 282, N. 1, 3; **Schwarze,** s. 336; **Senne,** s. 430.

[1022] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C9; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 25, N. 4; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 282, N. 5, 6.

[1023] Böyle bir durumun istisnaî hâllerde söz konusu olacağı yönünde bkz. **MüKo/Ernst,** § 282, N. 2.

[1024] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 93, § 282, N. 1; **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. A14, C9; **Hk-BGB/Schulze,** § 282, N. 1, 3; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 282, N. 6; **Senne,** s. 430.

[1025] **MüKo/Ernst,** § 280, N. 93.

[1026] **MüKo/Ernst,** § 282, N. 1.

[1027] **MüKo/Ernst,** § 282, N. 1.

yükümlülüklerinin ihlali artık yasal bir dayanağa kavuşmuştur[1028]. Diğer taraftan BGB § 311/II ve III'e göre, BGB § 241/II anlamında yükümlülük doğuran bir borç ilişkisi, sözleşme öncesi aşamada da meydana gelebilir. Böyle bir yükümlülük ihlal edildiğinde, BGB § 280/I uyarınca menfi zararı konu edinen tazminat talep edilebilir[1029]. Sözleşme öncesi yükümlülük ihlali, yalnızca sözleşme kurulduktan sonra ifa yerine tazminat talebine (BGB § 282) veya sözleşmeden dönmeye (BGB § 324) imkân verebilir[1030].

E. Boşa Çıkan Masrafların Tazmini

Alman hukukunda 2002 yılında yapılan reformla, alacaklıya ifa yerine tazminat talebine alternatif olarak boşa çıkan masraflarının (*frustrierte Aufwendungen*) ödenmesini isteme hakkı tanınmıştır (BGB § 284). Boşa giden masrafların ödenmesi, baştaki veya sonraki imkânsızlıkta ya da gecikme yahut gereği gibi ifa etmeme sebebiyle ifa yerine tazminat istenebilen hâllerde talep edilebilir (BGB § 280/I, III, 281, 282, 283, 311a/II)[1031].

BGB § 284'e göre, alacaklı ifa yerine tazminatın yerine, edimin ifa edileceğine güvenerek hakkaniyete uygun ve makul olarak yaptığı masrafları talep edebilir. Ancak, borçlu yükümlülüğünü ihlal etmese bile amacına ulaşamayacak olan masraflar istenemez (BGB § 284). Boşa çıkan masrafların talep edilebilmesi için öncelikle

[1028] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 25, N. 1.

[1029] **MüKo/Ernst,** § 282, N. 1, 4.

[1030] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 25, N. 2, 19; **MüKo/Ernst,** § 282, N. 4.

[1031] **MüKo/Ernst,** § 284, N. 4, 14; **Jauernig/Stadler,** § 284, N. 3; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 4, 5; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 284, N. 3; **Lorenz,** Schadensersatz, s. 26 vd.; **Emmerich,** s. 12, 13. Buna ek olarak, satış sözleşmesinde BGB § 437/bent 3 ve eser sözleşmesinde BGB § 634/bent 4'te de BGB § 284'e atıf yapılmıştır. Bu bakımdan satış ve eser sözleşmesinde ayıp hâlinde, ifa yerine tazminatın yerine boşa çıkan masraflar talep edilebilir.

kanundan veya sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi bulunmalıdır[1032]. Sonra, alacaklının ifa yerine tazminat (*Schadensersatz statt der Leistung*) talep etme hakkı mevcut olmalıdır[1033]. Diğer taraftan ifa yerine tazminat ve boşa yapılan masraflar birbirine alternatif olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, alacaklı ya ifa yerine tazminat ya da boşa yapılan masrafları talep eder[1034]. Boşa yapılan masraflar, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacak olduğu için ifa yerine tazminat kapsamında talep edilemez[1035]. Ancak, Alman kanun koyucusu ayrı bir hükümde boşa giden masrafların talep edilebileceğini düzenleyerek, ifa yerine tazminat talebine bir alternatif getirmiştir. Boşa yapılan masraflar örneğin, sözleşmenin kurulması masrafları, edimin teslim alınması, nakliyesi, tescili masrafları, değerlendirme ve danışma masrafları, kurulum ve montaj masrafları, işi finanse etmek için alınan kredinin faizi, edimin kullanılması amacıyla yapılan yatırımlar gibi sözleşme masraflarıdır[1036].

Boşa yapılan masrafların tazmininin hangi tür zararı gidermeyi amaçladığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, boşa yapılan masrafların tazmini menfi zararı kısmen gidermeyi amaçlar[1037]. Diğer görüş, boşa çıkan masrafların müspet zarar tazminatı

[1032] Söz konusu hüküm her türlü borç ilişkisinde uygulanabilir niteliktedir. **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 73; **MüKo/Ernst,** § 284, N. 6; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 4.

[1033] **MüKo/Ernst,** § 284, N. 4, 14; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 74; **Staudinger/Schwarze,** § 284, N. 52, 53; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 5; **PWW/Schmidt-Kessel/Kramme,** § 284, N. 4; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 236; **Höpfner,** s. 870.

[1034] **Staudinger/Schwarze,** § 284, N. 13; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 75; **Lorenz,** Schadensersatz, s. 27; **Mattheus,** s. 211; **PWW/Schmidt-Kessel/Kramme,** § 284, N. 5; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 284, N. 7; **Höpfner,** s. 870. Boşa çıkan masrafların yalnızca ifa yerine tazminatın alternatifi olduğu, bu sebeple ifa yerine tazminat dışındaki diğer tazminat türleriyle birlikte istenebileceği görüşü için bkz. **Lorenz**, Schadensarten, s. 204.

[1035] **Staudinger/Schwarze,** Vorbem. § 280-285, N. C14; **Lorenz,** Schadensersatz, s. 27; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 284, N. 16; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 236.

[1036] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 76; **Staudinger/Schwarze,** § 284, N. 27; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 8 vd.; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 318.

[1037] Buna göre, menfi zararın tazmininde, alacaklı sözleşme hiç yapılmasaydı içinde bulunacağı duruma getirilir. Burada da alacaklıya sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olsaydı yapmayacak olduğu masraflar ödenmektedir. Ancak, bu hükme göre menfi zararın tamamı değil, yalnızca boşa yapılan masraflar kısmı

yerine istenmesinden hareketle burada müspet zararın giderildiğini savunmaktadır[1038]. Bu görüşe yakın başka bir görüşe göre, bu hükümle ifa yükümlülüğünün ihlali sonucunda meydana gelen müspet zararın bir kısmı giderilmektedir[1039]. Son olarak başka bir görüşe göre, bu tazminat müspet ve menfi zarar dışında kendine özgü bir zarar giderimidir. Bu görüş kapsamında değerlendirilebilecek bir görüşe göre, BGB § 284, müspet ve menfi zarardan farklı olarak boşa çıkan masrafların ödenmesini öngörmektedir[1040]. Kendine özgü zarar görüşüne katılan bir görüş ise söz konusu

tazmin edilmektedir. Bu sebeple, borçlu örneğin kaçırılan fırsatlardan doğan zararını BGB § 284 kapsamında talep edemez. Bkz. **Medicus**, Gesetzliche Schuldverhältnisse, s. 93; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 969; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 75, 80; **Hk-BGB/Schulze,** § 284, N. 1; **Lorenz,** Schadensersatz, s. 27; **Mattheus,** s. 211; **Altmeppen, Holger,** "Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf", DB, 2001, Heft 26, s. 1399.

[1038] Bu görüşe göre, boşa yapılan masrafların tazmini ifa menfaatine hizmet eder. Bkz. **Gsell,** s. 336, 337.

[1039] Buna göre, BGB § 284 ifa etmeme veya kötü ifaya dayanan özel bir tazminat türüdür. BGB § 284'te alacaklının menfi zararının giderilmesi, yani sözleşmeyi hiç yapmamış hâle getirilmesi söz konusu değildir. Hükmün sistematik konumu da menfi zararla ilgili olmadığını göstermektedir. Bu düzenleme sözleşmenin ortadan kaldırılmasıyla değil, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi üzerine alacaklının ifayı reddederek veya iade ederek zarar görmemiş hâle getirilmesiyle ilgilidir. BGB § 284 kapsamında tazmin edilen masrafların aynı zamanda menfi zarar kapsamında talep edilebilmesi bir şey değiştirmez. Zira belirli zarar kalemlerinin zorunlu olarak yalnızca menfi zarara veya yalnızca müspet zarara ilişkin olacağına dair bir ilke bulunmamaktadır. Gerçekten, daha önceki yargı kararlarında boşa çıkan masraflar müspet zararın tazmini kapsamında tazmin edilmiştir. **MüKo/Ernst,** § 284, N. 6.

[1040] Bu görüşe göre, masrafların ödenmesi, ifa yerine tazminatın (müspet zarar tazminatının) bir bölümü değildir ve bu sebeple, söz konusu hüküm zararın tazmini talebini karşılayan bir norm değildir. Hükümdeki müspet zarar tazminatı "yerine (anstelle)" ifadesi, zararın tazmini ile masrafların giderilmesinin birbirinin doğal alternatifi olduğu şeklinde yorumlanamaz. BGB § 284 başlı başına ayrı bir taleptir. Hükümdeki "yerine" ifadesi ile yalnızca masrafların giderilmesi için gereken ön koşullar bakımından, ifa yerine tazminat için gerekli ön koşullara atıfta bulunulmuştur. İfa yerine tazminatın alternatifi olması, masrafların giderimini menfi zararın kısmî telafisi olarak yorumlamaya uygun gözükmektedir. Ancak, giderimin menfi zararın küçük bir kısmıyla sınırlı kalması bu yoruma ters düşmektedir. BGB § 284'ün parçalı yapısı, burada boşa çıkma (hayal kırıklığı) zararının (*Frustrationsschaden*) giderildiğinin kabul edilmesine daha uygundur. Masrafın yararlı olması (*Nutzbarkeit*), BGB § 284 tarafından korunmaya değer bir malvarlığı değeri, bunun boşa çıkması ise

tazminatın normatif zarar ile menfi zararın çakıştığı bir alanda yer alan kendine özgü bir tazminat olduğunu savunmaktadır[1041]. Yine, kendine özgü tazminat görüşünün temsilcilerinden biri olarak kabul edilebilecek bir görüşe göre ise BGB § 284'te temelde menfi zarar kalemlerinin tazmini söz konusu olmasına rağmen, bu hüküm hukukî niteliği bakımından menfi zararın tazminini düzenlememektedir[1042].

tazmin edilebilir olarak kabul edilmiştir (zarar olarak boşa çıkan masraflar). Bkz. **Staudinger/Schwarze,** § 284, N. 9, 11, 12, 24.

[1041] Bu görüşe göre, boşa yapılan masraflar, normatif zarar kavramıyla bağlantılıdır. Buna göre, söz konusu tazminat normatif zarar ile menfi zararın çakıştığı bir alanda yer alan, kendine özgü bir tazminattır. Sözleşme gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacak olan, bu sebeple gerçek anlamda zarar oluşturmayan masraflar BGB § 284 kapsamında istenebilmektedir. Bu tür masraflar ne menfi ne de müspet zarar kavramıyla açıklanamaz. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 5a; **Serozan,** Alman Hukuku, s. 236, 237.

[1042] Bu görüşe göre, BGB § 284'te temelde menfi zarar kalemlerinin tazmini söz konusudur. Gerçekten, alacaklı masrafların tazmini ile güvenilen sözleşme ilişkisi hiç kurulmasaydı içinde bulunacağı duruma belirli bir ölçüde getirilmektedir. Ancak, BGB § 284'den doğan talep, hukukî niteliği bakımından menfi zararın tazmini niteliğinde değildir. Zira burada hiç veya gereği gibi ifa etmemeden kaynaklanan zararın özel bir giderim biçimi söz konusudur. Bu hükümle, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde oluşturulan güven değil, ifanın gereği gibi yerine getirileceği yönündeki güven korunmaktadır. Ayrıca, masrafların tazmini ifa yerine tazminatın yerine talep edilebileceğine göre, yalnızca sözleşmenin geçerli olarak ayakta kaldığı hâllerde uygulanabilir; sözleşme hükümsüzse uygulanamaz. Boşa yapılan masrafların menfi zarar kapsamında da talep edilebilmesi, burada menfi zarar tazminatının söz konusu olduğu anlamına gelmez. Bu sebeple, BGB § 284'te, menfi ve müspet zarar kalıplarının dışında kendine özgü bir tazminat türü düzenlenmiştir. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 319 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜSPET ZARARDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI, MÜSPET ZARARIN BELİRLENMESİ, ZARARIN TAZMİNİ VE TAZMİNAT TALEBİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

§ 8. MÜSPET ZARARDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Müspet zarardan sorumluluk için öncelikle ilke olarak geçerli bir borç ilişkisinin mevcut olması gerekir. Sonra, borçlu borç ilişkisinden doğan borcuna aykırı davranmalı, sözleşmeyi ihlal etmelidir. Müspet zarar bakımından borca aykırılık, borcun hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa edilmemesidir. Diğer taraftan, borçlunun borca aykırılıkta kusurunun bulunması gerekir. Ayrıca, borca aykırılık sebebiyle müspet zarar doğmalıdır. Son olarak borca aykırılık ile müspet zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Geçerli bir borç ilişkisinin varlığı, borca aykırı davranış ve zarar unsurları yukarıda açıklanmıştır. Uygun illiyet bağı ve kusur unsurları ise aşağıda kısaca ele alınmıştır.

II. KUSUR

Türk/İsviçre sorumluluk hukukunda genel ilke kusur sorumluluğudur. Bu doğrultuda, sözleşmeden doğan sorumlulukta da kural olarak zarar verenin kusurlu olması aranır. Gerçekten, TBK m. 112'de borçlunun kusursuz olduğunu ispat edemediği sürece meydana gelen zarardan sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine TBK m. 114/I'e göre borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Benzer şekilde,

borçlu temerrüdünde gecikmeden doğan zararın giderimini düzenleyen TBK m. 118'de ve para borçlarında aşkın zarardan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 122/I'de sorumluluk için borçlunun kusuru aranmaktadır. Söz konusu düzenlemeler, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun arandığını açıkça ortaya koymaktadır[1]. Bu bakımdan, kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü istisnaî hâller dışında, kusur yoksa sorumluluk da yoktur.

Kanunda sözleşmeden doğan sorumluluk için kusur şartı aranmasına rağmen, kusurun tanımı yapılmamıştır. Doktrinde sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur, borçlunun sözleşmeden doğan bir yükümünü ihlal eden davranışının hukuk düzenince kınanması şeklinde tanımlanmaktadır[2]. Başka bir tanıma göre sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur, borçlunun dâhil olduğu meslekî ve sosyal çevrede yaşayan ortalama ve normal bir borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı bir davranış biçimi, daha doğrusu davranış biçiminin niteliğidir[3]. Bu tanımdaki hukuk düzenince kınanma unsuru, borçlunun kendi davranışını belirleme özgürlüğüne dayandırılmaktadır. Bu bakımdan, sözleşmeye uygun hareket etme imkânı olmasına rağmen yükümlülüğünü ihlal etmeyi seçen borçlu kusurludur. Bu sebeple sözleşmede kusur, önlenebilir sözleşme ihlali olarak da tanımlanabilir[4].

---

[1] **Bucher,** AT, s. 346; **von Tuhr/Peter,** s. 83; **von Tuhr/Escher,** s. 114 vd.; **Keller/Schöbi,** s. 234; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963 vd.; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 42; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 433; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 415 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1082; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 401 vd.

[2] **Barth,** s. 108, 119; **von Tuhr/Peter,** s. 427; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 45; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963; **Schwenzer,** OR, N. 22.03; **Aral,** s. 176; **Başpınar,** Özen, s. 140.

[3] **Barth,** s. 108; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1083.

[4] **Barth,** s. 109; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 416.

Kusur, temelde kast ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılır. Kast, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek ve isteyerek ihlal etmesidir[5]. Borçlunun bilme ve istemesi sözleşmenin ihlaline ilişkindir, yoksa onun zarar gibi sonuçlarına ilişkin değil[6]. İhmâl, borçlunun, sözleşmenin ihlalini istememekle birlikte, ihlali önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı şartlar altında göstermesi beklenen dikkat ve özeni göstermemesidir[7]. İhmâl kendi içerisinde hafif, orta ve ağır ihmâl şeklinde üçe ayrılmaktadır[8]. Sözleşmeden doğan sorumlulukta, ilke olarak kusurun derecesinin bir önemi bulunmamaktadır (TBK m. 114/I)[9]. Bu bakımdan, zarar veren, kasıt ve ağır ihmâlin yanında hafif ihmâlinden dahi sorumlu

[5] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 3; **Keller/Schöbi,** s. 234; **Barth,** s. 112; **Oftinger/Stark,** s. 200; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2964; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 123; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 5; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 415; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 876; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1083; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 402; **Aral,** s. 177; **Erdoğan,** s. 227.

[6] **Barth,** s. 112, 113; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 876.

[7] **von Tuhr/Escher,** s. 115, 116; **Keller/Schöbi,** s. 235; **Barth,** s. 113 vd.; **Oftinger/Stark,** s. 201; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2968; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 129; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 876; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1084; **Aral,** s. 177; **Başpınar,** Özen, s. 140, 142.

[8] İhmâlin çeşitleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2969 vd.; **Barth,** s. 113 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 133 vd.; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 6; **Eren,** Borçlar Genel, s. 601, 602.

[9] Bununla birlikte, TBK m. 114/I'in devamında (OR Art. 99/II), borçlunun sorumluluğunun kapsamının işin özel niteliğine göre belirleneceği ve özellikle işin borçlu için bir yarar sağlamadığı hâllerde sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir. Doktinde bir görüş bu hükümden hareketle özellikle kullanma ödüncü, ücretsiz vekâlet ve saklama sözleşmesi gibi işin borçlu için bir yarar sağlamadığı hâllerde hafif kusurdan sorumlu olunmayacağı anlamı çıkarırken; diğer görüş, bu düzenlemenin özenin derecesiyle ilgili olmadığını, sadece tazminatın kapsamının belirlenmesine ve indirilmesine yönelik olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 99, N. 10; **Barth,** s. 115, 116; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 13; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1087; **Aral,** s. 179 vd. Ayrıca bkz. Bölüm III, § 10, II, B, 1.

tutulmaktadır[10]. Bununla birlikte, bazı hâllerde sorumluluk için borçlunun kasıt veya ağır ihmâli aranmaktadır[11].

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönü (unsuru) kabul edilmektedir. Kusurun sübjektif yönü borçlunun ayırt etme gücüdür. Buna göre, borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir[12]. TMK m. 15'e göre kanunda düzenlenen istisnaî durumlar hariç, ayırt etme gücü bulunmayan kimseler kendi fiilleri ile hukukî sonuç meydana getiremezler. Sözleşmeden doğan sorumluluk da borca aykırılığa bağlanan hukukî bir sonuç olduğu için, ayırt etme gücüne sahip olmayan borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğu mevcut değildir[13]. Diğer taraftan, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların haksız fiilden sorumlu olacakları yönündeki TMK m. 16/II hükmünden hareketle, bu kimselerin sözleşmenin ihlalinden doğan zarardan da sorumlu olacakları

[10] **von Tuhr/Escher,** s. 115; **Bucher,** AT, s. 347; **Keller/Schöbi,** s. 234, 235; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 433, Art. 99, N. 4, 122; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963, 2976; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 4, 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 417; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1087; **Aral,** s. 179; **Erdoğan,** s. 227.

[11] Örneğin, hayvan satışında ayıptan sorumlulukta ağır kusur (kast veya ağır ihmâl) aranmıştır (TBK m. 220). Benzer şekilde, ağır kusurlu satıcı ayıbın kendisine süresinde bildirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz (TBK m. 225/I). Yine, TBK m. 477/I'de eserin kabulünden sonra yüklenicinin sorumluluğu bakımından, onun ayıbı kasten gizlemiş olması aranmaktadır. Ayrıca, bağışlayanın bağışlamadan doğan zarardan sorumluluğu onun ağır kusurlu (kast veya ağır ihmâl) olmasına bağlanmıştır (TBK m. 294/I).

[12] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 58; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 97, N. 17; **von Tuhr/Escher,** s. 116; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 47, 52 vd.; **Barth,** s. 111; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1084; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 402; **Erdoğan,** s. 227; **Başpınar,** Özen, s. 212. Borçlunun kusur ve sorumluluk ehliyetini ifade eden ayırt etme gücü, TMK m. 13'te düzenlenmiştir. Buna göre, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes ayırt etme gücüne sahiptir.

[13] **von Tuhr/Escher,** s. 116; **Barth,** s. 111; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 56; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1084, 1085.

kabul edilmektedir[14]. Benzer şekilde, TBK m. 59 (OR Art. 54/II)'un sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanması, böylece ayırt etme gücünü kendi kusuruyla geçici olarak kaybeden kimsenin bu sırada borca aykırı davranışla verdiği zarardan sorumlu tutulması gerekir[15]. Ayrıca, TBK m. 65 (OR Art. 54)'te düzenlenen ayırt etme gücü bulunmayanların hakkaniyet sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanabilir[16].

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun objektif yönü ise borçlunun göstermesi gereken özendir. Gösterilmesi gereken özen, kural olarak objektif şekilde belirlenmektedir. Objektifleştirilmiş kusur anlayışına göre, borçlunun, benzer sosyal ve meslekî çevrede yaşayan normal bir borçlu tipinin davranışından sapan ve hukuk düzenince kınanan her davranışı kusurludur[17]. Borçlu, borcun gereği gibi ifası için her türlü tedbiri almalı ve buna engel olacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır[18]. Dolayısıyla, makul ve dürüst bir objektif borçlu tipinin benzer işlerde göstereceği özeni göstermeyen borçlu kusurlu sayılmaktadır. Bu değerlendirmede, borçlunun örnek tipin göstereceği özene uygun davranma imkânına fiilen sahip olup olmadığı

[14] **von Tuhr/Escher,** s. 116, 117; **Barth,** s. 111; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 56; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1085.

[15] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 58; **von Tuhr/Escher,** s. 117; **Barth,** s. 112; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 61; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1085.

[16] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 58; **von Tuhr/Escher,** s. 117; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 47, 56, 59, 65; **Barth,** s. 113; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 43; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 12; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 890; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1089; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 402; **Aral,** s. 182.

[17] **von Tuhr/Escher,** s. 115, dn. 9a; **Barth,** s. 113 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 434, Art. 99, N. 47, 72 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2963, 2989; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 876, 877; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1083, 1085; **Aral,** s. 178; **Erdoğan,** s. 227; **Başpınar,** Özen, s. 140, 213.

[18] **von Tuhr/Escher,** s. 114, 115; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 416; **Aral,** s. 176, 177; **Başpınar,** Özen, s. 140, 141.

önem taşımamaktadır[19]. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun mutlak şekilde objektifleştirilemeyeceği kabul edilmekte, bu sebeple gösterilmesi gereken özenin derecesi bakımından sübjektif değerlendirmeler de yapılmaktadır. Zira haksız fiillerden farklı olarak, sözleşme hukukunda karşı tarafı, onun yetenek ve niteliklerini, sözleşmenin içeriğini, edimin ifasının gerektirdiği nitelikleri ve getirdiği tehlikeleri belirleme ve bilme imkânı bulunmaktadır[20]. Bu sebeple, gereken özenin tespitinde somut sözleşme ilişkisinin özellikleri de dikkate alınmalıdır[21]. Bu bakımdan, örneğin, borçlunun bilgi ve yetenekleri objektif rol modelden üstünse, özenin derecesi belirlenirken onun bilgi ve yetenekleri dikkate alınmalıdır[22]. Ayrıca İsviçre hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilen üstlenme kusuru (*Übernahmeverschulden*) kavramına göre, borçlu bir borcu üstlenirken kişisel yeteneklerini ve borcu gereği gibi ifa etme kabiliyetini tartmalıdır. Edimi gereği gibi ifa edebilecek nitelik veya

[19] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 5, 6; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2989; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1085; **Başpınar,** Özen, s. 213.

[20] Doktrinde, "*İşçinin sorumluluğu belirlenirken işin tehlikeli olup olmadığı, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmediği, işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken nitelik ve yeteneklerinin dikkate alınacağı*" yönündeki TBK m. 400/II hükmünün, sözleşmeden doğan sorumlulukta gösterilmesi gereken özenin derecesini belirlemek için genel bir kural olarak uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 115; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2985 vd.; **Barth,** s. 114; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 417; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1086; **Aral,** s. 177, 178. Krş. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 80, 81; **Başpınar,** Özen, s. 177 vd.

[21] Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2994; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 434, Art. 99, N. 84; **Barth,** s. 115; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1086; **Aral,** s. 178, 179. Krş. **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 10.

[22] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2993; **Barth,** s. 115; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1086. Krş. **Erdoğan,** s. 227. Burada kusurun tekrar sübjektifleştirilmesinin söz konusu olmadığı, sözleşmeye bağlı özel koşulların borçlunun kendisi bakımından değil, yine özel bilgi ve beceriye sahip farazî bir üçüncü kişi bakımından objektif şekilde dikkate alındığı yönünde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 83, 84.

imkânlara sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde borç altına giren borçlu kusurlu kabul edilir[23].

Sorumluluk hukukunda genel ilke olan kusur sorumluluğu müspet zarar bakımından da geçerlidir. Bu sebeple, borçlunun müspet zarardan sorumluluğu için kural olarak kusur şarttır. Gerçekten, bu husus TBK m. 112, 114, 118 ve 122/I'de açıkça ortaya konulmuştur. Benzer şekilde, yanılmada (TBK m. 35/II) ve yetkisiz temsilde (TBK m. 47/II) hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde müspet zararın tazmin edilebilmesi için kusur şartı aranmıştır. Müspet zarar bakımından kusur, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal eden davranışında aranmalıdır. Zira kusur, zararın öngörülebilirliğiyle değil sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlaliyle ilgilidir[24]. Bu bakımdan, borçlu, borcun gereği gibi ifası için makul ve dürüst bir objektif borçlu tipinin benzer işlerde göstereceği özeni göstermeli, her türlü tedbiri almalı ve buna engel olacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır. Başka bir ifadeyle, müspet zarardan sorumlulukta, borçlunun göstermesi gereken özenden saparak alacaklının edimin gereği gibi ifa edileceği yönündeki haklı beklentisini ihlal etmesi kusurun varlığını kabul etmek için yeterlidir[25]. Borçlunun ayrıca zararı öngörmesi

---

[23] Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2995; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 104 vd.; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 11, 12; **Schwenzer**, OR, N. 22.19.

Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Örneğin: "… *Bu karinenin dayanağı da yüklenicinin "özen borcu" dur. Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi hâlde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur.".* 15. HD, 08.05.2018 T., 2017/353 E., 2018/1820 K. (HukukTürk).

[24] Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 426, Art. 99, N. 99, 100, 101; **Barth,** s. 110. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 89, 90; **von Tuhr/Escher,** s. 115; **Aral,** s. 176.

[25] Doktrinde bir görüş, zarar verenin kusurunu *"sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği yönünde bir güven uyandırıp bunun boşa çıkmasına sebep olmak"* şeklinde açıklamaktadır. Bkz. **Gündüz,** s. 30, 48. Yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira müspet zararda, menfi zarardan farklı olarak güven oluşturma ve bu güveni boşa çıkarma şartı aranmaz. Geçerli bir borç ilişkisinden doğan edim borcunun borçluya yükletilebilecek bir sebeple ihlali yeterlidir. Nitekim yazar da aynı eserinde güven unsurunu açıklarken bunu açıkça ifade etmektedir **Gündüz,** s. 29 vd., 47.

aranmaz[26]. Yine müspet zarardan sorumlulukta kural olarak kusurun derecesi önemli değildir. Borçlu kasıt ve ağır ihmâlinin yanında hafif ihmâlinden dahi sorumludur. Kusurun hafifliği olsa olsa müspet zarar tazminatından indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır.

TMK m. 6'ya göre, kanunda aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı sürece, herkes hakkını dayandırdığı olguları ispat etmekle yükümlüdür. Bu sebeple, kural olarak alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, kanun koyucu müspet zararın ortaya çıktığı en önemli hâller olan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden sorumluluk (TBK m. 112 vd.) ile temerrütte, borçlunun kusurlu olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine öngörmüştür. Böylece, ispat yükü tersine çevrilerek borçluya yüklenmiştir. Bu bakımdan, müspet zarar sorumluluğundan kurtulmak isteyen borçlu, sözleşmenin ihlalinde kusuru bulunmadığı ispat etmek zorundadır. Başka bir ifadeyle, kusursuz olduğunu ispat edemeyen borçlu, meydana gelen müspet zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulamaz[27].

---

[26] **Barth,** s. 110; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 426.

[27] Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi bazı gerekçelere dayandırılmaktadır. İlk olarak, alacaklının, borçlunun faaliyet alanı içerisindeki olay ve durumlar hakkında tam bilgi sahibi olması ve bunları ispatlaması çoğu zaman mümkün değildir. Örneğin, cep telefonunu tamir için A'ya bırakan B'nin, tamir sırasında onun yanında olmadığı için, A'nın kusurlu davranıp davranmadığını tespit ve ispat etmesi çok zor, hatta çoğu zaman imkânsızdır. Diğer taraftan, sözleşmeden doğan sorumlulukta esas ölçüt sözleşmenin ihlal edilmesi olduğu için, bu durumun gerçekleşmesi kural olarak borçlunun kusurlu olduğunu varsaymak için yeterli kabul edilmiştir. Buna karşılık, borçlu kendi işletme ve faaliyet alanında gerçekleşen olay ve durumları alacaklıya nispeten çok daha iyi bilebilecek durumdadır. Bu sebeple, sözlemenin ihlalinde kusuru bulunmadığını iddia eden borçlu, bunu ispat edebilmek açısından alacaklıya nazaran çok daha avantajlı bir durumdadır. Yine, sözleşmeden doğan borç sonradan kusursuz imkânsız hâle gelene kadar devam eder. Kusursuz imkânsızlık borcu sona erdiren, dolayısıyla hakkı ortadan kaldıran bir sebep olduğu için kusursuz imkânsızlık nedeniyle borcun sona erdiğini ispat yükü bunu iddia edene düşmelidir. Ayrıca, kusuru ispat yükünün tersine çevrilmesi, taraflar arasındaki özel bağdan (sözleşme) kaynaklanır. Zira, alacaklının sözleşmenin gerektiği gibi yerine getirileceği ve kendisine bir zarar verilmeyeceği yönündeki haklı güveni korunmalıdır. Bu koruma fikri, ispat külfetine de etki eder. Bkz. **BK OR-**

Menfi zararda kusur sorumluluğu ilkesinin birçok istisnası bulunmasına rağmen, müspet zararda kusur sorumluluğu hâkim konumdadır. Bununla birlikte, bazı hâllerde müspet zarar bakımından da kusur sorumluluğu ilkesinden vazgeçilmiştir. Gerçekten, istisnaî bazı hâllerde borçlu kusurlu olmasa bile müspet zarardan sorumlu tutulmaktadır. Örneğin, borçlunun yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zarardan sorumluluğunda kusur şartı aranmamaktadır[28]. Gerçekten, TBK m. 116/I'e göre, borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasını yanında çalışanlar ya da birlikte yaşadığı kişiler gibi ifa yardımcılarına bırakan borçlu, kendisinin veya ifa yardımcısının bir kusuru bulunmasa bile, bu kişilerin diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür[29]. Yine, TBK m. 65 (OR Art. 54)'te düzenlenen ayırt etme gücü bulunmayanların hakkaniyet sorumluluğunun,

Becker, Art. 97, N. 96 vd.; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 97, N. 15; **von Tuhr/Escher,** s. 117, 118; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2981; **Barth,** s. 123, 124; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 42; **Schwenzer,** OR, N. 22.30; **Eren,** s. 1088; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 401.

[28] **von Tuhr/Escher,** s. 122 vd; **Keller/Schöbi,** s. 236; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2962, 3013 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 44; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 43; **Schwenzer,** OR, N. 22.36; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1089.

[29] Hâkim görüşe göre, borçlu, kendisinin veya yardımcı kişinin kusuru bulunmasa bile meydana gelen zarardan sorumludur. Burada borçlunun veya yardımcı kişinin gerçek kusuru aranmaz. Aksine, TBK m. 116'ya göre sorumluluk, borçlunun farazî kusuruna dayanır. Buna göre, borçlu, yardımcı kişinin borca aykırı davranışını kendisi yapsa kusurlu kabul edilebilecektiyse, farazî kusur mevcuttur. Başka bir ifadeyle, yardımcı kişinin borca aykırı davranışını borçlunun kendisi yapmış olsa, bu davranış borçlu için kusurlu sayılmayacaktıysa borçlu sorumlu değildir. Yardımcı kişinin gerçek kusuru borçlunun farazî kusurunun yerine geçmez. Bu bakımdan kusurun tespitinde kural olarak bizzat borçlunun nitelikleri dikkate alınır. Bununla birlikte, borcun ifasında borçludan daha nitelikli bir uzmanın ifa yardımcısı olarak kullanılacağı borç ilişkisinden açık veya zımnî olarak anlaşılabiliyorsa, farazî kusurun belirlenmesinde bu nitelikler dikkate alınır. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 101, N. 9 vd.; **von Tuhr/Escher,** s. 122 vd.; **Bucher,** AT, s. 350 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3013 vd.; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 101, N. 11 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 101, N. 133 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 23.02 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 891 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1104 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 422 vd.

sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanabileceği kabul edilmektedir[30]. Diğer taraftan, para borçlarında borçlunun temerrüt hâlinde ödemesi gereken temerrüt faizi kanaatimizce müspet zararın kanunda düzenlenmiş özel bir görünüm biçimidir[31]. Ancak, temerrüt faizinde de kusur şartı aranmamış, temerrüde düşen borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, mütemerrit borçlunun, temerrüt esnasında umulmayan olaydan meydana gelen zarardan sorumluluğu (TBK m. 119) da bir kusursuz sorumluluk hâlidir.

III. UYGUN İLLİYET BAĞI

Alacaklının borca aykırılıkla tabiî illiyet bağı içerisinde bulunan bütün zararları müspet zarar olarak değerlendirilebilir[32]. Gerçekten, meydana gelen bir zarar borca aykırılığın sonucu olarak ortaya çıkmışsa, bu zarar ile borca aykırılık arasında illiyet bağı bulunmaktadır ve müspet zarar olarak dikkate alınabilir. Ancak, müspet zararın böyle sınırsız bir şekilde tespit edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya müsaittir. Bu sebeple, borçlunun sorumlu olacağı müspet zarar belirlenirken bazı sınırlandırma ölçütlerinin uygulanması gerekir. Bu konuda başvurulabilecek en önemli araç uygun illiyet bağı teorisidir[33]. Zira borca aykırılık ile meydana gelen zarar arasında yalnızca tabiî illiyet bağı kurulabilmesi sorumluluk için yeterli görülmemektedir. Aksine, borçlunun meydana gelen müspet zarardan sorumlu tutulabilmesi için borca aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır[34].

---

[30] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 65; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1089; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 412; **Aral,** s. 182.

[31] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 1, d, aa.

[32] Tabiî illiyet bağı ve zorunlu şart teorisi ile ilgili açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 561 vd.

[33] **Larenz,** I, s. 455 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2948 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 346; **Rey,** N. 522 vd.; **Lüchinger,** N. 594, 595.

[34] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 54, 55; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2948, 2949; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 347,

"Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağa, uygun illiyet bağı" denir[35]. Borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için, sözleşmeye aykırı davranış, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre somut olayda gerçekleşen müspet zararı meydana getirmeye elverişli olmalıdır[36]. Bu bakımdan, alacaklının uğradığı zarar borçlunun borca aykırı davranışından kaynaklansa bile bu davranış genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre böyle bir zararı meydana getirmeye elverişli değilse uygun illiyet bağı mevcut değildir[37].

Uygun illiyet bağının, sorumluluğu kurma ve sorumluluğu sınırlandırma fonksiyonu olmak üzere iki fonksiyonu bulunmaktadır. Sorumluluğu kurma fonksiyonu, zarara sebep olan kişinin bu zarardan sorumlu olup olmayacağını belirler. Borçlu yalnızca sözleşmenin ihlali ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan müspet zarardan sorumludur. Sorumluluğu sınırlandırma fonksiyonu ise sorumluluk kabul edildiği takdirde, zarar verenin hangi sonuçlardan sorumlu tutulacağını belirler[38].

---

355 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 868; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1082; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 380.

[35] **Eren, Fikret,** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 52; **Eren,** Borçlar Genel, s. 563, 1082. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 99, 100; **von Tuhr/Peter,** s. 97 vd; **Rey,** N. 525 vd.; **Larenz,** I, s. 456; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 41; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 121 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 358; **Schwenzer,** OR, N. 19.03; **Glättli,** Diss., s. 71; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 7 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 45, 46; **Erdoğan,** s. 135. BGE 41 II 90; 112 II 439, 442; 123 III 110, 112; 129 V 177, 181; 142 III 433, 438.

[36] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2949; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 358; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 30; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1082; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 380.

[37] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2949; **Rey,** N. 549; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 358; **Eren,** Borçlar Genel, s. 564, 1082.

[38] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rey,** N. 522 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 346 vd., 355 vd.; **Schwenzer,** OR, N. 19.01 vd.; **Eren,** Uygun İlliyet, s. 54 vd.

Borçlu, ihlalin türüne göre borca aykırılıkla uygun illiyet bağı bulunan ifa edilmeyen edimin değeri, gecikme sebebiyle uğranılan zararlar, üçüncü kişiye ödenen tazminat veya yoksun kalınan kâr gibi müspet zarar kalemlerinden sorumludur.

Örneğin, borçlunun temerrüdü üzerine ifadan vazgeçip müspet zarar talep eden alacaklının zararı belirlenirken sözleşmeyi kurmak için yaptığı masraflar hesaba katılmaz. Zira bu masraflar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağı mevcut değildir. Benzer şekilde, borçlunun temerrüdü üzerine malı teslim almak üzere ikinci kez seyahat eden alacaklının teslim yerine özet jetle gitmesi hâlinde bu masrafın tamamı müspet zarar hesabına dâhil edilmez. Çünkü söz konusu seyahat masrafının tamamı genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre borca aykırı davranışın uygun sonucu olarak kabul edilemez. Yine, alacaklının saat 3'te gelmesi konusunda anlaştığı taksi geç geldiği için treni kaçırıp bir sonraki trene binmesi ve bu trenin kaza yapması sonucu yaralanması hâlinde illiyet bağı bulunmakla birlikte, uygun illiyet bağından bahsedilmesi mümkün değildir[39].

Sorumluluğun sınırlandırılmasında uygun illiyet bağının yetersiz kaldığı hâllerde normun koruma amacı (hukuka aykırılık bağı) teorisinden yararlanılması da mümkündür. Gerçekten, hukuka aykırılık bağı veya normun koruma amacı teorisi, sorumluluğu sınırlama amacı taşır[40]. Bu teori, meydana gelen zararın ihlal edilen normun (davranış kuralının) koruma alanına girip girmediğini tespit eder. Buna göre, ihlal edilen normun koruma amacı meydana gelen zararı kapsamıyorsa, hukuka aykırılık bağı mevcut değildir[41]. Başka bir ifadeyle normun koruma amacı teorisi, ihlal

[39] Örnek için bkz. **Schwenzer,** OR, N. 19.01, 19.04.

[40] **Larenz,** I, s. 456; **Esser/Schmidt,** s. 238; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2954; **Lange/Schiemann,** s. 96, 97; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 461, 465; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 5, 9, 22; **Atamer,** Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 70 vd.

[41] **Larenz,** I, s. 456; **Esser/Schmidt,** s. 239 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2954; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 461; **Akünal,** s. 107.

edilen hukuk normunun koruma amacı ile hukuka aykırı fiilin meydana getirdiği zararlı sonuç veya tehlike arasındaki bağı tespit etmektedir[42]. Normun koruma amacı teorisi, sadece mutlak hakları düzenleyen davranış normlarının ihlalinde değil sözleşmeden doğan nispi hakların ihlalinde de uygulanır[43]. Bu bakımdan, sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlu, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bütün zararları değil, yalnızca sözleşmenin veya onun ihlalini hüküm altına alan normun koruma amacı güttüğü menfaatlerin ihlalinden doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür[44].

İhlal edilen normun koruma amacı, gaî (amaçsal, teleolojik) yorumla tespit edilir[45]. Buna göre, kanundan ve sözleşmeden doğan her yükümlülük belirli menfaatlere hizmet ettiği için borçlu yalnızca korunan bu menfaatlere verilen zarardan sorumlu tutulmalıdır. Normun koruduğu menfaatin ne olduğu, sözleşmeden doğan sorumlulukta sözleşmenin anlam ve amacından, kanuna dayanan sorumlulukta ise sorumluğu kuran normun anlam ve amacından gaî yorum yoluyla belirlenir[46]. Normun koruma amacı teorisi, sorumluluğu kuran normun (hükmün) hangi amaç ve sebeplerle düzenlendiğini, zararlı sonuçlardan hangilerinin zarar verene yükletilmesi gerektiğini ve normu kapsayan kanunun amacına göre hangi zararların tazmin edilmesi gerektiğini çözme amacı taşır[47]. Bu teorinin sorumluluğu sınırlama fonksiyonu şu şekilde izah edilebilir; ihlal edilen norm belirli bir şahsı veya hukukî varlığı korumak ya da bir

[42] **Larenz,** I, s. 456; **Esser/Schmidt,** s. 238, 239; **Rey,** N. 547, 698; **Schwenzer,** OR, N. 19.07; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 462; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 9; **Akünal,** s. 105 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 619, 620; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 15 vd.

[43] **Larenz,** I, s. 456; **Esser/Schmidt,** s. 240 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2954; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 462; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 9; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 18.

[44] **Esser/Schmidt,** s. 240, 241; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2954; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 463.

[45] **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 462; **Atamer,** Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 70.

[46] **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 462.

[47] **Esser/Schmidt,** s. 239 vd.; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 22; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 462; **Akünal,** s. 105.

zarar tarzını önlemek ve yasaklamak amacıyla düzenlenmemişse, böyle bir zarara sebep olan kişi bu zarardan sorumlu tutulmaz[48].

Normun koruma amacı teorisi, özellikle uygun illiyet bağı teorisinin sorumluluğu yeterli ölçüde sınırlayamadığı gerekçesiyle ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, günümüzde, normun koruma amacı teorisinin uygun illiyet bağı teorisiyle birlikte uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[49]. Böylece, bir taraftan somut olayda meydana gelen zararın sözleşmenin ihlalinin uygun sonucu olup olmadığı belirlenirken, diğer taraftan bu zararın ihlal edilen normun koruma amacı kapsamında kalıp kalmadığı tespit edilir. Örneğin, alacaklının ifa edilmeyen edimle ahlâka aykırı bir iş yapıp sağlayacağı kârdan yoksun kaldığını ileri sürmesi normun koruma amacının kapsamına girmediği için zarar olarak hesaba katılmaz[50]. Benzer şekilde, bir gayrimenkul satın almanın vergi riskleri bakımından müşterisini gerektiği gibi bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal eden bir vergi danışmanı, müşterinin gayrimenkulü edinirken vergi dışında bir sebeple zarar görmesi hâlinde bundan sorumlu tutulmaz[51]. Doktrinde başka bir örnek olarak, ayıplı bir bira fıçısı teslim eden borçlunun dökülen biradan sorumlu olması, ancak kullanım amacına aykırı olarak fıçıya doldurulan şarabın yüksek değerinden sorumlu olmaması verilmektedir[52].

---

[48] **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 471. Görüldüğü gibi, bu teori belirli bir norm kapsamında sorumluluğu bir taraftan korunacak şahıs çevresi bakımından, diğer taraftan da önlenmesi amaçlanan zarar türü ve ihlal tarzı bakımından sınırlamaktadır. Bkz. **Esser/Schmidt,** s. 240, 241; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 22; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 467; **Akünal,** s. 105.

[49] **Larenz,** I, s. 456; **Lange/Schiemann,** s. 96, 97; **Mertens,** s. 205 vd.; **Rey,** N. 548; **Eren,** Normun Koruma Amacı, s. 467; **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 8, 23; **Atamer,** Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 106. Krş. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 379.

[50] Aynı yönde bkz. **Tandoğan,** Hukuka Aykırılık Bağı, s. 23.

[51] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2954; **Schwenzer,** OR, N. 19.07.

[52] **Schwenzer,** OR, N. 19.07.

§ 9. MÜSPET ZARARIN BELİRLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Yukarıda, müspet zararın tanımı, diğer zarar türleriyle ilişkisi ve benzer kavramlardan farkı açıklanarak sınırları çizilmiştir. Bunun yanında, müspet zarara dâhil olan zarar kalemleri ele alınarak kapsamı belirlenmiş ve sonra müspet zararın uygulama alanı ortaya konulmuştur. Sınırları, kapsamı ve uygulama alanı ortaya konulan müspet zararın miktarının nasıl belirleneceği de tespit edilmelidir. Öncelikle, zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesini birbirinden ayırmak gerekir. Gerçekten, zararın belirlenmesi ve tazminatın belirlenmesi birbirinden ayrı iki safhadır. Bu ayrımda, zararın belirlenmesi zaman bakımından önce gelir. Zira öncelikle meydana gelen zararın miktarı belirlenmelidir ki bu zararın ne kadarlık kısmının borçludan tazminat olarak alınacağı tespit edilebilsin.

Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde müspet zararın belirlenmesi bir zorluk arz etmez. Zira bu ihtimalde karşı edim söz konusu olmadığı için alacaklının müspet zararı yukarıda açıklanan zarar kalemlerine göre basit bir şekilde hesap edilebilir[53]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise müspet zarar talep eden alacaklının kendi edimi bakımından durumu tespit edilmelidir. Bu kapsamda, aşağıda öncelikle mübadele ve fark yöntemleri açıklanarak değerlendirilmiştir. Akabinde, zararın miktarının genel ve özel hükümlere göre nasıl belirleneceği, zararın belirlenmesinde esas alınması gereken zaman ve denkleştirmenin nasıl uygulanacağı açıklanmıştır.

[53] Bkz. ve krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 391, dn. 108.

II. ZARARIN BELİRLENMESİNDE ALACAKLININ KENDİ EDİMİNİN DURUMU

A. Genel Olarak

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının kendi ediminin akıbeti zararın belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının kendi edimini ifa etmekle yükümlü olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Doktrinde alacaklının kendi edimi bakımından durumu iki açıdan ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğünün sona erip ermediği meselesidir. İkincisi ise alacaklının ediminin, zararın veya tazminatın hesabında nasıl dikkate alınacağıdır. Bu konuda fark yöntemi görüşü ve mübadele yöntemi görüşü farklı esaslar kabul etmektedir. Diğer taraftan, bir görüş alacaklının kendi edimi bakımından durumunu zararın belirlenmesi aşamasına ilişkin bir mesele olarak kabul ederken, diğer görüş bunu tazminatın belirlenmesi kapsamında ele almaktadır.

Alacaklının kendi edimi bakımından durumu aynen ifa ile birlikte gecikme zararının (müspet zarar) talep edildiği hâllerde önem taşımaz. Gerçekten, bu ihtimalde borçlu edimini aynen ifa ettiğine göre alacaklının kendi edimini ifadan kurtulmasını haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu bakımdan, aynen ifa ile birlikte gecikme zararı talep edildiğinde alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğü devam eder. Bu sebeple, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edildiğinde mübadele yöntemi uygulanır. Buna karşılık, sonraki imkânsızlıkta ifa mümkün olmadığı için, borçlu temerrüdünde ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde ise alacaklı seçim hakkını bu yönde kullandığı için borçlu edimini ifa etmemektedir. İşte bu hâllerde alacaklının kendi edimini ifa edip etmeyeceği meselesi önem taşır. Kusurlu imkânsızlıkta ve ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde borçlunun birincil (aslî) ediminin yerine ikincil

(talî) nitelikteki tazminat ödeme borcu geçer[54]. Buna karşılık, kanunda alacaklının ediminin kaderine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, böyle hâllerde alacaklının kendi edimini ifa etmekle yükümlü olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Zararın hesaplanmasına ilişkin yöntemler olan mübadele ve fark yöntemleri bu meseleye farklı çözümler getirmektedir.

Konuyu incelemeye geçmeden önce, doktrindeki kavram karmaşasının açıklığa kavuşturulması gerekir. Türk hukukunda "fark yöntemini" ifade etmek üzere çoğunlukla "fark teorisi" kavramı, mübadele yöntemini ifade etmek üzere de "mübadele (değiştirme) teorisi" kavramı kullanılmaktadır[55]. Mesele İsviçre hukukunda da farklı değildir. Gerçekten, İsviçre hukukunda çoğunlukla, fark yönteminin karşılığı olarak fark teorisi anlamına gelen "*Differenztheorie*", mübadele yöntemini ifade etmek üzere ise mübadele teorisi anlamına gelen "*Austauschtheorie*" veya "*Surrogationstheorie*" kavramları kullanılmaktadır[56]. Oysa Alman hukukunda çoğunlukla, fark yönteminin karşılığı olarak "*Differenzmethode*", mübadele yönteminin karşılığı olarak ise "*Austauschmethode*" veya "*Surrogationsmethode*"

---

[54] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 40; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 22, 23; **Keller/Schöbi,** s. 249, 275; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 223, 224; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 159; **Fikentscher/Heinemann,** s. 305; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 47, Art. 107, N. 17; **Schwenzer,** OR, N. 64.20; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2767, 2871; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Feyzioğlu,** II, s. 181, 262; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1077, 1140, 1141; **Havutçu,** s. 67.

[55] Örneğin bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 869; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1090 vd., 1141; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 391 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 12; **Havutçu,** s. 76 vd.

[56] Örneğin bkz. **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 50, 51; **von Tuhr/Escher,** s. 105; **Bucher,** AT, s. 380; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 224; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2777 vd.; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 54; **Schwenzer,** OR, N. 64.26; **Glättli,** SJZ, s. 233 vd.; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 97, N. 19. Schenker eserinde bazı yerlerde *Differenztheorie* ve *Austauschtheorie* kavramlarını kullanırken, bazı yerlerde fark yöntemi/usulü anlamına gelen "*Differenzverfahren*" ve mübadele yöntemi/usulü anlamına gelen "*Austauschverfahren*" kavramlarını kullanmaktadır. Bkz. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 224 vd., 240 vd., 247 vd.

kavramları kullanılmaktadır[57]. Mübadele yöntemi bakımından hangi kavramın kullanıldığı pek önemli değildir. Bununla birlikte fark yöntemi bakımından mesele önem taşımaktadır. Zira Türk/İsviçre hukukunda *Mommsen*'in zarar tanımı da fark teorisi şeklinde adlandırılmaktadır. Esasen, Türk/İsviçre hukukunda "fark teorisi (*Differenztheorie*)" yerleşik kavram olarak zararın tanımına ilişkindir ve malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay gerçekleşmeseydi arz edeceği farazî durum arasındaki farkı ifade eder[58]. Hem fark teorisinin hem de fark yönteminin ilk olarak ortaya çıktığı Alman Hukukunda, birincisine "*Differenzhypothese*"[59], ikincisine ise "*Differenztheorie*" veya "*Differenzmethode*" denilerek aralarındaki fark kavramsal olarak korunmaktadır. Bu çalışmada ise iki kurum arasındaki farkı ortaya koyabilmek için, *Mommsen*'in zarar tanımını ifade etmek üzere hukukumuzda yerleşik kavram olan "fark teorisi (*Differenztheorie*)", zararın hesabında uygulanan yöntem için ise "fark yöntemi (*Differenzmethode*)" kavramı kullanılmıştır[60].

---

[57] Örneğin bkz. **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. E-41 vd.; **MüKo/Emmerich,** Vorbem. § 281, N. 13 vd.; **MüKo/Ernst,** § 325, N. 6, 8; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 60; **PWW/Schmidt-Kessel/Kramme,** § 280, N. 54; **PWW/Stürner,** § 325, N. 3; **Hirsch, Christoph,** Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden 2018, s. 382; Fark yöntemi bakımından bkz. **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18.

[58] Bkz. Bölüm, I, § 1, I, B, 1.

[59] *Mommsen*'in zarar tanımının *Differenzhypothese* kavramıyla ifade edildiği örnekler için bkz. **Staudinger/Schiemann,** § 249, N. 4 vd.; **Lange/Schiemann,** s. 27; **Deutsch,** Vermögensschaden, s. 84; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 18; **jurisPK-BGB/Seichter,** § 281, N. 59; **PWW/Luckey,** § 249, N. 5; **Budewig/Gehrlein,** Kap. 15, N. 8; **Schlechtriem,** s. 244; **Schwarz/Wandt,** s. 472 vd.

[60] İsviçre hukukunda bir görüş, zararın tanımı olan fark teorisine "*Differenzhypothese*", fark yöntemine ise "*Differenztheorie*" denilmesini önermektedir. Bu görüş fark yöntemi kavramının kullanılmasına, bu kavramın bir yolu/yöntemi ifa ettiği ve değerlendirmeden bağımsız olduğu, ancak zararın hesabında bir değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Bkz. **Huguenin,** AT, N. 608, 640; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 199, 200. Yazarların fark yöntemi kavramına karşı çıkarken sundukları gerekçe kanaatimizce tatmin edici değildir. Nitekim Alman hukukunda da fark yöntemi kavramı yaygın olarak kullanılmaktadır. Diğer taraftan, esasen zarar tanımı için "*Differenzhypothese*" kavramının kullanılması kaynak Alman hukukundaki kullanıma da uygun düşmektedir. Ancak, özellikle Türk hukukunda *Mommsen*'in zarar tanımı fark teorisi kavramıyla özdeşleştiği için, bu kavramla oynamamak daha isabetli olur.

B. Mübadele Yöntemi

Mübadele (değişim) yöntemine göre, sonraki kusurlu imkânsızlıkta veya ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğü devam eder[61]. Bu görüşe göre, ifa etmemenin anlamı sözleşmenin ifa edilmemesi değil borcun ifa edilmemesidir. Borç ilişkisinde, borçlunun birincil (aslî) edim yükümlülüğünün yerini ikincil (talî) edim yükümlülüğü olan tazminat ödeme yükümlülüğün alması dışında başka bir değişiklik olmaz. Bu sebeple, yalnızca borçlunun ediminin yerini tazminat ödeme borcu alır, alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğü ise devam eder. Sözleşmedeki karşılıklılık (synallagma) ilişkisi, borçlunun tazminat edimi ile alacaklının edimi arasındaki karşılıklı bağlılık şeklinde devam eder.

Mübadele yöntemini savunan yazarlara göre, Borçlar Kanunu'nda temel olarak mübadele yöntemi benimsenmiştir. Bu sebeple, alacaklı kendi edimini ifa etmeyip edimin değeriyle müspet zararı arasındaki farkı talep edemez. Aksine, ifa yerine müspet zarar talep eden alacaklı kendi edimini ifaya hazır tutmalıdır[62]. Zira edimlerin synallagmatik karakteri bunu gerektirir[63]. Diğer taraftan, kanunun mübadele yöntemini temel aldığı gerçeği, satış sözleşmesinde ticari işlemlere yönelik özel hükümler getirilmesinden de anlaşılabilir. Satış sözleşmesinde ticari işlemlerde pratik sebeplerle bazı koşullar altında fark yöntemine karşılık gelen hesaplama yöntemleri

[61] Mübadele yöntemi görüşünü ilk olarak Alman hukukunda Adler ortaya atmıştır. Bkz. **Adler, Karl,** "Die Lehre von Leistungsverzug beim Kauf", Zeitschrift für gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 86 (1923), s. 1-97 (**Havutçu,** s. 77, dn. 37'den naklen). Mübadele yönteminin İsviçre hukukundaki taraftarları için bkz. **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 50, 51, Art. 107, N. 41; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 23; **von Tuhr/Escher,** s. 104, 105, 154, 155; **Keller/Schöbi,** s. 275. Türk Hukukunda imkânsızlıkta fark yöntemini, borçlu temerrüdünde ifa yerine tazminatta ise mübadele yöntemini savunan görüş için bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 392 vd.; **Öz,** Eser, s. 182, dn. 138.

[62] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 41.

[63] **Keller/Schöbi,** s. 275.

düzenlenmiştir. Bunun dışında ise mübadele yöntemi kabul edilmiştir[64]. Kanunda temel olarak fark yöntemi kabul edilmiş olsaydı, satış sözleşmesinde özel düzenlemeler yapılmasına gerek olmazdı. Bu özel hükümlerin diğer iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanması mümkün değildir[65]. Yine bu görüşe göre, kanunda, alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulması yalnızca kusursuz sonraki imkânsızlıkta öngörülmüştür (TBK m. 136/II, OR Art. 119/II). Kusurlu sonraki imkânsızlık ve borçlu temerrüdünde ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, söz konusu hâllerde alacaklı kendi edimini ifa yükümlüğünden kurtulmaz[66].

Mübadele yöntemini savunan yazarların başka bir gerekçesi ise kanun koyucunun ifa yerine müspet zarar talebi ile sözleşmeden dönme hakkını alternatif hukukî imkânlar şeklinde düzenlemesine dayanmaktadır. Buna göre, alacaklı ifa yerine tazminat talep ettiğinde kendi edimini ifa etmekten kurtulursa, sonuçta sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararı talep etmiş hâle gelir. Zira alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulması dönme ile aynı sonuçları doğurur. Böyle bir sonuç, kanunda ifa yerine müspet zarar talebi ve sözleşmeden dönmenin alternatif seçimlik haklar olarak düzenlenmesinin amacına aykırıdır. Bu sebeple, ifadan vazgeçen alacaklının zararı fark yöntemine göre hesaplanamaz[67].

[64] **Keller/Schöbi,** s. 275.

[65] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 51; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 23.

[66] **von Tuhr/Escher,** s. 105, dn. 76, s. 155.

[67] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 23.

C. Fark Yöntemi

1. Genel Olarak

Alman hukukunda mübadele yöntemine karşı ileri sürülen ve hâkim görüş hâline gelen fark yöntemi, Türk/İsviçre hukukunda da çoğunluk tarafından kabul görmüştür[68]. Fark yönteminde, alacaklı mübadele yönteminin aksine kendi edimini ifa etmek zorunda değildir. Bunun yerine, alacaklının ediminin para olarak değeri toplam zarardan mahsup edilerek tazminata esas zarar miktarına ulaşılmaktadır. Fark yönteminde sözleşme ilişkisi ortadan kalkmaz. Bununla birlikte, tarafların aslî edim borçlarının (borçlunun edimi ve alacaklının karşı edimi) yerine, borçlunun tazminat borcuyla alacaklının ediminin değerleri arasındaki farktan oluşan bir miktar paranın tazmini borcu geçer[69]. Bu bakımdan, fark yöntemini savunan bazı yazarlar sözleşme ilişkisinin alacaklının müspet zarar talebinden oluşan tek taraflı bir tasfiye ilişkisine

---

[68] Alman hukuku için bkz. **Larenz,** I, s. 340 vd.; **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. E-42 vd.; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 58 vd.; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 642 vd.; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18. Krş. **MüKo/Ernst,** § 325, N. 8 vd.

Türk/İsviçre hukuku için bkz. **Bucher,** AT, s. 380 vd.; **von Büren,** s. 377; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 248 vd.; **Lemp,** s. 58, 59; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 188 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2779; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 54, 55; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 97, N. 19; **Schwenzer,** OR, N. 64.25, 64.26, 66.28; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 869 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 518 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1091; **Kurt,** Temerrüt, s. 276 vd. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 392 vd.; **Öz,** Eser, s. 182, dn. 138.

"…davada satış bedeli ile davacı alıcının olumlu zararı arasındaki fark tazminat olarak istendiğine göre, mahkemece (yapılacak iş*) … elma miktarı, temerrüt tarihindeki elma fiyatları ve gerekli giderlere göre davacının olumlu zararını belirlemek ve bulunacak tutardan satış bedeli 910.000 lirayı indirerek meydana çıkan farkın tazminat olarak davacıya ödenmesine karar vermekten ibarettir.".* 13. HD, 10.02.1986 T., 7669 E., 669 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729, 4730). *" Davacı, … noksan teslim edilen 1.000 sandık limonun satış bedeli ile teslim için muayyen olan günün fiyatı arasındaki farkı isteyebilir.".* 13. HD, 07.03.1988 T., 6842 E., 1252 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732).

[69] **Larenz,** I, s. 341; **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. E-42; **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 58; **Looschelders,** Schuldrecht, N. 642; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18; **Havutçu,** s. 77. Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 869; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 518; **Tandoğan,** I/1, s. 145, 146; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1091; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 391, 392.

dönüştüğünü kabul etmektedir[70]. Fark yönteminde edimler arasındaki baştaki synallagma ortadan kalkar ve yalnızca zararın hesaplanması için varsayımsal olarak dikkate alınır. Bu bakımdan, ifa edilmeyen edim ve karşı edim sadece zararın hesaplanmasında birer hesap kalemi olarak görünür[71]. Fark yönteminde edim ve karşı edim arasındaki farkın tespiti bir matematik işlemi niteliğindedir. Bu sebeple, fark yönteminde edimlerin takas edilmesi değil, yalnızca mahsup söz konusu olur[72].

Türk/İsviçre hukukunda fark yöntemi, ilk olarak satıcının temerrüdü bakımından eBK m. 188 (OR Art. 191), alıcının temerrüdü bakımından ise eBK m. 212 (OR Art. 215)'de somut ve soyut yöntem şeklinde açıkça düzenlenmiştir[73]. Ancak, bahsi geçen imkânlar yalnızca ticari satışlar bakımından öngörülmüştür. Doktrinde bu hükümlerden yola çıkılarak, fark yönteminin bir taraftan ticari olmayan satışlarda, diğer taraftan satış dışındaki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulanabilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. TBK m. 213 ve 236'da ise satışın ticari olup olmaması bakımından bir ayrım yapılmamış, böylece somut veya soyut fark yöntemine göre zarar hesabı bütün satış sözleşmeleri bakımından uygulanabilir hâle

---

[70] **Larenz,** I, s. 341; **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. E-42; **van den Daele, Wolfgang,** Probleme des gegenseitigen Vertrages, Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten, Hamburg 1968, s. 84; **Hk-BGB/Schulze,** § 281, N. 18; **Havutçu,** s. 77. Doktrinde bir görüş, fark yönteminde borçlunun ve alacaklının edimlerinin para edimi borcuna dönüştüğünü, böylece karşılıklı iki soyut para edimi borcunun ortaya çıktığını kabul etmektedir. Bkz. **Bucher,** AT, s. 381; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2779.

[71] **Brox/Walker,** Schuldrecht, § 22, N. 58; **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. E-42.

[72] **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. E-42; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2779; **Kurt,** Temerrüt, s. 277.

[73] Buna göre, ticari satışlarda bir taraf temerrüde düştüğünde, diğer taraf kendi edimini ifa etmeyip, ikame alım veya satımda ödediği bedel ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkı (somut yöntem) ya da borsa ve piyasa fiyatı ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkı (soyut yöntem) müspet zarar olarak talep etmektedir. Söz konusu düzenlemelerdeki zararın somut ve soyut yönteme göre hesabı, nitelik olarak fark yönteminin birer uygulamasıdır. **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 3; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 2, 6, 9; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 19; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 2; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 2; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 518; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 163; **Aral/Ayrancı,** s. 107; **Eren,** Borçlar Özel, s. 74; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104 vd.

gelmiştir. Satış sözleşmesi dışındaki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise fark yönteminin uygulanmasına ilişkin kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, fark yönteminin uygulanmasını engelleyecek bir düzenleme de mevcut değildir.

Fark yöntemini savunan bazı yazarlara göre, satış sözleşmesinde alacaklıyı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtaran kanun koyucu, diğer karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından da farklı bir kanaatte değildir. Gerçekten, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın edimi kusuru olmaksızın imkânsız hâle geldiğinde karşı tarafın edim borcu da sona ermektedir. Kusursuz imkânsızlıkta kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulan alacaklının kusurlu imkânsızlıkta edim borcundan kurtulması evleviyetle kabul edilmelidir. Aksi hâlde, kusurlu borçlu kusursuz borçluya nispetle daha elverişli bir duruma sokulmuş olur. Bu sebeple, kusurlu imkânsızlık ve temerrüt hâlinde alacaklının kendi edimini ifa borcu da kendiliğinden sona erer. Tarafların sona eren edim yükümlülüklerinin yerine edimlerin değerleri arasındaki farkın tazmini talebi geçer[74].

Fark yönteminin uygulama şekli bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan en önemlileri mutlak fark yöntemi ve sınırlı fark yöntemidir. Aşağıda bu görüşler kısaca ele alınmıştır.

[74] **Schöller**, **W.,** Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 44, Berlin 1900, s. 603-646, s. 613, 629 vd., 640 vd. (**Havutçu,** s. 80, 81'den naklen). Türk hukukunda bir görüş imkânsızlık bakımından benzer bir görüşü savunmaktadır. Buna göre, kusursuz imkânsızlıkta olduğu gibi, kusurlu imkânsızlıkta da bir tarafın borcu imkânsızlışınca karşı tarafın borcu da kendiliğinden sona erer. Fark yöntemi de bu mantığa dayanır. Zira fark yöntemi ancak bir tarafın borcu imkânsızlaşınca diğerinin edim borcunun da sona erdiği kabul edilirse sağlam bir temele oturmuş olur. İmkânsızlıkta karşı tarafın borcunun da sona erdiği kabul edilmediği sürece, fark yönteminin uygulanması kanuna uymaz. Bu sebeple, imkânsızlıkta karşılıklı edimler sona erer ve müspet zarar karşılıklı edimler arasındaki değer farkından oluşur. Temerrütte ifa yerine müspet zarar talebinde ise alacaklının edim borcu sona ermediği için fark yöntemi uygulanamaz, mübadele yöntemi uygulanmalıdır. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 391, 392; **Öz,** Eser, s. 182, dn. 138.

2. Mutlak Fark Yöntemi

Fark yönteminin en katı uygulama şekli olan bu görüşe göre, müspet zarar talep eden alacaklı kendi edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Aksine, alacaklı her durumda kendi edimini ifa yükümlülüğü olmaksızın fark yöntemine başvurabilir. Henüz kendi edimini ifa etmemiş olan alacaklı, artık ifa etmekle yükümlü olmamanın yanında ifa yetkisine de sahip değildir. Zira imkânsızlıkta edimin imkânsızlaşmasıyla, temerrütte ise verilen sürenin ifa olmaksızın sona ermesiyle birlikte tarafların edim yükümlülükleri sona erer. Diğer taraftan, hâlihazırda kendi edimini ifa etmiş olan alacaklı da fark yöntemi çerçevesinde bunun iadesini talep edip, edimler arasındaki farkı müspet zarar olarak isteyebilir. Zira alacaklının kendi edimini daha önceden ifa etmiş olması sözleşmeden dönmesini engellemediği gibi müspet zarar talebini de engellemez. Borcun ifa edilmemesi sebebiyle doğan tazminat talebinin alacaklının karşılıklı olarak sona eren ifa yükümlülüklerinin yerine geçen tek taraflı menfaati olarak ortaya çıkması, ona yalnızca kendi edimini ifadan kaçınma hakkını değil, ayrıca ifa etmiş olduğu edimi geri alma yetkisini de verir. Zira sona eren edim yükümlülüklerinin yerine müspet zarar talebinin geçmesiyle önceden ifa edilmiş olan edim hukukî sebepten yoksun hâle gelir[75].

Schöller tarafından savunulan bu görüş, doktrinde bazı farklılıklarla olsa da taraftar bulmuştur[76]. Gerçekten, bir görüşe göre Federal Mahkemenin eski uygulamasına da atıfta bulunan mutlak fark yöntemi görüşüne uyulması gerekmektedir. Borçlunun edimini ifa etmediği hâllerde öncelikle alacaklının menfaatleri korunmalı ve ona mümkün olan en geniş seçim hakkı yelpazesi sunulmalıdır. Bu bakımdan, alacaklının mutlak fark yönteminin uygulanmasındaki

[75] **Schöller**, s. 632 vd. (**Havutçu,** s. 80, 81'den naklen).

[76] **Huguenin,** AT, N. 640; **Jermann,** s. 47; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 200; **Koller,** OR 2009, s. 917 vd.

menfaati, örneğin, ifa edilmeyen edimin değerinin kendi ediminin değerinden düşük olması hâlinde ortaya çıkar ki bu husus her zaman baştan belli değildir. Mutlak fark yöntemi reddedilirse, alacaklı ifa etmiş olduğu edimin bir kısmını kaybetme riskiyle karşı karşıya kalır[77]. Diğer taraftan, mübadele yöntemi kabul edilirse alacaklı zarar miktarını tam olarak ispatlayamadığında kendi ediminin değerinden az bir tazminat riskiyle karşı karşıya kalır. Bu görüşe göre, mutlak fark yönteminin reddedilmesini gerektirecek bir sebep yoktur. Sınırlı fark yöntemini savunanlar da bu konuda ikna edici bir gerekçe sunamamıştır[78]. Mutlak fark yöntemini savunan bir görüşe göre ise alacaklının kendi edimini ifa edip etmediğinin bir önemi yoktur. Zira alacaklının kendi edimini başka bir şekilde elden çıkarmaktaki menfaati, edimini hâlihazırda borçluya ifa etmiş olup olmamasına bakılmaksızın aynıdır[79].

3. Sınırlı Fark Yöntemi

Fark yöntemini kabul eden yazarlardan bazıları, alacaklının kendi edimini ifa etmiş olduğu hâllerde bu edimi geri alıp zararını fark yöntemine göre talep edebileceği görüşüne karşı çıkmıştır. Sınırlı fark yöntemi olarak adlandırılan bu görüşe göre, fark yöntemi yalnızca alacaklının kendi edimini henüz ifa etmediği hâllerde uygulanabilir. Alacaklının hâlihazırda ifa etmiş olduğu edimi fark yöntemi çerçevesinde geri alması mümkün değildir. Bu sebeple, kendi edimini ifa etmiş olan alacaklı müspet zararının fark yöntemine göre hesap edilmesini talep edemez. Diğer taraftan, müspet zarar talebinde borçlunun da kendisine ifa edilen edimi iade etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Müspet zarar talebinde ifa edilen edimin geri istenemeyeceğini

[77] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 200.

[78] **Koller,** OR 2009, s. 917, 918.

[79] **Jermann,** s. 47.

kabul eden sınırlı fark yöntemi, Türk/İsviçre hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilmektedir[80].

Bu görüşe göre, fark yönteminin uygulanmasına karşı çıkmak için ikna edici gerekçeler bulunmamaktadır. Kanun koyucu kanunu hazırlarken OR Art. 107 (TBK m. 125)'de mübadele teorisinden hareket etmiş olmakla birlikte, günümüzde fark yönteminin alacaklının menfaatlerini daha iyi koruduğu açık olduğuna göre, zararın buna göre hesaplanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Fark yönteminin uygulanabilirliği, Art. 107'deki asıl belirleyici adımın alacaklının ifadan vazgeçmesi olduğu gerçeğiyle de ortaya konabilir. Alacaklının ifadan vazgeçmesi, borçlunun edimi ile alacaklının edimi arasındaki synallagmayı ortadan kaldırır. Bu bakımdan, alacaklının ifa talebinden vazgeçmesi, edimler arasındaki karşılıklı bağımlılık sebebiyle alacaklının da kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulması anlamına gelir. Bu durum, aynı zamanda borçlunun alacağını talep etme hakkını da ortadan kaldırır. Alacaklıya mümkün olan en geniş seçim hakkı yelpazesini sunmayı amaçlayan hükmün bu şekilde yorumu düzenlemenin amacına tamamen uygundur. Böylece, alacaklı dilerse kendi edimini ifa etme yetkisine sahiptir. Buna karşılık, alacaklı, kendi edimini ifa etmekte menfaatinin olmadığı durumlarda ifadan kaçınarak yalnızca edimler arasındaki farkı zarar olarak talep edebilmelidir[81].

---

[80] **Bucher,** AT, s. 381, 382; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 250, 251; **Wiegand,** Recht 1983, s. 131; **Barth,** s. 201; **Lemp,** s. 59; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2782; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1091; **Havutçu,** s. 91. Krş. **Glättli,** SJZ, s. 238; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 392 vd.; **Kurt,** Temerrüt, s. 279.

[81] Yine yazara göre, ifa yerine müspet zarar talebinin sözleşmeyle bağlı kalma şeklinde adlandırılması yanlış anlaşılmalara sebep olabilecek niteliktedir. Zira ifadan vazgeçen alacaklı sözleşmeyle bağlı kalmak istemez, aksine onu tasfiye etmek ister. Edimlerin karşılıklı değişimi durumu, artık fiili olarak gerçekleşmeyen, yalnızca tazminatın sözleşmeye göre belirlenmesinde yararlanılan bir ölçütten ibarettir. Sözleşmeyle bağlı kalma kavramının kullanılması, muhtemelen, karşısında yer alan seçimin sözleşmeden dönme olmasıyla ilgilidir. Bkz. **Wiegand,** Recht 1983, s. 130, 131.

Sınırlı fark yöntemine göre alacaklı kendi edimini ifa etmişse zararının fark yöntemine göre hesaplanmasını isteyemez. Çünkü fark yöntemi alacaklıya ifa edilmiş edimin iadesini talep hakkı vermediği gibi, borçluya da iade yükümlülüğü yüklemez[82]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, ifa edilmiş edimin iadesi sözleşmeden dönme hakkının konusudur. Bu sebeple, alacaklı ifa ettiği edimi geri almak istiyorsa seçim hakkını sözleşmeden dönme yönünde kullanmalıdır. Zira fark yönteminde ifa edilmiş edimin iadesi mümkün kabul edilirse, ifa yerine müspet zarar ile sözleşmeden dönme haklarının birbirinin alternatifi olarak düzenlenmesinin bir anlamı kalmaz[83]. Yine bu görüşe göre, alacaklıya ifa yerine müspet zarar talep ederken ifa ettiği edimi geri alma hakkı tanınması, sözleşmeden dönerek müspet zarar talep edilmesi anlamına gelir. Oysa kanun koyucunun açık iradesi dönmede müspet değil menfi zararın tazmini yönündedir[84].

Bu görüşe göre, borca aykırılıktan sonra uzunca bir süre kendi edimini üçüncü bir kişiye satış veya kişisel kullanım gibi başka bir şekilde değerlendirme imkânından mahrum kalması alacaklıdan beklenmemelidir[85]. Ayrıca bu süreçte alacaklının fazladan ortaya çıkan depolama ve bakım masrafları veya edimin değerinin düşmesi gibi ek maliyetlere katlanmasını beklemek de makul değildir[86]. Bu sebeple, alacaklı edimini ifa etmemiş olduğu hâllerde mübadele yöntemi yerine fark yönteminin uygulanmasını talep edebilir.

Sınırlı fark yöntemi kural olarak alacaklıya müspet zararını fark yöntemine göre belirleme yetkisi tanımaktadır. Bununla birlikte, mutlak fark yönteminin aksine, alacaklıya dilerse mübadele yöntemine başvurma imkânı da verilmektedir. Diğer

[82] **van den Daele,** s. 96, 98, 106; **Keuk,** s. 143, 144; **Lemp,** s. 59; **Havutçu,** s. 91.

[83] **Leser,** s. 130; **Keuk,** s. 146; **Lemp,** s. 59; **Kurt,** Temerrüt, s. 279.

[84] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 250; **Havutçu,** s. 92.

[85] **Schwenzer,** OR, N. 64.26; **Lemp,** s. 55, 56; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870.

[86] **Lemp,** s. 55, 56; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870.

taraftan, alacaklının fark yöntemine başvurması kendi edimini henüz ifa etmemiş olması şartına bağlanmaktadır. Gerçekten bu görüşe göre, alacaklı kendi edimini ifa etmişse, bunu fark yöntemi kapsamında geri alamayacağı için müspet zararın hesabında fark yöntemi uygulanamaz. Bu ihtimalde müspet zarar talep edilirse mübadele yöntemi uygulanmalıdır. Edimini geri almak isteyen alacaklı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmalıdır.

D. Mübadele ve Fark Yöntemlerine Karşı İleri Sürülen Eleştiriler ve Kanaatimiz

Doktrinde hem mübadele yöntemine hem de fark yöntemine ilişkin bazı eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu eleştirilerin bir kısmı olumlu, bir kısmı ise olumsuz yöndedir. Yine her iki yöntemi savunanların haklı gerekçeleri mevcut olduğu gibi, katılma imkânı bulamadığımız değerlendirmeleri de bulunmaktadır.

Mübadele yöntemini savunan yazarlara göre, kanunda mübadele yönteminin temel alındığı gerçeği satış sözleşmesinde ticari işlemlere yönelik özel hükümler getirilmesinden anlaşılabilir. Aksi kabul edilseydi, satış sözleşmesinde özel düzenlemeler yapılmasına gerek olmazdı. Bu sebeple genel hükümlere göre müspet zarar talep edildiğinde fark yöntemi değil mübadele yöntemi uygulanmalıdır[87]. Kanaatimizce, doktrindeki ifadeyle artık büyük ölçüde aşılmış[88] olan bu düşünceyi kabul etmek mümkün değildir. Zira satış sözleşmesinde fark yöntemine ilişkin özel düzenlemeler yapılmış olması, tek başına, genel hükümlerde fark yönteminin uygulanamayacağını ispatlamaz. Aksine, bu düzenlemelerin kanun koyucunun fark yöntemine genel olarak cevaz verdiği, satış sözleşmesinde somut ve soyut yöntemin uygulanabilirliğini ayrıca tekrar ettiği yönünde yorumlanması da mümkündür. Diğer

[87] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 51; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 23; **Keller/Schöbi,** s. 275. Borçlu temerrüdü bakmından bkz. **Öz,** Eser, s. 182, dn. 138.

[88] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 54; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 97, N. 19.

taraftan, bu görüşe karşı bazen özel hükümlerden genel ilkeler çıkarılmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir[89].

Bir görüşe göre, fark yöntemi kabul edilirse aslında kendi edimini ifa edemeyecek olan veya daha kârlı bir şekilde başka bir yerde değerlendirmiş olan alacaklı, buna rağmen borçludan müspet zararını talep edebilir[90]. Ayrıca aynı malı iki farklı kişiye satan alacaklı, her ikisinin borca aykırı davranması hâlinde ikisinden de tazminat isteme fırsatına kavuşur[91]. Mübadele yönteminin uygulanması bu tehlikeleri önler. Kanaatimizce, fark yönteminin reddedilmesi için ileri sürülen bu gerekçeler yeterli değildir. Gerçekten, borçlu, alacaklının kendi edimini daha kârlı bir işte değerlendirdiğini ispat ederek tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Kaldı ki alacaklının edimini daha kârlı olarak başka şekilde değerlendirmesi çoğu durumda ikame işlem niteliğinde olacağı için, bunun borçlunun da menfaatine olacağı söylenebilir. Diğer taraftan, alacaklının çifte satış yapması fark yöntemine özgü bir durum değildir. Çifte satış hâlinde çoğu zaman bu işlemi yapan kişi sözleşmelerden birinde edimini ifa edemeyecek ve kendisi tazminat ödemek zorunda kalacaktır. İstisnaen her iki sözleşmede de karşı taraf borcuna aykırı davranır ve çifte satış yapan her ikisinden de ifa yerine müspet zarar talep ederse, zararın çifte kârı önleyecek şekilde hesaplanması mümkündür[92]. Diğer taraftan alacaklının elinde yeterli stok bulunduğu hâllerde haksız çifte satış ve çifte kârdan bahsetmenin de yersiz olduğu kabul edilmektedir[93].

Fark yöntemini savunan yazarlara göre, sözleşmeye aykırı davranan borçlu karşısında alacaklıyı müspet zararını talep ettiğinde kendi edimini ifaya hazır tutmaya

[89] Bkz. **Tandoğan,** I/1, s. 146; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 520.

[90] **von Tuhr/Escher,** s. 105, dn. 77; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 392.

[91] **von Tuhr/Escher,** s. 105, dn. 77.

[92] **Tandoğan,** I/1, s. 146.

[93] **Lemp,** s. 54; **Tandoğan,** I/1, s. 146.

zorlamanın haklı bir gerekçesi yoktur[94]. Alacaklı bu süreçte edimini başka bir şekilde değerlendirme imkânından mahrum bırakılmamalıdır. Doktrinde mübadele yöntemini savunan bir görüş de istisnaen alacaklının kendi edimini ifaya hazır tutmasının beklenemeyeceği hâllerde fark yönteminin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre, borçlunun aksi yönde ısrar etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve borçlunun kusuruyla sebep olduğu alacaklının çıkmaz durumundan faydalanması anlamına gelir[95]. Kanaatimizce, örneğin alacaklının ediminin bozulacak türden bir şey olduğu hâllerde bunu ifaya hazır tutması ne alacaklının ne de borçlunun menfaatinedir. Böyle durumlarda alacaklının edimi bir an evvel elinden çıkarması ve zararını fark yöntemine göre talep etmesi taraf menfaatlerine daha iyi hizmet eder. Buna karşılık, alacaklının edimi daha iyi bir şekilde değerlendirme imkânından mahrum bırakılmaması fark yönteminin tercih edilmesi için haklı bir gerekçe olmaktan uzaktır. Zira müspet zararın tazmini alacaklının ifa menfaatini korumaktadır. Borçlu sözleşmeye aykırı davranmasaydı, alacaklı edimini o sözleşmenin şartları çerçevesinde borçluya ifa edecekti. Bu sözleşme ilişkisi gereği gibi ifayla veya zararın tazminiyle nihayete erdirilene kadar, alacaklının edimini başka bir yerde daha iyi değerlendirme ihtimali tek başına mübadele yöntemini reddetmek için yeterli bir gerekçe değildir. Çünkü alacaklıya ifa menfaatinden daha iyi bir durumun sağlanması, müspet zararın tazminiyle korunmaya çalışılan menfaatin sınırlarını aşar. Bu bakımdan fark yöntemi alacaklıyı edim ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirmeye gerekçe olarak sunulamaz. Ayrıca, alacaklı temerrütten sonra edimi ifaya hazır tutması sebebiyle bir zarara uğramışsa, bunu zaten müspet zarar kalemi olarak talep edebilir.

[94] **Schwenzer,** OR, N. 64.26; **Lemp,** s. 55, 56; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870.

[95] **BK OR-Becker,** Art. 97, N. 51.

Mübadele yöntemi, borçlunun borca aykırı davranışına rağmen alacaklının kendi edimini ifaya hazır tutması hâlinde bakım ve muhafaza amacıyla ek masraflar yapılmasının veya edimin değerinin azalmasının söz konusu olacağı gerekçesiyle de eleştirilmektedir[96]. Ancak yukarıda müspet zararın kapsamı açıklanırken ortaya koyulduğu gibi, alacaklının edimini ifaya hazır tutması sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraflar, zaten birer zarar kalemi olarak talep edilebilir. Diğer taraftan, mübadele yönteminde alacaklı kendi edimini borçluya ifa edeceğine göre, bu süreçte ediminin değerinin azalması alacaklı bakımından bir zarar kalemi teşkil etmez. Bu bakımdan, mübadele yöntemine karşı yöneltilen bu eleştirinin isabetli olmadığı açıktır. Söz konusu görüş yalnızca zararı azaltma külfeti veya borçlunun menfaati dikkate alındığında bir anlam kazanabilir.

Yukarıda açıklandığı gibi, mübadele yöntemini savunan yazarlar kusursuz imkânsızlık hükümlerinden yola çıkarak kusurlu imkânsızlıkta ve temerrüt sebebiyle ifadan vazgeçme hâlinde alacaklının borcunun sona ermediğini, bu sebeple fark yönteminin uygulanamayacağını savunmaktadır[97]. Fark yöntemini savunan yazarlardan bir kısmı ise yine aynı kusursuz imkânsızlık hükümlerinden hareketle, kusurlu imkânsızlıkta ve temerrüt sebebiyle ifadan vazgeçmede de alacaklının borcunun kendiliğinden sona erdiğini ve bu sebeple fark yönteminin uygulanacağını ileri sürmektedir[98]. Hatta mutlak fark yöntemini savunan görüşe göre, kendi edimini ifa etmemiş olan alacaklı artık ifa yetkisine de sahip değildir[99]. Kabul etmek gerekir ki fark yönteminin en zayıf noktası bu husustur. Zira fark yönteminin alacaklının borcunu sona erdirdiğine dair iddialar sağlam bir temele oturtulamamıştır. Kanaatimizce, özellikle temerrütte ifadan vazgeçmenin alacaklının borcunu da sona erdirdiği iddiası

[96] **Lemp,** s. 55, 56; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 519.

[97] Bkz. Bölüm III, § 9, II, B.

[98] Bkz. Bölüm III, § 9, II, C.

[99] Bkz. Bölüm III, § 9, II, C, 2.

tartışmaya açık bir varsayımdır. Üstelik fark yöntemini kabul eden bazı yazarların, bir taraftan alacaklının borcunun sona erdiğini savunurken diğer taraftan da alacaklının isterse mübadele yöntemini tercih edebileceğini, yani edimini ifa edebileceğini ileri sürmesi kendi içerisinde bir çelişki arz emektedir[100]. Bu görüş kabul edilirse, ifadan vazgeçen alacaklının sona erdiği kabul edilen edim borcunu isterse ifa edebilmesi, yani zararının mübadele yöntemine göre hesaplanması hukukî temelden yoksun kalır. Bu bakımdan alacaklının kendi borcunun sona erdiği kabul edilecekse, aynen ifadan vazgeçildiğinde değil fark yönteminin uygulanması talep edildiğinde sona erdiğini kabul etmek daha yerinde olur[101]. Buna alternatif olarak, fark yönteminin alacaklının borcunun sona erip ermemesiyle bir ilgisi olmadığı, yalnızca alacaklıya ifadan kaçınma yetkisi verdiği kabul edilebilir. Esasen alacaklının ifadan kaçınma yetkisinin fark yönteminden değil, doğrudan kusurlu imkânsızlıktan veya aynen ifadan vazgeçme hakkının kullanılmasından kaynaklandığını kabul etmek daha yerinde olur. Bu konuda, örneğin ödemezlik def'ine dayanılabilir. Gerçekten TBK m. 97'ye göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kendi borcunu ifa etmeyen taraf, karşı taraftan borcunu ifa etmesini isteyemez. Her ne kadar ödemezlik def'i erteleyici nitelikte bir def'i hakkı olsa da[102] kusurlu imkânsızlıkta edim imkânsızlaştığı için, ifadan vazgeçmede ise alacaklının haklı vazgeçme beyanı sonucunda ifa imkânı ortadan kalktığı için, kendi edimini ifa etmeyen borçlu alacaklıdan edimini ifa etmesini isteyemez. Buna karşılık alacaklı, kendi borcu sona ermediği için dilerse edimini ifa edip zararının mübadele yöntemine göre hesaplanmasını, dilerse edimini ifa etmeyip

[100] Benzer yönde bkz. **Havutçu,** s. 84.

[101] Bkz. **Havutçu,** s. 84 vd.

[102] Def'i hakkıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Eren,** s 1008 vd.

fark yöntemi çerçevesinde zararın hesabında bir kalem olarak dikkate alınmasını isteyebilir[103].

Kanaatimizce hem mübadele yönteminin hem de fark yönteminin reddini haklı kılacak bir sebep bulunmamaktadır. Aksine, her iki yöntemin de haklı gerekçeleri ve faydalı olacağı uygulama alanları bulunmaktadır. Bu sebeple, zararın hesaplanmasına ilişkin bu yöntemlerden birinin toptan reddedilmesi isabetli bir yaklaşım olmaz. Gerçekten, bazı hâllerde mübadele yönteminin uygulanması alacaklının menfaatine daha iyi hizmet ederken, bazı hâllerde fark yöntemi alacaklının menfaatini daha iyi korumakta ve somut olay adaletine daha uygun düşmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce mübadele yöntemi ve fark yöntemi birbirini dışlayan, biri kabul edilirse diğerinin reddedilmesini gerektiren hesap yöntemleri değildir.

Bununla birlikte, kanaatimizce, mevzu hukuk bakımından mutlak fark yönteminin reddedilmesi gerekir. Öncelikle bu görüşün mübadele yöntemini reddeden yaklaşımı yerinde değildir. Zira müspet zarar talebinde mübadele yönteminin uygulanmasını engelleyecek hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır. Bu bakımdan, temerrütte aynen ifa talebinden vazgeçildiğinde alacaklının edimini ifa yükümlülüğünün de kendiliğinden sona erdiği, bu sebeple mübadele yönteminin uygulanamayacağı iddiasını kabul etmek mümkün değildir. Diğer taraftan, yukarıda açıklandığı gibi, bir yandan ifadan vazgeçildiğinde alacaklının kendi edim borcunun da sona erdiğini kabul edip, diğer yandan alacaklının dilerse edimini ifa edebileceğini savunan çelişkili görüş de reddilmelidir. Alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi yalnızca borçlunun edimi aynen ifa yükümlülüğünü sona erdirir. Bu beyanın alacaklının kendi edimini sona erdirmesi gibi bir etkisi yoktur. Zira söz konusu yenilik

[103] Diğer taraftan, kendi edimini kusurlu olarak ifa etmeyen borçlunun, alacaklıdan edimini ifa etmesini istemesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. Zira hak arayanın elleri pak olmalıdır.

doğurucu hakkın amacı da kapsamı da borçlunun edimine yöneliktir[104]. Bu beyana sözleşmenin tamamının veya alacaklının ediminin akıbetini de bağlamak yerinde değildir. Bu bakımdan alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiğinde, yalnızca borçlunun edimini ifa yükümlülüğü sona erer. Buna karşılık alacaklının edim borcu sona ermez. Ancak, bu süreçte kendisi temerrütte olan borçlu alacaklıdan edimini ifa etmesini isteyemez. Alacaklı ise bu süreçte hâlâ kendi edimini ifaya yetkilidir. Yani alacaklı dilerse kendi edimini ifa ederek zararın mübadele yöntemine göre hesaplanmasını isteyebilir. Bunun yanında, alacaklı dilerse müspet zararının fark yöntemine göre belirlenmesini tercih ederek kendi edimini ifa etmeyip, onun değerinin zararın hesabında dikkate alınmasını talep edebilir.

Mevzu hukuk bakımdan, temerrütte alacaklının ifa ettiği edimi geri almasını sağlayan tek çözüm sözleşmeden dönmedir. Borcun aynen ifasından vazgeçmenin alacaklıya kendi ediminin iadesini talep hakkı tanıdığını kabul etmek oldukça güçtür. Zira ifadan vazgeçmenin sözleşme ilişkisini teknik anlamda geriye etkili bir tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü, ifa edilmiş edimlerin iadesi borcu doğurduğu kabulünü destekleyecek bir gerekçe bulunmamaktadır[105]. Aksine, Türk/İsviçre hukukunda temerrütte sözleşme ilişkisini edimlerin iadesini sağlayan bir tasfiye ilişkisine çeviren tek imkân sözleşmeden dönmedir. Zararın hesaplanmasına ilişkin bir yöntem olan fark yönteminin alacaklıya edimini geri alma hakkı sağladığını veya borçluya böyle bir yükümlülük getirdiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple, kanaatimizce mevzu hukuk bakımından kendi edimini ifa etmiş olan alacaklının müspet zararının fark yöntemine göre hesaplanması mümkün değildir. Alacaklı kendi edimini ifa etmişse ya mübadele yöntemine göre müspet zarar talep eder ya da sözleşmeden dönerek edimini geri alır ve menfi zarar talep eder; alacaklının edimini geri alarak

[104] Bkz. Bölüm II, § 5, IV, C, 2, c, bb, aaa.

[105] Benzer yönde bkz. **Kurt,** Temerrüt, s. 265.

müspet zarar talep etmesi mümkün değildir. Burada kendi edimini ifa etmiş alacaklı bakımından hakkaniyete aykırı bir durum olduğu açıktır. Ancak, kanaatimizce mevzu hukukta bu problemin mutlak fark yöntemi ile giderilebileceği yönündeki görüşlere yukarıdaki gerekçelerle katılmak mümkün değildir. Olması gereken hukuk bakımından önerdiğimiz sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zarar talep edilebilmesi imkânı, söz konusu adaletsizliğin önüne geçebilecek niteliktedir.

Mübadele yöntemi lehine başka bir eleştiri, kanunda ifa yerine müspet zarar talebi ile sözleşmeden dönme hakkının birbirine alternatif hukukî imkânlar şeklinde düzenlenmesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, alacaklının fark yöntemine göre kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulması dönme ile aynı sonuçları doğurduğu için, sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zarar talep edilmesi anlamına gelir. Böylece, alacaklıya dördüncü bir seçimlik hak olarak sözleşmeden dönerek müspet zararını talep etme imkânı tanınmış olmaktadır. Bu sebeple, ifadan vazgeçen alacaklının zararı fark yöntemine göre hesaplanamaz[106]. Öncelikle fark yöntemi teknik anlamda bir seçimlik hak değil, yalnızca müspet zararın hesabında kullanılan bir yöntemdir[107]. Diğer taraftan ifa yerine müspet zarar talebinde fark yönteminin uygulanması ile sözleşmeden dönme aynı nitelikte değildir. Çünkü ifa yerine müspet zararda fark yöntemi, kabul ettiğimiz görüşe göre yalnızca alacaklının kendi edimini ifa etmediği hâllerde mümkündür. Zira fark yöntemi alacaklıya ifa edilmiş edimi geri isteme hakkı vermez. Buna karşılık sözleşmeden dönme, alacaklıya edimin iadesini talep hakkı tanır[108]. Bu bakımdan alacaklının edimini ifa ettiği hâllerde ifa yerine müspet zararın fark yöntemine göre hesaplanması mümkün değildir. Alacaklının edimini ifa etmediği hâllerde ise ifa yerine müspet zarar fark yöntemine göre hesap

[106] **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 107, N. 23.

[107] **Lemp,** s. 51 vd.; **Tandoğan,** I/1, s. 146; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 520.

[108] Aynı yönde bkz. **Lemp,** s. 52.

edildiğinde sonuç bakımından dönme ve müspet zarara benzer bir durum ortaya çıksa da bunun reddedilmesini gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Zira sözleşmeden dönmede müspet zarar istenemeyeceği dogması bile günümüzde artık aşılmış durumdadır.

Doktrinde, sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararı talep imkânı tanınan bir sistemde, alacaklının sözleşmeden dönmeksizin mutlak fark yöntemine göre ifa ettiği edimi geri alabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır[109]. Kanaatimizce, bu ihtimalde bile, edimini ifa etmiş olan alacaklının sözleşmeden dönmeksizin ifa yerine müspet zarar talep ederek edimini geri alması mümkün değildir. Zira fark yöntemi ifa edilmiş edimi geri alma hakkı vermez. Çünkü zararın hesabına ilişkin bir yöntemden ibaret olan fark yöntemine, sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak sona erdiren veya tersine çeviren bir etki tanımayı hukuken gerekçelendirmek mümkün değildir. Gerçekten, borçlu temerrüdünde borç ilişkisini sona erdirerek (klasik dönme görüşü) veya tersine çevirerek (dönüşüm görüşü) ifa edilmiş edimlerin iadesini hukukî bir zemine oturtan tek imkân sözleşmeden dönmedir. Zararın hesaplanmasına ilişkin yöntemler ile sözleşmeden dönme arasındaki bu ayrımı gözden kaçırmamak gerekir. Bu sebeple, olması gereken hukuk bakımından savunduğumuz sistemde, alacaklı edimini ifa etmemişse ifa yerine müspet zarar talep ederek zararının mübadele veya fark yöntemine göre hesaplanmasını isteyebilir. Buna karşılık, alacaklı kendi edimini ifa etmişse, ya ifa yerine müspet zarar talep eder ve zararı mübadele yöntemine göre hesap edilir ya da edimini geri almak istiyorsa sözleşmeden dönerek müspet zararını veya menfi zararını talep eder[110].

[109] **Gündüz,** s. 380.

[110] Bu görüş ayrıca, sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zarar talebinin gerekliliğini savunanların, bir taraftan da sınırlı fark yöntemini savunarak kendileriyle çeliştiklerini iddia etmektedir. Bu görüşe göre, sınırlı fark yöntemini kabul eden yazarlar, dönme ile birlikte müspet zarar talebine benzer bir sonucun ortaya çıkmaması amacıyla, alacaklıya yalnızca edimini ifa etmemişse fark yöntemine

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kanaatimizce mutlak fark yöntemi reddedilmelidir. Buna karşılık, sınırlı fark yönteminin kabul edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine, kanaatimizce sınırlı fark yöntemi, imkânsızlıkta ve ifa yerine müspet zarar talebinde mübadele yönteminin somut olay adaletini sağlayamadığı birçok durumda faydalı, hatta gerekli bir hesap yöntemidir. Diğer taraftan, mübadele yönteminin toptan reddedilmesi de isabetli değildir. Zira bunu haklı kılacak bir sebep yoktur. Gerçekten, her ne kadar aksi yönde düşünceler öne sürülmüş olsa da ifa yerine müspet zarar talebinde esas olan mübadele yöntemidir. Ancak, zaman içerisinde mübadele yönteminin bazı durumlarda doğurduğu adaletsiz sonuçlar görülerek bunlara bir çözüm aranmıştır. Sonuçta bu problemleri giderebilmek ve daha pratik bir çözüm bulabilmek adına fark yöntemi geliştirilmiştir. Ancak bu durum, mübadele yönteminin tümüyle uygulanamaz ve faydasız bir hesap yöntemi olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, örneğin alacaklının kendi edimini önceden ifa etmiş olduğu hâllerde mübadele yönteminin uygulanması zorunludur. Ayrıca, alacaklının

başvurma imkânı tanımaktadır. Ancak, dönme ile birlikte müspet zarar talebini kabul etmek sınırlı fark yönteminin dolanılması anlamına gelir. Bkz. **Gündüz,** s. 379, 380. Öncelikle, burada fark yönteminin dolanılması tabiri isabetli değildir. Zira kanunun (hükmün) dolanılması veya kanuna karşı hile kavramı, bir emredici hukuk kuralına aykırılığın yaptırımından kurtulmak için, hukuken uygun görülen başka yollara başvurarak aynı sonuca ulaşmayı ifade eder. Bkz. **Oğuzman/Barlas,** s. 270, 271. Oysa fark yöntemi emredici nitelikte olmak bir kenarda dursun, bir kanun hükmü bile değildir. Diğer taraftan, doktrinde yazarın eleştirdiği yönde görüşler bulunsa da kanaatimizce edimini ifa etmiş olan alacaklının fark yöntemine başvuramamasının altında yatan temel sebep, aksi durumun dönme ve müspet zarar talebiyle benzer sonuçlar doğuracağı yönündeki şeklî bir kaygı değildir. Aksine, edimini ifa eden alacaklının fark yöntemi çerçevesinde bunu geri isteyememesi tamamen hukukî bir sebebe dayanmaktadır. Gerçekten, kanaatimizce, zararın hesabına ilişkin bir yöntem olan fark yönteminin, ifa edilmiş edimi geri isteme yetkisi verecek bir hukukî imkân olarak kabul edilmesi mümkün değildir. İfa edilmiş edimin iadesi imkânını veren hukukî kurum, sözleşmeden dönmedir. Bu bakımdan, dönme ile birlikte müspet zarar talebinde ifa edilmiş edimi geri isteme yetkisi veren müspet zarar talebi veya fark yöntemi değil, doğrudan sözleşmeden dönme kurumudur. Bu sebeple, alacaklının ifa ettiği edimi fark yöntemi çerçevesinde geri istemesi, seçimlik hakların çeşitliliğinden veya dönme ile birlikte müspet zarar talebinden bağımsız olarak, mümkün değildir.

kendi edimini ifa etmekte menfaatinin bulunduğu hâllerde fark yöntemi bu ihtiyacı karşılayacak nitelikte değildir. Bu bakımdan, alacaklının mübadele yöntemini tercih edeceği durumlar da bulunmaktadır. Bu sebeple, alacaklıya müspet zararının hesabında mübadele veya fark yönteminden hangisinin uygulanacağını seçme imkânı tanınmalıdır. Alacaklı, işin niteliğinden kaynaklanan sınırlamalar dışında, hangi yöntemi menfaatlerine daha uygun görüyorsa onu seçebilmelidir[111]. Gerçekten, hâkim görüş de alacaklının kendi edimini ifa etmemiş olduğu hâllerde menfaat durumuna göre mübadele ve fark yönteminden dilediğini seçebileceğini kabul etmektedir[112].

Mübadele yöntemi, borçlunun borca aykırı davranışına rağmen alacaklının kendi edimini ifa etmekte menfaatinin bulunduğu hâllerde tercih edilebilir. Gerçekten, alacaklının, edimi başka bir şekilde elinden çıkarmasının güç olduğu hâllerde kendi edimini ifada menfaati bulunmaktadır. Örneğin, alacaklının edimine başka bir talip bulmasının zor olduğu hâllerde durum böyledir[113]. Diğer taraftan, alacaklı, ikame işlemin getirdiği risklerden korunmak için de edimini ifa etmek isteyebilir. Zira alacaklının ikame işlemi yaparken belirli bir özen çerçevesinde davranması, bu işlemi dürüstlük kuralına uygun ve makul şartlarda gerçekleştirmesi gerekir. Aksi takdirde, borçludan talep edeceği tazminattan indirim yapılması riskiyle karşı karşıya kalır[114]. Bu bakımdan, alacaklı, söz konusu risklerden kaçınmak amacıyla edimini ifa etmeyi tercih edebilir.

---

[111] Alacaklının edimini ifa edebilmesinin öncelikle borçlunun edimini ifa etmesine bağlı olduğu hâllerde mübadele yönteminin uygulanması mümkün değildir. Örneğin, yayıncının eseri çoğaltabilmesi için, öncelikle eserin teslimi gerekir. Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 165; **Lemp,** s. 91, 92; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 251.

[112] **Bucher,** AT, s. 380, 381; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 250; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55, Art. 107, N. 18; **Schwenzer,** OR, N. 64.26; **Lemp,** s. 44 vd., 58; **Barth,** s. 201; **van den Daele,** s. 112; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870; **Tandoğan,** I/1, s. 146; **Eren,** s. 1091; **Havutçu,** s. 93; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 12, § 17, N. 14. BGE 65 II 174.

[113] **Tandoğan,** I/1, s. 146.

[114] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 240; **Lemp,** s. 173 vd.; **Havutçu,** s. 93.

Yukarıdaki gibi istisnaî hâller dışında, fark yönteminin uygulanması hem alacaklının menfaatlerine daha uygundur hem de daha pratiktir. Bu sebeple ifa yerine müspet zarar talebinde çoğunlukla fark yöntemi uygulanacaktır. Diğer taraftan, fark yönteminin uygulanması çoğu zaman borçlunun da menfaatine uygundur. Örneğin, alacaklının ediminin bakım ve muhafaza masrafları zarar kalemi olarak borçludan tazmin edileceği için, alacaklının edimi elinden çıkarıp fark yöntemine göre müspet zarar talep etmesi borçlunun da menfaatinedir. Benzer şekilde alacaklının edimi bozulacak bir şeyse bir an evvel elden çıkarması borçlunun menfaatine uygundur. Ayrıca, fark yönteminin uygulanması artık o edime ihtiyacı kalmamış olan borçlunun da lehine olur[115].

Mübadele yöntemi uygulandığında alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğü devam eder. Bu bakımdan, alacaklının kendi edimini ifa borcundan kurtularak edimi üzerinde serbestçe tasarruf etmekte menfaatinin bulunduğu hâllerde, mübadele yönteminin bu menfaati gerçekleştirmekte yetersiz kaldığı savunulmaktadır[116]. Buna göre, edim yükümlülükleri arasındaki synallagma ilişkisi borçlu tarafından ihlal edilmiş olmasına rağmen alacaklının kendi edimiyle bağlı kalması tatmin edici bir çözüm olmaktan uzaktır. Oysa alacaklının edimini ifadan kurtularak onun müspet zararın hesabında bir kalem olarak değerlendirilmesini talep etme ihtiyacı yalnızca satış sözleşmesine özgü değildir[117]. Kanaatimizce bu ihtimalde mübadele yönteminin uygulanmasının doğurduğu asıl adaletsizlik sözleşmeyi yapma menfaatine ilişkindir. Gerçekten, alacaklı kendi edimini elden çıkarmayı, karşılığında elde etmeyi beklediği para dışındaki edim için göze almıştır. Burada mübadele yöntemi uygulandığında alacaklı kendi ediminin konusu olan şeyi kaybetmekte, karşılığında ise amaçladığı

[115] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 519.

[116] **Tandoğan,** I/1, s. 145; **Havutçu,** s. 88.

[117] **Tandoğan,** I/1, s. 145, 146; **Havutçu,** s. 88.

şeye değil, bir miktar paraya kavuşmaktadır. Böyle bir durumun, alacaklının o sözleşme ilişkisine girmekteki amacına uygun olmadığı açıktır. Sonuçta, alacaklı borçlunun kusurlu davranışı sebebiyle kendi edim konusunu elden çıkarmakta, karşılığında amaçladığı şeye ise kavuşamamaktadır. Buna karşılık fark yöntemi uygulandığında, alacaklı en azından kendi edim konusunu elinde tutma imkânına kavuşmaktadır. Bu görüşe karşı, kendi edimini kurtarmak isteyen alacaklının sözleşmeden dönebileceği savunulabilir. Ancak sözleşmeden dönme yolunu seçen alacaklı mevcut sistemde yalnızca menfi zararını talep edebilir. Bu sebeple kanaatimizce alacaklının edimini ifa etmediği hâllerde müspet zararın fark yöntemine göre belirlenmesi hem daha pratik hem de çoğu zaman alacaklının menfaatine daha uygundur.

Alacaklının ediminin para borcu olduğu hâllerde fark veya mübadele yönteminin uygulanması önemli bir farklılık yaratmaz[118]. Gerçekten, bu ihtimalde borçlunun aslî ediminin yerini bir miktar para ödeme (tazminat) borcu alır. Bu sebeple, hem mübadele yöntemi hem de fark yöntemi uygulandığında aynı sonuca varılır. Bununla birlikte, mübadele yöntemi uygulandığında müspet zarar olarak ödenmesi gereken toplam para ile alacaklının para borcu takas edilir ve fazlalık talep edilir[119]. Buna karşılık, fark yöntemi uygulanırsa alacaklı takas beyanında bulunmaya gerek olmaksızın, kendi borcunu toplam müspet zarardan mahsup eder ve farkı talep eder[120]. Bu bakımdan sonuçları aynı olsa da mübadele yönteminde takas, fark yönteminde ise mahsup yoluna

[118] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2780; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 55; **Schwenzer,** OR, N. 64.26; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 869; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1142; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 394; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 12.

[119] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2780; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 189; **Schwenzer,** OR, N. 64.26; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 869; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 519; **Tandoğan,** I/1, s. 144; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1090, 1091; **Havutçu,** s. 88; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 12.

[120] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2780; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 189, **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 519; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1142; **Havutçu,** s. 88.

gidilmektedir. Borcu sona erdiren sebeplerden biri olan takasta, her iki borcun karşılıklı, aynı türden ve muaccel olması gerekir[121]. Buna karşılık mahsupta, takastaki şartların gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple, alacaklının ediminin para borcu olduğu hâllerde mübadele ve fark yöntemleri aynı sonuca ulaşmakla birlikte, fark yönteminin daha pratik olduğu kabul edilebilir[122].

Alacaklının ediminin para dışında bir şey olduğu hâllerde mübadele yöntemi ve fark yöntemi farklı sonuçlar doğurmaktadır. Gerçekten bu ihtimalde mübadele yöntemi uygulanırsa, alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda kalırken borçlunun ifa edilmeyen ediminin yerine bir miktar parayı müspet zarar olarak alır. Buna karşılık fark yöntemi uygulandığında, alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda kalmaksızın, onun değeri ile borçludan talep edebileceği toplam zarar arasındaki farkı müspet zarar olarak ister. Burada borçlunun ediminin para borcu veya başka bir edim borcu olması da iki hesaplama yöntemi arasında farklılığa sebep olur.

Alacaklının edimi para dışında bir şey iken borçlunun aslî edimi para borcu ise alacaklının mübadele yöntemine göre ifa yerine müspet zarar talep etmesinin bir anlamı yoktur. Çünkü bu ihtimalde alacaklı aynen ifa ile birlikte gecikme zararını talep ederse, kendi edimini ifa ederken borçlunun edimi para borcu olduğu için ifa etmediği miktar ile birlikte müspet zarar olarak temerrüt faizi ve varsa aşkın zararını tazmin eder. Aynı şekilde mübadele yöntemine göre ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde de alacaklı kendi edimini ifa ederken, borçlu sonuçta yine para borcu ve müspet zarar toplamına denk gelen bir meblağı tazminat olarak öder. Bu bakımdan, alacaklının edimi para dışında bir şey ve borçlunun edimi para borcu ise müspet zarar talebinde

[121] Takas ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 1300 vd.

[122] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1142; **Havutçu,** s. 88. Takas yasağının söz konusu olduğu hâllerde bunun mübadele yöntemi çerçevesinde takası engelleyeceği, buna karşılık fark yöntemi çerçevesinde mahsubu engellemeyeceği için aralarında bir nüans farkı olduğu yönünde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 189.

mübadele yöntemine başvurmak anlamsızdır[123]. Buna karşılık, aynı ihtimalde müspet zarar fark yöntemine göre hesap edilirse, alacaklı kendi edimini ifa etmekten kurtulur ve toplam zararından bu edimin değeri düşülerek aradaki fark müspet zarar olarak tazmin edilir. Fark yönteminde alacaklı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulma imkânına sahip olduğu için, bazı hâllerde bu yolun seçilmesi alacaklının menfaatine olabilir.

Sözleşmenin her iki tarafının borcu da para dışında bir edim yükümlülüğü ise mübadele ve fark yöntemlerinin uygulanması arasındaki fark çarpıcı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, bu ihtimalde mübadele yöntemi uygulanırsa alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda kalırken, bunun karşılığında borçlunun borçlandığı edimi değil, bir miktar parayı müspet zarar olarak elde eder. Fark yöntemi uygulandığında ise alacaklı kendi edimini elinde tutarak bunun değeri ile toplam zararı arasındaki farkı müspet zarar olarak talep eder.

E. Mübadele ve Fark Yöntemlerinin Hangi Aşamada Uygulanacağı Meselesi

Mübadele ve fark yöntemlerinin zararın hesaplanmasına mı yoksa tazminatın hesaplanmasına mı ilişkin olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Gerçekten bazı yazarlar bu yöntemlerin tazminatın belirlenmesi aşamasında uygulanacağını kabul etmektedir[124]. Buna karşılık bazı yazarlar, mübadele ve fark yöntemlerinin zararın belirlenmesi aşamasına ilişkin olduğu kanaatindedir[125]. Bunun dışında söz konusu yöntemlerin zarar ve tazminatın hesaplanmasında uygulanacağı şeklinde ifadelerle meseleyi cevapsız bırakan görüşler de bulunmaktadır. Diğer taraftan, her iki görüşteki

[123] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 164; **Havutçu,** s. 87, 88.

[124] **Havutçu,** s. 77 vd.

[125] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 391 vd; **Yıldız,** s. 207, dn. 1141.

yazarların da yöntemlerin açıklaması aşamasında aksi görüşü destekleyecek ifadeler kullandıkları görülmektedir.

Kanaatimizce, bu problemin başlıca iki sebebi bulunmaktadır. İlk olarak zararın hesabı ve tazminatın hesabı, özellikle sözleşmeden doğan sorumluluk alanında sınırları çok da net olmayan, birbiriyle iç içe geçebilen bir özellik göstermektedir. İkinci olarak mübadele ve fark yöntemlerinin bu aşamalardan hangisine ilişkin olduğunu sınırları belli ve net bir şekilde ortaya koymak da güçtür. Gerçekten, fark ve mübadele yöntemlerinin temelinde esas olarak alacaklının kendi edimini ifa edip etmeyeceği meselesi yatmaktadır. Bununla birlikte, bu soruya verilecek cevap, zarar ve tazminatın hesabını da ilgilendiren sonuçlar doğurmaktadır. Bu iki problem üst üste geldiğinde, fark ve mübadele yöntemlerinin hangi aşamaya ilişkin olduğu konusu karmaşık bir hâl almaktadır. Kanaatimizce söz konusu yöntemler, esasen zararın hesabı ve tazminatın hesabı aşamaları arasında gri bir alanda durmaktadır. Bununla birlikte, bu yöntemlerin zararın hesabına daha yakın bir konumda olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten, her ne kadar bu yöntemler tazminat miktarına ilişkin etkiler doğursa da esasında zararın hesaplanmasıyla daha yakın bir ilişki içerisindedir. Nitekim alacaklının kendi edimi de malvarlığındaki bir değerdir. Alacaklının bu malvarlığı değerini borçluya ifa edip etmemesi, doğrudan onun net müspet zararı üzerinde etkiler doğurmaktadır. Mübadele yöntemine göre edimini ifa eden alacaklının müspet zararı, bu edimin karşılığında malvarlığına girmesi gereken borçlunun ediminin değeri ve diğer zararlarından oluşur. Buna karşılık alacaklı fark yöntemi çerçevesinde kendi edimini ifa etmekten kurtulursa bunun zararın hesabında dikkate alınması gerekir. Zira sözleşme gereği gibi ifa edilseydi, alacaklının malvarlığında bu edimin değeri kadar bir eksilme meydana gelecekti. Fark yöntemi uygulanınca söz konusu edim alacaklının malvarlığından çıkmamakta, böylece malvarlığında bir değer olarak kalmaya devam etmektedir. Bu bakımdan bu edimin değerinin tazminat

aşamasında değil, zararın hesabı aşamasında dikkate alınması daha isabetlidir. Diğer taraftan, mübadele yöntemi uygulandığında alacaklının kendi edimini zararın belirlenmesi aşamasından önce ifa etmiş olması bile mümkündür. Bu sebeple söz konusu yöntemlerin, en azından tazminatın hesabı aşamasından önceye ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer taraftan fark yönteminin birer uygulaması olan somut ve soyut yöntemlerde, sözleşmedeki bedelle alacaklının ikame alım veya satım için ödediği bedel ya da piyasa fiyatı arasındaki fark tespit edildiğine göre, fark yönteminin zararın hesabı aşamasında uygulandığını kabul etmek gerekir.

Mübadele ve fark yöntemlerinin hangi aşamaya ilişkin olduğu meselesinin pratik sonucu, zararın ne kadarlık kısmının tazmin edileceği konusunda önem taşımaktadır. Her ne kadar doktrinde bu yöntemlerin zararın hesabı veya tazminatın hesabı aşamasında uygulanmasının pratik açıdan bir fark doğurmadığı, sonuçta alacaklının eline geçen tazminatın aynı olduğu iddia edilse de[126] bu görüşe tam olarak katılmak mümkün değildir. Mübadele yönteminde alacaklı her şartta edimini ifa ettiği için, bunun değerini zarar veya tazminatın hesabında ayrıca bir kalem olarak dikkate almaya ihtiyaç yoktur. Bu sebeple, mübadele yönteminin zararın veya tazminatın hesabı aşamalarında uygulanması arasında sonuç bakımından bir fark bulunmamaktadır. Nitekim mübadele yönteminde her iki ihtimalde de alacaklının müspet zarar tazminatı olarak elde edeceği miktar aynıdır. Buna karşılık fark yönteminin hangi aşamada uygulanacağı, alacaklının müspet zarar tazminatı olarak eline geçecek miktar bakımından büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, alacaklının müspet zarar tazminatı olarak eline geçecek miktar, fark yöntemi zararın hesabı

[126] Yazar örneğin kusur sebebiyle tazminattan indirimin maktu bir meblağ olarak uygulandığı düşüncesinden hareket etmektedir. Bkz. **Gündüz,** s. 381 vd. Oysa uygulamada tazminattan indirimde, tarafların yüzdelik kusur oranı belirlenmekte, indirim de toplam miktara bu oran uygulanarak hesaplanmaktadır. Örneğin bkz. 11. HD, 20.02.1990 T., 1988/9411 E., 1990/1087 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 8, s. 1174 vd.).

aşamasında uygulanırsa farklı, tazminatın hesabı aşamasında uygulanırsa farklı olmaktadır. Konuyu bir örnekle açıklamak faydalı olur.

B'den bir buzdolabını 5.000 TL karşılığında satın alan A, B'nin kusuruyla temerrüde düşmesi üzerine gerekli şartları sağlayarak ifa yerine müspet zarar talep etmiştir. A'nın müspet zararı (borçlunun ediminin değeri ve diğer zarar kalemleri) toplam 6.000 TL'dir. Bu olayda B %90, A ise %10 kusurlu bulunmuştur. Fark yöntemi zararın belirlenmesi aşamasında uygulanırsa, alacaklının toplam müspet zararı olan 6.000 TL'den kendi edimi olan 5.000 TL düşülerek, net müspet zararı 1.000 TL olarak bulunur. Tazminatın hesabı aşamasında A'nın %10 kusuru sebebiyle tazminat miktarı 1.000 TL'nin %10'u düşülerek, 900 TL olarak hesaplanır. Bu olayda fark yöntemi tazminatın hesabı aşamasında uygulanırsa, tazminat hesabına esas zarar miktarı 6.000 TL olur. Alacaklının kusuru sebebiyle indirilecek olan %10 düşülünce 5.400 TL bulunur. Bu miktardan alacaklının ediminin değeri olan 5.000 TL düşüldüğünde geriye 400 TL kalır. Yani bu ihtimalde alacaklıya 400 TL tazminat ödenir.

Görüldüğü gibi, fark yöntemi zararın hesabı aşamasında uygulanırsa alacaklının eline müspet zarar tazminatı olarak 900 TL geçerken, tazminatın hesabı aşamasında uygulanırsa alacaklıya tazminat olarak 400 TL ödenmektedir. Üstelik bu örnekte alacaklının %30 kusurlu olduğu varsayıldığında mesele daha çarpıcı bir hâle gelmektedir. Gerçekten böyle bir ihtimalde fark yöntemi zararın hesabında uygulanırsa, alacaklıya 1.000'nin %30'u düşülerek 700 TL tazminat ödenir. Buna karşılık, fark yöntemi tazminatın belirlenmesi aşamasında uygulanırsa 6.000 TL'nin %30'u düşüldüğünde 4.200 TL kalır. Böyle bir ihtimalde alacaklının ediminin değeri tazminat miktarından düşüldüğünde sonuç -800 TL çıkmaktadır. Yani fark yöntemi tazminatın hesabı aşamasında uygulandığında, aslında zarar gören taraf olan A'nın tazminat alacağı olmadığı, aksine borca aykırı davranan B'ye 800 TL tazminat ödemesi gerektiği gibi kabul edemez bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan fark

ve mübadele yöntemlerinin zararın hesabı aşamasına ilişkin olduklarını kabul etmek gerekir. En kötü ihtimalde, bu yöntemlerin tazminattan indirim sebeplerinin hesaplanması aşamasından önce uygulanması bir zorunluluktur[127].

III. ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle alacaklının uğradığı müspet zararın tazmin edilebilmesi için, öncelikle bu zararın miktarının belirlenmesi gerekir. Nitekim alacaklının borca aykırılık sebebiyle uğradığı zararın belirlenmesi ile bunun ne kadarlık kısmının tazmin edileceğinin belirlenmesi farklı aşamaları ifade etmektedir. Her durumda alacaklının müspet zararının tamamı tazmin edilmez. Bazı sebeplerle tazminat miktarının müspet zarar miktarından daha az belirlenmesi

[127] Fark yönteminin tazminatın hesabı aşamasında da uygulanabileceği görüşü, yalnızca, tazminattan indirim hesabında ifa edilmeyen edimin değerinin dikkate alınmaması hâlinde kabul edilebilir. Şöyle ki, yukarıdaki örnekte borçlunun ifa etmediği edimi olan buzdolabının gerçek değerinin 5.000 TL olduğunu kabul edersek; alacaklının edimin ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarar 5.000 TL buzdolabının değeri, 1.000 TL de diğer zararları olmak üzere toplam 6.000 TL'dir. Tazminattan indirim hesabında ifa edilmeyen edimin değerinin dikkate alınmayacağı kabul edilirse, %30 kusurlu bulunan alacaklının tazminat alacağı hesaplanırken, kusur sebebiyle indirim yalnızca edimin dışındaki diğer zarar kalemleri üzerinden yapılır. Bu durumda, alacaklının diğer zararları olan 1.000 TL'nin %30'u düşülerek 700 TL bulunur. Böylece tazminat hesaplanırken, ifa edilmeyen edimin değerinin tamamı (örnekte 5.000 TL) ile edim dışındaki diğer zararlarından kusur oranına göre indirim yapılması sonucu bulunan miktar (700 TL) toplanır. Örnekte, bu şekilde bulunan toplam 5.700 TL'den fark yöntemine göre alacaklının ediminin değeri olan 5.000 TL düşülerek, alacaklıya ödenecek toplam tazminat 700 TL olarak hesaplanır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde synallagma ilişkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan, burada açıkladığımız yaklaşım, tazminat hesabında edim ve karşı edim arasındaki karşılıklılık ilişkisinin göz önünde bulundurulması gereği ile temellendirilebilir. Buna göre, edimler arasında bir karşılıklılık ilişkisi mevcut olduğu için ortak kusur veya diğer sebeplerle tazminattan yapılacak indirim hesabında, her hâlükârda borçlunun ediminin değeri hesap dışı bırakılmalıdır. Bu yaklaşım kabul edilirse, tazminatın indirilmesinde yalnızca edimin değerinin dışındaki zarar kalemleri üzerinden bir hesap yapılmalıdır. Arıca bkz. Bölüm III, § 10, II, B, 1 ve 3.

mümkündür. Ancak tazminat olarak ödenecek miktarın belirlenebilmesi için, ilk olarak alacaklının zararının belirlenmesi gerekir.

Alacaklının borca aykırılık sebebiyle uğradığı müspet zarar miktarı kural olarak genel hükümlere göre belirlenir. Bununla birlikte, kanunda bazı sözleşme türleri bakımından müspet zararın hesabına ilişkin özel hükümler düzenlenmiştir. Bu sebeple, müspet zararın genel hükümlere göre hesabı ile özel hükümlere göre hesabının ayrı ayrı açıklanması gerekir. Aşağıda müspet zararın önce genel hükümlere göre hesabı açıklanmış, daha sonra zararın hesabına ilişkin özel hükümler ele alınmıştır.

B. Müspet Zararın Genel Hükümlere Göre Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Borca aykırılık hâllerinin düzenlendiği TBK m. 112 vd. hükümlerinde alacaklıya müspet zararının tazminini talep hakkı tanınmakla birlikte, müspet zararın miktarının nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, alacaklının zararının tazmin edilebilmesi için, zorunlu olarak öncelikle zararın miktarının hesap edilmesi gerekir. Zira alacaklının müspet zararının miktarı, ona ödenecek olan tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır[128].

TBK m. 114/II'ye göre, haksız fiilden sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanır. Bu bakımdan, müspet zararın hesabında haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Alacaklı, müspet zararın varlığını ve miktarını ispat yükü altındadır (TBK

[128] **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 245; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 543; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315; **Eren,** Borçlar Genel, s. 747, 784, 1091; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 85.

m. 50/I)[129]. Bu sebeple, alacaklı, ilke olarak borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle müspet zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmelidir. Bu husus, tarafların, kanunda aksi yönde bir hüküm bulunmadıkça, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etme yükümlülüğüyle de uyum içerisindedir (TMK m. 6). Gerçekten, borçludan alacaklının malvarlığında bir azalma meydana gelip gelmediğini veya bu azalmanın miktarını bilmesi beklenmemelidir. Bunu en doğru şekilde bilebilecek ve ispatlayabilecek olan taraf alacaklıdır. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki kanunda, alacaklının zararı ispat yükünden kurtarıldığı veya bu yükün hafifletildiği hâller bulunmaktadır. Örneğin, TBK m. 213 ve 236'da düzenlenen zararın soyut yönteme göre hesabı alacaklıyı zararını ispat yükünden kurtarmaktadır. Benzer şekilde, esasen müspet zararın bir görünüm şekli olan para borçlarında temerrüt faizi ödenmesi yükümlülüğünde alacaklının zararını ispat etmesi aranmaz. Ayrıca, tarafların sözleşmeyle ispat yükünü değiştirmeleri de mümkündür.

Müspet zararını talep eden alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle malvarlığında meydana gelen azalmaları veya engellenen artışları ispat etmelidir. Bu bakımdan, alacaklı fiili bir zarara uğradığını veya elde edebileceği bir kârdan yoksun kaldığını ve bunların miktarını ispat etmelidir. Dolayısıyla alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan ve müspet zarar niteliği taşıyan zarar kalemlerini ispatlamalıdır.

Zarar miktarının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı hâllerde hâkim, olayların normal akışına ve alacaklının aldığı önlemlere göre zarar miktarını belirler (TBK m. 50/II). Burada hâkimin takdir yetkisi devreye girmektedir. Ancak, söz konusu hükümden her durumda hâkimin takdir yetkisine göre zarar miktarını

[129] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 60; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 255; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 205; **Önen,** Temerrüt, s. 83; **Eren,** Borçlar Genel, s. 747, 1090; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 390.

belirleyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira genel ilkeye uygun olarak, alacaklı ispatı mümkün olan zarar kalemlerini ispat etmekle yükümlüdür. Hâkimin takdir yetkisi, ispatı mümkün olmayan veya teorik açıdan mümkün olmakla birlikte pratik açıdan alacaklıdan bunun beklenemeyeceği zararlar bakımından devreye girer[130].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kusurlu imkânsızlıkta ve ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde alacaklının zararı mübadele yöntemine veya fark yöntemine göre belirlenebilir. Mübadele yönteminde, alacaklının ifa edilmeyen edimin değerinden ve diğer zarar kalemlerinden oluşan toplam müspet zararı belirlenir. İfa edilmeyen edimin değeri somut veya soyut olarak hesaplanabilir. Edimin değerinin somut olarak hesaplanmasında, o edimin benzer bir sözleşmedeki değeri somut olarak dikkate alınır[131]. Soyut hesaplamada ise edimin borsa veya piyasa fiyatı dikkate alınır. Borçlunun edimin bu şekilde belirlenen değerinden ve diğer zarar kalemlerinden oluşan toplam müspet zararı tazmin etme yükümlülüğü karşılığında, alacaklı da kendi edimini borçluya ifa eder. Fark yönteminde ise borçlunun ifa etmediği edimin değeri alacaklının o edimi elde etmek için yaptığı ikame işleme göre

[130] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 262, 263; **Eren,** Borçlar Genel, s. 746, 747; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 86.

[131] Her ne kadar doktrinde burada ikame işlemin dikkate alınacağı kabul edilse de kanaatimizce mübadele yönteminde kural olarak ikame işlemden bahsedilmesi yerinde değildir. Zira mübadele yönteminde alacaklı ilk sözleşmedeki borcunu ifa eder. Bu husus alacaklının ediminin para borcu olduğu hâllerde göze çarpan bir problem değildir. Buna karşılık, her iki tarafın ediminin de para dışında bir şey olduğu, özellikle de alacaklının ediminin parça borcu niteliğinde olduğu hâllerde mesele değişir. Örneğin, A'nın bir otomobil, B'nin ise bir karavan devretmeyi üstlendiği sözleşmede, A'nın otomobili ifa borcunda temerrüde düşmesi üzerine B'nin ifa yerine müspet zarar talep ettiğini farz edelim. Bu durumda B bir ikâme işlem yapmışsa mübadele yönteminin uygulanması mümkün değildir. Zira, kendi borcu olan karavanı ikame işlemde elinden çıkarmış olan B'nin, ilk sözleşmede A'nın tazminat borcu karşılığında karavan borcunu aynen ifa etmesi artık mümkün olmadığına göre mübadele yöntemi de uygulanamaz. Benzer şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine ifadan vazgeçen işsahibinin ikame bir işlem yaparak inşaatı tamamlayacak üçüncü bir kişiye arsa payını (bağımsız bölümleri) devrettiği hallerde, ilk sözleşmede mübadele yönteminin uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple mübadele yönteminde edimin değeri belirlenirken alacaklının yaptığı ikame işlemden değil, benzer somut bir sözleşmeden bahsetmek daha yerindedir.

somut olarak veya borsa ya da piyasa fiyatına göre soyut olarak belirlenir. İfa edilmeyen edimin bu şekilde belirlenen değeri ile diğer zarar kalemleri toplanarak, toplam müspet zarar bulunur. Fark yönteminin özelliği, alacaklının karşı edimini borçluya ifa etmekten kurtulmasıdır. Bu sebeple, fark yönteminde tazminata esas olacak zarar miktarı belirlenirken, toplam müspet zarardan alacaklının ediminin değeri düşülür. Böylece, alacaklının kendi edimi yalnızca zararın hesabında bir hesap kalemi olarak dikkate alınmış olur. Alacaklının edimi para borcuysa bu hesap kolayca yapılır. Buna karşılık alacaklının ediminin para dışında bir şey olduğu hâllerde fark yönteminin uygulanabilmesi için bu edimin de değerinin belirlenmesi gerekir. Alacaklının karşı ediminin değeri, alacaklı kendi edimini ikame bir işleme konu etmişse bu sözleşmedeki değere göre somut olarak[132], aksi hâlde piyasadaki satılabilirlik fiyatına göre soyut olarak belirlenir[133].

2. Fiili Zararın Belirlenmesi ve İspat Yükü

Müspet zarar kapsamındaki fiili zarar kalemlerinin ispatı çoğu zaman bir güçlük arz etmez. Gerçekten, borca aykırılık sebebiyle alacaklının malvarlığında hâlihazırda gerçekleşmiş olan eksilme çoğu durumda kolaylıkla ispat edilebilir. Alacaklı, fiili zarar bakımından malvarlığının aktifinde meydana gelen azalmaları ve pasifinde meydana gelen artışları her türlü delille ispatlayabilir[134].

Örneğin borçlunun ifa etmediği ediminin değeri, alacaklının edim ve karşı edime ilişkin olarak sözleşmeye aykırılık sebebiyle fazladan yapmış olduğu bakım, muhafaza ve gönderme masrafları, yine alacaklının sözleşmeye aykırılığın uygun sonucu olarak fazladan yaptığı seyahat, ihtar ve bildirim masrafları, usul hukuku gereğince tahsil

[132] Örneğin, alacaklı ilk sözleşmedeki kendi edimini ifadan vazgeçtikten sonra üçüncü bir kişiye satmışsa, edimin bu satıştaki bedeli onun değeri olarak dikkate alınır.

[133] Aynı yönde bkz. **Havutçu,** s. 127 vd.; **Kurt,** Temerrüt, s. 275, 276.

[134] **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 322.

edilemeyen takip ve dava masrafları gibi zarar kalemlerinin makbuz, fatura veya yapıldığı zamana ilişkin fiyat tarifelerine göre kolaylıkla ispatı mümkündür. Bununla birlikte, alacaklıdan her türlü masrafını bir yazılı belgeyle ispatlaması aranmamalıdır. Özellikle tacir olmayan alacaklıdan her masrafı için yazılı delil aramak hayatın gerçeklerine uymaz. Fiili zararlar bakımından hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde TBK m. 50/II'ye göre hâkimin takdir yetkisine göre zarar miktarını belirlemesi mümkün olmalıdır.

3. Yoksun Kalınan Kârın Belirlenmesi ve İspat Yükü

Alacaklının yoksun kaldığı kârın ispatı çoğu zaman oldukça güç bir meseledir. Zira yoksun kalınan kâr, borç usulüne uygun ifa edilseydi malvarlığında meydana gelecek olan ve tamamen farazî bir hesaba dayanan bir artışı ifade eder. Gerçekten, yoksun kalınan kârda alacaklının edimi nasıl değerlendireceği varsayıma dayanan bir şekilde dikkate alınır[135]. Bu sebeple, yoksun kalınan kârın varlığı ve hesap şekli doğası gereği belirsizdir[136]. Kural olarak alacaklı her şeyden önce yoksun kalınan kârın varlığını ve bununla borca aykırılık arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispatlamalıdır. Diğer taraftan, yoksun kalınan kârın miktarı da ispatlanmalıdır. Ancak, yoksun kalınan kârın varlığını ve miktarını kesin bir şekilde ispatlamak genellikle mümkün değildir. Bu sebeple, yoksun kalınan kârın ve miktarının kesin delillerle ortaya koyulması beklenirse, alacaklı çoğu zaman bunun ispatında başarısız olur ve neticede ifa menfaati tam olarak karşılanmaz. Böyle bir durum ise müspet zararın tazminiyle güdülen amaca uygun düşmez.

Alman hukukunda yoksun kalınan kârın belirlenmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. BGB § 252'ye göre tazmini gereken zarar yoksun kalınan

---

[135] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 259; **Lüchinger,** N. 138, 152; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 65.

[136] **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105; **Schenker,** Schadensberechnung, s. 33.

kârı da içerir. Olayların normal akışına veya somut olayın özel şartlarına, özellikle alınan tedbirler ve yapılan hazırlıklara göre gerçekleşmesi muhtemel olarak beklenebilen kârdan yoksun kalındığı kabul edilir. Türk hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından bu yönde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50/II'nin yoksun kalınan kârın belirlenmesinde uygulanması mümkündür.

Yoksun kalınan kârın somut ve kesin delillerle ispatını, miktarının belirlenmesinde ince hesaplara girişilmesini beklememek gerekir. Doktrinde haklı olarak yoksun kalınan kârın belirlenmesinde TBK m. 50/II'den yararlanılması gerektiği kabul edilmektedir[137]. TBK m. 50/II'ye göre, hâkim, zararın tam miktarının ispat edilemediği hâllerde olayların normal akışına ve alacaklının aldığı önlemlere göre takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun şekilde zararın miktarına karar verir. Hâkimin takdir yetkisi, zararın ve miktarının ispatlanmasının mümkün olmadığı hâllerde devreye girer. Alacaklıdan zararı ve miktarını kesin bir şekilde ispat etmesinin beklenemeyeceği hâller de bu kapsamda değerlendirilir[138]. Örneğin, alacaklının zararını ispatlaması, iddia edilen zararla kıyaslandığında makul sayılamayacak ölçüde bir masrafa sebep olacak veya iş sırlarını ya da kişilik haklarını ihlal edecekse ispatın beklenemezliği söz konusudur[139].

TBK m. 50/II'de, hâkimin takdir yetkisine göre zararı belirlemesi bakımından "olayların normal akışı" ve "zarar görenin aldığı önlemler" şeklinde iki ölçüt öngörülmüştür. Olayların normal akışı ifadesiyle, alacaklının ortaya koyduğu olgulara göre aynı şartlarda hayatın normal akışına, genel hayat tecrübelerine, istatistiklere ve

[137] **Bucher,** AT, s. 343, dn. 60; **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 105; **Lüchinger,** N. 153; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 204; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 323.

[138] **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 10; **Eren,** Borçlar Genel, s. 747.

[139] **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 10; **Eren,** Borçlar Genel, s. 747.

ihtimal kanunlarına göre meydana gelebilecek olan zarar kastedilmektedir[140]. Bu bakımdan yoksun kalınan kâr, her somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak, hayatın normal akışına göre meydana gelebilecek olası malvarlığı artışına göre belirlenir. Örneğin, aynı türden bir olayda hayatın normal akışına göre herkesin elde edebileceği bir kârı, alacaklının da elde edebileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık, borçlu, somut olayın özelliğine göre herkesin elde edebileceği bir kâr fırsatını alacaklının kaçıracağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Olayların normal akışı ölçütünün uygulanmasında alacaklının ticari amaç güdüp gütmediği de önem taşır. Gerçekten, alacaklının ticari amaç güttüğü hâllerde malı tekrar satmak veya kira vermek gibi yollarla kâr elde edeceği yönünde bir karine kabul edilirken, malı kendisi kullanmak amacıyla alan alacaklının bundan kâr edeceğini kabul etmek güçtür[141]. Alacaklı tacir olmasa da o türden mallar üzerinden gelir getirici bir iş yapıyorsa, olayların normal akışına göre bir kârdan yoksun kaldığı kabul edilebilir[142].

Yoksun kalınan kâr bakımından "zarar görenin aldığı önlemler" tabirinden, alacaklının elde edebileceği kâr için sarf ettiği çabalar anlaşılır[143]. Bu bakımdan yoksun kalınan kâr açısından "alacaklının aldığı önlemler" tabirinden, zararın artışını önleyen tedbirler değil, aksine alacaklının yoksun kaldığını iddia ettiği kârı elde etmek için sarf ettiği çabalar, giriştiği faaliyetler anlaşılmalıdır[144]. Örneğin, alacaklının, borçlunun ifa edeceği edimi kazanç elde edebilecek bir şekilde üçüncü bir kişiyle

---

[140] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 579, 580; **Eren,** Borçlar Genel, s. 748; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 87.

[141] **von Tuhr/Escher,** s. 145, dn. 11; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 924. Krş. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 483; **Havutçu,** s. 132.

[142] Krş. **Havutçu,** s. 132.

[143] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 81; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 10c; **Eren,** Borçlar Genel, s. 748; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 205.

[144] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 81; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 10c; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 580; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 264; **Eren,** Borçlar Genel, s. 748; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 87; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 205.

imzaladığı sözleşmeye konu etmesi hâlinde, alacaklının aldığı tedbirden bahsedilebilir[145]. Diğer taraftan, somut olayda herkesin elde edemeyeceği nitelikte bir kâr, alacaklının sarf ettiği özel çabalar sonucu muhtemel görünebilir[146].

Alacaklı, borçlunun edimini üçüncü bir kişiyle yaptığı sözleşmeye konu etmişse bunu ve borca aykırılık sebebiyle bu sözleşmeden elde edemediği kârı ispatlayarak, yoksun kalınan kârı talep edebilir[147]. Buna karşılık, alacaklının böyle bir sözleşmeyi ispat edemediği hâllerde, hayatın olağan akışı içerisinde elde edebileceği kârdan yoksun kaldığını öne sürmesi gerekecektir. Bu ihtimalde, alacaklı tacirse veya o türden mallar üzerinden gelir getirici bir iş yaptığını borçlu biliyor ya da bilmesi kendisinden beklenebiliyorsa kâr elde edeceği yönünde bir karineye dayanabilir. Bu durumda şeyin satılabileceği ortalama fiyat dikkate alınmalıdır. Bu husus, yoksun kalınan kârın soyut olarak piyasadaki tekrar satış fiyatına göre belirlenmesi anlamına gelir[148].

Alacaklıya yoksun kalınan kârın ispatında tanınan kolaylıklar, zarar şartı aranmaksızın tazminata imkân tanındığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira zararın olmadığı yerde tazminattan da bahsedilemez[149]. Mevcut olmayan zararın tazmini de

---

[145] **Havutçu,** s. 132.

[146] **von Tuhr/Peter,** s. 100; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 204.

[147] Doktrinde, borçlunun en geç sözleşmenin kurulduğu anda alacaklının bu edimden kâr etme amacı güttüğünü bilmesi gerektiği iddia edilmektedir. Bu görüşe göre, alacaklı en geç sözleşmenin kurulduğu anda borçluya kâr etme amacını bildirmelidir. Zira böyle bir durum borçlunun alacağı riski artıracağı için, sözleşmenin kurulması anında öngörmediği zarardan sorumlu olmamalıdır. **Akıncı,** Temerrüt, s. 204, 205; **Gündüz,** s. 388. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira böyle bir gerekçeyle alacaklıya sözleşmeyi yapma saikini açıklama külfeti yüklenemez. Gerçekten, zararın tazmini için, tarafların sözleşmeyi yapma amacını karşı tarafa açıklaması yönünde ne bir hüküm ne de bir genel ilke bulunmaktadır. Zararın borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde bulunması yeterlidir. Diğer taraftan bu görüş hayatın olağan akışına da uygun değildir. Ayrıca öngörülebilirlik kriterinin Türk/İsviçre hukukunda zararın tazmini için aranan bir şart olmadığı yönünde bkz. **Barth,** s. 110. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 89, 90; **von Tuhr/Escher,** s. 115; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 426, Art. 99, N. 99, 100, 101.

[148] **Havutçu,** s. 132.

[149] **Schenker,** Schadensberechnung, s. 29; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 324.

söz konusu olmayacağı için, alacaklının tamamen farazî bir şekilde kâr elde edebileceğini iddia etmesi dikkate alınmaz. Hâkimin takdir yetkisi, zararın ispatına ilişkin delillerin takdiriyle ilgilidir. Bu sebeple, alacaklı zararın varlığını ve miktarını kesin delillerle ispatlayamasa bile, en azından hâkimin bu konuda bir kanaate varmasını sağlayacak olgu ve olayları sunması gerekir. Alacaklının kâr mahrumiyeti bulunduğuna ilişkin tamamen soyut ve desteksiz bir iddiası veya zararın mevcudiyetine ilişkin çok zayıf bir ihtimal, takdir hakkının devreye girmesi için yeterli değildir. Bu bakımdan, alacaklının, hâkimi zararın varlığına ve yaklaşık miktarına ikna edebilecek türden bilgi ve belgeler sunması gerekir[150]. Bu sebeple, en azından hâlin icabına göre alacaklının elde etmesinin beklenebileceği kazançların dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla, alacaklının yoksun kaldığı kuvvetle muhtemel bir kârın bulunduğuna ve bunun yaklaşık miktarına ilişkin bilgi ve belgeleri, hâkimin takdir hakkını kullanmasına imkân verecek şekilde ortaya koyması gerekir[151]. Alacaklının ortaya koyduğu olgular, iddia ettiği kâr mahrumiyetinin yüksek bir ihtimalle mevcut olduğunu göstermelidir[152]. Örneğin, alacaklının aynı türden malları mutat olarak alıp sattığı veya çevresine ve toplumda bulunduğu konuma göre iddia ettiği türden bir kârı elde edebileceği ya da edim konusunun piyasa şartlarına göre bahsedildiği şekilde elden çıkarılmasının mümkün olduğu gibi hususların ortaya konması gerekir[153]. Diğer taraftan, alacaklının makul bir dayanağı olmayan abartılı kâr veya talih ve tesadüfe bağlı kazanç iddiaları dikkate alınmamalıdır. Örneğin, alacaklının, borçludan elde edeceği parayı bahis ve şans oyunlarına yatırıp yüksek kazanç sağlayabileceği

[150] **Eren,** Borçlar Genel, s. 747.

[151] **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 87.

[152] **Eren,** Borçlar Genel, s. 747, 748.

[153] Menfi zarar bakımından benzer yönde bkz. **Buz,** Dönme, s. 254; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 323.

yönündeki bir iddiası kabul edilmez[154]. Yine, alacaklının yoksun kalınan kâr olarak hukuka ve ahlâka aykırı yollarla elde edilebilecek bir kazancı ileri sürmesi de dinlenmez. Örneğin, alacaklı parayla tefecilik, uyuşturucu ticareti veya kaçakçılık yaparak elde edeceği kazançtan yoksun kaldığını ileri sürerek tazminat talep edemez[155].

Para borçlarında yoksun kalınan kârın tespiti ayrı bir önem ve zorluk arz etmektedir. Gerçekten, paranın birçok farklı şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Bu sebeple, para borcunda yoksun kalınan kâr farklı ihtimallere göre farklı tür ve miktarlarda ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla para borcunda yoksun kalınan kârın somut olarak ispatı kolay değildir. Örneğin alacaklı parayı faize yatırabilir veya gelir getirici herhangi bir işte kullanabilir ya da parayla bir şey alıp satabilir. Alacaklının parayla kâr edeceği somut olarak belirli bir iş planı varsa ve bunu ispat ederse yoksun kaldığı kâr buna göre belirlenir. Örneğin, alacaklı paradan faiz geliri elde edeceğini ispatlarsa, bu faiz temerrüt faiziyle karşılanamadığı ölçüde yoksun kalınan kâr olarak hesap edilir. Yine, alacaklının parayı kullanarak bir mal alıp satacağını veya bir işe girişip oradan kâr elde edeceğini inandırıcı bir şekilde ortaya koyabildiği hâllerde, bundan doğan zarar da yoksun kaldığı kâr olarak hesaba katılır[156]. Alacaklının hisse senedi alımı gibi spekülatif bir işlemden kâr elde edeceğini iddia ettiği hâllerde ispat bakımından daha katı davranılmalıdır. Böyle hâllerde, alacaklının yoksun kaldığı kârı ispat etmiş sayılabilmesi için, örneğin devamlı o hisseyi aldığı, aracı kurumla yaptığı sözleşmede o hisse senedinin alınmasına ilişkin anlaşma bulunduğu gibi hangi hisse

[154] **von Tuhr/Peter,** s. 101; **Barlas,** s. 206, 207; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 222; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 323.

[155] **von Tuhr/Peter,** s. 101; **Barlas,** s. 207; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 202; **Albaş,** s. 210.

[156] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 925; **Öçal,** s. 152; **Barlas,** s. 207, 208; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 203, 207, 208; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 495.

senedini alacağını somut delillerle ispatlayabilmesi aranmalıdır[157]. Bunun gibi hâllerde alacaklı ne tür bir işten gelir sağlayacağını ispatlasa bile, bu kazancın miktarını ispatlamak oldukça zor olduğu için miktarı belirleme konusunda çoğunlukla hâkimin takdir yetkisine göre karar vermesi gerekir[158].

Alacaklının parayla ne tür bir kazanç elde edeceğini somut bir şekilde ortaya koyamadığı hâllerde hâkimin takdir yetkisi büyük önem taşır. Esasen para borçlarında çoğu zaman hangi biçimde[159] ve ne miktarda kâr elde edileceği somut olarak ortaya koyulamayacağı için, genellikle TBK m. 50/II devreye girer. Burada hayatın olağan akışından ziyade somut olayın özellikleri ve alacaklının aldığı tedbir kriterleri önemli bir rol üstlenir. Gerçekten, hâkim, yoksun kalınan kârı belirlerken olayların normal akışının yanında, alacaklının toplum içinde bulunduğu konumu, mesleği, ne tür işlerle uğraştığı, eğitim düzeyi, bu kârı elde etmek için sarf ettiği çabalar, ülkenin o dönemdeki ekonomik durumu gibi etkenleri de göz önünde bulundurmalıdır[160].

Para borcunda yoksun kalınan kârın ispatı bakımından bazı karineler ve ispat kolaylıklarından yararlanılabilir. Uygulamada özellikle tacirler ve bankalar bakımından bazı karineler kabul edilmektedir. Örneğin, bankanın faaliyet alanına uygun olarak parayı işleterek kazanç sağlayacağı karine olarak kabul edilmektedir[161]. Bu karine alacaklı bankayı zararın varlığını ispat yükünden kurtarır. Bununla birlikte, zararın miktarı bankanın hangi alanlarda faaliyet yürüttüğüne göre değişir[162]. Bu konuda, eğer banka tek bir iş kolunda faaliyet gösteriyorsa, yoksun kalınan kârın bu tür iş için söz konusu dönemde o iş kolunda piyasada geçerli olan faiz oranına göre

[157] Zira alacaklının böyle bir yatırımdan doğası gereği zarar etmesi de mümkün olduğu gibi, hangi hisse senedine yatırım yapılacağının ispatı da kolay değildir. Bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 221 vd.

[158] **Barlas,** s. 206; **Albaş,** s. 209.

[159] Krş. **Albaş,** s. 209.

[160] Aynı yönde bkz. **Barlas,** s. 206; **Albaş,** s. 209.

[161] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 46.

[162] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 46.

belirleneceği kabul edilmektedir[163]. Buna karşılık, bankanın birbirinden farklı bankacılık işlemleriyle uğraştığı hâllerde, ortalama kazanç oranı dikkate alınmalıdır[164]. Bununla birlikte bankanın daha fazla kârdan yoksun kaldığını somut delillerle ispat etmesi hâlinde bu miktara hükmedilir[165]. Uygulamada, alacaklı tacirse alacağını zamanında elde etseydi bunu ticari işlerinde kullanacağı ve bu bakımdan geç ifanın kârdan yoksunluğa sebep olduğu yönünde fiili bir karine kabul edilmektedir[166]. Benzer şekilde, Yargıtay'ın tacir olmayan alacaklı bakımından da hayatın olağan akışına göre alacağını zamanında elde etse bunu gelir getiren bir yatırıma dönüştüreceği yönünde bir karineyi kabul ettiği kararları bulunmaktadır[167]. Doktrinde haklı olarak, bütün olaylar için böyle genel geçer karineler kabul etmenin isabetli olmadığı, her olayın somut özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır[168]. Gerçekten, bu tür karineler ispat kolaylığı bakımından faydalı olsa

[163] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 46; **Barlas,** s. 209; **Albaş,** s. 213.

[164] **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 46; **Barlas,** s. 209; **Albaş,** s. 213.

[165] **Barlas,** s. 209.

[166] 15. HD,11.04.1979 T., 1979/730 E., 1979/805 K. (YKD, 1979, C. 5, S. 7, s. 1034, 1035).

[167] "*Olayımızda yasal bir karine söz konusu değildir; buna karşılık hayat olaylarından çıkan eylemli bir karinenin varlığı tartışmasızdır. Özellikle dar gelirli bir memurun ortak malın satılmasıyla eline geçecek 1.200.000 lirayı, vadeli banka hesabına veya benzer gelir getiren yerlere yatırarak yararlanması beklenen bir davranıştır; bu toplumumuzun içinde bulunduğu ekonomik-sosyal yaşantısına uygun düşer.".* 4. HD, 04.03.1986 T., 1986/685 E., 1986/2012 K. (YKD, 1986, C. 12, S. 8, s. 1133 vd.) Aynı yönde bkz. 13. HD, 13.02.1997 T., 1996/9985 E., 1997/810 K. (YKD, 1997, C. 23, S. 5, s. 733 vd.). Alman hukukunda tacir olmayan alacaklı bakımından büyük para alacaklarında böyle bir karine kabul edilmektedir. Buna göre, genel yaşam tecrübelerine göre alacaklının büyük miktarda parayı boşta bekleteceği kabul edilemez, en azından faize yatırılır. BGH v 08.11.1973, III ZR 161/71; BGH v 06.05.1981, IVa ZR 170/80; BGHZ 80, 269, 279. Büyük miktarda para bakımından kabul edilen bu karine, alacaklının içinde bulunduğu koşullar ve genel ekonomik durum göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan örneğin faiz oranlarının düşük olduğu bir dönemde 2.500 € için doğrudan böyle bir karine kabul edilmezken, 8.000 € için kabul edilmektedir. Bkz. **Staudinger/Löwisch/Feldmann,** § 288, N. 44.

[168] Örneğin, bir memurun 30.000 TL para alacağını yatırıma dönüştüreceği yönünde bir karine kabul edilebilirken, zengin bir iş adamının bu parayı ancak günlük harcamalarına tahsis edeceği kabul edilebilir. Bkz. **Barlas,** s. 208; **Albaş,** s. 212.

da her olayın kendine özgü şartlarının, ülkenin ekonomik durumunun, alacaklının mesleki ve ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması gerekir.

Yoksun kalınan kârın belirlenmesinde kural olarak alacaklının elde edebileceği en yüksek kâr değil, ortalama kazanç dikkate alınmalıdır[169]. Bununla birlikte alacaklının daha yüksek bir kazanç elde edebileceğini ispat ettiği[170] veya aldığı tedbirler sayesinde daha yüksek bir kazanç sağlayacağının kabul edilebildiği hâllerde bu miktar esas alınmalıdır. Zarar miktarının belirlenmesi konusunda bilirkişiye başvurulabilir[171].

C. Müspet Zararın Özel Hükümlere Göre Belirlenmesi

1. Satış Sözleşmesinde Somut ve Soyut Yöntemler

a. Genel Olarak

Satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 213 ve 236 hükümlerinde müspet zararın hesabına yönelik özel düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerin ilk fıkralarında, temerrüde düşen tarafın zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. Gerçekten, satıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 213/I'e göre; *"Borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."*. Benzer şekilde alıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 236'ya göre; *"Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."*. Esasen, TBK m. 213/I ve 236/I'deki bu düzenlemeler yeni bir sorumluluk düzeni getirmemektedir.

---

[169] **Barlas,** s. 207; **Albaş,** s. 210. Yargıtay'ın asgari kârı dikkate aldığı kararlar için bkz. Tic. D., 10.05.1958 T., 4015 E., 1298 K. (**Barlas,** s. 207, dn. 604'ten naklen); HGK, 22.02.1961 T., T-15 E., 6 K. (**Barlas,** s. 207, dn. 604'ten naklen). Azamî veya asgarî kazanç ölçüsü yerine gerçeğe en yakın kazancı dikkate alan kararlar için bkz. Tic. D., 05.03.1965 T., 1115 E., 752 K.; 4. HD, 18.04.1969 T., 1487 E., 3775 K. (**Barlas,** s. 207, dn. 604'ten naklen).

[170] **Barlas,** s. 207, dn. 605.

[171] **Barlas,** s. 206; **Albaş,** s. 209. 13. HD, 13.02.1997 T., 1996/9985 E., 1997/810 K. (YKD, 1997, C. 23, S. 5, s. 733 vd.).

Gerçekten, anılan hükümler yalnızca temerrüde düşen tarafın zarardan sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin ve aynı yöndeki TBK m. 212/I'in bir tekrarı niteliğindedir[172]. Bu bakımdan alacaklı, zararının TBK m. 213/II-III ve 236/II-III'deki somut ve soyut yöntemler yerine genel hükümlere göre hesaplanmasını talep edebilir[173].

Alacaklının zararını genel hükümlere göre talep etmesi mümkün olmakla birlikte, bunun bazı dezavantajlı yönleri bulunmaktadır. Gerçekten, alacaklı zararının genel hükümlere göre tazminini talep ettiğinde, edim konusunu başka yerden tedarik etme imkânı varken ikame alım yapmazsa bunun kendisi için bazı olumsuz sonuçlar doğurması mümkündür. Kural olarak alacaklının ikame alım yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, hâlin icabına göre alacaklının ikame alım yapması zararı azaltma külfeti kapsamında değerlendirilebiliyorsa, elde edeceği tazminattan indirim yapılması tehlikesi doğar[174]. Örneğin, satıcının temerrüdünde alıcı, malı kolaylıkla ve benzer fiyatlara tedarik imkânı varken ağır kusurla ikame alım yapmaması sonucu üçüncü kişiye tazminat ödemesi üzerine bu zararını satıcıdan talep ettiğinde ortak kusurun varlığı gerekçesiyle tazminattan indirime gidilebilir. Bununla birlikte, satıcı da zaten malın tedariki çok zor olduğu için temerrüde düşmüşse, alıcıdan ikame alım yapması beklenemez[175].

TBK m. 213/II-III'te satıcının temerrüdü, TBK m. 236/II-III'te ise alıcının temerrüdü hâlinde, zararın somut ve soyut yöntemlere göre hesabına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Somut ve soyut zarar hesabı esasen fark yönteminin birer

[172] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 1; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 3, 8; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 1, 3; **Schmid/Stöckli,** N. 242; **Tandoğan,** I/1, s. 139; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 514; **Feyzioğlu,** BÖ, s. 182; **Aral/Ayrancı,** s. 107; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 103.

[173] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 1, 3; **Aral/Ayrancı,** s. 108; **Eren,** Borçlar Özel, s. 73. BGE 104 II 198; 105 II 87, 89.

[174] Benzer yönde bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 32; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 4; **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 111; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 103.

[175] **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 111; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 515; **Tandoğan,** I/1, s. 139.

uygulamasıdır[176]. Gerçekten, fark yönteminde alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda olmadan, onun değeri ile müspet zararı arasındaki farka göre zararının hesaplanmasını ister. Somut ve soyut yöntemde de alacaklı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtularak, ikame işlem veya piyasa fiyatı ile sözleşmedeki edimi arasındaki farkı talep etmektedir.

TBK m. 213/II-III ve 236/II-III hükümlerinde düzenlenen somut ve soyut yöntemler, yalnızca karşı tarafın ifa yerine müspet zarar talep ettiği hâllerde uygulanabilir. Bu bakımdan, aynen ifa ile birlikte gecikme zararının talep edildiği veya sözleşmeden dönüldüğü hâllerde söz konusu yöntemler uygulama alanı bulmaz. Satış sözleşmesinde satıcı veya alıcının temerrüdü üzerine ifadan vazgeçip müspet zarar talep eden karşı tarafın elinde dört imkân bulunmaktadır. Alacaklı (satıcı veya alıcı) genel hükümlere göre mübadele yöntemine veya fark yöntemine göre zararının hesabını isteyebileceği gibi, TBK m. 213 veya 236 gereğince zararının fark yönteminin birer uygulaması olan somut veya soyut yönteme göre hesaplanmasını da talep edebilir. Bununla birlikte, temerrüde düşülen borcun alacaklı tarafı olan satıcı veya alıcı, TBK m. 213 veya 236 hükümlerinin uygulanmasını istediğinde buradaki ispat kolaylıklarından yararlanmış olur.

Türk/İsviçre hukukunda somut ve soyut yöntem ilk olarak satıcının temerrüdü bakımından eBK m. 188 (OR Art. 191), alıcının temerrüdü bakımından ise eBK m. 212 (OR Art. 215)'de yalnızca ticari satışlar bakımından öngörülmüştür. Doktrinde bu hükümlerden hareketle, somut ve soyut yöntemin adi satışlarda da uygulanabilmesi

[176] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 3; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 2, 6, 9; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 19; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 2; **Schmid/Stöckli,** N. 266, 267; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 2; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 518; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 163; **Aral/Ayrancı,** s. 107; **Eren,** Borçlar Özel, s. 74; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104 vd.; **Nomer, Haluk Nami/Engin, Baki İlkay,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, C. I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül, 5. Baskı, Ankara 2021, m. 213, N. 4.

gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. İsviçre hukukunda hükümlerde bir değişiklik bulunmamakta, ancak doktrin ve uygulamada söz konusu yöntemlerin adi satışlarda da uygulanması çoğunlukla kabul edilmektedir[177]. Buna karşılık Türk hukukunda TBK m. 213 ve 236'da satışın ticari olup olmaması bakımından bir ayrım yapılmamış, böylece somut ve soyut yönteme göre zarar hesabının bütün satış sözleşmeleri bakımından uygulanması hukukî bir zemine kavuşmuştur[178]. Diğer taraftan doktrinde, satıcının temerrüdünde somut ve soyut yönteme ilişkin TBK m. 213/II ve III hükümlerinin, imkânsızlık ve kısmî zapt (TBK m. 218/I) bakımından da kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmektedir[179].

Satış sözleşmesinde öngörülen somut ve soyut yöntemler, ifa edilmeyen edimin değeri sebebiyle meydana gelen zararın belirlenmesine yöneliktir[180]. Oysa yukarıda açıklandığı gibi müspet zararı oluşturan zarar kalemleri yalnızca bundan ibaret değildir. Gerçekten alacaklının bunun dışında yaptığı masraflar, üçüncü kişilere ödediği tazminat ve yoksun kalınan kâr gibi başka zararları da bulunabilir. Dolayısıyla, somut ve soyut yönteme göre sadece edimin değerine ilişkin zarar giderildiğinde,

---

[177] **Lemp,** s. 44 vd.; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 9, 15; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 6, 7, 31, 43; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 9; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 2. BGE 120 II 296. Krş. **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 15.

[178] TBK m. 213'ün gerekçesinde de bu husus açıkça ifade edilmişir; *"818 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin ikinci fıkrasında, ticarî satışlarda satıcının temerrüdü hâlinde, alıcının ifa yerine isteyebileceği tazminatın, öğretide somut yöntem olarak adlandırılan hesaplanma tarzı düzenlenmektedir. Oysa, öğretide fark teorisinin yasal bir örneği olan bu hesaplama tarzının, âdi satışlarda da uygulanmasının, hakkaniyete daha uygun olacağı ve zararın hesaplanmasında fark teorisinin mübadele torisine tercih edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu nedenle, 818 sayılı Borçlar Kanununun 188 inci maddesinin ikinci fıkrasının başında kullanılan "Ticarî muamelesinde satıcı" şeklindeki ibare, Tasarıda "Satıcı borcunu ifa etmezse" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, menfaatler durumunda farklılık olmadığı gözetilerek, âdi satışlarda da satıcının temerrüdü hâlinde, alıcıya, somut yönteme göre hesaplanacak zararını satıcıdan isteme hakkı tanınmıştır."*.

[179] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 4; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 9; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 2; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 1; **Aral/Ayrancı,** s. 108; **Eren,** Borçlar Özel, s. 74. Benzer yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 396, 397.

[180] Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 394.

alacaklının uğradığı diğer müspet zarar kalemlerinin akıbeti belirlenmelidir. Kanaatimizce alacaklının somut veya soyut yönteme başvurması, onun genel hükümlere göre diğer müspet zarar kalemlerini talep etmesini engellemez. Örneğin, A, B'den 10.000 TL bedelle bir buzdolabı satın almış, B'nin temerrüdü sonucunda aynı buzdolabını başka bir yerden 11.000 TL'ye alabilmiştir. Burada somut yönteme göre alacaklının zararı 1.000 TL'dir. Ancak alacaklının müspet zararı bundan ibaret olmayabilir. Örneğin, A buzdolabını başka birine satıp elde edeceği kârdan yoksun kalmış veya ikame alımı yapana kadar üçüncü kişiye edimini ifa edemediği için ona tazminat ve ceza koşulu ödemiş ya da ihtar ve bildirim gibi fazladan masraflar yapmış yahut edimi saklamak için kiraladığı yere temerrüt süresince fazladan kira bedeli ödemiş olabilir. Bütün bu zarar kalemleri, alacaklının müspet zararının birer parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeple, somut veya soyut yöntem uygulandığında alacaklının müspet zararının tamamı karşılanmış olmamaktadır. Alacaklının, somut veya soyut yöntemi tercih ettiği için uğradığı diğer müspet zarar kalemlerine katlanmasını beklemek isabetli olmaz. Bu sebeple, alacaklı diğer zararlarını genel hükümlere göre talep edebilmelidir[181].

Doktrinde, somut yöntemin ifa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesine yönelik olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, somut yöntem her ne kadar fark yöntemiyle ilgili olsa da edimin değerinin belirlenmesi bakımından fark ve mübadele yöntemi arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu sebeple, mübadele yönteminin uygulanmasında TBK m. 213/II (OR Art. 191/II)'de öngörülen somut yönteme göre edimin değerinin belirlenmesi mümkündür[182]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, TBK m. 213/II'de düzenlenen somut yöntem, ifa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesini değil,

[181] Aynı yönde bkz. **Schmid/Stöckli,** N. 244; 246; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 13, 17, 18.

[182] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 240; **Havutçu,** s. 115.

edimin değeri sebebiyle uğranılan zararın belirlenmesini ifade eder. Bu zarar belirlenirken edimin değeri ikame alımdaki bedele göre tespit edilmektedir. Yani edimin değerinin ikame alıma göre belirlenmesi somut yöntemin yalnızca bir safhasıdır. Aradaki ayrımın gözden kaçırılmaması gerekir[183].

Doktrinde haklı olarak, somut ve soyut yöntemin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanabileceği kabul edilmektedir[184]. Bu bakımdan, örneğin, kira sözleşmesinde kiralananın teslim edilmemesi üzerine bir benzerinin daha yüksek bedelle kiralanması hâlinde somut

[183] Mübadele yönteminde edimin değerinin başka bir işlemdeki bedele göre belirlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak, edimin değerinin bu şekilde belirlenmesi, somut yöntemin uygulandığı anlamına gelmez. Zira mübadele yönteminde ifa edilmeyen edimin değerinin, doğrudan sözleşmede belirlenen değere veya başka bir sözleşmede aynı edim için ödenen bedele ya da piyasa fiyatına göre belirlenmesi ile fark yönteminin bir uygulaması olan somut yöntem birbirinden farklıdır. Gerçekten, somut yöntem tam anlamıyla fark yönteminin bir uygulamasıdır. Şöyle ki, somut yönteme göre, edimin zamanında ifa edilmemesi neticesinde, alıcının üçüncü bir kişiden ikame alım yapmak için ödediği bedel ile sözleşme gereğince ödeyecek olduğu bedel arasındaki fark, onun zararı olarak belirlenmektedir. Bu bakımdan, satıcı edimi zamanında ifa etseydi alacaklının bu iki bedel arasındaki fark kadar zarara uğramayacağı farz edilmektedir. Bu sebeple, somut yöntemde satıcı, kendi ediminin yerine geçen tazminat ödeme borcunda zararın tamamını değil, ikame alımda o edim için ödenen bedel ile alıcının edimi arasındaki farkı tazmin etmektedir. Bu arada alıcı da satıcıya kendi edimini ifa etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu durum tipik bir fark yöntemi uygulamasıdır. Oysa mübadele yönteminde, satıcının ediminin yerine geçen müspet zararı tazmin etme borcunu yerine getirmesi, buna karşılık alıcının da kendi edimini satıcıya ifa etmesi zorunludur. Kanaatimizce, mübadele yönteminin niteliği gereği bir "ikame" alımdan bahsedilmesi de yerinde değildir. Bu husus satış sözleşmesinde alıcının edimi para borcu olduğu için çok göze batmasa da örneğin bir trampa sözleşmesinde çarpıcı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Özellikle, alacaklının ediminin parça borcu olduğu bir trampa sözleşmesinde, hem bir ikame işlem yapması hem de ilk sözleşmede zararının mübadele yöntemine göre hesaplanmasını isteyerek edimini ifa etmesi işin mantığına aykırıdır. Satıcının ediminin değerinin benzer başka bir işlemdeki bedele göre belirlenmesi ile TBK m. 213/II'de ifadesini bulan somut yöntem birbirinden farklı meselelerdir. Mübadele yönteminde ifa edilmeyen edimin değerini başka bir işlemdeki bedele göre belirlemek mümkündür. Ancak, bunun için, TBK m. 213/II'de düzenlenen somut yönteme dayanılmasına gerek de imkân da bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. yuk. dn. 131.

[184] **Lemp,** s. 171, 172; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 863; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 520, 521; **Havutçu,** s. 116; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 7; **Akıncı,** Temerrüt s. 184, 185; **Kurt,** Temerrüt, s. 269 vd.

yöntem uygulanabilir[185]. Benzer şekilde, hizmet sözleşmesinde hizmet zamanında sunulmadığı için üçüncü bir kişiden hizmetin daha yüksek bedelle alınması veya eser sözleşmesinde eserin zamanında teslim edilmemesi sebebiyle daha yüksek bedelle başka bir yükleniciyle anlaşılması hâllerinde somut yöntemin uygulanması mümkündür[186]. Bu açıdan bakıldığında, imkânsızlık veya ifa yerine müspet zarar talebinde zarar genel hükümlere göre belirlenirken, edimin değerinden kaynaklanan zararın tespitinde somut veya soyut yöntemin kullanılmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır.

b. Satıcının Temerrüdü Hâlinde

Satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü hâlinde, alıcıya zararının fark yönteminin birer uygulaması olan somut veya soyut yönteme göre hesabını talep etme imkânı tanınmıştır. Gerçekten, TBK m. 213/II ve III'e göre, alıcı sözleşmedeki bedel ile ikame alım için dürüstlük kuralına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Satılanın borsa veya piyasa fiyatı varsa, alıcı ikame alım yapmadan doğrudan bu fiyat ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkı zarar olarak isteyebilir. Somut ve soyut yöntem, alıcının ifa edilmeyen edimin değerinden kaynaklanan zararının hesabını amaçlamaktadır. Bu hesap, somut yöntemde alıcının edim konusunu başka bir yerden tedarik etmek için ödediği bedel ile sözleşmedeki bedel arasındaki farka göre yapılmaktadır. Buna karşılık soyut yöntemde, alıcının böyle bir ikame işlem yapmasına gerek kalmadan, doğrudan edimin piyasa veya borsa fiyatı ile sözleşmedeki bedel karşılaştırılmaktadır. Her iki yöntem de alıcıya, ifa edilmeyen edimin değeri bakımından uğradığı zararın ispatı açısından genel hükümlere kıyasla kolaylık sağlamaktadır. Bu husus soyut yöntemde daha

[185] **Lemp,** s. 172; **Havutçu,** s. 116.

[186] **Lemp,** s. 172; **Havutçu,** s. 116; **Akıncı,** Temerrüt, s. 185.

belirgindir[187]. Tekrar belirtmek gerekir ki alıcının bu hükümlere başvurması zorunlu değildir. Gerçekten, alıcı dilerse zararının genel hükümlere göre hesaplanmasını isteyebilir. Diğer taraftan, alıcının edimin değerinin dışındaki zararları zaten genel hükümlere göre hesaplanır. Aşağıda, satıcının temerrüdünde önce somut yöntem, daha sonra soyut yöntem açıklanmıştır.

aa. Somut Yöntem

Satıcının temerrüdü hâlinde TBK m. 213/II'de düzenlenen somut yöntem (*konkrete Schadensberechnung*), alıcının sözleşmenin konusu olan satılanı başka bir yerden ikame alım (*Deckungskauf*) yoluyla temin ettiği hâllerde uygulanır[188]. Zararın somut yönteme göre belirlenmesi, alıcının ifa edilmeyen edimin değerine olan menfaatini, yani onun edime olan asgari menfaatini hesap etmeye yarar[189]. Adından da anlaşılacağı gibi, bu yöntemde somut bir zarar hesabı yapılmaktadır. Gerçekten somut yöntemde, alıcının, satıcının ifa etmediği edimi elde etmek için somut olarak yaptığı ikame alımda dürüstlük kuralına uygun olarak ödediği bedel ile ifa edilmeyen sözleşmede ödemesi gereken bedel arasındaki fark dikkate alınmaktadır[190]. Somut

---

[187] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 22; **Aral/Ayrancı,** s. 108.

[188] Viyana Satım Sözleşmesinde de somut yöntem düzenlenmiştir. Nitekim CISG m. 75'e göre, sözleşmeden dönülmesi hâlinde, dönmeden itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde ikame alış veya satış yapması durumunda, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ikame işlemdeki bedel arasındaki fark tazminat olarak talep edilebilir. Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, (Schwenzer),** Art. 75, N. 1 vd.; **Atamer,** CISG s. 433 vd.; **Yılmaz,** s. 198 vd.; **Zeytin,** CISG, s. 310 vd.

[189] **Havutçu,** s. 115; **Gündüz,** s. 395.

[190] **Schmid/Stöckli,** N. 243; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 863; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 515; **Tandoğan,** I/1, s. 140; **Feyzioğlu,** BÖ, s. 183; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 164; **Aral/Ayrancı,** s. 108; **Eren,** Borçlar Özel, s. 74, 75; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 394, 395; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 103, 104; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 14.

"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 (iki ihale arasındaki fark) onun müsbet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. Davacı idare, 18.750 kg incir için davalıya 4.757 lira ödeyecekken davalının edimini yerine getirmemesi nedeniyle aynı miktar kuru inciri 7.875 liradan almak zorunda kalmıştır;

yöntemde alıcı üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmede bedel ödediği için artık temerrüde düşen satıcıya sözleşmedeki bedeli ödemez[191]. Alıcının sözleşmeye göre ödemesi gereken bedel, artık yalnızca zararın hesabında kullanılan bir hesap kalemi hâline gelir. Bu husus somut yöntemin fark yönteminin bir uygulaması olduğunun açık bir göstergesidir.

TBK m. 213/II'de alıcının ikame alımını (*Deckungskauf*), nerede, ne zaman veya hangi şartlar altında yapması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hükümde ikame alımın dürüstlük kuralına uygun olarak yapılması aranmıştır. Bu konuda önceden tüm hâlleri kapsayan bağlayıcı kıstaslar koymak mümkün değildir. Ancak, alıcının ikame alımı yaparken, yalnızca kendi menfaatini değil, satıcının menfaatini de gözetmesi gerektiği söylenebilir[192]. Bu bakımdan, alıcı ikame işlemi yaparken gerekli özeni göstermeli, ifa yer ve zamanındaki şartlara göre satıcıya en az zarar verecek şekilde, mümkün olduğu kadar makul şartlarda ve fiyatta alım yapmalıdır[193]. Bununla birlikte, alıcıdan malı en makul şartlarda nasıl alabileceği konusunda uzun uzadıya araştırmalar yapması beklenmemelidir[194]. Bu bakımdan, alıcının kendi işlerinde göstermesi gereken özene göre hareket etmesi yeterlidir. Diğer taraftan, ifa edilmeyen sözleşmedekiyle aynı koşullarda ikame alım yapılmasını her olayda aramak hayatın olağan akışına aykırıdır. Gerçekten çoğu zaman, sözleşmenin diğer şartları sebebiyle aynı mala ödenen bedelde bir farklılık oluşur. Bu sebeple,

---

işte müsbet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.". HGK, 17.01.1990 T., 1989/392 E., 1990/1 K. (HukukTürk).

[191] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 516; **Tandoğan,** I/1, s. 141; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 163; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 4.

[192] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 9; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 103.

[193] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 18; **Tandoğan,** I/1, s. 140; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165; **Aral/Ayrancı,** s. 108, 109; **Eren,** Borçlar Özel, s. 75; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 103, 104; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 16; **Havutçu,** s. 117.

[194] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 34; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 4; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 16.

hâkim, ifa edilmeyen sözleşme ile ikame alıma ilişkin sözleşmeyi karşılaştırırken, bu tür farklılıkların yalnızca dürüstlük kuralına göre makul görülemeyecek kısmını hesaba katmamalıdır[195].

Kural olarak, ikame mal satıcının ifa etmediği edimle aynı cins ve kalitede olmalıdır. Bununla birlikte, alıcı daha iyi kalitede bir mal almışsa tazminatın hesabında bunun fiyatından bir indirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir[196]. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde, aynı kalitede bir malın alınması için ödenmesi gereken bedel dikkate alınarak, meselenin tazminatın hesabında değil zararın hesabı aşamasında çözülmesi de mümkündür[197]. Buna karşılık, dürüstlük kuralına göre alıcının daha iyi kalitedeki malı satın alması haklı görülebiliyorsa tazminattan bir indirim yapılmamalıdır. Örneğin, alıcı piyasada aynı kalitede mal kalmadığı için mecburen daha iyi kalitede mal almışsa durum böyledir[198]. Benzer şekilde, alıcının aynı kalitedeki malı satın almasının maliyeti, seyahat ve nakliye gibi masraflar sebebiyle iyi kalitedeki malla aynı fiyata geliyorsa, bu hâlde de tazminattan indirim yapılmaması yerinde olur[199]. Yine, alıcının üçüncü kişiye olan borcunu ifada temerrüde düşmemek için veya mala acil ihtiyacı olduğu için daha iyi kalitede mal almış olması haklı görülebiliyorsa tazminattan indirime gidilmemelidir[200]. Diğer taraftan, alıcı böyle hâllerde farklı kalitede bir mal almak zorunda kalmış ve bu sebeple borçlu olduğu

---

[195] Benzer yönde bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 34, 38; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 863; **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 112; **Tandoğan,** I/1, s. 141; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165.

[196] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 37; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 13, **Tandoğan,** I/1, s. 141; **Aral/Ayrancı,** s. 109; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104.

[197] Aynı yönde bkz. **Nomer/Engin,** m. 213, N. 16. *"Alıcı ikâme alımında, çeşidi ile belirtilen şey söz konusu ise, orta vasıfta şey alabilir; daha yüksek vasıfta almışsa satıcı orta vasıftaki şeyin rayiç bedeliyle ifa edilmeyen akitteki bedel arasındaki farkın tazminini isteyebilir."*. HGK, 14.01.1970 T., 966-T E., 1024 K. (**Tandoğan,** I/1, s. 141, dn. 33'ten naklen).

[198] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 21.

[199] **Tandoğan,** I/1, s. 141. Benzer yöne bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 37.

[200] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 13; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 17.

üçüncü kişiye tazminat ödemişse, bundan doğan zararını genel hükümlere göre talep edebilir[201].

Alıcı, kural olarak ikame alımı satıcının temerrüdü üzerine yapmalıdır. Bununla birlikte, ileride malın tedarikinin zorlaşacağının öngörülebildiği hâllerde, tedbiren vadeden önce yapılmış bir ikame alımın bile zarar hesabında dikkate alınabileceği kabul edilmektedir[202]. Zira bu durumda alıcı zararı azaltma külfetine uygun hareket etmiş kabul edilmelidir. Diğer taraftan, ikame alım satıcının temerrüdü sebebiyle yapılmış olmalıdır. Bu bakımdan, satıcının temerrüdü ile ikame işlem yapılması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Edim zamanında ifa edilseydi bile alıcının ikame alım olarak gösterilen işlemi yapacağının ispatlandığı hâllerde, bu işlem somut yöntemin uygulanmasında dikkate alınmaz[203].

Alıcının, ikame alımı edimin ifa edilmesi gereken günden sonra fazla gecikmeden, makul bir süre[204] içerisinde yapması gerekir[205]. Temerrüt bakımından makul süre, satıcının ek süre içerisinde hâlâ edimi ifa yetkisi olduğu için, kural olarak ifadan vazgeçmeden sonrası için dikkate alınmalıdır[206]. Bununla birlikte, haklı sebepler varsa temerrüt anı ile ifadan vazgeçme anı arasında yapılan ikame alım da dikkate alınabilir. Örneğin, satıcının edimini ifa etmeyeceği önceden öngörülebiliyorsa durum böyledir[207]. Alıcı ikame alımı makul kabul edilemeyecek bir süre geciktirmişse, bu sebeple oluşan fiyat farklılığı bakımından ortak kusurlu

[201] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 13; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 17.

[202] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 19; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 36; **Tandoğan,** I/1, s. 140. BGE 43 II 179, 180; 44 II 516.

[203] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 33; **Havutçu,** s. 117.

[204] Krş. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 19; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 10.

[205] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 36; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 863; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 16.

[206] Aynı yönde bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 36; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 19; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 10; **Havutçu,** s. 117; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 16.

[207] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 36; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 11.

sayılabilir[208]. Ayrıca, alıcının spekülatif amaçlarla, oluşacak fiyat farkından yararlanmak için ikame alımı geciktirdiği hâllerde, makul sürede alım yapılsaydı ödenecek olan bedeli aşan kısım zararın hesabında dikkate alınmamalıdır[209].

İkame alımın dürüstlük kuralına uygun yapılması şartının bir gereği de malın mümkün olduğu ölçüde, satıcının edimini teslim edeceği yerde temin edilmesidir. Bu imkân dâhilinde değilse, alıcı malı mümkün olduğu kadar elverişli şartlarla alabileceği başka bir yerden temin etmelidir[210]. Bununla birlikte, alıcıdan bu hususta uzun bir süre araştırma yapması beklenmemelidir. Alıcının iş tecrübesine göre hareket etmesi yeterli kabul edilmektedir[211]. Bu bakımdan alıcının ikame alımı yaparken kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi gerekir. Diğer taraftan, teslimat yerinde ikame alım mümkün olsa bile, alıcı şeyi daha iyi şartlarda alım yapabileceği başka bir yerden alabilir[212].

TBK m. 213'te, alıcının ikame alım için "ödediği bedel" ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte, söz konusu ifade tarzı, ikame alıma ilişkin sözleşmenin mutlaka ifa edilmiş olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Aksine, ikame alıma ilişkin sözleşmenin yapılmış olması yeterlidir. Gerçekten, ikame alım sözleşmesi henüz ifa

---

[208] **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 112. Aynı yönde bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 515. Bu sebeple bedelin fazladan ödenen kısmına alıcının katlanması gerektiği yönünde bkz. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 19. *"Bunun sonucu olarak alıcı davacının talep edebileceği miktar, makul süre içerisinde yapacağı 2. alım fiatı ile sözleşme fiatı arasındaki fark olacaktır. Bilirkişi raporunda davacının ibraz ettiği faturalardaki fiatlar esas alınmıştır. Davanın hâlli için mahkemece akdin feshinden makul bir süre sonra malzemenin alınabileceği tarihteki rayiç değerler tesbit ettirilip, o fiatla sözleşmedeki fiyat arasındaki farkın tahsiline karar vermek gerekirken, çok zaman sonra satın alınan ve fiatları yükselen malzemenin fatura değerlerinin esas alınması doğru bulunmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir."* 11. HD, 01.05.1989 T., 1988/5608 E., 1989/2721 K. (HukukTürk).

[209] Benzer yönde bkz. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 19; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 4. Krş. **Tandoğan,** I/1, s. 140.

[210] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 35; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 12; **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 112; **Tandoğan,** I/1, s. 140; **Aral/Ayrancı,** s. 109.

[211] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 35; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 20; **Aral/Ayrancı,** s. 109.

[212] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 35; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 12.

edilmemiş olsa bile zararın hesabında bu sözleşmedeki bedel dikkate alınabilir[213]. İkame alım sözleşmesinin yapıldığını ispat yükü alıcıdadır; sözleşmenin ifa edilmiş olması ispat bakımından kolaylık sağlar. Buna karşılık, satıcı sözleşmenin muvazaalı olduğunu iddia ediyorsa bunu ispat etmekle yükümlüdür[214].

Kural olarak alıcının ikame alım yaparken dürüstlük kuralına uygun davrandığı kabul edilir. Bu bakımdan alıcının bu hususta ispat külfeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, alıcının dürüstlük kuralına aykırı davrandığını iddia eden satıcı, bunu ispatla yükümlüdür[215]. Diğer taraftan, alıcının ikame alımı yaparken dürüstlük kuralına uygun davranmadığının ispatı, bu işlemin hiç dikkate alınmamasını gerektirmez. Böyle bir ihtimalde, ikame alım için ödenen bedelin dürüstlük kuralına uygun olmayan kısmı zararın hesabına katılmaz[216].

Alıcının zararının somut yönteme göre hesaplanması, yaptığı ikame alımın ifa edilmeyen sözleşmedeki bedelden daha yüksek olduğu varsayımına dayanır. Gerçekten, alıcı, edimin değeri bakımından, yalnızca ikame alımda daha fazla bedel ödemişse zarara uğramıştır. Buna karşılık, alıcının ikame malı daha düşük bir bedelle tedarik etmiş olması mümkündür. Örneğin, alıcı ilk sözleşmede 10.000 TL bedel ödeyeceği buzdolabını, ikame alım zamanında bir indirimden yararlanarak 9.000 TL'ye almış olabilir. Böyle bir ihtimalde, alıcı edimin değerinden kaynaklı bir zarara

---

[213] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 39; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 17; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 7; **Tandoğan,** I/1, s. 140; **Aral/Ayrancı,** s. 109; **Eren,** Borçlar Özel, s. 75; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 15; **Havutçu,** s. 117. BGE 81 II 53.

[214] **Tandoğan,** I/1, s. 140, 141; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104.

[215] **Tandoğan,** I/1, s. 140; **Havutçu,** s. 118; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104. Aksi görüşte bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 112.

[216] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 34; **Tandoğan,** I/1, s. 140; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 18; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165; **Aral/Ayrancı,** s. 109; **Eren,** Borçlar Özel, s. 75; **Havutçu,** s. 118. Bir görüşe göre, ikâme işlem TBK m. 213/II'nin gerekliliklerini karşılamadığı için somut yöntem hesabında kullanılamıyor olsa bile, zararın genel ilkelere göre belirlenmesinde yol gösterici olarak dikkate alınabilir. Bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 40.

uğramadığı için, somut yönteme göre satıcıdan tazmin edilmesi gereken bir zarar bulunmamaktadır[217].

Doktrinde bir görüş, alıcının ikame alım için ödediği bedel dışında, yaptığı tüm gerekli masrafların da somut yöntemin uygulanmasında hesaba katılacağını savunmaktadır[218]. Buna örnek olarak, alıcının ikame alım sözleşmesi yapmak amacıyla yürüttüğü araştırmalar için yaptığı masraflar ile sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar gösterilmektedir[219]. Alıcının ikame işlem yaptığında edime ödediği bedel dışında bazı masraflar da yapacağı ve bunların müspet zarar olarak talep edilebileceği doğrudur. Ancak, söz konusu masrafların TBK m. 213/II kapsamına girdiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Gerçekten, öncelikle TBK m. 213/II hükmünün lafzı buna izin vermemektedir. Zira söz konusu düzenlemede, somut yöntem hesabında yalnızca ikame şeyi almak için ödenen bedelden bahsedilmektedir. Diğer taraftan, işin doğası gereği somut yöntem hesabına bu masrafları dâhil etmek uygun değildir[220]. Nitekim somut yönteme göre zarar hesabında yalnızca sözleşmedeki bedel ile ikame alımdaki bedel karşılaştırılmaktadır. Bu bakımdan, somut yöntem yalnızca edimin değerine ilişkin zararın belirlenmesini amaçlamaktadır. Alıcının ikame işlem sebebiyle yaptığı diğer masraflar ise somut yöntem hesabına dâhil değildir. Bu masraflar birer müspet zarar kalemi olarak genel hükümlere göre talep edilir[221].

---

[217] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 21; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 8; **Tandoğan,** I/1, s. 141; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165; **Eren,** Borçlar Özel, s. 75. Böyle bir durumda alıcının alacağından bir indirim yapılması gerektiği yönündeki katılma imkânı bulamadığımız bir görüş için bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 113.

[218] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 239, 240; **Havutçu,** s. 116

[219] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 239, 240; **Havutçu,** s. 116.

[220] Esasen bu görüşü savunan yazarların atıf yaptığı *Lemp* de bu konudaki açıklamalarında, somut yönteme göre hesaplanan zarardan ayrı olarak ikâme işleme ilişkin masraflardan bahsetmektedir. Bkz. **Lemp,** s. 151, 152.

[221] Aynı yönde bkz. **Nomer/Engin,** m. 213, N. 17, 18; **Yıldız,** s. 215; **Gündüz,** s. 400.

Örneğin, kuruyemiş toptancısı A, S'den 10.000 TL bedelle 15.01.2022 tarihinde teslim edilmek üzere bir ton fıstık satın almış, Ü ile de bu fıstıkların 12.000 TL karşılığında satışını ve 16.01.2022 tarihinde teslimini kararlaştırmıştır. A ile Ü arasındaki sözleşmede, fıstıklar geç teslim edilirse günlük 250 TL ceza koşulu ödeneceği kararlaştırılmıştır. S'nin edimini belirlenen vadede ifa etmemesi üzerine, A gecikmeksizin aynı kalitede fıstık temin edebilmek için araştırmalara girişmiş, ancak piyasa şartları sebebiyle bir ton fıstığı 11.000 TL bedel ödeyerek 26.01.2022 tarihinde teslim alabilmiş ve aynı gün Ü'ye borcunu ifa etmiştir. Bu arada A'nın, ikame alımı yapabilmek için giriştiği araştırmaların ve bu sözleşmeyi kurmak için yaptığı masrafların toplamı 300 TL'dir. A, S'den TBK m. 213/II gereğince zararını talep ederse, ikame fıstık alımında ödediği bedel olan 11.000 TL ile ilk sözleşmede belirlenen bedel olan 10.000 TL arasındaki fark, yani 1.000 TL, onun somut yönteme göre zararıdır. Somut yöntemin faydası, A'ya zararının varlığını ve miktarını ispat etmek bakımından sağladığı kolaylıktır. Gerçekten A, ikame alımın varlığını ispatlayarak, aradaki farkı zarar olarak pratik bir şekilde elde eder. Bununla birlikte bu olayda A'nın zararı söz konusu 1.000 TL'den ibaret değildir. Zira 1.000 TL A'nın yalnızca edimin değerinin artmasından kaynaklanan zararıdır. Bunun yanında A, Ü ile yaptığı sözleşmede edimini zamanında ifa edemediği için 2.500 TL ceza koşulu ödemek zorunda kalmış, fıstıkları Ü'ye satarak elde edeceği kârın 1.000 TL'sinden yoksun kalmış[222] ve ikame alımı yapabilmek için 300 TL masraf yapmıştır. Bunların

[222] Müspet zarar kalemlerinin birbiriyle çakıştığı hâller bulunabilir. Örneğin, bu olayda A'nın somut yönteme göre ikâme alımdan doğan zararı olarak talep ettiği 1.000 TL'yi, yoksun kaldığı kâr olarak talep etmesi de mümkündür. Zira satıcı edimini zamanında ifa etseydi (12.000-10.000) 2.000 TL kâr elde edecekken, ikâme alım sonucu (12.000-11.000) 1.000 TL kâr elde edebilmiştir. Ancak, böyle hâllerde alacaklının tazminatla zenginleşmemesine özellikle dikkat etmek gerekir. Zira 1.000 TL hem yoksun kalınan kâr olarak, hem de ikâme alımdan doğan zarar olarak tazmin edilirse, alacaklının malvarlığı zamanında ifaya nispetle 1.000 TL daha fazla artmış olur. Bu sebeple, zararın hesabında 1000 TL, ya yalnızca yoksun kalınan kâr olarak, ya da yalnızca ikâme alımdan doğan zarar olarak hesaba katılmalıdır.

hepsi A'nın müspet zararının birer kalemi niteliğindedir. Ancak, bunların TBK m. 213/II kapsamında somut yöntem hesabıyla tazmin edilmesi mümkün değildir. A, bu zararlarını genel hükümlere göre ispat ederek talep etmelidir.

bb. Soyut Yöntem

TBK m. 213'te alıcıya tanınan diğer imkân, edimin değerinden kaynaklanan zararın soyut yönteme (*abstrakte Schadensberechnung*) göre hesabıdır. Gerçekten, TBK m. 213/III'e göre, alıcı, malın borsa veya piyasa fiyatının bulunduğu hâllerde ikame alım yapmaksızın ifa günündeki piyasa fiyatı ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir[223].

Fark yönteminin başka bir uygulama şekli olan soyut yönteme göre zararın hesabında, alıcının fiilen bir ikame alım yapmasına gerek bulunmamaktadır[224]. Gerçekten, soyut yöntemde ikame bir alımda ödenen bedel değil doğrudan piyasa fiyatı dikkate alınmakta, bu fiyattan, sözleşmeye göre alıcının ödemesi gereken bedel düşülerek zarar hesaplanmaktadır. Bununla birlikte, fark yönteminin bir uygulaması olduğu için, soyut yöntemde alıcı kendi edimini ifa etmemekte, bu edim yalnızca zararın hesabındaki karşılaştırmada bir unsur olarak kullanılmaktadır.

Soyut yöntemin uygulanabilmesi için ön şart, malın borsada kayıtlı olması veya piyasada fiyatının bulunmasıdır. Borsa veya piyasa fiyatı, borsa ya da pazarda

[223] CISG m. 76'da, sözleşmeden dönüldüğü ve satış konusu malların cari fiyatının bulunduğu hâllerde, ikâme alış veya satışa gerek olmaksızın, sözleşmedeki bedel ile sözleşmeden dönüldüğü tarihteki cari fiyat arasındaki farkın talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, (Schwenzer),** Art. 76, N. 1 vd.; **Atamer,** CISG s. 436 vd.; **Yılmaz,** s. 204 vd.; **Zeytin,** CISG, s. 314 vd.

[224] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 41; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 2, 16; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 22; **Schmid/Stöckli,** N. 246; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 5; **Beobachter/Christen,** s. 198; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 864; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 516; **Tandoğan,** I/1, s. 142; **Feyzioğlu,** BÖ, s. 183; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165; **Aral/Ayrancı,** s. 110; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 395; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 105; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 19.

ortalama bir değer üzerinden alınıp satılan malların, objektif fiyatını ifade eder[225]. Başka bir tanıma göre piyasa fiyatı (cari fiyat), belirli cinsteki malın, belirli bir ticari çevrede düzenli olarak yapılan alışverişlerinde arz ve talebe göre oluşan ve belirli bir zamanda geçerli olan fiyatıdır[226]. Borsa da aslında bir piyasa veya piyasanın alt türüdür[227]. Piyasa fiyatının kabulü için, o malın fiilen alınıp satıldığının ispatlanması gerekmez, malın satın alınabileceği belirli bir fiyatının bulunması yeterlidir[228]. Diğer taraftan satıcı veya alıcının kişiliğine bağlı etkenlerin rol oynadığı fiyatlar ile tamamen keyfi olarak belirlenen fiyatlar piyasa fiyatı olarak kabul edilmez[229]. Doktrinde haklı olarak, soyut yöntemin taşınmazlar ve sanat eserleri bakımından uygulanmasının oldukça zor ve çoğu zaman imkânsız olabileceği ifade edilmektedir[230].

TBK m. 213/III'e göre piyasa fiyatının tespitinde belirlenmiş ifa günündeki fiyat dikkate alınır[231]. Bu ifadeden, ifa talebinin ortadan kalktığı zamanın anlaşılması

---

[225] **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 6; **Feyzioğlu,** BÖ, s. 183; **Eren,** Borçlar Özel, s. 75, 76; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 23. BGE 89 II 214 E. 5.

[226] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 44; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 19; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 517; **Tandoğan,** I/1, s. 142; **Aral/Ayrancı,** s. 110; **Gümüş,** s. 45; **Yılmaz,** s. 206.

[227] **BK OR-Becker,** Art. 191, N. 7; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 19; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76; **Gümüş,** s. 45. Borsa, tacirlerin belirli zamanlarda kolayca paraya çevrilebilen belli mallar, özellikle mislî şeyler ve menkul kıymetler üzerinde alışveriş yaptıkları kanunla özel şekilde örgütlenmiş pazarlardır. Bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 47; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 517; **Tandoğan,** I/1, s. 142.

[228] **BK OR-Becker,** Art. 191, N. 6; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 44; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 517; **Tandoğan,** I/1, s. 142; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 23. BGE 78 II 432; 81 II 50.

[229] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 45; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 20; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 8; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 517; **Tandoğan,** I/1, s. 142; **Aral/Ayrancı,** s. 110.

[230] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 45; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 19; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 8; **Tandoğan,** I/1, s. 142; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76; **Gümüş,** s. 45. Fiyatı meraklıların o şeye sahip olma isteklerinin yoğunluğuna bağlı olan sanat eserlerinin, piyasa fiyatı bulunmayan malların tipik örneği olduğu yönünde bkz. BGE 89 II 220, 221.

[231] *"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*

gerekir[232]. Belirli vadeli ticari satışlarda, satıcının temerrüdü hâlinde alıcının aynen ifadan vazgeçerek müspet zarar talep ettiği yönünde bir karine öngörülmüştür (TBK m. 212/II). Bu bakımdan ticari satışlarda piyasa fiyatı belirlenmiş olan vadeye göre tespit edilir. İfa için bir süre öngörülmüşse, bu sürenin son günü dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, adi satışlarda ve genel hükümlere göre temerrüt sebebiyle müspet zarar talep edildiğinde, vadedeki piyasa fiyatını tespit etmek yerinde olmaz. Bu hâllerde, alıcının (alacaklının) ifadan vazgeçtiği günün dikkate alınması daha isabetli olur[233]. Bununla birlikte, söz konusu hâllerde kesin vade belirlenmiş ise yine vade dikkate alınmalıdır. Diğer taraftan, soyut yönteme göre piyasa fiyatı belirlenirken ifa yeri veya malın satın alınabileceği ifa yerine en yakın yerdeki piyasa fiyatı dikkate alınmalıdır[234].

Malın piyasa fiyatının bulunmadığı hâllerde alıcının zararının soyut yönteme göre hesaplanıp hesaplanamayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, malın piyasa fiyatı yoksa soyut yöntem uygulanmamalıdır[235]. Böyle hâllerde kural olarak alıcı ikame alım yapmalı ve somut yöntem uygulanmalıdır. Ancak, ikame alımın makul olmadığı hâller farklıdır. Buna karşılık, kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre malın arz talep dengesi içinde oluşmuş bir piyasa fiyatı bulunmasa

gündeki bayındırlık bakanlığı birim fiyatlarına göre hesaplanması gerekir.". 13. HD, 20.10.1987 T., 1987/3550 E., 1987/4999 K. (HukukTürk).

[232] **Lemp,** s. 177, 178; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 48; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 21; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 24. BGE 43 II 356; 45 II 290. Krş. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 27.

[233] Aynı yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 191, N. 6; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 243; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 48; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 21; **Havutçu,** s. 126; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 25.

[234] **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 49; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 21; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **Havutçu,** s. 126. Krş. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 30.

[235] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 16, 20. Ortalama bir satılabilirlik veya satın alınabilirlik fiyatının belirlenmediği hâllerde soyut yöntemin uygulanamayacağı görüşü için bkz. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 29.

bile, objektif olarak bir satış değerinin bulunması yeterlidir[236]. Zira malın henüz bir piyasa fiyatının bulunmaması, onun ekonomik bir değer taşımadığı anlamına gelmez. Bu bakımdan malın istenildiği zaman satılabileceği bir değerinin olması yeterli kabul edilmelidir. Böyle hâllerde hâkim TBK m. 50/II'ye göre takdir yetkisi çerçevesinde malın fiyatını tespit edebilir[237]. Diğer taraftan alıcının soyut yönteme başvuramaması, zorunlu olarak somut yönteme başvurması gerektiği anlamına gelmez. Alıcı ikame alım yapmadığı hâllerde her zaman genel hükümlere göre zararının hesaplanmasını talep edebilir[238].

Soyut yöntemde alıcı ikame alım yapmakla yükümlü değildir. Alıcının genel olarak da böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple, hâkim görüşe göre, satıcı, alıcının ikame alım yaparak şeyi daha ucuza tedarik edebileceği gerekçesiyle soyut yöntemin uygulanmasına karşı çıkamaz[239]. Diğer taraftan, alıcı, malın piyasa fiyatı bulunsa bile soyut yönteme başvurmayıp, genel hükümlere veya ikame alım yaparak somut yönteme göre zararını talep edebilir[240].

Soyut yöntemde zarar, piyasa fiyatı ile sözleşmedeki bedel arasındaki farka göre hesaplanmaktadır. Bu sebeple, soyut yönteme göre ancak piyasa fiyatı sözleşmedeki bedelden daha yüksekse zarar mevcuttur. Buna karşılık, piyasa fiyatının sözleşmedeki bedelden düşük olduğu hâllerde alıcının soyut yönteme göre talep edebileceği bir

---

[236] **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 6; **Havutçu,** s. 126; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 23. BGE 49 II 77, 84; 78 II 435; 81 II 50.

[237] **Tandoğan,** I/1, s. 147; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 397.

[238] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 16, 20; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 32.

[239] **BK OR-Becker,** Art. 191, N. 5; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 26; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 41; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 517; **Aral/Ayrancı,** s. 110; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 105. Diğer görüş ise alıcının ikame işlem yaparak zararı azaltabileceğinin ispatlandığı veya istisnaen kendisinden ikame alım yapmasının beklenebileceği hâllerde, zararı azaltma külfeti kapsamında alıcının ortak kusurlu sayılacağını kabul etmektedir. **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 244; **Havutçu,** s. 127.

[240] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 31; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 7; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 521; **Tandoğan,** I/1, s. 147; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 106; **Havutçu,** s. 127.

zararı yoktur. Piyasa fiyatının sözleşmedeki bedelden düşük olduğu hâllerde, satıcının zarar doğmadığını veya daha az olduğunu öne sürmesi önem arz etmektedir[241]. Diğer taraftan, soyut yöntem farazî bir zarar hesabına dayanır. Zira soyut yöntemde alıcının somut olayda gerçekte uğradığı zarar miktarı dikkate alınmamaktadır. Aksine, edim konusunun piyasa fiyatı dikkate alınarak tamamen varsayıma dayalı bir şekilde zarar hesabı yapılmaktadır. Dolayısıyla, soyut yönteme göre hesaplanan zarar miktarının, alıcının gerçekte uğradığı zarardan az veya çok olması mümkündür. Bu açıdan, alıcının gerçek zararının soyut yönteme göre hesaplanan zarardan az olduğu hâllerde ne olacağı belirlenmelidir. Satıcı alıcının zararının daha düşük olduğunu ispat edebilirse, soyut yönteme göre zarar hesaplanmaz[242]. Özellikle alıcı ikame işlem yapmış olmasına rağmen soyut yönteme başvururse, satıcı bu ikame işlem dolayısıyla zararın daha az olduğunu ispat edebilir[243].

Bir görüşe göre, TBK m. 213/III'te kabul edilen soyut yöntem, esas olarak sözleşmede kararlaştırılan bedel ile piyasa fiyatı arasındaki farkın zarar olarak kabul edilmesini değil, yoksun kalınan kârın soyut olarak hesaplanmasını amaçlar[244]. Buna göre soyut yöntem, alıcının şeyi tekrar satıp kâr elde etme amacıyla sözleşmeyi yaptığı, satıcının şeyi teslim etmeyerek alıcının bu kârdan mahrum kalmasına sebep olduğu düşüncesiyle düzenlenmiştir[245]. Bu bakımdan soyut yöntem yoksun kalınan kârın hesabında başvurulan sade ve basit bir hesaplama yönteminden başka bir şey

---

[241] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 22; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 23, 24; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76.

[242] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 22; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 23, 24; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 51; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 865; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 396.

[243] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 244; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 24; **Havutçu,** s. 127. Krş. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 51.

[244] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 23; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 17; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 5; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76.

[245] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 23; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 17; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 5; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76.

değildir[246]. Somut yöntemi düzenleyen ikinci fıkranın aksine, üçüncü fıkra satın alınabilirlik fiyatını (*Käuflichkeitspreis*) değil, tekrar satılabilirlik fiyatını (*Verkäuflichkeitspreis*) karşılaştırmayı amaçlar[247]. Yine bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, adi satışlarda tekrar satma, dolayısıyla kâr etme amacı bulunmadığından soyut yöntem bu tür satışlarda uygulanmaz[248]. Kanaatimizce, TBK m. 213/III'te alıcının edimin değerinde meydana gelen değişmeden kaynaklanan zararı hesaplanmaktadır. Gerçekten, soyut yöntemde malın sözleşmedeki bedeli ile ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki fark karşılaştırılmaktadır. Bu bakımdan, TBK m. 213/II'de düzenlenen somut yöntemde edimin değerindeki değişmeden kaynaklanan zarar alıcının fiilen yaptığı bir ikame alıma göre belirlenirken; TBK m. 213/III'te düzenlenen soyut yöntemde aynı hesap bu sefer somut bir ikame alıma göre değil, piyasa fiyatına göre yapılmaktadır. Aynı zarar kalemini farklı karşılaştırmalara göre hesaplamayı amaçlayan bu iki düzenlemeden birinin edimin değerinden kaynaklanan zararı, diğerinin ise yoksun kalınan kârı belirlediğini kabul etmek yerinde değildir. Öyle ki yazarlar görüşlerini gerekçelendirirken bir taraftan hükmün yeniden satın alınabilirlik fiyatını (*Käuflichkeitspreis*) dikkate aldığını kabul etmekte, diğer taraftan aslında yeniden satılabilirlik fiyatını (*Verkäuflichkeitspreis*) karşılaştırmayı amaçladığını belirtmektedirler. Görüşler arasındaki pratik fark şu noktada görülür:

[246] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 23; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 17; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 5; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76.

[247] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 23. Kollere göre, hükümde satın alınabilirlik fiyatı dikkate alınmaktadır. Ancak, soyut yöntemde alıcının malı tekrar satma amacı olduğu için, satılabilirlik fiyatının dikkate alınması isabetli olurdu. Yazar, soyut yöntemin yalnızca yoksun kalınan kârın hesabını amaçladığı görüşünde olmakla birlikte, TBK m. 213/III (OR Art. 191/III) hükmünde düzenlemenin farklı yapıldığını kabul etmekte ve bunu eleştirmektedir. Bu sebeple, yazara göre mevzu hukuk bakımından mevcut düzenleme karşısında sözleşmedeki fiyat ile malın yeniden satılabileceği fiyat arasındaki fark dikkate alınarak yapılacak yoksun kalınan kâr hesabının hukukî temeli bu hükme değil, zararın genel hükümlere göre belirlenmesine dayanır. Bkz. **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 17, 18.

[248] **Barth,** s. 163 vd.; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 25.

Soyut yöntemde yoksun kalınan kârın hesaplandığı kabul edilirse, ticari amaç bulunmayan alımlarda soyut yönteme başvurmak imkânsız hâle gelir. Zira ticari amacın bulunmadığı bir alımda, malın tekrar satılmasıyla elde edilecek kârdan yoksun kalındığını kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple, yukarıdaki görüşü savunan yazarlardan bir kısmı tutarlı olarak adi satışlarda soyut yöntemin uygulanamayacağını ifade derken, bir kısmı kendi görüşüyle çelişerek adi satışlarda da uygulanacağını kabul etmektedir. İsviçre hukuku bakımından, somut yönteme ilişkin ikinci fıkrada ticari satışlardan bahsedildiği ve üçüncü fıkra da onun devamı olduğu için, kanun lafzına göre soyut yöntemin ticari satışlara özgü olduğu bir nebze savunulabilir[249]. Ancak, Türk hukuku bakımından TBK m. 213'te ticari ve adi satış ayrımı kaldırılmıştır. Bu bakımdan, soyut yöntem adi satışlarda uygulanabilir niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında, soyut yöntemin yoksun kalınan kârı hesapladığı kabul edilirse, hükmün adi satışlarda uygulanmasının önü kapatılmış olur.

Doktrinde bir görüş ise farklı bir gerekçeyle soyut yöntemin hem ticari hem de adi satışlarda yoksun kalınan kârı hesapladığı sonucuna varmaktadır. Buna göre, ticari satışlarda alıcının şeyi tekrar satarak kazanç elde etme amacıyla hareket ettiği varsayıldığı için, soyut yöntemde yoksun kalınan kâr hesap edilmektedir[250]. Adi satışlarda ise edim ifa edilseydi bunun alıcının malvarlığına ekleyeceği artı değer belirlenmektedir. Bu açıdan, hem ticari hem de adi satışta diğer kâr yoksunluğu hâllerinde olduğu gibi farazî hesap yapıldığı ve malvarlığının artmasına engel olunduğu için, soyut yönteme göre yoksun kalınan kâr hesaplanmaktadır[251]. Kanaatimizce bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Öncelikle adi satışlarda edim

[249] Kaldı ki İsviçre hukukunda bile soyut yöntemin ticari olmayan satışlarda uygulanmasını kabul eden görüşler bulunmaktadır. Örneğin bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 43; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 9.

[250] **Nomer/Engin,** m. 213, N. 20; **Gündüz,** s. 402.

[251] **Yıldız,** s. 217; **Gündüz,** s. 403. Bkz. ve krş. **Nomer/Engin,** m. 213, N. 21.

ifa edilse alıcının malvarlığına kazandıracağı artı değerin yoksun kalınan kâr olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Aksine, edim ifa edilseydi bunun malvarlığına ekleyecek olduğu artı değerin elde edilememesi, edimin değerinden kaynaklanan fiili zararı ifade eder. Buna gerekçe olarak sunulan, mal iktisap edilmiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum ile şimdiki durum arasındaki fark formülü de yalnızca yoksun kalınan kârın değil, fiili zararı da kapsayan toplam zararın fark teorisine göre tanımıdır. TBK m. 213'te, satıcı temerrüde düştüğü için alıcının edimin değerinde meydana gelen artış sebebiyle uğradığı zarar hesaplanmaktadır. Bu husus, ikinci fıkraya göre fiili olarak yapılan ikame alımı dikkate alan somut yöntem için geçerli olduğu gibi, üçüncü fıkraya göre farazî olarak ikame alım yapılmış gibi hesap yapılan soyut yöntem için de geçerlidir. Diğer taraftan, soyut yöntemde yoksun kalınan kâr hesabındaki gibi farazî bir hesap yapılması da doğrudan soyut yöntemin yoksun kalınan kârı hesapladığı anlamına gelmez. Adî satışlarda soyut yöntemin uygulanabilirliğini kabul etmek için burada da yoksun kalınan kârın hesaplandığı fikrine dayanmaya gerek yoktur.

Kanaatimizce, yukarıdaki görüşlerin temelinde soyut yöntemin yalnızca tekrar satmak üzere alımda yoksun kalınan kâr bakımından mümkün olduğu yönündeki kabul ile zararın soyut olarak hesabının yoksun kalınan kâra özgü olduğu varsayımı yatmaktadır. TBK m. 213/III'te ticari ve adi satış ayrımı yapılmamış, tıpkı somut yöntemde olduğu gibi, soyut yöntemin de her türlü satışta uygulanabileceği kabul edilmiştir. Somut yöntemde olduğu gibi, soyut yöntemde de alıcının yoksun kaldığı kâr değil, edimin değerinde meydana gelen artış sebebiyle uğradığı fiili zarar hesaplanmaktadır. Gerçekten, soyut yöntemde alıcının ifa edilmeyen edimi elde edebilmek için ikame bir alımda ödeyeceği bedel, onun fiilen yaptığı bir alıma göre değil de piyasada o malı alabileceği fiyata göre belirlenmektedir. Somut ve soyut yöntem arasındaki tek fark, alıcının fiilen ikame alım yapmış olmasının aranıp

aranmayacağıdır. Zararın soyut (farazî) olarak hesaplanması, yoksun kalınan kâra özgü bir durum değildir. Fiili zararın, soyut yöntemde olduğu gibi farazî (soyut) olarak hesaplanması mümkündür. Burada farazî olmaktan kasıt, alacaklının gerçekte uğradığı zararın ve miktarının ispatını aramadan, edimin ifadan vazgeçildiği gündeki piyasa değeri ile alacaklının sözleşmeye göre ödemesi gereken bedel arasındaki farkın zarar olarak farz edilmesidir. Yukarıda somut yöntemde bahsettiğimiz gibi, müspet zarar kalemlerinin birbiriyle çakıştığı hâller bulunabilir[252]. Örneğin, sözleşmedeki bedel 100 birim, piyasa fiyatı 120 birim ise alıcının soyut yönteme göre zararı 20 birimdir. Bu zarar onun edimin değerindeki artıştan kaynaklanan fiili zararıdır ve alıcının malı tekrar satma niyetinde olup olmadığından bağımsızdır. Bununla birlikte, alıcı bunu tekrar satma niyetiyle almış ve üçüncü kişiyle ayrı bir sözleşme yapılmamışsa malı 120 birime satacağı kabul edilebilir. Yani, alıcı malı zamanında iktisap etseydi 100 birimden alıp 120 birime satabileceği faraziyesinde, onun fark yöntemine göre belirlenen yoksun kalınan kârı da 20 birimdir. Görüldüğü gibi, bu örnekte alıcının TBK m. 213'e göre fiili zararı 20 birim olduğu gibi, genel olarak fark yöntemine göre yoksun kaldığı kârı da 20 birimdir[253]. Ancak bu durum soyut yöntemde alıcının yoksun kaldığı kârın hesaplandığı anlamına gelmez. Kaldı ki yoksun kalınan kârın bu şekilde hesabı da esasında doğru değildir. Zira hiçbir malın ticari amaçla alış fiyatı (toptan

[252] Bkz. yuk. dn. 222.

[253] Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi böyle hâllerde alacaklının tazminatla zenginleşmemesine özellikle dikkat etmek gerekir. Zira 20 birim hem yoksun kalınan kâr olarak, hem de soyut yönteme göre fiili zarar olarak tazmin edilirse, toplamda 40 birim zarar kabul edilir ve alacaklının malvarlığı zamanında ifaya nispetle 20 birim daha fazla artmış olur. Zira gereği gibi ifa hâlinde alıcı malı tekrar satmayacak idiyse zararı fiili zarar olarak 20 birim, tekrar satacak idiyse de zararı yoksun kalınan kâr olarak yalnızca 20 birimdir. Bu sebeple, zarar kalemlerinin çakıştığı böyle hâllerde, 20 birim ya yalnızca yoksun kalınan kâr olarak ya da yalnızca edimin değerinin artmasından doğan zarar olarak hesaba katılmalıdır.

fiyatı) ile satış fiyatı (perakende fiyatı) birbiriyle aynı değildir[254]. Öyle olsa ticari işlem yapıp kâr elde etmek, malın zamanla değerinin artması dışında mümkün olmazdı[255]. Bu bakımdan hayatın akışına uygun şekliyle, kural olarak bir malın belirli bir zamanda piyasadaki ticari amaçla alış fiyatı ile satış fiyatı birbirinden farklı olduğu için, alıcının yoksun kaldığı kâr ile soyut yönteme göre hesaplanan fiili zararı da farklı miktarda olur[256]. Soyut yöntem ve yoksun kalınan kârın hesabında ortak olan tek şey, ikisinde de farazî zarar hesabında piyasa fiyatının dikkate alınmasıdır. Ancak piyasa fiyatı, soyut yöntemde edimin ifadan vazgeçildiği gündeki değerini farazî olarak belirlemek için dikkate alınırken, yoksun kalınan kârda edimin satılabileceği fiyatın belirlenmesi amacıyla dikkate alınmaktadır.

cc. Alıcının Seçim Hakkı

Satış sözleşmesinde satıcı temerrüde düştüğünde, ifadan vazgeçip müspet zarar talep eden alıcının elinde kural olarak dört farklı imkân bulunmaktadır. Gerçekten, öncelikle alıcı TBK m. 213/II ve III'te fark yönteminin birer uygulaması olarak

[254] Soyut yöntemin yoksun kalınan kârı hesapladığını savunan görüş de bu gerçeği kabul etmektedir. Bkz. **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 17.

[255] Gerçekten, malı tekrar satmak amacıyla alan, son alıcıya göre daha ucuz bir fiyattan alır. Bu bakımdan bir malın piyasada biri alış fiyatı, diğeri satış fiyatı olmak üzere iki fiyatı vardır. Buna ticari hayatta toptan fiyat ve perakende fiyat da denmektedir. Ticari hayatta kural olarak malın zamanla kazanacağı değer değil, alış (toptan) fiyatı ile satış (perakende) fiyatı arasındaki farktan kâr elde edilir. Zira özellikle enflasyonun düşük olduğu ülkelerde malın piyasadaki satış fiyatı uzun süre değişmez.

[256] Yukarıdaki örnekte, alıcının ifa gününde malı başka bir yerden alabileceği piyasa fiyatı 118, yeniden satabileceği piyasa fiyatı 120 dersek, TBK m. 213/III anlamında soyut yönteme göre zararı 18 birim, genel olarak fark yöntemine göre yoksun kaldığı kârı ise 20 birimdir. Zaten, soyut yöntemin yoksun kalınan kârı hesapladığını savunan yazarların içine düştükleri çelişkiden kurtulmak için, TBK m. 213/III (OR Art. 191/III)'te malın satın alınabilirlik fiyatının (*Käuflichkeitspreis*) değil, yeniden satılabilirlik fiyatının (*Verkäuflichkeitspreis*) dikkate alınması gerektiğini savunmaları da bu sebepledir. Ancak bu görüşün TBK m. 213/III (OR Art. 191/III) bakımından satın alınabilirlik fiyatından toptan fiyatı anlaması (**BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 17) da yerinde değildir. TBK m. 213/III'te kural olarak malın perakende olarak piyasadan alınabileceği fiyat, ticari amaçlı alımlarda ise toptan fiyat dikkate alınmalıdır. Zira ticari amaç gütmeyen ve malı tekrar satma amacı bulunmayan birinin toptan fiyatına ikâme alım yapması çoğu zaman mümkün değildir.

düzenlenen somut yönteme veya soyut yönteme başvurabilir. Bunun yanında, alıcının zararını genel hükümlere göre mübadele yöntemine veya fark yöntemine göre talep etmesi de mümkündür. Alıcının müspet zararını talep edebileceği bu imkânlar arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekir.

Öncelikle, alıcının aynen ifa ile birlikte gecikme zararını talep ettiği veya sözleşmeden döndüğü hâllerde, soyut ve somut yöntem uygulama alanı bulmaz. Çünkü birinci hâlde alıcı borçlunun (satıcının) edimini aynî olarak elde etmektedir. Sözleşmeden dönmede ise mevzu hukuk bakımından menfi zarar talep edilebildiği için somut ve soyut yöntemlerin yeri yoktur. Zira menfi zarar talebinde, ifa menfaatinin konusu olan ifa edilmeyen edimin değerinden kaynaklanan zararın talep edilmesi mümkün değildir.

Kural olarak, ikame alım yapmış olan alıcının somut yönteme başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır[257]. Bu bakımdan, alıcı ikame alım yapmış olsa bile soyut veya somut yöntemden dilediğine başvurabilir. İkame alım yapan alıcının soyut yönteme başvurmasının farklı gerekçeleri olabilir. Örneğin, alıcı ikame işlemi ispatlayamadığı için veya ispat zorluklarıyla uğraşmamak için soyut yöntemi tercih edebilir[258]. Ancak, satıcı alıcının zararının daha düşük olduğunu ispat edebilirse, soyut yönteme göre zarar hesaplanmaz[259]. Örneğin, alıcı ikame işlemi piyasa fiyatından daha düşük bir bedelle yaptığı için soyut yöntemin uygulanmasını talep etmişse, satıcı onun zararının gerçekte daha az olduğunu ispatlayarak soyut yöntemin uygulanmasını engelleyebilir[260].

---

[257] **Lemp,** s. 180; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104. Aksi görüşte bkz. **Nomer/Engin,** m. 213, N. 27, 31.

[258] **Feyzioğlu,** BÖ, s. 184; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104.

[259] **Lemp,** s. 180, 181; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 22; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 23, 24; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 51; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 865; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 396.

[260] **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 244; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 24; **Havutçu,** s. 127. Krş. **Nomer/Engin,** m. 213, N. 27, 31. Bir görüş, kural olarak satıcının alıcının zararının daha az olduğunu ispat ederek soyut yöntemin uygulanmasını engelleyebileceğini kabul etmekte, ancak alıcının başka bir

Alıcının kural olarak ikame alım yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple, bir görüşe göre kural olarak satıcı alıcının ikame alımla şeyi daha ucuza tedarik edebileceği gerekçesiyle, soyut yönteme göre zarar hesabına karşı çıkamaz[261]. Buna karşılık, diğer görüşe göre, alıcının ikame işlem yaparak zararı azaltabileceğinin ispatlandığı veya istisnaen kendisinden ikame alım yapmasının beklenebileceği hâllerde, zararı azaltma külfeti kapsamında alıcının ortak kusurundan bahsedilir[262]. Bununla birlikte, satıcının söz konusu ispat yükümlülüğü kolaylıkla kabul edilmemelidir. Zira alıcı malı başka bir yerden temin edebiliyorsa, öncelikle satıcının bu malı tedarik etmesi ve alıcıya borcunu ifa etmesi aranmalıdır[263].

Alıcının piyasa fiyatı bulunan mallarda soyut yönteme başvurma zorunluluğu da bulunmamaktadır[264]. Zira soyut yöntem alıcı için şartları mevcutsa başvurulması zorunlu olan bir yol değil, aksine ona ispat kolaylıkları sağlayan bir hesaplama yöntemidir. Bu sebeple, piyasa fiyatı bulunan mallarda alıcı tercihine göre ikame alım

yerden daha ucuza bir alım yaptığının ispatını tek başına yeterli görmemektedir. Buna göre, malın piyasa fiyatı varsa, alıcının, en azından ticari işlemlerde, birden fazla işlem yapmış olması mümkündür. Bunlardan hangisinin ikâme alım niteliğinde olduğunun ispatı kolay değildir. Bu sebeple, satıcı, yalnızca alıcının doğrudan ifa edilmeyen edimi zararına bir başkasına satmış olduğunu ispatlayabilirse, satıcının sorumluluğu azaltılmalıdır. Bkz. **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 51.

[261] **BK OR-Becker,** Art. 191, N. 5; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 26; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 41; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 517; **Feyzioğlu,** BÖ, s. 184; **Aral/Ayrancı,** s. 110; **Eren,** Borçlar Özel, s. 76; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 105. Hatta alıcının piyasa dışında bir yerden fiilen ikâme alım yaptığı hâllerde bile böyle bir itirazın öne sürülemeyeceği görüşü için bkz. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 26. Aksi görüş için bkz. **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 24.

[262] **Lemp,** s. 181; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 244; **Havutçu,** s. 127; **Nomer/Engin,** m. 213, N. 10, 22. Yalnızca, malın piyasa fiyatının bulunmadığı hâllerde alıcı malı tekrar satmışsa onun ikâme alım yaparak zararı azaltabileceği itirazının mümkün olduğu görüşü için bkz. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 26.

[263] **Lemp,** s. 181.

[264] **Lemp,** s. 180; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 31; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 7; **Tandoğan,** I/1, s. 147; **Feyzioğlu,** BÖ, s. 184; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 106; **Havutçu,** s. 127.

yapıp zararının somut yönteme göre hesaplanmasını isteyebileceği gibi, dilerse müspet zararının tamamını genel hükümlere göre de talep edebilir[265].

Alıcının ikame malı daha düşük bir bedelle tedarik ettiği hâllerde, edimin değerinden kaynaklı bir zarara uğramadığı için somut yönteme başvurmasının bir anlamı bulunmamaktadır[266]. Diğer taraftan, doktrinde, zararının somut yönteme göre hesaplanmasını talep eden alıcının daha sonra vazgeçip soyut yönteme başvurmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir. Özellikle, somut yönteme başvuran alıcının ikame alımın varlığını ispat edemediği hâllerde soyut yönteme başvurmasına imkân tanınmaktadır[267].

Alıcı ikame alımla malın yalnızca bir kısmını tedarik etmiş olabilir. Böyle hâllerde alıcı, tedarik edebildiği kısım bakımından somut yöntemin, kalan kısım bakımından ise soyut yöntemin uygulanmasını talep edebilir[268].

TBK m. 213/II ve III'te alıcıya tanınan somut ve soyut yöntemlere başvurma hakkı, onun genel hükümlere başvurmasını engellemez. Bu sebeple, alıcı, zararının soyut veya somut yöntem yerine genel hükümlere göre hesaplanmasını talep edebilir[269]. Gerçekten, somut ve soyut zarar hesabı fark yönteminin birer uygulamasıdır[270]. Bu bakımdan söz konusu yöntemler, alıcının müspet zararının genel

---

[265] Aynı yönde bkz. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 31; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 7; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 521; **Tandoğan,** I/1, s. 147; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 106.

[266] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 21; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 8; **Tandoğan,** I/1, s. 141; **Eren,** Borçlar Özel, s. 75. Krş. **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 113.

[267] **Tandoğan,** I/1, s. 147; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 397. BGE 42 II 373; 81 II 52.

[268] **Lemp,** s. 181; **Tandoğan,** I/1, s. 147; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 165.

[269] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 1, 3; **Aral/Ayrancı,** s. 108; **Eren,** Borçlar Özel, s. 73. BGE 104 II 198; 105 II 87, 89.

[270] **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 3; **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 2, 6, 9; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 19; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 191, N. 2; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 2; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 518; **Aral/Ayrancı,** s. 107; **Eren,** Borçlar Özel, s. 74; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 104 vd.

hükümlere göre hesaplanmasını talep yetkisini elinden almaz. Alıcı genel hükümlere giderek müspet zararının tamamının fark yöntemine göre hesaplanmasını isteyebilir. Bununla birlikte, alıcının mübadele yöntemine başvurmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır[271]. Diğer taraftan, alıcının zararının somut veya soyut yönteme göre hesap edilemediği hâllerde zorunlu olarak genel hükümlere gidilir.

Satış sözleşmesinde öngörülen somut ve soyut yöntemler, yalnızca ifa edilmeyen edimin değeri sebebiyle meydana gelen zararı tespit eder. Oysa alıcının, bunun dışında yaptığı masraflar, üçüncü kişilere ödediği tazminat ve yoksun kalınan kâr gibi başka zararları da bulunabilir. Bu bakımdan, alıcı edimin değerinden kaynaklanan zararı için somut ve soyut yönteme başvurup, diğer zarar kalemleri için genel hükümlere gidebileceği gibi, bu yöntemlere hiç başvurmadan müspet zararının tamamının genel hükümlere göre hesaplanmasını da isteyebilir.

c. Alıcının Temerrüdü Hâlinde

Satış sözleşmesinde zararın somut ve soyut yönteme göre hesaplanmasını talep hakkı, alıcının temerrüdü hâlinde satıcı için de kabul edilmiştir. Gerçekten, TBK m. 236/II ve III'e göre, satıcı, borcunu ifada temerrüde düşen alıcının sözleşmeye göre ödemesi gereken bedel ile dürüstlük kuralına uygun olarak yaptığı ikame satıştan elde ettiği bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Satılanın borsa veya piyasa fiyatı varsa, satıcı ikame satış yapmadan vadedeki bu fiyat ile sözleşmedeki bedel arasındaki farkı zarar olarak isteyebilir.

TBK m. 236'da satıcı lehine düzenlenen somut ve soyut yöntemler de nitelik bakımından fark yönteminin kanunla özel olarak düzenlenmiş birer uygulamasıdır. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme, satıcının zararını genel hükümlere göre talep etmesini engellemez. Gerçekten, satıcı somut veya soyut yöntemin

[271] **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 6; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 3; **Gümüş,** s. 44.

uygulanmasını isteyebileceği gibi, zararının genel hükümlere göre hesaplanmasını da talep edebilir. Genel hükümlere başvuran satıcı, müspet zararının fark yöntemine göre hesap edilmesini seçerek edimini alıcıya ifa etmekten kurtulabilir veya mübadele yöntemini tercih ederek edimini ifa edebilir.

Satıcının somut veya somut yönteme başvurabilmesi için aynen ifadan vazgeçip müspet zararını talep etmiş olması gerekir. Bu bakımdan, satıcı sözleşmeden dönüp menfi zarar talep ettiğinde veya aynen ifada ısrar etiğinde somut ve soyut yöntem uygulanmaz.

aa. Somut Yöntem

TBK m. 236'da satıcıya zararının hesaplanması bakımından tanınan ilk imkân somut yöntemdir. Gerçekten, alıcı bedeli ödeme borcunda temerrüde düştüğünde, satıcı malı dürüstlük kuralına göre üçüncü bir kişiye sattığı bedel ile sözleşmedeki bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Satıcının somut yönteme başvurabilmesi için aynen ifadan vazgeçip müspet zararını talep etmiş olması, malı alıcıya teslim etmemiş olması ve bu malı üçüncü bir kişiye satmış olması gerekir. Kural olarak, satıcının ikame satış yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, alıcının, satıcının ikame satışla zararı azaltabileceğini ispatladığı hâllerde tazminattan indirime gidilmesi söz konusu olabilir[272].

TBK m. 236'da satışın ticari satış niteliğinde olması aranmamıştır. Bu bakımdan, alıcının temerrüdünde somut yöntem hem ticari satışlarda hem de adi

[272] Benzer yönde bkz. **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 42; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 8.

satışlarda uygulanabilir[273]. Diğer taraftan somut yöntemin hem parça satışlarında hem de çeşit satışlarında uygulanması mümkündür[274].

Satıcı ikame işlemi yaparken dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Bu bakımdan, satıcı hâlin icabına göre kendisinden beklenen özeni göstermeli ve malı mümkün olduğu kadar iyi şartlarda satmalıdır[275]. Satıcının dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı belirlenirken, malın bulunduğu yer, en yakın pazar yeri, satıcının iş yeri, aynen ifadan vazgeçildikten sonra malı satmak için beklenen süre ve ikame satışın şartları gibi hususlar değerlendirilir[276]. Diğer taraftan, satıcının ikame satış için hâkimden izin alması gerekmez[277]. Satıcının ikame satışta dürüstlük kuralına aykırı davrandığı hâllerde, dürüstlük kuralına uygun bir satışta elde edilecek bedel dikkate alınır[278].

Satıcının malı elverişli bir fiyata satabilmek için uzun bir süre araştırma yapması kendisinden beklenmez. Alıcının ikame alımında olduğu gibi, burada da satıcının iş tecrübesine göre kendisinden beklenen özene uygun hareket etmesi yeterlidir[279]. Satıcının daha iyi satış imkânının nerede olduğunu bilmediği hâllerde satışı malın

[273] **Zevkliler/Gökyayla,** s. 167; **Eren,** Borçlar Özel, s. 166. İsviçre hukukunda, OR Art. 215'te ticari satışlardan bahsedilmesine rağmen somut yöntemin adi satışlarda da uygulanabileceği yönünde bkz. **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 41; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 13; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 215, N. 1.

[274] **Eren,** Borçlar Özel, s. 167. Krş. **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 8.

[275] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 44; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 9; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 6; **Aral/Ayrancı,** s. 185.

[276] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 44 vd.; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 215, N. 3; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 9 vd.; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 6, 7; **Eren,** Borçlar Özel, s. 167.

[277] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 45; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 5; **Tandoğan,** I/1, s. 218; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 167; **Aral/Ayrancı,** s. 185; **Eren,** Borçlar Özel, s. 167.

[278] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 44, 45; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 9.

[279] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 46; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 7.

bulunduğu yerde, kendi iş yerinde veya ikametgâhında ya da bunlara en yakın satış yerinde yapması gerekir[280].

Satıcı malı temerrütten sonra uygun bir süre içerisinde satmalıdır. Satıcının uzun bir süre beklemesi ve bu arada fiyatların düşmesi hâlinde, meydana gelen farkı satıcının üstlenmesi gerekir[281]. Özellikle malın fiyatının hızlı bir şekilde düştüğü dönemlerde, satıcı ikame satışı gecikmeden yapmalıdır[282]. Bununla birlikte, alıcının rızası veya pazarda oluşan arz ve talep hareketliliğinin azlığı sebebiyle satış için daha uzun süre beklenmesi haklı kabul edilebilir[283]. Buna karşılık, temerrütten sonra edimin fiyatı çok düşmüş ve tekrar artma ihtimali varsa satıcının ikame satışı yapmak için bir süre beklemesi yerinde olur[284].

Somut yöntem, satıcının malı ikame satışta daha düşük bir bedelle sattığı ve bu sebeple zarara uğradığı varsayımına dayanır. Bu sebeple, alıcı ikame satışın sözleşmedeki bedelden daha yüksek bir bedelle yapıldığını ispatlarsa, satıcının somut yönteme göre bir zararı bulunmayacağı için tazminat ödemekten kurtulur. Ancak böyle bir ihtimalde alıcının satıcıdan fazla bedeli istemesi de mümkün değildir[285]. Diğer taraftan, satıcının somut yönteme başvurabilmesi için ikinci satışın ifa edilmiş olması gerekmez, sözleşmenin kurulması yeterlidir[286].

---

[280] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 46; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 10; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 7; **Aral/Ayrancı,** s. 185.

[281] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 47; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 10.

[282] **Tandoğan,** I/1, s. 218. Kurdaki dalgalanmanın güçlü olduğu dönemlerde satışı mükün olduğu kadar hızlı yapmak gerektiği yönünde bkz. **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 47; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 7; **Eren,** Borçlar Özel, s. 167, 168.

[283] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 47; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 10; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 7; **Eren,** Borçlar Özel, s. 168.

[284] **Tandoğan,** I/1, s. 218.

[285] **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 12; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 5; **Eren,** Borçlar Özel, s. 167. BGE 65 II 171 E. 2.

[286] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 50.

bb. Soyut Yöntem

TBK m. 236'da alıcının temerrüdü hâlinde satıcıya tanınan tek imkân ikame bir satış yaparak zararını somut yönteme göre talep etmek değildir. Gerçekten, satılan malın borsa veya piyasa fiyatı varsa, satıcı ikame bir satış yapmadan, sözleşmede belirlenen bedel ile belirlenmiş ödeme gününde malın piyasa veya borsadaki fiyatı arasındaki farkı müspet zarar olarak talep edebilir (TBK m. 236/III).

Alıcının temerrüdünde fark yönteminin bir uygulama şekli olan soyut yönteme göre zararın hesabında, satıcının fiilen malı bir üçüncü kişiye satmasına gerek bulunmamaktadır. Gerçekten, satıcı soyut yöntemde edimini bir başkasına satıp buna göre zarar talep etmek yerine, doğrudan o malın piyasa fiyatı ile alıcının sözleşmeye göre ödemesi gereken bedel arasındaki farkı zarar olarak talep etmektedir[287]. Diğer taraftan, soyut yöntem fark yönteminin bir uygulaması olduğu için satıcı edimini alıcıya ifa etmekten de kurtulmaktadır.

Soyut yöntemde edimin değeri piyasa veya borsa fiyatına göre belirlenir. Soyut yöntem bakımından piyasa ve borsa fiyatının ne anlama geldiği yukarıda satıcının temerrüdü başlığı altında açıklamıştır. Burada satıcının malı tedarik etmesi değil yeniden satması farazî olarak dikkate alındığı için satıcının malı üçüncü bir kişiye satabileceği fiyat hesaba katılır. Alıcının temerrüdünde satıcının soyut yönteme başvurma hakkı yalnızca ticari satışlarda değil her türlü satışta bulunmaktadır[288].

TBK m. 236/III'e göre piyasa fiyatının tespitinde, bedeli ödeme günündeki fiyat dikkate alınır. Kesin vadenin kabul edildiği hâllerde, temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte aynen ifa talebinden vazgeçilmiş kabul edildiği için ödeme günündeki piyasa fiyatının dikkate alınmasında bir mahsur bulunmamaktadır. Buna karşılık, kesin vade

[287] **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 18; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 215, N. 4; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 9; **Tandoğan,** I/1, s. 218; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 167; **Eren,** Borçlar Özel, s. 168.

[288] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 55; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 18; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 167.

bulunmayan satışlarda alıcının temerrüde düşmesi, doğrudan ifadan vazgeçilerek müspet zarar istendiği anlamına gelmez. Bu ihtimalde, soyut yöntemde piyasa fiyatı belirlenirken, satıcının aynen ifa talebinden vazgeçtiği anın dikkate alınması isabetli olur[289].

Somut yöntemdekine benzer şekilde, soyut yöntemde de malın satılabileceği piyasa fiyatının sözleşmede kararlaştırılan bedelden düşük olduğu varsayımından hareket edilmektedir. Bu bakımdan, piyasa fiyatının sözleşmede kararlaştırılan bedelden yüksek veya ona eşit olduğu hâllerde, soyut yönteme göre tazmin edilebilecek bir zarar bulunmamaktadır[290].

Satıcının kural olarak ikame satış yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple, satıcı daha elverişli şartlarda ikame satış yapabilecek olsa bile soyut yönteme başvurabilir[291]. Diğer taraftan, malın piyasa fiyatının bulunduğu hâllerde satıcının soyut yönteme başvurma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Satıcı malın piyasa fiyatı bulunsa bile ikame satış yapıp somut yönteme göre zararını talep edebilir. Ayrıca, satıcı malın üçüncü kişiye satabildiği kısmı bakımından somut yönteme, satamadığı kısmı bakımından ise soyut yönteme başvurabilir[292].

[289] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 59; **BSK OR I-Koller,** Art. 215, N. 20; **OFK-2009/Kren Kostkiewicz,** Art. 215, N. 4; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 11; **Eren,** Borçlar Özel, s. 168.

[290] **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 215, N. 9; **Eren,** Borçlar Özel, s. 168.

[291] **BK OR-Giger,** Art. 215, N. 54; **Tandoğan,** I/1, s. 218, 219; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 167.

[292] **Tandoğan,** I/1, s. 219; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 167; **Aral/Ayrancı,** s. 186. 11. HD, 17.02.1984 T., 1984/65 E., 1984/827 K. (YKD, 1984, C. 10, S. 5, s. 759 vd.).

2. Eser Sözleşmesinin Tazminat Karşılığı Feshinde Toplama ve Kesinti Yöntemleri

a. Genel Olarak

TBK m. 484'e göre, işsahibi yapılmış mevcut kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararını gidermek şartıyla, eserin tamamlanmasından önce sözleşmeyi feshedebilir. İşsahibinin TBK m. 484'e göre sözleşmeyi feshedebilmesi için, eserin henüz tamamlanmamış olması yeterlidir, herhangi bir sebebe dayanılması gerekmez[293]. Eser sözleşmesi ani edimli[294] bir sözleşme olmakla birlikte, yüklenicinin eserin teslimi anına kadar yaptığı hazırlık faaliyetlerine özel bir önem atfedilmiştir. Bu sebeple, işsahibine haklı bir sebep gerekmeksizin sözleşmeyi feshetme hakkı[295] tanınırken, yüklenicinin bunun sonucunda zarar görmesi istenmemiştir[296]. Bu

[293] **Gauch, Peter,** Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich Basel Genf 2019, N. 523; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 6 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1027; **Aral/Ayrancı,** s. 436; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 606, 607; **Buz, Vedat,** "İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi", BATİDER, 2001, C. XXI, S. 2, s. 222, 227.

[294] Bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 9; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 964; **Aral/Ayrancı,** s. 372; **Eren,** Borçlar Özel, s. 584, 587; **Buz,** Eser, s. 221; **Öz,** Eser, s. 20, 138. Krş. **Zevkliler/Gökyayla,** s. 506 vd.

[295] Kural olarak ani edimli sözleşmelerde fesih değil, dönme söz konusu olur. Bununla birlikte, hâkim görüşe göre ani edimli olduğu kabul edilen eser sözleşmesinde, söz konusu hükümde dönme yerine fesih tercih edilmiştir. Gerçekten, hükümde işsahibine o zamana kadar yapılmış olan kısmı kabul etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bakımdan, işsahibinin bu hükme göre sözleşmeyi sona erdirmesi, sözleşmenin ileriye yönelik bir tasfiyesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa sözleşmeden dönme kabul edilseydi, tasfiye ilişkisi bütün borç ilişkisini etkileyeceği ve bu borç ilişkisine hiç girilmemiş olması hâlinde meydana gelecek durumu sağlamaya yöneleceği için, ifa edilmiş kısımların yükleniciye iadesi gerekirdi. Bu bakımdan, TBK m. 484'te dönme değil fesih kabul edilerek, işsahibinin sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erdirmesi benimsenmiştir. İsviçre Hukukunda her ne kadar OR Art. 377'de dönme ifadesi kullanılmış olsa da işin o ana kadar yapılmış kısmı iade edilmeyeceği için burada sözleşmenin feshinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. **Gauch,** Werkvertrag, N. 523, 528; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 11, 15; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 7, 28; **Schmid/Stöckli,** N. 1823; **Tandoğan, Hâlûk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 346; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1028; **Öz,** Eser, s. 138; **Eren,** Borçlar özel, s. 686; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 608; **Buz,** Eser, s. 232.

[296] **Gauch,** Werkvertrag, N. 542 vd.; **Schmid/Stöckli,** N. 1822; **Buz,** Eser, s. 210.

doğrultuda, söz konusu hükümde bir taraftan işsahibine eser tamamlanmadan önce sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmıştır. Diğer taraftan ise işsahibine yüklenicinin fesih sebebiyle uğradığı zararın tamamını karşılama yükümlülüğü getirilmiştir[297].

Sözleşmeyi fesheden işsahibinin yüklenicinin zararının tamamını gidermekle yükümlü tutulması, yüklenicinin sözleşme usulüne uygun şekilde ifa edilseydi içinde bulunacağı hâlden kötü bir duruma sokulmaması düşüncesiyle kabul edilmiştir. Bu bakımdan, hükümde öngörülen tazminat, yüklenicinin sözleşmenin ifasındaki menfaatini konu edinir. Bu sebeple, TBK m. 484'te öngörülen zarar gideriminin konusu menfi zarar değil, müspet zarardır[298]. Kural olarak müspet zarardan sorumluluk için kusur şartı aranır. TBK m. 484, bu açıdan bir istisna teşkil eder. Gerçekten, sözleşmeyi fesheden işsahibinin müspet zarardan sorumluluğu, onun kusurlu olmasına bağlı değildir[299].

Sözleşmeden doğan borçlar usulüne uygun ifa edilseydi yüklenicinin malvarlığının içerisinde bulunacağı durum, müspet zararının tazminiyle sağlanmış olur. Bu bakımdan, müspet zararın kapsamına yüklenicinin fiili zararları ve sözleşmenin feshi sebebiyle yoksun kaldığı kâr dâhildir. Ancak, sözleşmenin feshi

---

[297] Böylece, fesih hakkının uygulama alanı genişletilerek, sürekli borç ilişkisi doğurmayan eser sözleşmesinde istisnaî olarak fesih hakkının kullanılmasına imkân tanındığı yönünde bkz. **Öz,** Eser, s. 138; **Buz,** Eser, s. 221.

[298] **BK OR-Becker,** Art. 377, N. 6; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 377, N. 3; **Gauch,** Werkvertrag, N. 546, 547; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 29, 32; **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 13; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 15; **Schmid/Stöckli,** N. 1822; **Tandoğan,** II, s. 343, 347; **Aral/Ayrancı,** s. 437; **Eren,** Borçlar Özel, s. 687; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1026, 1029; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 608; **Öz,** Eser, s. 147; **Buz,** Eser, s. 234. BGE 96 II 196; 117 II 277. Müspet zarar kural olarak, taraflardan birinin borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi hâlinde söz konusu olur. Ancak, TBK m. 484'te, bir borca aykırılık bulunmamasına rağmen müspet zararın tazmini öngörülmüştür. Bunun gerekçesi, işsahibinin kanundan doğan fesih hakkını kullanmasının sonucu olarak, yüklenicinin de müspet zararı talep etme hakkı olduğu şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 542, 543; **Schmid/Stöckli,** N. 1822; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1029.

[299] **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 41; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 15; **BK OR-Becker,** Art. 377, N. 6; **Eren,** Borçlar Özel, s. 687.

sebebiyle yüklenici bir taraftan bazı masrafları yapmaktan kurtulmuş, bir taraftan da boşa çıktığı için başka bir sözleşme yaparak kâr elde etme imkânına kavuşmuştur. Bu sebeple, yüklenicinin müspet zararı hesaplanırken feshin uygun sonucu olarak yapmaktan kurtulduğu masraflar ile başka bir işten elde ettiği veya elde etmeyi kasten ihmâl ettiği kâr dikkate alınmalıdır[300]. İşsahibinin tazmin etmekle yükümlü olduğu müspet zararın üst sınırı sözleşmede kararlaştırılan ücrettir[301].

TBK m. 484'te işsahibine, eserin o ana kadar tamamlanan kısmının karşılığını ve fesih sebebiyle yüklenicinin uğradığı tüm zararı giderme borcu yüklenmiştir. Alman hukukunda bu düzenlemenin karşılığı olan BGB § 648'de ise mesele farklı bir açıdan ele alınarak yüklenicinin sözleşmede belirlenen ücreti talep edebileceği kabul edilmiş, ancak bu ücretten bazı kalemlerin düşürülmesi öngörülmüştür. Sonuçta her iki hükümde de yüklenicinin müspet zararının giderilmesi amaçlanmış, ancak zararın nasıl hesap edileceği farklı şekillerde ele alınmıştır. Bu doğrultuda doktrinde, işsahibinin tazmin etmekle yükümlü olduğu müspet zararın nasıl hesaplanacağı konusunda toplama yöntemi (*Additionsmethode*/*positive Berechnung*) ve kesinti yöntemi (*Abzugsmethode*) şeklinde iki farklı yöntem kabul edilmiştir.

b. Toplama ve Kesinti Yöntemleri

Toplama yönteminde (*Additionsmethode*/*positive Berechnungsmethode*) müspet zarar, yüklenicinin sözleşmenin feshine kadar yaptığı bütün harcamalar ile iş tamamlansaydı elde edeceği brüt[302] kârın toplanması yoluyla bulunur. Gerçekten bu

[300] **BK OR-Becker,** Art. 377, N. 7; **Gauch,** Werkvertrag, N. 549; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 15; **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 15a; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 37; **Aral/Ayrancı,** s. 437; **Eren,** Borçlar Özel, s. 687.

[301] **Gauch,** Werkvertrag, N. 548; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 36; **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 16; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 15; **Eren,** Borçlar Özel, s. 687; **Buz,** Eser, s. 235.

[302] Buna brüt (safî olmayan) kâr denilmesinin sebebi, vergi ve harç gibi kalemlerin düşülmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **Öz,** Eser, s. 148; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1029, 1030.

yöntemde, yüklenicinin sözleşme feshedilene kadar eserin meydana getirilmesi için yaptığı masraflar tespit edilir. Bu masraflar, yüklenicinin fesih anına kadar yerine getirdiği hazırlık çalışmalarını, mimarlık ve mühendislik hizmetlerini, hizmet edimlerini ve eserin yapımı için sağladığı malzemelerin değerini kapsar[303]. Zarar hesaplanırken, yüklenicinin bu masraflarına o sözleşmeden elde edeceği kâr da eklenir[304]. Yüklenicinin sözleşmeden elde edeceği kâr, sözleşmede belirlenen bedelden, eser tamamlanıp teslim edilseydi yapacak olduğu toplam masraf (maliyet) düşülerek bulunur[305]. Ancak bulunan bu toplamdan bazı değerlerin düşülmesi gerekir. Zira sözleşmenin erken feshedilmesi sonucunda boşa çıkan yüklenici, başka bir iş yaparak buradan kâr elde etmiş veya kasten bu kârı elde etmekten kaçınmış olabilir. Bu sebeple, yükleniciye ödenecek zarar hesap edilirken, bulunan toplamdan fesih sebebiyle başka bir işten elde ettiği veya kasıtlı olarak elde etmediği kârın düşürülmesiyle, onun gerçekte uğradığı müspet zarar miktarı bulunur[306]. Bu kâr toplamdan düşülmezse, yüklenici sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde ifa ile sona erdirilmesinden, yani ifa menfaatinden daha iyi bir duruma getirilmiş olur. Bu durum ise müspet zarar tazminatının amacıyla bağdaşmaz. Toplama yönteminde brüt kâr öncelikle sözleşme hükümlerine, ikincil olarak da tarifelere, endekslere, yüklenicinin ticarî defterlerine ve diğer delillere göre tespit edilir[307].

Kesinti yönteminde (*Abzugsmethode*) ise, işsahibinin sözleşme gereğince ödemesi gereken toplam bedelden yola çıkılmaktadır. Bu yöntemde, sözleşmede

---

[303] **Aral/Ayrancı,** s. 437; **Buz,** Eser, s. 235, 236.

[304] **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 16; **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 15b; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 35; **Tandoğan,** II, s. 348; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1029, 1030; **Aral/Ayrancı,** s. 438; **Eren,** Borçlar Özel, s. 688.

[305] **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1029; **Öz,** Eser, s. 148.

[306] **Gauch,** Werkvertrag, N. 549; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 16; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 37; **Eren,** Borçlar Özel, s. 688.

[307] **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 15b; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 16; **Aral/Ayrancı,** s. 438; **Eren,** Borçlar Özel, s. 688.

kararlaştırılan bedelden, yüklenicinin işin tamamlanmaması sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masraflar[308] ile erken fesih sayesinde başka bir işten elde ettiği veya imkânı olmasına rağmen kasıtlı olarak elde etmediği kâr düşürülür[309]. Böylece, yüklenicinin sözleşmenin feshi sebebiyle uğradığı müspet zarar miktarı bulunur[310].

[308] Örneğin, yüklenici eserin kalan kısmını tamamlamak için gereken malzemeleri temin ederken yapacağı masraftan, bu kısmın yapılması için çalıştırdığı işçilere ödeyeceği ücretten, elektrik, su, kırtasiye ve büro masraflarından kurtulmuştur. Bkz. **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 15a; **Tandoğan,** II, s. 348; **Buz,** Eser, s. 244 vd. Bununla birlikte, söz konusu hesap her zaman kolay değildir. Örneğin, yüklenici eserin kalan kısmının yapımı için çalıştırdığı işçilere ödeyeceği ücretten kurtulmakla birlikte, çoğu zaman o işçilerle arasındaki sözleşmeyi feshettiği için tazminat ödemek zorunda kalacaktır. İşte böyle hâllerde, yüklenicinin işçilere ödemekten kurtulduğu ücret düşürülürken bu sebeple onlara ödediği tazminatın ise eklenmesi gerekir. Bkz. **Buz,** Eser, s. 245.

[309] **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 39; **Gauch,** Werkvertrag, N. 551; **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 15a; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 16; **Tandoğan,** II, s. 348; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1029; **Aral/Ayrancı,** s. 438; **Eren,** Borçlar Özel, s. 688, 689; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 609; **Buz,** Eser, s. 247. 11. HD, 07.05.2018 T., 2016/7975 E., 2018/3256 K. (HukukTürk).

[310] "*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 zarar kapsamındaki kâr kaybı bulunmalıdır. Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde, öncelikle işin yapılmayacağının anlaşıldığı tarihteki kalan iş bedeli bu tarih itibarı ile hesaplanarak, bu bedelden kesinti yöntemine göre bulunacak, davacının işi tamamlayamaması nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar düşülmek suretiyle yüklenicinin olumlu zararı kapsamındaki kâr kaybının bulunması için bilirkişi kurulundan ek rapor alınması gerekirken…".* 11. HD, 07.05.2018 T., 2016/7975 E., 2018/3256 K. (HukukTürk). "*Kesinti yöntemine göre yüklenicinin fesih sebebiyle yapamadığı sözleşme konusu işlerin geri kalan kısmından dolayı mahrum kaldığı kâr kaybının, öncelikle yapılmayan işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedelinin (eser tamamlanmış, borç ifa edilmiş olsaydı yüklenicinin eline geçecek bedel ile sözleşmesine göre yapılan imalât sebebiyle yükleniciye ödenen ya da ödenecek bedel farkı) tespit edilmesi, bulunacak bu bedelden yüklenicinin işi fesih sonucu tamamlamaması sebebiyle sağladığı tasarruf (malzeme, işçilik, sigorta, vergi vs. masraflar) ile bu süre içinde başka bir iş yapıp çalışmışsa ya da başka bir iş yapmaktan kaçınmışsa kazanabileceği miktarlar belirlenip, bulunacak bu miktarların ilk olarak bulunan yapılmayan iş bedelinden çıkartılarak hesaplanması gerekir.".* 15. HD, 10.05.2018 T., 2016/5440 E., 2018/1884 K. (HukukTürk). Ayrıca bkz. 15. HD, 04.07.2019 T., 2018/3513 E., 2019/3182 K. (HukukTürk). Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin haksız feshine ilişkin olarak bkz. 15. HD, 08.04.2019 T., 2018/2267 E., 2019/1576 K. (HukukTürk).

Hâkim görüş, toplama yönteminin TBK m. 484 (OR Art. 377) düzenlemesine daha uygun olduğunu kabul etmektedir[311]. İsviçre Federal Mahkemesi eski bir kararında toplama yöntemini uygulamış[312], ancak daha sonra bu konuda kesin bir tercih yapmaktan kaçınmıştır[313]. Yargıtay ise TBK m. 484'ün uygulamasında toplama yönteminden yana kararlar vermektedir[314]. Diğer taraftan Yargıtay, bir fesih sebebinin bildirildiği hallerde ve haksız fesihte kesinti yönteminin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir[315]. Bununla birlikte, tarafların sözleşmeyle hangi yöntemin uygulanacağını

[311] **Gauch,** Werkvertrag, N. 552; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 17; **Tandoğan,** II, s. 349; **Aral/Ayrancı,** s. 438; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 609; **Eren,** Borçlar Özel, s. 689. Kesinti yönteminin daha pratik olduğu, ancak yükleniciye her iki yöntem arasında seçim hakkı tanınması gerektiği görüşü için bkz. **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 39, 40.

[312] BGE 69 II 146, E. 5 (**BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 17'den naklen).

[313] BGE 96 II 197.

[314] "*O hâlde anılan madde (TBK m. 484) ile düzenlenen toplama sistemi uygulanarak …".* 15. HD, 16.10.1989 T., 1989/1623 E., 1989/4247 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 4, s. 582, 583.). Ayrıca bkz. 15. HD, 02.04.1998 T., 1998/833 E., 1998/1348 K.; 15. HD, 27.01.2012 T., 2010/7098 E., 2012/350 K. (HukukTürk).

[315] *"TBK'daki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine ilişkin olmasına rağmen diğer sözleşmelerin haksız feshi hâlinde de kıyasen uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 tarih, 2010/14-244 Esas, 2010/260 Karar sayılı kararında da iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hâllerde kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunu'ndaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir."* 15. HD, 08.04.2019 T., 2018/2267 E., 2019/1576 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 11. HD, 07.05.2018 T., 2016/7975 E., 2018/3256 K.; 15. HD, 04.07.2019 T., 2018/3513 E., 2019/3182 K.; 15. HD, 10.05.2018 T., 2016/5440 E., 2018/1884 K. (HukukTürk).

Yüksek mahkeme, işsahibinin fesih beyanında bir sebep gösterdiği şeklinde yorumlayabildiği olaylarda TBK m. 484'ün ve toplama yönteminin uygulanamayacağını, haksız fesih hükümlerine gidilerek kesinti yönteminin uygulanacağını kabul etmektedir. Örneğin: *"818 Sayılı Kanunu'nun 369. maddesi* (TBK m. 484) *hükmüne ve dolayısıyla "toplama metodu"na göre yüklenicinin kar kaybı ve zararının hesaplanabilmesi için iş-eser sahibinin, fesih bildiriminde bulunurken hiçbir neden göstermemesi gerekir. Çünkü, anılan Yasa hükmüne dayalı fesih "nedensiz" bir fesihtir. İş sahibi, fesih bildiriminde neden göstermişse, 818 Sayılı Kanunun 369. maddesi uygulanmaz, bu durumda fesih nedeninin haklı olup olmadığı araştırılır; neden haksız ise, kusurlu iş sahibinden yüklenici, olumlu zararını isteyebilir. Somut olayda ise, iş sahibi idare, "... Bakanlığı'nın … sözleşme konusu işin yapılmasına yönelik yatırıma ihtiyaç duyulmadığı, anılan inşaatın farklı bir yatırıma dönüştürülmesi halinde hem süre hem de yüksek maliyet getireceği," gerekçesiyle fesih bildiriminde bulunmuştur.*

kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi[316], böyle bir anlaşma yoksa yüklenicinin hangi yöntemin uygulanacağını seçmesi de mümkündür[317]. Toplama yönteminde, yüklenici yaptığı masrafları ve zararını ispatla yükümlüyken, kesinti yönteminde işsahibi yüklenicinin yapmaktan kurtulduğu masrafları ve başka bir işten elde ettiği kârı ispat yükümlülüğü altındadır[318].

Doktrinde, zararın bu yöntemlere göre hesaplanmasından sonra, tazminat hesabı yapılırken TBK m. 51 ve 52 kapsamında tazminattan indirim yapılamayacağını savunan bir görüş bulunmaktadır[319]. Buna göre, TBK m. 484 bir özel hüküm olarak tazminatın nasıl hesaplanacağını genel hükümlere yer bırakmaksızın düzenlemiştir. Ayrıca, TBK m. 484 uygulamasında işsahibinin kusurunun bir etkisi olmadığı için, onun kusurunun derecesi tazminatın takdirinde rol oynamaz. Kural olarak yüklenicinin

Görüldüğü üzere, fesih bildirimi, "keyfi" olmayıp, özetle "finansman" yokluğu sebebiyle yapılmıştır ve fesihte de davalı idare tamamen kusurludur. Haksız fesihten dolayı olumlu zarar kapsamındaki kar yoksunluğu, 818 Sayılı Kanunun 356/1. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 325. maddesinde düzenlenen "Kesinti Yöntemi"ne göre hesaplanması gerekir.". 15. HD, 02.07.2014 T., 2013/4839 E., 2014/4650 K. (Kazancı). *"Bilirkişiler, yüklenici alacağını BK. nın 369. maddesi uyarınca baligan mabelağ hesaplamışlar ve mahkemece bu istek 3.222.847.738 TL için hüküm altına alınmıştır. Ne var ki, dosya kapsamından idarenin 16.4.1987 günlü feshi müfettiş raporlarına ve 31.7.1979 günlü sözlemenin 34. maddesine dayandırdığı - yargılama sonucu - haksız da görülse feshin bir sebebi bulunduğu anlaşılmaktadır. Bundan dolayı yüklenicinin kâr yoksunluğu zararı BK.nın 369. maddesine göre değil, BK. nın 325. maddesinde öngörülen kesinti yöntemine uygun, yüklenicinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasden kaçındığı değerlerin mahsubu suretiyle bulunmalıdır."*. 15. HD, 03.10.2000 T., 2000/3015 E., 2000/4220 K. (HukukTürk).

[316] **Eren,** Borçlar Özel, s. 689. Krş. **Gauch,** Werkvertrag, N. 553.

[317] **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 40; **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 15d; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1030; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 609; **Buz,** Eser, s. 255. Aksi görüşte bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 552, 553.

[318] **Tandoğan,** II, s. 349. Bu sebeple, kesinti yönteminin TBK m. 484 (OR Art. 377) sistemine uymadığı görüşünde bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 552.

[319] **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 17; **Tandoğan,** II, s. 349; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1031.

ortak kusuru ileri sürülerek de tazminattan bir indirim yapılamaz. Zira yüklenicinin kusuru varsa, işsahibi diğer hükümlere gitmelidir[320].

Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre, TBK m. 484'e göre zararın hesaplandığı hâllerde bazı durumlarda tazminattan indirime gidilebilir[321]. Gerçekten, TBK m. 484'te tazminatın belirlenmesine değil, zararın belirlenmesine yönelik bir hesap tarzı düzenlenmiştir. Bu bakımdan, söz konusu hükme göre zarar belirlendikten sonra, tazminatın belirlenmesi aşamasında indirim sebepleri dikkate alınır. TBK m. 484 kapsamında zararı tazmin yükümlülüğünün sözleşmenin ihlalinden kaynaklanmaması, burada tazminatın hâkim tarafından belirlenmesini ve gerekirse indirime gidilmesini engellemez[322].

Doktrinde bir görüş, eserin tamamlanmış kısmının karşılığının ödenmesi ile müspet zararın tazmin edilmesi arasında ayrım yapmaktadır[323]. Bu görüşe göre, eserin tamamlanmış kısmı bakımından tazminat değil, fesihten sonra da geçerli bir aynen ifa söz konusudur. Kural olarak ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinde, eksik bir şey niteliğindeki eserin yapılmış olan kısmının işsahibine kısmî ifa olarak teklif edilmesi mümkün değildir. Ancak TBK m. 484'te buna bir istisna getirilerek, eser niteliğinde olmayan bu eksik şeyin sanki bir kısmî ifa gibi kabul edilmesi sağlanmıştır. İşsahibi bunun karşılığında bedelin bu kısma ilişkin oranını ödemekle yükümlüdür.

---

[320] **BK OR-Gautschi,** Art. 377, N. 17; **Tandoğan,** II, s. 350; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1031; **Öz,** Eser, s. 149.

[321] **Gauch,** Werkvertrag, N. 554, 555; **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 41, 42; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 18; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 610; **Buz,** Eser, s. 259. Örneğin, yüklenicinin sözleşmenin feshi için önemli bir sebep yarattığı ancak fesih için başka bir hükme gidilemediği hâllerde tazminatın indirilebileceği görüşü için bkz. **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 18.

[322] **Gauch,** Werkvertrag, N. 554, 555; **Buz,** Eser, s. 259. Farklı gerekçeyle olsa da bu görüşte bkz. **ZK-Bühler,** Art. 377, N. 41, 42; **BSK OR I-Zindel/Schott,** Art. 377, N. 18.

[323] Bkz. **Öz,** Eser, s. 143 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1030, 1031. Açık bir şekilde ifade etmese de Gauch'un konuyu inceleme tarzından bu görüşte olduğu kabul edilebilir. Bkz. **Gauch,** Werkvertrag, N. 535 vd.

İşsahibinin orantılı bedel ödeme borcu, yüklenicinin mevcut şey için yaptığı masraf ve harcadığı emekle, eserin tümü için gereken masraf ve emek arasındaki oranlamaya göre hesaplanır[324]. Bu görüşe göre eserin tamamlanmış kısmının karşılığının ödenmesi ile yüklenicinin tüm zararının giderilmesi birbirinden ayrı safhalardır. Bu sebeple, eserin yapılmış kısmı için ödenecek olan bedel, sözleşmeden doğan borcun aynen ifası kapsamında mutlak şekilde ödenir. Doktrinde kabul edilen toplama ve kesinti yöntemleri ise işsahibinin bu orantılı bedel ödeme borcu haricinde, yüklenicinin zararını giderme yükümlülüğü kapsamında ödenecek tazminatın hesabında uygulanır[325]. Ayrıca ele alınacak olan tazminat hesabında, sözleşmedeki bedelin tümü ile yüklenicinin orantılı olarak hak ettiği bedel arasındaki farktan (bedelin ifa borcu kapsamında istenemeyen kısmından), yine sadece henüz yapmadığı ancak eseri tamamlasaydı yapacak olduğu masraflar düşülerek bulunan miktara hükmedilir. Böylece hâkim, biri işsahibinin orantılı bedel ödeme borcu, diğeri de tazminat borcu olmak üzere iki ayrı miktara hükmeder[326].

Buna karşılık diğer görüş TBK m. 484'ün uygulamasında böyle bir ayrıma gitmemektedir[327]. Gerçekten, toplama yöntemi uygulanırken eserin tamamlanmış kısmına ilişkin masraflar ile sözleşmenin ifa edilmiş olması hâlinde elde edilecek kâr birlikte değerlendirilmektedir. Zira toplama yönteminde, bu iki unsur birbiriyle toplanarak yüklenicinin toplam müspet zararı bulunmaktadır. Kanaatimizce de TBK

[324] Bu görüşe göre masraf ve emek birbirini dengelemesi için birlikte düşünülerek ortalama bir değerlendirmede bulunulur. Örneğin, büyük bir inşaat işinde emek unsuru ön planda olmadığı için, yapılan kısmın eserin tümüne oranı, işçilik ve malzeme masrafları arasındaki oran şeklinde hesaplanır. Ayrıca, bu hesapta eserin tümünün ekonomik değeri ile yapılan kısmın ekonomik değeri arasında bir orantı kurulmaz. Diğer taraftan, henüz kısmen dahi bir şey ortaya çıkmamışsa, orantılı bedel verme yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bu durumda yüklenicinin ön hazırlık için harcadığı emek ve masraflar orantılı bedel hesabında değil, tazminat borcu hesabında dikkate alınır. Bkz. **Öz,** Eser, s. 143 vd.

[325] **Öz,** Eser, s. 148 vd.

[326] **Öz,** Eser, s. 148, 149; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1031.

[327] **Buz,** Eser, s. 233, 257, 258.

m. 484 bakımından yukarıdaki gibi bir ayrıma gitmeye gerek bulunmamaktadır. Zira hükmün amacı, yüklenicinin sözleşmenin feshi sebebiyle uğradığı müspet zararı gidererek, onu sözleşmenin usulüne uygun yürütülmesi hâlinde içinde bulunacağı duruma getirmektir. Bu hükmün uygulamasında kabul edilen toplama ve kesinti yöntemleri yalnızca eserin tamamlanmamış kısmı bakımından zararın hesaplanmasına değil, sözleşmenin bir bütün olarak tasfiyesinde yüklenicinin uğradığı bütün zararın hesaplanmasına yöneliktir. Bu zararın hesabı bakımından hükümde ikili bir ayrıma gidilmiş olması bunların hukukî niteliklerinin farklı olduğu anlamına gelmez[328]. Yüklenicinin zararı, eserin o ana kadar yapılmış kısmının karşılığı ile uğradığı diğer zararlar toplanarak bulunmaktadır. Bu iki kalemin toplamı, yüklenicinin toplam müspet zararını oluşturmaktadır. Sonuçta, yüklenici sözleşme usulüne uygun yürütülseydi içinde bulunacağı duruma getirilmekte, yani ifa menfaati karşılanmaktadır. Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, işin yapılmış olan kısmının karşılığını ödeme yükümlülüğünü tazminat olarak değil sözleşmeden doğan aynen ifa borcu olarak kabul edebilmek için ya bu kısmın bir kısmî ifa olarak kabul edilmesi ya da eser sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğunun kabul edilmesi gerekir[329]. Ayrıca, eser bölünebilir nitelikte olmasa bile TBK m. 484 uygulanacağına göre, yapılmış kısmı kısmî ifa olarak nitelendirmek ve karşılığının ödenmesini aynen ifa olarak kabul etmek yerinde değildir[330]. Bu bakımdan, yüklenicinin TBK m. 484

[328] **Buz,** Eser, s. 257, 258.

[329] **Buz,** Eser, s. 258. Nitekim yukarıdaki görüşü savunan yazar da eser sözleşmesinin ani edimli olduğunu ve bu sebeple işin yapılan kısmının işsahibi bakımından bir kısmî ifa olarak nitelendirilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Ancak yazar, TBK m. 484'te buna bir istisna getirildiğini belirterek, hükmün, *"ortadaki -eser olmayan- yapılmış şeyin, sanki kısmî bir ifa gibi kabul edilmesini sağladığı"*nı savunmaktadır. Bkz. **Öz,** Eser, s. 144, 145.

[330] Diğer taraftan kesinti yönteminde yüklenicinin talep hakkının bir indirilmiş ücret alacağı olduğunu savunmak da yerinde değildir. Müspet zararın hesabında sözleşmedeki bedelin esas alınması, bunun bir indirmiş ücret alacağı, yani aynen ifa talebi olduğu anlamına gelmez. Gerçekten, müspet zarar hesabında, sözleşmede kararlaştırılan bedelin bir ölçüt olarak ele alınması normal bir durumdur. Zira

uygulamasında sahip olduğu talep hakkı, tamamıyla müspet zarar tazminatıdır. Tazmin edilecek müspet zararın hesabı ise toplama veya kesinti yöntemleri ile yapılır[331].

Doktrinde toplama yönteminin uygulanması bakımından da fikir birliği bulunmamaktadır. Hem yukarıdaki tartışmayı hem de toplama yönteminin nasıl uygulandığını ortaya koyabilmek için, konuyu doktrinde verilen bir örneği[332] biraz değiştirerek açıklamak faydalı olur. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşmeye göre iş bedeli 100 TL'dir. İşsahibi, eserin %50'si tamamlanmışken sözleşmeyi feshetmiştir. İşin tamamlanan kısmı için 40 TL masraf yapılmıştır. Kalan kısım için 40 TL masraf yapılması gerekliyken, yüklenici fesihten önce bu kısma ilişkin 30 TL masraf yapmıştır.

Doktrinde toplama yöntemine göre hesapta kabul edilen iki görüşte de önce eserin tamamlanmış kısmının bedeli belirlenmektedir ki bu bedel örnekte %50'si tamamlandığı için 50 TL'dir. Sonra, eserin tamamlanmayan kısmı bakımından yüklenicinin zararı hesaplanmaktadır. Bir görüşe göre, tamamlanmayan kısma ilişkin fiilen yapılan harcamalar (30 TL) ve bu kısma ilişkin kâr (o bölüme ilişkin bedelden, o bölüm için yapılması gereken toplam masraf düşürülür: 50-40=10 TL) toplanarak, yüklenicinin tamamlanmayan kısma ilişkin zararı (30+10) 40 TL bulunur. Sonuçta yükleniciye tazminat olarak tamamlanmış kısmın bedeli ve tamamlanmayan kısma ilişkin zararın toplamı olan (50+40) 90 TL ödenir. Diğer görüşe göre ise yüklenicinin henüz tamamlanmamış olan kısma ilişkin zararı, o kısma düşen bedelden (50 TL), o kısmı tamamlaması için gerekli olan ama fesih sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masraf düşürülerek bulunur. Örnekte, tamamlanmayan kısım için 40 TL masraf

borçlunun edimi, alacaklının zararının bir kalemini oluşturur. Bu husus, alacaklının talebinin müspet zarar olduğu gerçeğini değiştirmez. Bkz. **Buz,** Eser, s. 258, 259.

[331] Aynı yönde bkz. **Buz,** Eser, s. 259.

[332] Örnek için bkz. **Buz,** Eser, s. 240, 241.

gerekirken, yüklenici fesih anında bu kısma ilişkin 30 TL masraf yapmış yani, fesih sayesinde 10 TL masraftan kurtulmuştur. Yüklenicinin tamamlanmamış kısma ilişkin zararı, (50-10) 40 TL'dir. Sonuçta, yüklenici eserin tamamlanmış kısmının değeri (50) ile tamamlanmamış kısma ilişkin zararı (40) toplamını, yani 90 TL'yi işsahibinden talep eder.

Görüldüğü gibi her iki hesap şeklinde de sonuç itibariyle bir fark bulunmamaktadır. Görüşler arasındaki tek fark, "eserin tamamlanmamış kısmına ilişkin" zararın hesaplanması usulü bakımından ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan, her iki görüşte de eserin tamamlanmış kısmının sözleşmeye göre bedel olarak karşılığı (kâr dâhil) dikkate alınmaktadır. Yani, sonuçta eserin tamamlanmış kısmı bir kısmî ifa olarak kabul edilmekte, sözleşmeye göre bu kısmî ifaya denk gelen karşı edim belirlenmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi bu görüşlerden biri haklı olarak, eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurmadığını ve işin yapılan kısmının bir kısmî ifa olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak, bu haklı kabule rağmen, toplama yönteminin uygulamasında eserin tamamlanmış kısmı bir kısmî ifa gibi ele alınmaktadır. Kanaatimizce, her ne kadar TBK m. 484 eserin tamamlanan kısmının karşılığının ödenmesinden bahsettiği için yukarıdaki kabul şekli hükmün lafzına daha uygun gibi görünse de hükmün amacının yüklenicinin fesih sebebiyle doğan müspet zararını gidermek olduğu dikkate alındığında, bu hesabın daha farklı bir şekilde yapılması isabetli olur. Şöyle ki, TBK m. 484'te amaçlanan, işsahibinin sözleşmeyi feshetmesi karşılığında yüklenicinin bundan zarar görmemesi, yani ifa menfaatinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda yüklenicinin müspet zararı tazmin edilerek, sözleşme tam ve gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durum sağlanır. Eser sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme olmadığına ve eserin tamamlanmış kısmı da teknik anlamda bir kısmî ifa olarak kabul edilemeyeceğine göre, -hükmün lafzına rağmen- zararın

hesabında tamamlanmış kısmın kâr dâhil bedelinin ayrıca dikkate alınması ve müspet zarar hesabının yalnızca tamamlanmayan kısım bakımından yapılması uygun değildir. Zira tamamlanan kısmın sözleşmeye göre değeri, o kısma karşılık gelen kârı da içermektedir. Bu açıdan, sözleşmedeki bedelin tamamlanan kısma karşılık gelen kısmının ayrıca (kâr dâhil) belirlenerek ödetilmesi ne şekilde adlandırılırsa adlandırılsın, özünde kısmî ifanın kabulünden başka bir şey değildir. Bu sebeple, kanaatimizce toplama yönteminde yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı kısmın değerinin değil, bu kısım için yapılan masrafların dikkate alınması daha tutarlı olur. Ayrıca, esasen yapılan kısmın değerinin nasıl belirleneceği de başlı başına bir sorundur. Bu konuda, götürü ücret kararlaştırılmışsa yerine getirilen edimlerin toplam edime oranının götürü ücrete uygulanması; birim fiyat kararlaştırılmışsa yapılan kısmın birim fiyatla çarpılması gibi yöntemler uygulanmaktadır. Ancak, sözleşmede eserin tamamına göre belirlenen değerin tamamlanmış kısma uygulanması sağlıklı sonuçlar vermekten uzaktır[333]. Zira çoğu zaman fiilen yapılan kısmın gerçek ekonomik değeri, sözleşmede belirlenen bedele tamamlanmış kısmın oranlanması suretiyle bulunan değerden daha düşüktür. Gerçekten, eserin tamamlanmış hâli, bir bütün olarak ayrı bir değer arz etmektedir. Özellikle, tamamlanmış kısmın bir kısmî ifa olarak nitelendirilemediği hâllerde bu husus çarpıcı bir şekilde ortaya çıkar. Bu sebeple, kanaatimizce toplama yönteminin uygulanmasında yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı masraflara sözleşme gereği gibi ifa edilseydi elde edeceği kâr eklenerek onun toplam müspet zararı bulunmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır[334].

[333] Bu konuda ayrıca bkz. **Buz,** Eser, s. 236.

[334] *"Gerek öğretide, gerek Yargıtay uygulamasında, bu tazminat hesabında kullanılan yöntem "toplama metodu"dur. Bu yöntemde, yüklenicinin zararı, fesih anına kadar tüm giderlere, eser bitmiş olsaydı sağlayabileceği net kar eklenmek suretiyle tespit edilir."*. 15. HD, 02.07.2014 T., 2013/4839 E., 2014/4650 K. (Kazancı). Aynı yönde bkz. 15. HD, 02.04.1998 T., 1998/833 E., 1998/1348 K.;

Örneğin, 500 TL bedel kararlaştırılmış bir sözleşmede, yüklenicinin fesih anında tamamlanan kısım için yaptığı masraf 300 TL, sözleşme usulüne uygun ifa edilseydi yapacak olduğu toplam masraf 400 TL ise, onun bu sözleşmeden elde edeceği kâr (500-400) 100 TL'dir. Bu durumda yüklenicinin müspet zararı, tamamlanan kısım için yaptığı masraf olan 300 TL ve o sözleşmeden elde edeceği kazanç olan 100 TL'nin toplamı, yani 400 TL'dir. Bu örnekte yüklenicinin bütün masrafları tamamlanan kısım için yaptığı farz edilmiştir. Yüklenicinin tamamlanmayan kısımlar için de masraf

27.01.2012 T., 2010/7098 E., 2012/350 K. (HukukTürk). "*Görülüyor ki, davalılar(ın), inşaata başlanmadan önce Borçlar Kanununun 369 (TBK m. 484) madde hükmü doğrultusunda bu sözleşmeyi feshettikleri anlaşılmaktadır. O hâlde anılan madde ile düzenlenen toplama sistemi uygulanarak davacıların olumlu ve olumsuz tüm zararlarının ödetilmesi gerekir. Toplama sisteminde uygulanacak usulde, yüklenicilerin fesih anına kadar kâr unsuru hariç olmak üzere, yaptıkları gerçek giderlere eser bitmiş olsaydı sağlayabilecekleri net kâr eklenerek zararın tespiti yapılır. Kâr oranı, her somut olayın özelliğine, yapılması kararlaştırılan inşaatın nitelik ve niceliğine, yöredeki piyasa rayiçlerine göre saptanmalıdır.".* 15. HD, 16.10.1989 T., 1989/1623 E., 1989/4247 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 4, s. 582, 583.). Hemen belirtmek gerekir ki, karardaki "olumlu ve olumsuz tüm zararların ödetilmesi" ifadesi yerinde değildir. Zira bu iki zarar türü birlikte istenemez. (Bkz. Bölüm I, § 2, IV, D). Diğer taraftan, esasen yüklenicinin yaptığı masrafları teknik anlamda fiili zarar olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Zira alacaklının sözleşme ifa edilseydi bile yapacak olduğu masraflar, müspet zarar kapsamında fiili zarar olarak kabul edilmez. Gerçekten, bu masraflar borca aykırılığın uygun sonucu olarak ortaya çıkan masraflar değildir. Aksine alacaklının sözleşme kapsamında karşı taraftan elde edeceği edim, bu tür masrafları bir maliyet unsuru olarak bünyesinde barındırır. Ancak, burada sözleşmenin feshiyle birlikte karşı taraf olan işsahibinin bedel ödeme borcu da sona erdiği için, yüklenicinin, maliyet unsuru niteliğindeki bu masrafları aynen ifa kapsamında edim alacağı olarak karşı taraftan elde etme ihtimali kalmamıştır. Bu bakımdan, söz konusu masrafları teknik anlamda bir fiili zarar olarak nitelendirmek mümkün olmasa da bunların zararın hesabında dikkate alınması gereken fiili zarar benzeri maliyet kalemleri olduğu kabul edilebilir. Gerçekten, toplama yönteminde işin özü şudur; yüklenici borç ilişkisi usulüne uygun şekilde ifayla sona erdirilse içinde bulunacağı duruma getirilmelidir. Yüklenicinin ifa menfaati, normal şartlarda, maliyet kalemlerinin üstüne o sözleşmeden elde etmeyi umduğu kazanç eklenerek kararlaştırılan bedelin işsahibi tarafından ödenmesi, bunun karşılığında yüklenicinin de meydana getirdiği eseri teslim etmesiyle sağlanır. Sözleşme feshedildiğinde ise yüklenicinin ifa menfaati, eserin o zamana kadar yaptığı kısmını teslim etmesi, bunun karşılığında meydana getirilen kısım sebebiyle o zamana kadarki maliyetine (yaptığı masraflara) sözleşme tamamlansaydı elde edeceği kazanç eklenerek bulunan meblağın ödenmesi ile sağlanır. Böylece, yüklenici maliyet ve kazanç kalemlerinin toplamından oluşan müspet zararını elde ederek, ifa menfaatine kavuşmaktadır.

yapmış olması mümkündür. Ancak bu durum da zararın kabul ettiğimiz yönteme göre hesaplanmasını engellemez. Yukarıda görüşler ortaya koyulurken verilen örnek üzerinden açıklamak gerekirse, toplama yöntemine göre yüklenicinin toplam müspet zararı bulunurken, sözleşme kapsamında yaptığı toplam masraf (40 TL tamamlanan kısım için + 30 TL tamamlanmayan kısım için) 70 TL'dir. Sözleşmenin tamamından elde edecek olduğu kâr ise (100-80) 20 TL'dir. Dolayısıyla yüklenicinin toplam zararı 90 TL'dir. Görüldüğü gibi, yüklenicinin talep edebileceği toplam miktar bakımından burada da bir fark bulunmamaktadır. Ancak, benimsediğimiz yöntem hem iki farklı hesap gerektirmediği için daha pratiktir, hem de teorik açıdan müspet zararın niteliğine daha uygun düşmektedir.

D. Zararın Belirlenmesinde Esas Alınması Gereken Zaman

1. Genel Olarak Zararın Hesabında Esas Alınması Gereken Zaman

Zararın belirlenmesinde önem arz eden konulardan biri, zararın hangi zamana göre hesap edileceğidir. Zararın belirlenmesinde esas alınması gereken zaman bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Gerçekten, zararın hesabında, zarar verici olayın gerçekleştiği tarihin, belirlenen vadenin, temerrüde düşülen tarihin, imkânsızlığın meydana geldiği tarihin, ifadan vazgeçilen tarihin, dava tarihinin veya hüküm tarihinin esas alınması mümkündür[335]. Zararın belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı, zararın tespit edilecek miktarını etkiler.

[335] Zarar verici olayın gerçekleştiği tarihi, yani vadeyi, temerrüt tarihini veya ifa zamanını kabul eden kararlar: *"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."*. 13. HD, 20.10.1987 T., 1987/3550 E., 1987/4999 K. (HukukTürk). *" Davacının buradaki zararı olumlu (müspet) zarar olup, hem aracın bedelini ve hem de mahrum kaldığı kârı ihtiva etmektedir. Ancak davacı alıcı ödetilmesini istediği bu müspet zararını hangi tarihe kadar isteyebilir. Buradaki sorun ifa zamanında zarar mı yoksa hüküm zamanına kadar tahakkuk eden zarar mı olduğunda toplanmaktadır.*

Haksız fiillerde hâkim görüş, zararın belirlenmesi bakımından kural olarak hüküm tarihinin veya hüküm tarihine yakın bir bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihin esas alınmasını kabul etmektedir[336]. Hüküm tarihi ile kararın üst mahkemede kesinleştiği tarih değil, ilk derece mahkemesinin kararı tebliğ ettiği tarih kastedilmektedir. TBK m. 75 (OR Art. 46/II)'te bedensel zararlar bakımından hüküm

---

Ne var ki, kökleşen Yargıtay içtihatlarına 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 tarihte muaccel olur.". 13. HD, 01.05.1986 T., 1541 E., 2651 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729). *"…davada satış bedeli ile davacı alıcının olumlu zararı arasındaki fark tazminat olarak istendiğine göre, mahkemece … (belirlenen) elma miktarı, temerrüt tarihindeki elma fiyatları ve gerekli giderlere göre davacının olumlu zararını belirlemek ve bulunacak tutardan satış bedeli 910.000 lirayı indirerek meydana çıkan farkın tazminat olarak davacıya ödenmesine karar vermekten ibarettir."*. 13. HD, 10.02.1986 T., 7669 E., 669 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729, 4730). *" Davacı, … noksan teslim edilen 1.000 sandık limonun satış bedeli ile teslim için muayyen olan günün fiyatı arasındaki farkı isteyebilir."*. 13. HD, 07.03.1988 T., 6842 E., 1252 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732). Aynı yönde bkz. 11. HD, 27.11.1985 T., 5133 E., 6462 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732); 15. HD, 05.10.2017 T., 2017/1160 E., 2017/3310 K.; 15. HD, 27.03.2014 T., 2013/2476 E., 2014/2120 K. (HukukTürk).

İmkânsızlık tarihini esas alan kararlar: *"… ifanın imkânsız hâle geldiği 7 nolu dairenin üçüncü kişiye satıldığı tarihteki rayiç değeri uzman bilirkişiye hesap etttirilmeli, istemle bağlı kalınarak tazminata hükmedilmelidir."*. 13. HD, 07.03.1981 T., 8791 E., 2668 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4725, 4726). *"… davalının edimi yönünden sözleşmenin imkânsız olduğu anlaşılmaktadır… davalı kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde davacının meydana gelen müspet zararını, başka bir ifade ile sözleşmeden doğan ifa menfaatini tazmin etmekle yükümlüdür. Bu da taşınmazın üçüncü kişi adına tescil edildiği* (imkânsızlığın gerçekleştiği) *tarihteki rayiç değeridir."*. 13. HD, 13.12.1985 T., 6971 E., 7665 K. (**Uygur,** C. IV, s 4726, 4727). Aynı yönde bkz. 13. HD, 06.12.1985 T., 5334 E., 7531 K., (**Uygur,** C. IV, s. 4727 vd.); 3. HD, 17.09.2013 T., 2013/10595 E., 2013/12801 K. (Kazancı).

Fesih tarihini dikkate alan karar: *"BK'nın 369. maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesih işlemlerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla bozucu yenilik doğuran hak sonuçlarını doğurur ve sözleşme ilişkisi sona erer. Bu itibarla da yüklenicinin tazminat alacağı hesabı anılan tarihteki rayiçler üzerinden yapılır."*. 27.01.2012 T., 2010/7098 E., 2012/350 K. (HukukTürk). *"… fesih iradesinin ulaştırıldığı ve eylemli feshin gerçekleştiği 1996 yılı fiyatları ile davacı zararını hesaplatmak..."*. 18.06.2003 T., 2003/767 E., 2003/3319 K. (HukukTürk).

[336] **von Tuhr/Peter,** s. 123; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 4; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 7; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 72, 73; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 265; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 602; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 460; **Eren,** Borçlar Genel, s. 748; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 87, 88. BGE 125 III 14, 17.

tarihinin esas alınacağı kabul edilmiştir. Doktrinde bu ilkenin diğer zararlar bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[337]. Türk Hukukunda uygulamada ise kural olarak, zarar verici olayın gerçekleştiği tarih esas alınmaktadır[338]. Doktrinde, zarar görenin malvarlığının iki durumu arasındaki farkı en iyi ortaya koyabilecek zamanın kararın verildiği tarih olduğu ifade edilmektedir. Zira hâkim karar anına kadar ileri sürülen her türlü olay ve delilleri göz önünde bulundurmalıdır. Bu bakımdan zararın belirlenmesinde, zarar verici olaydan hüküm anına kadar gerçekleşen olaylar da dikkate alınmalıdır[339]. Buna karşılık, zarar veren, zarar görenin şeyi hüküm tarihinden önce elinden çıkaracağını ispat ederse, zararın hesabında hüküm tarihindeki yüksek değerin dikkate alınmaması gerekir[340]. Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarına göre, özellikle şeyin değerinin hüküm anında düşük olduğu hâllerde, zarar görene zararın gerçekleştiği tarih, dava tarihi veya karar tarihi arasında bir seçim hakkı tanınmalıdır[341]. Ayrıca bir görüş, şeyin değeri zarar verici olaydan sonra yükselmiş ve hüküm tarihinde tekrar düşmüşse, zararın malın en yüksek değere ulaştığı tarihe göre hesaplanması gerektiğini savunmaktadır[342].

---

[337] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 4; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 460; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 265; **Eren,** Borçlar Genel, s. 748.

[338] *"Tarlada ve yığın ve demet hâlinde iken hasara uğratılan ürünlerin ödetilmesinde zarar sırasındaki kıymetine göre hüküm verilmesi gerekir.".* İBK, 12.11.1930 T., 1930/6 E., 1930/27 K. (HukukTürk). "*Mahkemece de benimsendiği gibi, kural olarak davacının malvarlığındaki azalmanın haksız fiilin işlendiği tarihte meydana geldiği kabul edilir.".* 4. HD, 23.12.1982 T., 1982/7190 E., 1982/11637 K. (YKD, 1983, C. 9, S. 4, s. 520 vd.); 4. HD, 01.10.2013 T., 2012/16753 E., 2013/15404 K.; 4. HD, 21.01.2014 T., 2013/461 E., 2014/651 K. (HukukTürk); 3. HD, 27.05.2021 T., 2021/3016 E., 2021/5620 K.; 11. HD, 23.03.2021 T., 2020/320 E., 2021/2742 K.; 11. HD, 16.02.2021 T., 2020/1209 E., 2021/1252 K.; 11. HD, 17.04.2014 T., 2014/4242 E., 2014/7560 K. (Kazancı) .

[339] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 7; **Oftinger/Stark,** s. 255; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 265; **Eren,** Borçlar Genel, s. 749.

[340] **von Tuhr/Peter,** s. 123, dn. 53; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 4; **Eren,** Borçlar Genel, s. 749.

[341] **von Tuhr/Peter,** s. 123; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 4; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 265; **Eren,** Borçlar Genel, s. 749. Krş. **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 8.

[342] **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 602.

Zararın belirlenmesinde kural olarak fiilen gerçekleşmiş olan zarar dikkate alınır. Gelecekteki zarar hüküm anında henüz mevcut olmadığı için, ilke olarak bunun kesin bir şekilde tespit edilip karara esas teşkil etmesi mümkün değildir[343]. Bununla birlikte, istisnaî bazı hâllerde gelecekteki zararın da dava edilebileceği kabul edilmektedir. İlk olarak, TBK m. 75'e göre hâkim karar verirken bedensel zararın kapsamını tam olarak tespit edemiyorsa, kesinleşme tarihinden itibaren iki yıl içerisinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Yine, Yargıtay'a göre, zarar gören daha sonra yeni bir tazminat davası açabilmek için dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmalıdır[344]. Bu bakımdan, zarar gören, hâkimden hüküm fıkrasında gelecekteki zararlara ilişkin talep hakkının saklı tutulmasını isteyebilir[345]. Son olarak, bazı hâllerde gelecekteki zararın yeterli doğrulukla belirlenmesi mümkün olabilir[346]. Örneğin, hasar gören makinenin önceden belirli tamir süresi boyunca meydana gelecek olan kazanç yoksunluğunun hesabı mümkün olduğu için bu zarar tespit edilebilir[347].

Dokrinde, alacaklının zarar verici olay sonucunda meydana gelen zararın faizini de talep edebileceği kabul edilmektedir[348]. Burada bahsedilen temerrüt faizi değil, zarar verici olaydan doğan zararın faizidir[349]. Tazminat faizi veya zarar faizi (*Schadenszins*) denilen bu faiz, zararın meydana geldiği, finansal etkiler doğurduğu

---

[343] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73, 74; **Eren,** Borçlar Genel, s. 750.

[344] HGK, 14.04.2004 T., 2004/200 E., 2004/227 K.; 13. HD, 02.11.2004 T., 2004/8443 E., 2004/15802 K.; 9. HD, 07.05.2001 T., 2001/7843 E., 2001/7895 K.; 15. HD, 23.11.2001 T., 2001/4967 E., 2001/5412 K. (HukukTürk).

[345] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 74; **Eren,** s. 749.

[346] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 6. Ayrıca bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 124.

[347] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **Eren,** Borçlar Genel, s. 749.

[348] **von Tuhr/Peter,** s. 74; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **Oftinger/Stark,** s. 256, 257; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 97 vd.; **Merz,** OR, s. 214; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 5; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2910; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1090. BGE 118 II 363, 364.

[349] **Oftinger/Stark,** s. 257; **Merz,** OR, s. 214; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2910; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 99; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 5; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 462.

anda doğar ve bu andan itibaren talep edilebilir[350]. Söz konusu faizin, meydana gelen zarar gerçekleştiği anda giderilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumu sağladığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, söz konusu faiz zararın bir parçasıdır[351]. Zarar miktarına uygulanacak olan faizin oranı, bir görüşe göre sermaye piyasasındaki şartlara göre[352], diğer görüşe göre ise kanunî faiz oranına göre belirlenmelidir[353]. Bir görüş, tazminat faizinin sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar için de uygulanacağını kabul etmektedir[354].

2. Müspet Zararın Hesabında Esas Alınması Gereken Zaman

a. Genel Olarak

Sözleşmeye aykırılık sebebiyle talep edilen müspet zarar bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Haksız fiilden doğan zararda kabul edilen hâkim görüşü takip eden bir görüş, müspet zararın hesabında hüküm tarihinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, böylece borca aykırılığın alacaklının malvarlığında hüküm anına kadar meydana getirdiği olumsuz etkiler göz önünde tutulmuş ve zarar miktarı mümkün olduğunca gerçeğe yakın bir şekilde belirlenmiş olur[355].

---

[350] **von Tuhr/Peter,** s. 74; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 73; **Oftinger/Stark,** s. 256; **Merz,** OR, s. 214; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 97; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 5; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2910; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1090. BGE 131 II 217, 227. Krş. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 460, 461.

[351] **von Tuhr/Peter,** s. 74; **Oftinger/Stark,** s. 257; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2910; **Merz,** OR, s. 214; **BK OR-Brehm,** Art. 41, N. 97; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 5; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 462; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1090.

[352] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2910.

[353] **Merz,** OR, s. 214.

[354] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2910; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1090; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 8.

[355] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 867.

Başka bir görüş, müspet zarar hesabında esas alınacak tarih bakımından alacaklıya seçim hakkı tanınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, alacaklı zararın hesaplanmasında dilerse borca aykırılığın gerçekleştiği tarihin, dilerse hüküm tarihinin esas alınmasını isteyebilir[356].

Üçüncü bir görüş ise sözleşmeye aykırılıkta ifa zamanının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, bir sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle tazminat talep edildiğinde, zararın hesabında kural olarak borçlunun borcunu ifa etmesi gereken zaman dikkate alınmalıdır[357]. Örneğin, bir menkul kıymetin belirli bir tarihte teslimi kararlaştırılmışsa, bu tarihteki fiyat zararın belirlenmesinde esas alınır. Bunun şartı, borç zamanında ifa edilseydi menkul kıymetin yeniden satılabilme ihtimalinin bulunmasıdır. Daha sonra fiyatın düşmüş olması önemli değildir[358].

Kanaatimizce, müspet zararın hesabında, haksız fiillerdeki gibi tek tip bir tarihin esas alınması isabetli olmaz. Zira müspet zararın hesabında esas alınacak tarihin, müspet zararın talep edilebileceği bütün hâlleri kapsayacak şekilde genel bir ilke olarak ortaya konulması mümkün değildir. Gerçekten, müspet zararın talep edilebileceği her durum kendi şartlarına göre değerlendirilmelidir[359]. Bununla birlikte, haksız fiilden sorumlulukta kabul edilen hüküm tarihinin esas alınması görüşü, müspet zararın hesabı bakımından da önemli bir rol oynar. Ancak, müspet zararın hesabında hüküm tarihini genel bir ilke olarak değil, alacaklının tercih edebileceği bir seçenek olarak kabul etmek daha yerinde olur[360].

---

[356] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Serozan,** § 16, N. 8.

[357] **Guhl/Koller,** § 10, N. 56. BGE 109 II 475; 122 II 53 E. 4c.

[358] **Guhl/Koller,** § 10, N. 56.

[359] Aynı yönde bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2925; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 338, 342.

[360] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 338.

b. Kusurlu İmkânsızlık ve Gereği Gibi İfa Etmemede

Sonraki kusurlu imkânsızlık (TBK m. 112) sebebiyle talep edilen müspet zararın hesabında hangi tarihin dikkate alınması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, imkânsızlıkta zarar belirlenirken ifanın imkânsızlaştığı an dikkate alınmalıdır[361]. Buna göre, ifanın imkânsızlaştığı tarihte ifa yükümlülüğü sona ereceği için, zorunlu olarak bu tarihten sonraki olaylar dikkate alınamaz[362]. Yargıtay da genel olarak bu görüştedir[363]. Buna benzer başka bir görüşe göre, imkânsızlıkta fark yöntemi uygulanırken borçlunun edimi ile alacaklının edimi arasındaki değer farkının hesabında edimin ifasının imkânsızlaştığı tarih esas alınmalıdır[364].

Kanaatimizce üstün tutulması gereken hâkim görüşe göre, imkânsızlık sebebiyle meydana gelen zararın hesabında esas alınacak tarih alacaklının seçimine bağlıdır[365]. Bu görüşe göre, zararın hesabı kural olarak borcun ifa edilmesi gereken tarihe göre

---

[361] **Bucher,** AT, s. 339, 345.

[362] **Bucher,** AT, s. 345, dn. 67.

[363] *"Mahkemece, murisin satış vaadinde bulunduğu taşınmaz hissesinin dava dışı üçüncü kişiye satılmış olması nedeni ile ifa imkânı kalmadığı, bu nedenle davacının dava tarihi itibari ile rayiç değeri isteyebileceği, ... gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. ... Davacı, bu durumda şahsi hakkının ifasının kusurlu olarak imkânsız hâle getirildiği tarihteki taşınmazın rayiç değerini davalılardan isteyebilir. Nitekim konuya ilişkin sapma göstermeyen yargısal uygulamalar da bu doğrultudadır. O hâlde, davacı geçerli bir şekilde satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı taşınmaz hissesinin, edimini yerine getiremeyen davalı mirasçılardan, ifanın imkânsız hâle geldiği tarihteki değerini talep etmeye hakkı bulunmaktadır."*. 13. HD, 07.12.2017 T., 2015/28861 E., 2017/12244 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 13. HD, 08.05.2019 T., 2016/14689 E., 2019/5943 K.; 13. HD, 30.09.2019 T., 2016/19364 E., 2019/9152 K. (HukukTürk); 3. HD, 17.09.2013 T., 2013/10595 E., 2013/12801 K. (Kazancı); 13. HD, 06.12.1985 T., 5334 E., 7531 K., (**Uygur,** C. IV, s. 4727 vd.); 13. HD, 07.03.1981 T., 8791 E., 2668 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4725, 4726); 13. HD, 13.12.1985 T., 6971 E., 7665 K. (**Uygur,** C. IV, s 4726, 4727).

[364] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 397.

[365] **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2926; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 51; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 339; **Schwenzer,** OR, N. 64.22; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 823; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1075, 1076.

yapılır, ancak alacaklı hüküm tarihinin esas alınmasını da talep edebilir[366]. Buna göre, alacaklı isterse, zararın borcun ifa edilmesi gereken tarihe göre belirlenmesini talep edebilir. Bunun sebebi, borçlu borcunu ifa etmesi gereken tarihte yerine getirseydi, alacaklının malvarlığının bu tarihte artacak olmasıdır[367]. Borçlu bu tarihte borcunu yerine getirmediği için, alacaklının malvarlığı iradesi dışında azalmıştır. Diğer taraftan, alacaklı isterse zararının hüküm tarihine göre hesap edilmesini de talep edebilir[368]. Bu tercih imkânının, alacaklıya özellikle hüküm tarihine kadar edimin değerinde meydana gelen artışları talep edebilmesi amacıyla tanındığı ifade edilmektedir. Buna göre, alacaklının bu seçimi, yüksek enflasyon dönemlerinde kendisi için avantaj sağlar. Buna karşılık, hüküm anında borca aykırılığın gerçekleştiği tarihe nispetle edimin değerinin düştüğü hâllerde bu tercih alacaklıyı mağdur edebilir[369]. Bu sebeple, zarar hesaplanırken alacaklı için en elverişli olan tarihin dikkate alınması gerekir[370]. Bu bakımdan alacaklıya zararın hesaplanacağı anı seçme konusunda bir tercih hakkı tanınmalıdır.

TBK m. 112'nin kapsamına giren gereği gibi ifa etmeme hâllerinde de aynı ilkeler uygulanmalıdır. Ancak burada edimin ifa edilmiş olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, alacaklı zararın belirleneceği tarih bakımından edimin ifa edildiği tarih ile hüküm tarihi arasında bir seçim hakkına sahip olmalıdır[371].

---

[366] **von Tuhr/Escher,** s. 102; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2926; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 51; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 339; **Schwenzer,** OR, N. 64.22; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 823.

[367] **von Tuhr/Escher,** s. 102; **Guhl/Koller,** § 10, N. 56; **Schwenzer,** OR, N. 64.22; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1075, 1076.

[368] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2926; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 339; **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 51; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1076.

[369] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 51.

[370] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 51; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2926; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1076; BGE 109 II 476.

[371] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 339. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2928.

c. Borçlu Temerrüdünde

Borçlu temerrüdünde müspet zarar talep edildiğinde bu zarar belirlenirken hangi tarihin esas alınması gerektiği de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, zararın hesabında alacaklının tercihine göre temerrüt veya ifadan vazgeçme tarihinin dikkate alınabileceğini kabul etmektedir[372].

Diğer görüş, zararın hesabında temerrüt anını dikkate almaktadır[373]. Bu görüşe göre, meseleye tazminatın amacından hareket ederek cevap verilmelidir. Buna göre, alacaklı, edimi sözleşmeye uygun şekilde elde etmiş olsa içinde bulunacağı duruma getirilmelidir. Bu sebeple, kural olarak, borçlunun temerrüde düştüğü an dikkate alınmalıdır. Alacaklının ifa talebinin ilk olarak vazgeçme anında sona ermesi hiçbir şeyi değiştirmez. Alacaklının zararın hesabında başka bir tarihi seçip seçemeyeceği,

---

[372] **Bucher,** AT, s. 345, 380.

[373] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 19; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 187, 207. *"Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas tutulur. Başka bir anlatımla, zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. …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. Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu'nun 106. (TBK m. 125) maddesinde kendisine tanınan haklardan "ifa yerine geçen olumlu zararının" tazminini istemekte haklıdır. O hâlde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.01.2001 tarihi itibariyle bitmiş hâldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir.".* 15. HD, 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K. (HukukTürk). *"Davada satış bedeli ile davacı alıcının olumlu zararı arasındaki fark tazminat olarak istendiğine göre, mahkemece … (belirlenen) elma miktarı, temerrüt tarihindeki elma fiyatları ve gerekli giderlere göre davacının olumlu zararını belirlemek ve bulunacak tutardan satış bedeli 910.000 lirayı indirerek meydana çıkan farkın tazminat olarak davacıya ödenmesine karar vermekten ibarettir.".* 13. HD, 10.02.1986 T., 7669 E., 669 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729, 4730). *"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.".* 13. HD, 20.10.1987 T., 1987/3550 E., 1987/4999 K. (HukukTürk). *" Davacı, … noksan teslim edilen 1.000 sandık limonun satış bedeli ile teslim için muayyen olan günün fiyatı arasındaki farkı isteyebilir.".* 13. HD, 07.03.1988 T., 6842 E., 1252 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732). Aynı yönde bkz. 15. HD, 04.06.2012 T., 2012/2766 E., 2012/4181 K. (HukukTürk).

kural olarak dikkate alınması gereken zamanın belirlenmesi probleminden ayırt edilmelidir. Burada fikir birliği bulunmaktadır. Gerçekten, alacaklı hüküm anına kadar meydana gelen zararı talep edebilir[374]. Böyle bir tercih yoksa temerrüt anı dikkate alınır[375].

Başka bir görüşe göre zarar, temerrüde düşülen edimin ifasının muaccel olduğu ana göre hesaplanmalıdır[376]. Bununla birlikte, alacaklının zararı muacceliyet anından sonra artarsa bu zarar da tazmin edilmelidir[377].

Diğer bir görüşe göre ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde zararın hesabı kural olarak ifadan vazgeçme anına göre yapılmalıdır[378]. Buna göre, zararın hesabında dikkate alınması gereken zaman, ifadan vazgeçildiği andır[379]. İfadan vazgeçileceği süre dolmadan bildirilmişse sürenin sonu[380], vazgeçme beyanına gerek olmayan hâllerde ise temerrüdün gerçekleştiği tarih esas alınmalıdır[381]. Bu görüşteki yazarlardan bazıları ise kural olarak vazgeçme anının dikkate alınması gerektiğini, ancak istisnaî hâllerde temerrüt anının dikkate alınabileceğini savunmaktadır[382]. Buna göre, istisnaen, temerrüt ile ifadan vazgeçme anı arasında şeyin değeri yükselmiş ve

---

[374] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 19. Bu görüşün temsil edildiği diğer eserde ise ifadan vazgeçme anından sonrası için yalnızca edimin değeri dışındaki zarar kalemlerinin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 186c, 187.

[375] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 19.

[376] **Schwenzer,** OR, N. 66.27.

[377] **Schwenzer,** OR, N. 66.27.

[378] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 42; **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1143; **Kurt,** Temerrüt, s. 273. Bir görüş ise vazgeçme anının değil, ifa yerine müspet zararı talep etme hakkının seçildiği anın esas alınması gerektiğini savunmaktadır. **Antalya,** C. V/1, 3, s. 568.

[379] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1143. *"Müspet zarar hesaplanırken, kaideten alacaklının ifadan vazgeçtiği an esas ittihaz edilir."* 13. HD, 28.06.1986 T., 1839 E., 4520 K. (**Karahasan,** s. 953).

[380] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 42.

[381] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 962.

[382] **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502, 503.

alacaklının bu yüksek değerden malı elinden çıkaracağı kabul edilebiliyorsa, zararın hesabında bu değerin dikkate alınması gerekir[383]. Vazgeçme anından sonraki değer artışları ise dikkate alınmaz[384].

Son olarak başka bir görüşe göre, temerrüt hâlinde bir ayrım yapılmalıdır. Aynen ifa ile birlikte gecikme zararı talep edilmişse, zararın hesabında davanın açıldığı tarih dikkate alınmalıdır[385]. Buna karşılık, alacaklı ifadan vazgeçip müspet zarar talep ettiğinde, kural olarak ifadan vazgeçildiği zaman dikkate alınmalı, ancak alacaklıya hüküm tarihini seçme hakkı da tanınmalıdır[386].

Kanaatimizce temerrütte ifa yerine müspet zarar talebinde bir ayrıma gidilmelidir. Gerçekten, edimin değerine ilişkin zarar ile diğer zarar kalemlerinin aynı şekilde değerlendirilmemesi gerekir. Borçlunun ifayla yükümlü olduğu edimin değerine ilişkin zarar, kural olarak ifadan vazgeçildiği tarihe göre tespit edilmelidir[387]. Zira her ne kadar borçlu temerrüde düşmüş olsa da aynen ifa talebinden vazgeçilene kadar edimini ifa etmeye yetkilidir. Diğer taraftan, bu süreçte edimin değeri hâlâ alacaklının malvarlığında bir alacak hakkı olarak mevcuttur. Bu bakımdan, malvarlığında bu edimin değeri kadar bir azalmanın meydana gelmesi, yani zararın doğması, ilk olarak alacaklı edimin aynen ifasından vazgeçtiğinde gerçekleşir. Bu sebeple, alacaklının edimin değeri sebebiyle uğradığı zarar, süre verilmesi gereken hâllerde sürenin sonunda alacaklının aynen ifa talebinden vazgeçtiği tarihe göre tespit edilmelidir. Alacaklı, süre verme beyanıyla birlikte ifadan vazgeçeceğini de

[383] **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502, 503.

[384] **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1143; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 503.

[385] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2927.

[386] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2927.

[387] Kanaatimizce, yukarıda açıklanan genel olarak ifadan vazgeçme anının esas alınmasını savunan görüşteki yazarların çoğunluğu da aslında edimin değerine ilişkin zararı dikkate almaktadır. Krş. **Kurt,** Temerrüt, s. 273.

bildirmişse sürenin sona erdiği tarih dikkate alınmalıdır. Vazgeçme beyanına ihtiyaç olmayan hâllerde ise temerrütle birlikte alacaklı ifadan vazgeçmiş sayılacağı için, borçlunun temerrüde düştüğü tarih esas alınmalıdır. Bununla birlikte, istisnaen temerrüt ile vazgeçme anı arasında edimin değeri artıp sonra düşmüş ve alacaklı bu yüksek fiyattan malı elinden çıkarabileceğini ispatlamışsa bu tarihin dikkate alınması yerinde olur[388]. Buna karşılık, ilke olarak ifadan vazgeçme anından sonra edimin değerinde meydana gelen artış müspet zararın hesabında dikkate alınmaz[389]. Zira burada imkânsızlıktan farklı olarak alacaklı, edimin aynen ifasından vazgeçerek bu tarihten itibaren edimin malvarlığında meydana getireceği olumlu etkilerden de vazgeçmiştir. Satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü sebebiyle uygulanan soyut yöntemde piyasa fiyatı tespit edilirken kanundaki ifadeye göre ifa günündeki fiyat dikkate alınır (TBK m. 213/III)[390]. Ancak doktrinde bu ifadeden ifa talebinin ortadan

[388] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 154; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502, 503. Benzer şekilde, kanaatimizce edimin değerinin vazgeçme tarihine kıyasla temerrüt tarihinde daha yüksek olduğu istisnaî hâllerde alacaklı temerrüt tarihine göre hesap yapılmasını isteyebilmelidir.

[389] Aynı yönde bkz. **von Tuhr/Escher,** s. 154; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 107, N. 186c; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 949; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 503; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1143; **Yıldız,** s. 205, 206; **Gündüz,** s. 427. Krş. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2770.

[390] "*Davacının buradaki zararı olumlu (müspet) zarar olup, hem aracın bedelini ve hem de mahrum kaldığı kârı ihtiva etmektedir. Ancak davacı alıcı ödetilmesini istediği bu müspet zararını hangi tarihe kadar isteyebilir. Buradaki sorun ifa zamanında zarar mı yoksa hüküm zamanına kadar tahakkuk eden zarar mı olduğunda toplanmaktadır. Ne var ki, kökleşen Yargıtay içtihatlarına 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 tarihte muaccel olur.".* 13. HD, 01.05.1986 T., 1541 E., 2651 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729). *"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.".* 13. HD, 20.10.1987 T., 1987/3550 E., 1987/4999 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 13. HD, 10.02.1986 T., 7669 E., 669 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4729, 4730); 13. HD, 07.03.1988 T., 6842 E., 1252 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732); 11. HD, 27.11.1985 T., 5133 E., 6462 K. (**Uygur,** C. IV, s. 4732); 15. HD, 05.10.2017 T., 2017/1160 E., 2017/3310 K.; 15. HD, 27.03.2014 T., 2013/2476 E., 2014/2120 K. (HukukTürk).

kalktığı zaman anlaşılmaktadır[391]. Bu bakımdan, kesin vadeli satışlarda ve TBK m. 212'de kabul edilen karine gereğince belirli vadeli ticari satışlarda vade tarihi ifadan vazgeçilen tarihle örtüştüğü için, bu tarih dikkate alınır. Buna karşılık, adi satışlarda ve genel hükümlere göre müspet zarar talep edildiğinde alacaklının ifadan vazgeçtiği gün dikkate alınmalıdır[392]. Bu kuralın istisnası ise ikame işlemin mevcut olduğu hâllerdir. Zira kural olarak ikame işlem ifadan vazgeçildikten sonra yapılır. Gerçekten, TBK m. 213/II'ye göre satıcının temerrüdünde uygulanan somut yöntemde edimin değerinden kaynaklanan zarar, alıcının ilke olarak ifadan vazgeçtikten sonra yaptığı ikame alımdaki bedele göre hesaplanmaktadır. Bu durum ifa yerine müspet zararın talep edildiği ve ikame işlemin mevcut olduğu diğer borç ilişkilerinde de aynen geçerlidir. Bu bakımdan, ifa edilmeyen edimin değerine ilişkin zarar soyut olarak hesaplanacaksa ifadan vazgeçme anı esas alınmalıdır. Buna karşılık, zararın somut olarak bir ikame işleme göre hesaplanacağı hâllerde, ifadan vazgeçme anından sonra yapılmış olsa bile bu ikame işlem dikkate alınır.

İfadan vazgeçen alacaklının uğradığı diğer müspet zarar kalemleri ise temerrüt anından itibaren tazminat alacağına kavuşana kadar meydana gelebilecek niteliktedir. Gerçekten, alacaklının temerrüt sebebiyle yaptığı masrafların bir kısmı temerrüt ile vazgeçme beyanı arasında ortaya çıkarken, bir kısmı hüküm tarihine kadar meydana gelebilecek veya artabilecek türdendir. Alacaklı hüküm tarihine kadar meydana gelen veya artan zarar kalemlerini talep edebilir[393]. Bu bakımdan söz konusu zararların hesabında kural olarak hüküm anının esas alınması yerinde olur. Bununla birlikte

[391] **Lemp,** s. 177, 178; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 48; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 21; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 5. BGE 43 II 356; 45 II 290. Krş. **ZK-Schönle,** Art. 191, N. 27.

[392] Aynı yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 191, N. 6; **Schenker,** Schuldnerverzug, s. 243; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 48; **BSK OR I-Koller,** Art. 191, N. 21; **Havutçu,** s. 126.

[393] **Antalya,** C. V/1, 3, s. 568; **Gündüz,** s. 427.

alacaklıya hüküm tarihinin veya zararın meydana geldiği anın esas alınması yönünde bir seçim hakkı tanımak gerekir[394]. İfa yerine müspet zarar talep edildiğinde temerrüt anı ile ifadan vazgeçme anı arasında meydan gelen gecikme zararı niteliğindeki zarar kalemlerinin istenemeyeceği varsayımına dayanan, bu sebeple zararın hesabında ifadan vazgeçme anından öncesinin dikkate alınmayacağını savunan görüş[395] reddedilmelidir. Diğer taraftan, ifa ile birlikte müspet zararın (gecikme zararı) istendiği hâllerde de bu şekilde hareket edilmelidir[396].

Yargıtay, haksız fiillerde kabul ettiği zarar verici olayın meydana geldiği anın dikkate alınması uygulamasını, sözleşmeden doğan sorumlulukta da çoğunlukla borca aykırılığın gerçekleştiği an (temerrüt anı, ifa günü, imkânsızlığın gerçekleştiği an) şeklinde uygulamaktadır. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi, müspet zarar hesabında böyle bir genel geçer ilke kabul edilmesi yerinde değildir. Zira bu durum müspet zararın niteliğiyle örtüşmemektedir. Gerçekten, müspet zararda, zarar verici olayın gerçekleştiği an olarak kabul edilen temerrüt veya ifadan vazgeçme anından sonra da birçok zarar kalemi ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, müspet zararın tazmininde alacaklının malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu değil, borca aykırılık olmasaydı malvarlığının şuan içinde bulunacağı farazî durum sağlanmaya çalışılır. Bu farazî durumu en yakın şekilde sağlayacak olan ise zararın kural olarak hüküm anına göre hesaplanmasıdır[397]. Bunu sağlamak için tazminat faizine başvurmak bir yöntem olmakla birlikte, kanaatimizce zararın hüküm anına göre hesaplanması daha yerinde

[394] Benzer görüşte bkz. **Gündüz,** s. 427.

[395] **BK OR-Becker,** Art. 107, N. 42.

[396] Krş. **Kurt,** Temerrüt, s. 213, 273. Doktrinde bir görüş haklı olarak aşkın zarar bakımından fiili ödeme anının esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Zira alacaklının aşkın zararı hüküm tarihinden fiili ödeme gününe kadar artma eğilimindedir. Bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 237 vd. Kanaatimizce de hüküm anından fiili ödeme gününe kadar meydana geleceği kesin olarak tespit edilebilen müspet zarar kalemleri bakımından bu şekilde hareket edilmesi yerinde olur.

[397] Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 602; 867; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 351; **Gündüz,** s. 424.

bir seçenektir. Yukarıda açıkladığımız gibi, edimin değerinden kaynaklanan zarar dışındaki müspet zarar kalemlerinin hüküm anına göre hesaplanması daha isabetli bir uygulama olur. Ancak, alacaklıya bu zararları bakımından zararın doğduğu tarihin veya hüküm anının dikkate alınması konusunda bir seçim hakkı tanınması, onun menfaatine daha uygun düşer.

E. Denkleştirme

Müspet zarar hesaplanırken yalnızca alacaklının uğradığı zarar kalemlerinin tespit edilmesi yeterli değildir. Zira bazı hâllerde alacaklı borca aykırılığın uygun sonucu olarak bazı ekonomik yararlar elde etmiş olabilir. Zararın hesabında bu yararların dikkate alınmaması hâlinde alacaklının malvarlığı ifa menfaatinin ötesine geçer. Gerçekten, böyle bir durumda, alacaklı borç usulüne uygun ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Zira böyle bir ihtimalde, bir taraftan alacaklının borca aykırılık sebebiyle uğradığı bütün zararlar onun malvarlığına tazminat olarak girerken, diğer taraftan bu borca aykırılık sayesinde elde ettiği yararlar onun malvarlığında kalmaya devam eder. Oysa borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi, alacaklı söz konusu yararları elde edemeyecekti. Bu husus, tazminatın zararı telafi edici amacının ötesine geçtiği için kabul edilemez. Gerçekten, tazminatın amacı, alacaklıyı haksız yere zenginleştirmek veya borçluyu cezalandırmak değil, alacaklının uğradığı zararı gidermektir[398]. Bu sebeple, alacaklıya ödenen tazminat, onun gerçek zararının miktarını aşarak sebepsiz zenginleşme sonucunu doğurmamalıdır. Dolayısıyla, zarar hesaplanırken, alacaklının uğradığı brüt zarar miktarından borca

[398] **von Tuhr/Peter,** s. 101; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 27; **Apathy/Riedler,** N. 13/2; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 267; **Eren,** Borçlar Genel, s. 751, 1091; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 89.

aykırılığın uygun sonucu olarak elde ettiği yararlar düşülmelidir. Böylece alacaklının uğradığı gerçek zarar miktarına ulaşılmış olur[399].

Zararın hesaplanması aşamasına ilişkin olan[400] ve ortak hukuktan beri kabul edilen, alacaklının zararından elde ettiği yararların düşülmesi ilkesine dayanan bu kuruma denkleştirme (*compensatio lucri cum damno*)[401] denir[402]. Denkleştirmenin

[399] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 75; **Akünal,** s. 133; **Eren,** Borçlar Genel, s. 751. Denkleştirmenin nakden veya aynen yapılması mümkündür. Nakdî denkleştirmede alacaklının elde ettiği yararın para olarak değeri, onun brüt zararından düşülür. Aynen denkleştirmede ise alacaklının elde ettiği yarar, zararın hesabında bir değer olarak dikkate alınmak yerine, doğrudan aynî olarak borçluya verilir. Örneğin, kötü ifa sebebiyle kullanılamaz hâle gelen makinenin hurda değeri alacaklının malvarlığında artı bir değer olarak bulunmaktadır. Burada ya makinenin hurda hâlinin borçluya geri verilmesi ya da değerinin zarardan düşülmesi gerekir. Bkz. **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 29; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 336; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 273; **Akünal,** s. 149, 150; **Eren,** Borçlar Genel, s. 753, 1091; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 328, dn. 100.

[400] Denkleştirme, tazminatın değil zararın hesabıyla ilgili bir meseledir. Gerçekten, denkleştirme zararın hesabı aşamasında değil de tazminatın hesabı aşamasında uygulanırsa, alacaklıya ödenecek tazminat miktarı onun aleyhine olacak şekilde değişir. Özellikle, alacaklının birlikte kusurunun bulunduğu hâllerde bu husus daha açık bir şekilde görülür. Örneğin, bir sözleşme ilişkisinde borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda alacaklı toplam 15.000 TL zarar görmüş ancak 3.000 TL'de ekonomik yarar elde etmiş, diğer taraftan bu zararın meydana gelmesinde alacaklı da %50 kusurlu bulunmuştur. Denkleştirme zararın hesabı aşamasında uygulanırsa, alacaklının net zararı (15.000-3.000) 12.000 TL bulunarak, tazminat hesabında kusur oranına göre indirim yapılmasıyla alacaklıya (12.000/2) 6.000 TL tazminat ödenir. Buna karşılık, denkleştirme tazminatın hesabı aşamasında uygulanırsa, önce alacaklının zararı olan 15.000 TL'den kusur oranına göre indirim yapılarak (15.000/2) 7.500 TL bulunur. Bundan alacaklının elde ettiği yarar miktarı olan 3.000 TL düşüldüğünde, alacaklıya ödenecek olan tazminat miktarı 4.500 TL olarak bulunur. Zarar görenin aleyhine olan böyle bir uygulama, Türk/İsviçre hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için kabul edilmemelidir. Bkz. **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 28; **von Tuhr/Peter,** s. 101; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 7; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 336; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 272; **Akünal,** s. 16, 141, 142; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 587, 589; **Eren,** s. 752; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 327, dn. 97.

[401] Denkleştirmenin karşılığı olarak kullanılan bu Latince ifadenin esasen "takas" anlamına geldiği, bu sebeple yerinde olmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 75; **Akünal,** s. 5 vd.

[402] **von Tuhr/Peter,** s. 101, 102; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 75; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 27; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 7; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 334; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 586; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 267; **Akünal,** s. 3; **Eren,** Borçlar Genel, s. 751; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 399; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 89.

gerekliliği, fark teorisine göre zarar tanımının kendisinden de ortaya çıkar. Gerçekten, fark teorisine göre zarar, malvarlığının zarar verici olaydan sonra hâlihazırda gösterdiği durum ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farktır. Bu fark, alacaklının uğradığı zararları içerdiği gibi onun elde ettiği yararları da kapsar. Zira zarar verici olay olmasaydı alacaklı hâlihazırda mevcut olan bu yararları elde edemeyecekti. Bu sebeple, zarar verici olayın hiç gerçekleşmediği farazî durum, meydana gelen zararlardan yararların düşülmesiyle bulunacak olan değerin tazminiyle sağlanabilir.

Denkleştirmenin uygulanmasında her türlü yarar dikkate alınmaz. Gerçekten, denkleştirmede fiilen gerçekleşmiş veya ileride gerçekleşmesi normal olarak beklenen yararlar dikkate alınır[403]. Diğer taraftan, tarafların iradesinin veya bir kanun hükmünün yararın denkleştirilmesine karşı olduğu hâllerde denkleştirme işlemi uygulanmaz[404].

Alacaklının malvarlığında meydana gelen artışın yarar olarak kabul edilebilmesi için bu artışın ekonomik bir değer taşıması, kesin ve nihaî olması gerekir[405]. Alacaklının borca aykırılık sonucunda elde ettiği yarar, malvarlığının aktifinin artması veya pasifinin azalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, pasifin artmasının veya aktifin azalmasının engellenmesi şeklinde de meydana gelebilir.

Denkleştirmenin uygulanabilmesi için borçlunun borca aykırı davranışı ile alacaklının elde ettiği yararlar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır[406]. Bu bakımdan, meydana gelen yarar genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına

---

[403] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 75, 76; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 328; **Eren,** Borçlar Genel, s. 753, 754.

[404] Geniş bilgi için bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 78 vd.; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 8; **Eren,** Borçlar Genel, s. 756 vd.

[405] **Akünal,** s. 61, 62, 143; **Eren,** Borçlar Genel, s. 754.

[406] **von Tuhr/Peter,** s. 102; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 77; **BK OR-Brehm,** Art. 42, N. 31; **BSK OR I-Kessler,** Art. 42, N. 8; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 587, 588; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 268; **Akünal,** s. 94 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 753; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 399; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 328.

göre borca aykırılığın uygun bir sonucu olarak ortaya çıkmış kabul edilebilmelidir. Bu sebeple, borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde bulunmayan veya tamamen tesadüflere dayanan ya da umulmayan olaylar sonucu meydana gelen yararlar denkleştirmenin konusu değildir[407]. Örneğin, borçlunun borca aykırı davranışı sonucu zor duruma düşen alacaklıya bir akrabasının karşılıksız olarak sağladığı yararlar (bir miktar paranın bağışlanması gibi), borca aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisine olmadığı için denkleştirmeye tabi tutulmaz[408].

Alacaklının elde ettiği her türlü yararın denkleştirilmesi gerekmez. Örneğin, sözleşme konusu tatil evinin kötü ifası sebebiyle içinde oturulması mümkün olmadığı için alacaklının bir otele yerleştirilmesi hâlinde, evde yararlanamayıp otelde yararlanabileceği hizmetlerin değeri onun uğradığı zarardan düşülmez[409].

Kural olarak, hâkim denkleştirmeyi re'sen uygular. Gerçekten, hâkim, dosyada zarardan düşülmesi gereken bir yararın varlığını gördüğünde talebe ihtiyaç olmaksızın bunu zarardan indirir. Bu yönüyle denkleştirme bir def'i değil, itiraz niteliğindedir[410]. Bununla birlikte, yararın varlığını ve miktarını ispat yükü borçludadır[411]. Bu sebeple, borçlunun, alacaklının sağladığı yararları ve miktarını ispat etmesi gerekir. Dolayısıyla pratikte denkleştirmenin uygulanabilmesi için, borçlu, alacaklının borca aykırılık sebebiyle ekonomik yarar elde ettiğini ve bunun miktarını ispatlayacak delilleri

---

[407] Örneğin, yıkılan bir evin temelinde define bulunması, zarar verici olayla uygun illiyet bağı içerisinde olmadığı için denkleştirmeye tabi tutulmaz. Bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 102; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 77; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 588 **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 269; **Eren,** Borçlar Genel, s. 755. Benzer şekilde, kendi edimi para borcu olan alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi sonucu bu parayla piyango bileti almış ve ikramiye kazanmışsa, bunun denkleştirmeye tabi bir yarar olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

[408] Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 588; **Akünal,** s. 125; **Eren,** Borçlar Genel, s. 756.

[409] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2913; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1091, 1092; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 329.

[410] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 273; **Akünal,** s. 133; **Eren,** Borçlar Genel, s. 753.

[411] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 336; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 273; **Akünal,** s. 135 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 753; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 93; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 329.

dosyaya sunmak durumundadır. Alacaklının bir yarar elde ettiği ispatlanmakla birlikte miktarının kesin bir şekilde ispatı mümkün değil veya borçludan beklenemiyorsa, hâkim TBK m. 50/II gereğince yararın miktarını takdir yetkisi çerçevesinde belirler[412].

Alacaklının elde ettiği yarar onun gösterdiği özel çaba ve özenden kaynaklanan olaylar sonucunda doğmuş veya artmışsa, bu yararın tamamının denkleştirmeye tabi tutulması hakkaniyete uygun olmaz. Gerçekten, bu ihtimalde, yararın meydana gelmesi veya artması alacaklının özel bir davranışına dayanmaktadır[413]. Bu bakımdan, alacaklının özel çabası veya ticari yeteneği sayesinde meydana gelen yararların denkleştirme hesabına katılmaması gerekir[414]. Diğer taraftan, alacaklının kusurlu davranışıyla yararın meydana gelmesini engellediği hâllerde denkleştirme uygulanmaz. Zira denkleştirme sadece gerçekleşen yararlar bakımından söz konusu olur. Böyle bir ihtimalde, hâkimin bunu TBK m. 52/I'e göre zararı azaltma külfeti kapsamında değerlendirip tazminattan indirime gitmesi mümkündür[415].

[412] **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 273; **Eren,** Borçlar Genel, s. 753.

[413] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 79; **Eren,** Borçlar Genel, s. 754; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 328.

[414] Doktrinde, TBK m. 52/I'in kıyasen uygulanması sonucu, yararın bir kısmının denkleştirmeye tabi tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 79; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 272; **Eren,** Borçlar Genel, s. 754. Krş. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 336.

[415] Aynı yönde bkz. **Akünal,** s. 143 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 755; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 328, dn. 101.

§ 10. MÜSPET ZARARIN TAZMİNİ

I. TAZMİNAT KAVRAMI VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ

Alacaklının borca aykırılık sonucunda uğradığı müspet zarar miktarı yukarıda açıklanan ilkelere göre tespit edildikten sonra, bu zararın giderilmesi, yani tazmini gerekir. Tazminat yükümlülüğü, zarar görene, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumu sağlamak amacıyla bir şeyin veya bir miktar paranın verilmesi yükümlülüğünü ifade eder[416]. Alacaklı, müspet zararının tazminiyle sözleşmeye aykırılık hiç gerçekleşmemiş, borçlu borcuna uygun davranmış olsa malvarlığının içinde bulunacağı farazî duruma getirilir. Başka bir ifadeyle, müspet zararın tazmin edilmesiyle, alacaklı ifa menfaatine kavuşmuş olur.

Zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi birbirinden ayrı iki aşamadır[417]. Gerçekten, ilk olarak yukarıda açıklandığı gibi alacaklının uğradığı zarar miktarı hesap edilir. Akabinde tazminatın hesabı aşaması gelir. Tazminatın hesabında, zararın belirlenmesi aşamasında tespit edilen müspet zararın borçludan nasıl ve ne kadarlık kısmının tazmin edileceği belirlenir.

---

[416] **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 101; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 252, 253; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 479; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 33; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 796; **Erdoğan,** s. 139; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 225. 10. HD, 12.11.2012, 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.).

[417] **Guhl/Koller,** § 10, N. 63; **Oftinger/Stark,** s. 377; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 29; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 437; **Schwenzer,** OR, N. 16.01; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 261; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 225. Bu bakımdan Yargıtay'ın bazı kararlarında tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m. 51/I (eBK m. 43/I) hükmünde zarar miktarının belirlenmesinin düzenlendiği yönündeki ifadeleri isabetli değildir. Örneğin bkz. 10. HD, 12.11.2012, 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.).

Borçluya yükletilecek tazminatın üst sınırı, alacaklının TBK m. 50'ye göre belirlenen toplam müspet zararıdır[418]. Zira alacaklının zararı ne kadarsa, ona tazminat olarak ödenecek miktar da en fazla o kadar olabilir. Bu bakımdan, tazminatın amacı bir kimsenin uğradığı zararın bundan sorumlu olan kişi tarafından giderilmesi, telafi edilmesidir[419]. Türk/İsviçre hukukunda hâkim olan bu ilkeye, tazminatın telafi edici amacı veya işlevi (*Ausgleichsfunktion, Ausgleichsprinzip*) denir[420]. İlke olarak, maddi tazminat ile zarar verenin cezalandırılması, yani tazminatın cezalandırıcı işlevi kabul edilmemiştir[421]. Bu sebeple, meydana gelen toplam zarardan fazlası zarar verene tazminat olarak yükletilemez. Diğer taraftan, zararın telafi edici amacı, zarar görenin

[418] **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2, Art. 99, N. 40; **Oftinger/Stark,** s. 377, 378; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 25; **Merz,** OR, s. 214; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 101; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 343; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 583; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315, 430; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 785, 1091; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 63; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226. 10. HD, 12.11.2012, 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.); 4. HD, 23.12.1982 T., 1982/7190 E., 1982/11637 K. (YKD, 1983, C. 9, S. 4, s. 520 vd.).

[419] **Larenz,** I, s. 424; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 8; **Jauernig/Teichmann,** Vorbem. §§ 249-253, N. 2; **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Oftinger/Stark,** s. 378; **Lange/Schiemann,** s. 9 vd.; **Merz,** OR, s. 214; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 25; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Apathy/Riedler,** N. 13/2; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581, 583; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 33; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 1091; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114; **Erdoğan,** s. 139.

[420] Doktrinde tazminatın amacına ilişkin başka görüşler de ileri sürülmüştür. Bunlar, hakkın devam ettirilmesi amacı (*Rechtsfortsetzungsgedanke*, *Rechtsverfolgunsgedanke*), cezalandırma amacı (*Pönalgedanke*) ve önleme amacı (*Präventionsprinzip*) olarak sıralanabilir. Bu görüşlerin açıklaması için bkz. **Lange/Schiemann,** s. 9 vd.; **Larenz,** I, s. 421 vd.; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 8 vd.; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 34 vd. Ayrıca tazminatın cezalandırma amacının bir görünümü olan cezalandırıcı tazminat (medenî ceza) için bkz. Bölüm II, § 6, IV.

[421] **MüKo/Oetker,** § 249, N. 8; **BK OR-Becker,** Art. 43, N. 2; **Larenz,** I, s. 424; **ZK-Oser/Schönenberger,** Art. 43, N. 2; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Apathy/Riedler,** N. 13/2; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 316; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 34, 35; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784, 785, 1091; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114; **Erdoğan,** s. 139; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 330.

tazminat yoluyla zenginleştirilmesi yasağını da bünyesinde barındırmaktadır[422]. Zira tazminatın amacı zarar göreni zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı duruma getirmek olduğu için, onun tazminat ile bundan daha iyi bir hâle getirilmemesi gerekir.

Tazminatın üst sınırının meydana gelen toplam zarar olduğu tespit edildikten sonra, zararın tamamının tazmin edilip edilmeyeceği belirlenmelidir. Kural olarak, maddi tazminat zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmenin tamamını gidermelidir[423]. Alman hukukunda ilke olarak tam tazmin (Totalreparation) ilkesi, yani zararın tamamının tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[424]. Ancak, tam tazmin ilkesinin her durumda geçerli olacak şekilde uygulanması, bazı hâllerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir[425]. Gerçekten, bazen somut olayın özelliği zararın tamamının tazminat olarak giderilmesini değil, tazminattan bir indirim yapılmasını gerekli kılabilir. Örneğin, zararın meydana gelmesi veya artmasında zarar görenin de kusuru varsa zararın tamamının zarar verene yükletilmesi somut olay adaletine ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabilir[426]. Bu sebeple, Türk/İsviçre

---

[422] **Lange/Schiemann,** s. 10; **MüKo/Oetker,** § 249, N. 7, 20; **Oftinger/Stark,** s. 378; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 101; **Merz,** OR, s. 214; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 25; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1091; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226.

[423] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 40; **von Tuhr/Peter,** s. 87; **Guhl/Koller,** § 10, N. 68; **Medicus,** Schuldrecht, N. 585; **Larenz,** I, s. 424; **Oftinger/Stark,** s. 378; **Merz,** OR, s. 214; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 101, 102; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 63; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 225.

[424] Tam tazmin ilkesi, *Alles oder Nichts Prinzip* (ya hep, ya hiç prensibi) şeklinde de ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Bkz. **Medicus,** Schuldrecht, N. 585; **Medicus/Lorenz,** § 54, N. 624; **Staudinger/Schiemann,** § 249, N. 1 vd.; **Jauernig/Teichmann,** Vorbem. §§ 249-253, N. 2; **PWW/Luckey,** § 249, N. 5; **Oftinger/Stark,** s. 382; **Larenz,** I, s. 424; **Eren,** Borçlar Genel, s. 784; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 119, dn. 383.

[425] **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 26 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 316 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 120; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 225. 10. HD, 12.11.2012, 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.).

[426] **Eren,** Borçlar Genel, s. 785; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 225. Krş. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 317.

hukukunda her şartta zararın tamamının tazmin edilmesi kabul edilmemiş, bazı hâllerde tazminat miktarının zarar miktarından az belirlenmesine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla, Türk/İsviçre hukukunda tam tazmin ilkesi sınırsız bir şekilde kabul görmemiştir[427]. Bu bakımdan, tazminat miktarı zararın toplam miktarını aşamaz; ancak somut olayın özelliğine göre zararın toplam miktarına eşit olabileceği gibi ondan az da olabilir. Bu açıklamalar, haksız fiilden doğan sorumluluğun yanında, sözleşmeden doğan sorumluluk için de geçerlidir.

II. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ VE İNDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı gibi, kural olarak zarar görenin uğradığı zararın tamamı giderilmelidir. Ancak, bazı hâllerde zararın tamamının tazmin edilmesi hakkaniyete uygun düşmez. Bu sebeple, somut olayın özelliğine göre, zararın bir kısmı zarar verenden tazmin edilirken, bir kısmına da zarar görenin katlanması söz konusu olabilir. Tazminatın belirlenmesi, esas olarak zararın ne kadarlık kısmının zarar verene yükletileceğinin ve ne kadarlık kısmının zarar gören üzerinde bırakılacağının tespit edilmesini amaçlar. Tazminatın belirlenmesine ilişkin temel düzenlemeler, TBK m. 51 ve 52'de hüküm altına alınmıştır. TBK m. 51'de tazminatın nasıl belirleneceği düzenlenirken, m. 52'de özellikle zarar görenden kaynaklanan sebeplerle tazminatın indirilmesi hüküm altına alınmıştır.

Müspet zarardan sorumlulukta öncelikle müspet zarar miktarı belirlenir. Ancak, müspet zararın belirlenmiş olması, bunun tamamının tazmin edileceği anlamına

[427] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 40; **Guhl/Koller,** § 10, N. 68 vd.; **Oftinger/Stark,** s. 378 vd.; **Merz,** OR, s. 214; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 102; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 24; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 6; **Schwenzer,** OR, N. 16.02; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 590, 870; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 315 vd.; **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 63, 64; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 425; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 114.

gelmez. Diğer taraftan, müspet zararın belirlenmesine ilişkin mübadele yöntemi, fark yöntemi ve onun birer uygulaması olan somut ve soyut yöntemler, yalnızca zararın miktarının belirlenmesine yönelik hesap tarzlarıdır. Müspet zararın bu yöntemlerden biriyle belirlenmesi, borçlunun bu zarardan ne ölçüde sorumlu olacağının belirlenmesi anlamına gelmez. Bu sebeple, müspet zarar tespit edildikten sonra, tazminatın belirlenmesi aşamasında zararın ne kadarlık kısmının borçluya yükletileceği belirlenir. Kural olarak müspet zararın tamamı borçludan tazmin edilir. Ancak, bu ilkenin sınırsız bir şekilde uygulanması haksız sonuçlar doğmasına sebep olabilir. Bu sebeple, bazı hâllerde müspet zararın bir kısmının alacaklı üzerinde bırakılması gerekebilir.

Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde tazminatın nasıl belirleneceği konusunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca, TBK m. 114/I'de borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğu belirtildikten sonra, sorumluluğun kapsamının işin özelliğine göre belirleneceği ve özellikle iş borçlu için bir yarar sağlamıyorsa sorumluluğun daha hafif değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, TBK m. 114/II (OR Art. 99/III) atfıyla, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler sözleşmeden doğan sorumluluğa kıyas yoluyla uygulanır. Her ne kadar, bu hüküm kanundaki yeri itibariyle TBK m. 112'yi ilgilendiriyor gibi görünse de sözleşmenin ihlal edildiği her durum bu maddenin kapsamına girer[428]. Bu bakımdan, tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m. 51 ve 52 hükümleri sözleşmeden doğan sorumlulukta, bu arada müspet zarar tazminatının belirlenmesinde kıyasen uygulanır[429]. TBK m. 51/I'e göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını

[428] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 178; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 851, 852.

[429] **Guhl/Koller,** § 10, N. 69; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 38 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 175 vd., 194, 224; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870, 871; **Eren,** Borçlar Genel, s. 785, 1092; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 425; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 225 vd.

dikkate alarak belirler. Buna göre, tazminatın belirlenmesi hâkimin görevidir. Hâkim, zararın ne kadarlık kısmının borçludan tazmin edileceğini, somut olayın özelliklerini dikkate alarak takdir yetkisi çerçevesinde belirler. Tazminat miktarı hesap edilirken TBK m. 51 ve 52 gereğince toplam zarar miktarından bazı indirimler yapılması mümkündür. Gerçekten, hâkim, takdir yetkisini kullanarak durumun gereği, borçlunun kusurunun ağırlığı ve alacaklının birlikte kusuru gibi etkenlere göre zararın ne kadarlık kısmının tazmin edileceğine karar verir[430]. Bununla birlikte, haksız fiilden sorumluluğa ilişkin bu hükümlerin sözleşmeden doğan sorumluluğa olduğu gibi uygulanması yerinde olmaz. Özellikle, tazminatın hesabında kusurun ağırlığı ve zararı azaltma külfeti değerlendirilirken sözleşmeden doğan sorumluluğun niteliği dikkate alınmalıdır[431].

B. Tazminatın İndirilmesi

1. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı

Haksız fiillerde zarar verenin kusurunun derecesi önemli bir tazminattan indirim sebebidir[432]. Buna karşılık, müspet zarar tazminatında borçlunun kusurunun derecesi bu kadar önem taşımaz. Zira müspet zararın talep edildiği hâllerde, taraflar arasında haksız fiillerdeki gibi tesadüfi bir karşılaşma değil, işlemsel temasa girilmesi sonucunda akdedilen sözleşme çerçevesinde daha yoğun bir hukukî ilişki mevcuttur. Bu hukukî ilişkide, bir taraftan borçlu alacaklının malvarlığı üzerinde daha kolay etki

[430] **von Tuhr/Escher,** s. 99; **Oftinger/Stark,** s. 378, 379; **Guhl/Koller,** § 10, N. 70; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 102 vd.; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 32 vd.; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 343; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 590; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1092.

[431] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 40; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 7; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 344, Art. 99, N. 187 vd.

[432] Bkz. **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 72; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 221; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 591 vd.; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 316 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 786; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 120 vd.

etme imkânına sahip olur. Diğer taraftan ise bu hukukî ilişkide borçlunun bir edim borcu bulunmaktadır. Bu husus iki açıdan önemlidir. Birincisi, müspet zararın tazmininde, borçlunun iradesiyle yüklendiği bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle meydana gelen zarar tazmin edilmektedir. Bu sebeple, tazminat belirlenirken borçlunun kusurlu olması yeterli kabul edilmeli, ilke olarak kusurunun ağır mı yoksa hafif mi olduğu tazminatın miktarında bir değişikliğe sebep olmamalıdır. İkincisi, müspet zararın tazmini, alacaklının borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durumun sağlanmasını amaçlar. Borçlu kusurlu bir davranış sergilemeyip borcunu ifa ederse alacaklının ifa menfaatinin tamamını karşılamış olur. Müspet zarar tazminatı da gereği gibi ifa edilmeyen aslî edim borcunun yerine geçerek sonuçta alacaklının usulüne uygun ifadaki menfaatini sağlamayı amaçlar[433]. Bu bakımdan, borçlu iradesiyle yüklendiği borcuna kusurlu olarak aykırı davranmışken, sadece kusurunun hafifliği gerekçesiyle tazminattan indirime gidilmesi alacaklının ifa menfaatinin bir kısmına kavuşamaması anlamına gelir. Kusurlu davranmayıp borcunu usulüne uygun ifa eden borçlu alacaklının tüm ifa menfaatini karşılarken, borcuna aykırı davranan, hafif de olsa kusurlu olan borçluyu ifa menfaatinin bir kısmından sorumlu tutmayıp onu daha iyi bir konuma getirmek hakkaniyete aykırı olur. Diğer taraftan, alacaklı açısından da durum farklı değildir. Gerçekten, borcuna uygun davranan borçluya nispeten kusuruyla borcuna aykırı davranan borçlu karşısında alacaklıyı daha elverişsiz bir duruma koymak adil olmaz. Üstelik çoğu sözleşme ilişkisinde borçlunun edim borcu karşılığında alacaklı da bir edim ifa etme yükümlülüğü altına girmiştir. Yani, taraflar bir synallagma ilişkisi çerçevesinde edimlerin karşılıklı değiş tokuşunu borçlanmıştır. Borç ihlal edildiğinde, borçlu aslî edim borcunun yerine geçen tazminatı ödemekle yükümlüyken, alacaklı da bunun karşılığında ilke olarak kendi ediminin tamamını ifa etmekle yükümlüdür. Bu açıdan

[433] Aynı yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 31.

bakıldığında da borca aykırı davranan borçlunun tazminat yükümlülüğünü yalnızca kusurunun hafifliği gerekçesiyle indirmek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur[434]. Müspet zarardan sorumlulukta, haksız fiillerden farklı olan bu yönlerin dikkate alınması gerekir. Bu sebeple, müspet zarar tazminatı belirlenirken kural olarak borçlunun kusurunun ağırlığı dikkate alınmamalıdır. İster kasten, ister ağır veya hafif ihmâlle sözleşmeye aykırı davranan borçlu, kural olarak müspet zararın tamamını tazmin etmekle yükümlü tutulmalıdır. Gerçekten, kanun koyucu da bu hususu önemseyerek, TBK m. 114/I'de borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğunu açıkça ortaya koymuştur[435]. Doktrinde, istisnaen borçlunun kusurunun "çok hafif" olduğu hâllerde tazminattan indirime gidilebileceği kabul edilmektedir[436].

Alacaklı bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de usulüne uygun ifayı beklemekte haklıdır. Bununla birlikte, TBK m. 114/I (OR Art. 99/II)'e göre, sorumluluğun kapsamı işin özel niteliğine göre belirlenir. Özellikle, borç ilişkisinin

---

[434] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 40; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 38, 40; **Schwenzer,** OR, N. 16.03; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 221. Doktrinde bir görüş, ifa edilmeyen edimin değerine ilişkin zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre talep edileceğini, kusurun yalnızca diğer zarar kalemleri bakımından aranacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, borçlunun kusurunun hafifliği sebebiyle indirim de yalnızca diğer gecikme zararları bakımından mümkündür. Bkz. **Ayan,** İnşaat, s. 235, 236.

[435] Benzer yönde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 786, 1087; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 227. İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun ağırlığına göre tazminattan indirimi kabul ettiği veya reddettiği karar örnekleri için bkz. **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 38, 39.

[436] **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 40; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 221. Krş. **Schwenzer,** OR, N. 16.03. Borçlunun kusurunun ihmâl derecesinde olduğu hâllerde yalnızca bu sebeple tazminattan indirim yapılmasının yerinde olmadığı, buna ek olarak, tazmini gereken zarar miktarının, borçluya, kusuruna nispetle çok fazla yük getirmesi gibi şartların aranması gerektiği yönünde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 40; **Oftinger/Stark,** s. 383. Hâkimin, borçlunun hafif kusurlu olduğu hâllerde tazminatı indirmek zorunda olmadığı yönünde bkz. **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 103; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 18. Oğuzman/Öz ise TBK m. 51/I ve 52/II arasındaki ilişkiyi irdeleyerek şu sonuca varmaktadır: Hafif kusur tek başına indirim sebebi değildir. Hâkim yalnızca hafif kusur yanında başka indirim sebepleri de mevcutsa TBK m. 51/I kapsamında indirime gidebilir. Buna karşılık yalnızca zarar verenin hafif kusuru sebebiyle indirim yapılacaksa, TBK m. 52/II'nin şartları gerçekleşmeli, yani zarar veren yoksulluğa düşecek olmalı ve hakkaniyet indirim yapmayı gerektirmelidir. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 121.

borçluya bir yarar sağlamadığı hâllerde sorumluluk daha hafif değerlendirilir. Hâkim görüşe göre, bu hükümden hareketle işin borçluya herhangi bir fayda sağlamadığı hâllerde kusurun derecesine göre tazminattan indirim yapılabilir[437]. Diğer görüşe göre ise söz konusu hükümden bir tazminattan indirim ilkesi çıkarmak isabetli değildir. Zira bu düzenleme sorumluluk standardını, dolayısıyla kusur standardını düzenler. Buna göre, borçlu, bir karşılık almadığı hukukî işlemlerde kural olarak yalnızca ağır kusurdan sorumlu olup, hafif kusur hâlinde sorumlu tutulmaz[438]. Bu değerlendirmenin sonucuna göre borçlu zarardan sorumlu tutuluyorsa, ayrıca TBK m. 51/I kapsamında tazminat miktarından indirime gidilmez[439].

2. Tazminatın Borçluyu Yoksulluğa Düşürecek Olması

TBK m. 52/II'de tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenen zarar verenin yoksulluğa (müzayaka) düşmesi ölçütü müspet zarar tazminatının özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir[440]. Hükme göre, hafif kusurlu zarar veren zararın tamamını tazmin ettiğinde yoksulluğa düşecekse, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde hâkim tazminatı indirebilir. Görüldüğü gibi yoksulluğa düşme ölçütüne göre tazminattan indirim sebebi oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır. Gerçekten, borçlunun kasıt veya ağır ihmâlle zarara sebep olduğu hâllerde bu hüküm uygulanmaz. Diğer taraftan, yoksulluğa düşme ve hafif kusur şartı gerçekleşse bile, tazminattan indirim yapılması ayrıca hakkaniyet ilkesinin bir gereği olmalıdır. Ayrıca, hâkim yukarıdaki şartlar mevcut olsa bile tazminattan indirim yapmak zorunda değildir, buna takdir

---

[437] **Bucher,** AT, s. 348; **Merz,** OR, s. 232; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 55a; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 13; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 165, 166, 222; **Barth,** s. 115, 116; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1087; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 425; **Aral,** s. 180; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 235. Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 872. Hatır işleri bakımından bu yönde bkz. 4. HD, 16.05.1977 T., 1976/9856 E., 1977/5867 K. (HukukTürk).

[438] **Schwenzer,** OR, N. 16.27.

[439] **Schwenzer,** OR, N. 16.27.

[440] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 230.

yetkisi çerçevesinde karar verecektir. Doktrinde, bu indirim sebebinin sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanabileceği kabul edilmektedir[441]. Yoksulluğa düşme (müzayaka), borçlunun tazminatın tamamını ödemesi hâlinde ağır ekonomik sıkıntıya girecek olmasıdır[442]. Ödemede güçlük veya yaşam seviyesinde bir azalma yeterli değildir[443]. Bununla birlikte, borçlunun durumunun yoksulluğa düştükten sonra düzeleceği anlaşılıyorsa tazminattan indirim yapılmayabilir[444]. Diğer taraftan, yoksulluğa düşme gerekçesiyle tazminat indirildiğinde bu sefer alacaklı yoksulluğa düşecekse, tazminattan indirime gidilmemelidir[445].

3. Alacaklının Ortak Kusuru

a. Genel Olarak

TBK m. 52'de tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenen hâller arasında sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından en önemlisi, alacaklının zararın doğması veya artmasında ortak (birlikte) kusurunun bulunmasıdır. Gerçekten, müspet zarar bakımından zararın doğmasında veya artmasında alacaklının ortak kusuru varsa, tazminat ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkması veya azalması söz konusu

[441] **von Tuhr/Escher,** s. 100; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 230; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 233.

[442] **BK OR-Becker,** Art. 44, N. 11; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 106; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 592; **Eren,** Borçlar Genel, s. 792; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 233.

[443] **Oftinger/Stark,** s. 407, 408; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 106; **Eren,** Borçlar Genel, s. 792; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 233.

[444] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 593; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 327; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 234. Bir görüş ise tazminattan indirim yapıldıktan sonra borçlunun durumu düzelirse, zarar görene ek bir talep hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **BK OR-Becker,** Art. 44, N. 11; **von Tuhr/Peter,** s. 105.

[445] **BK OR-Becker,** Art. 44, N. 11; **Merz,** OR, s. 230; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 106; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 593; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 326; **Eren,** Borçlar Genel, s. 792; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 127; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 234.

olabilir[446]. Konuyu alacaklının zararın doğmasındaki ortak kusuru ve doğan zararın artmasına sebep olması bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir.

b. Alacaklının Zararın Doğmasındaki Ortak Kusuru

Ortak kusurda ilk durum, alacaklının zararın doğmasındaki ortak kusurudur. Burada zararın doğmasında borçlunun yanında alacaklının da kusuru etkilidir. Ortak kusur, makul bir kimsenin aynı şartlar altında kendi menfaatleri gereği yapmaması gereken bir şeyi yapmasıdır[447]. Eğer alacaklının kusuru veya davranışı illiyet bağını kesecek derecedeyse, artık ortak kusurdan ve tazminatın indirilmesinden bahsedilmez. Zira bu durumda borçlunun davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu sebeple, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu değildir[448]. Örneğin, alacaklının tam ve gereği gibi sunulan edimi kabul etmeyerek alacaklı temerrüdüne düştüğü hâllerde borçlu temerrüdünden bahsedilemeyeceği için meydana gelen zarardan borçlu sorumlu tutulamaz[449]. Benzer şekilde, alacaklı ifadan önce borçlunun edimi olan otomobili ihmâlle yakarak imkânsızlığa sebep olmuşsa, artık meydana gelen zarardan borçlu sorumlu tutulmaz. Yine, şehirlerarası seyahat için bir otobüs bileti satın alan bir kişi kalkış saatine kusuruyla yetişemeyerek otobüsü

---

[446] **von Tuhr/Escher,** s. 100, 101; **Oftinger/Stark,** s. 385 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 425; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 228.

[447] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 35; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 594; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 484, 485; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 319; **Eren,** Borçlar Genel, s. 788; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 123; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 228, 229.

[448] **Oftinger/Stark,** s. 381; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 104; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 229; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 596; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 318; **Eren,** Borçlar Genel, s. 788; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 123; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 229; **Baysal, Başak,** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 36, 291 vd. 10. HD, 12.11.2012, 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.).

[449] Esasen, alacaklının temerrüdü kusura bağlı değildir. Bu bakımdan, genel olarak alacaklının kusuru kavramı altında incelense de alacaklının kusur aranmayan davranışının illiyet bağını kestiği hâller de buraya dâhildir. Haksız fiil sorumluluğu bakımından bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 789, 790.

kaçırmışsa, bundan doğan zarardan seyahat firmasını sorumlu tutmak mümkün değildir.

Alacaklının ortak kusuru illiyet bağını kesecek yoğunlukta değilse tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir[450]. Burada zarar, borçlunun ve alacaklının kusuru karşılaştırılarak oranlanıp taraflar arasında paylaştırılır[451]. Örneğin, alacaklı, borçlunun edim borcu kapsamında ifa ettiği işini durumun özelliğine göre gerektiği gibi denetleyip kontrol etmemişse, ortak kusur kabul edilip tazminattan indirime gidilebilir. Yine, alacaklının, borçluya emanet ettiği şeyin yüksek ekonomik değerine dikkat çekmemesi veya emanet ettiği çantada yüklü miktarda para olduğunu bildirmemesi zararın doğumunda ortak kusura örnek olarak verilmektedir[452]. Benzer şekilde, bir değerleme uzmanına sanat eserinin sadece bir fotoğrafını vererek acilen

---

[450] **BSK OR I-Kessler,** Art. 44, N. 7; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 19; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 322, 323; **Eren,** Borçlar Genel, s. 788; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 229; **Baysal,** s. 36; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 125 vd.

"Bu itibarla teslim ve tesellüm işleri taraflar arasında mutad olan şekilde cereyan etmiş ve müteahhidin bu muamelede sorumluluğu bulunmuştur. Ancak davacının tesellüm vâki olmadan imzalanmış tesellüm makbuzlarını önceden kabul etmek suretiyle vâki tutum ve davranışı zararı meydana getiren eylemi kolaylaştırarak ihdasına sebebiyet verdiğinden olayda Borçlar Kanununun 44. maddesinin (TBK m. 52) de nazara alınması gerekir.". 11. HD, 07.07.1975 T., 1975/1546 E., 1975/4668 K. (YKD, 1976, C. 2, S. 5, s. 690 vd.). *"Davacı tarafından söz konusu senedin lehtarının gösterilmemesi nedeniyle eksik talimat verilmesi karşısında davalı bankanın bu konuda davacı şirket ile temasa geçerek yeni bir talimat almadan, davacı ile hiçbir ilişkisi olmayan bir senet bedelini ödemekle davalı banka kusurlu bir davranışta bulunmuş olup, bunun sonucuna katlanmak zorundadır. Ne var ki, davacı şirket yukarıda değinildiği gibi mezkûr havaleyi çıkarırken ödenmesi gereken emre yazılı senedin lehtarını ve hangi bankada bulunduğunu açıkça bildirmeyerek eksik talimat vermiş olmakla zararın oluşmasına yardımcı olduğu da sabit bulunduğuna göre BK. nun 98/2. maddesi yollaması ile aynı Kanunun 44/1. maddesi gereğince tazminat miktarından takdir edilecek gerekli indirim yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken…".* 11. HD, 25.12.1980 T., 1980/6134 E., 1980/6084 K. (YKD, 1981, C. 7, S. 8, s. 1007 vd.).

[451] **Oftinger/Stark,** s. 388; **Merz,** OR, s. 224, 225; **BK OR-Brehm,** Art. 44, N. 20 vd.; **BSK OR I-Kessler,** Art. 44, N. 9; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 323; **Eren,** Borçlar Genel, s. 789. 11. HD, 20.02.1990 T., 1988/9411 E., 1990/1087 K. (YKD, 1990, C. 16, S. 8, s. 1174 vd.).

[452] **von Tuhr/Escher,** s. 101, dn. 51; **BSK OR I-Kessler,** Art. 44, N. 7; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 485; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 321; **Eren,** Borçlar Genel, s. 791.

değerini belirlemesini isteyen ve yanlış değerlendirme riskinin yüksek olduğunu bilmesi gereken alacaklının tazminat talebinden indirime gidilmesi mümkündür[453]. Yargıtay, ruhsata tabi yapının ruhsat alınmadan yapılması hâlinde, durumu bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde ruhsatsız inşaat yaptıran arsa sahibinin ortak kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminattan indirime gitmektedir[454].

Sözleşmeden doğan sorumlulukta alacaklının ortak kusuru bir indirim sebebi olarak değerlendirilirken, sözleşme ilişkisinin ve müspet zarar tazminatının niteliği dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan, müspet zararın tazmininde ortak kusurun bulunduğu her durumda tazminattan indirime gidilmemelidir. Örneğin, borçlunun ağır kusurlu olduğu hâllerde alacaklının hafif kusuru varsa tazminattan indirim yapılmamalıdır[455]. Diğer taraftan, tazminattan indirimin alacaklının kusur oranıyla aynı oranda yapılması da şart değildir. Kanaatimizce, özellikle alacaklının ortak kusuru kasıt derecesinde değilse tazminattan yapılacak indirimin daha düşük bir oranda belirlenmesi çoğu zaman yerinde olur[456].

c. Alacaklının Zararı Azaltma Külfeti

Ortak kusura ilişkin ikinci durum, alacaklının zararın artmasındaki etkisidir. Burada alacaklı zararın doğmasına ortak kusuruyla katılmamaktadır. Aksine, alacaklı

---

[453] **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 99, N. 19. BGE 112 II 347, 355.

[454] 15. HD, 12.12.2005 T., 2004/7443 E., 2005/6761 K.; 19. HD, 08.02.2005 T., 2004/3987 E., 2005/944 K. (Kararlar için bkz. **Baysal,** s. 299, dn. 1033).

[455] Aynı yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 39; **Kutlu Sungurbey,** s. 182; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 229. Haksız fiiller bakımından aynı yönde bkz. **von Tuhr/Peter,** s. 111; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 490; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 323; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 118, 119. Federal Mahkemenin haksız fiilden sorumlulukta zarar görenin %10'dan az oranda kusuru varsa bunun görmezden gelinebilir olduğu ve tazminattan indirime gidilmeyeceği yönündeki bir kararı için bkz. BGE 132 III 249, 256.

[456] Olayın özelliğine göre kusur oranından düşük bir oranda indirim yapılabileceği yönünde bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 230.

zarar verici olay meydana geldikten sonra zararın artmasına[457] veya başka zarar kalemlerinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmaktadır. Bu durum zararı azaltma (arttırmama) külfeti kapsamında incelenmektedir. Zararın meydana gelmesindeki ortak kusur ile zararı azaltma külfeti arasında zaman bakımından bir fark bulunmaktadır[458]. Diğer taraftan, zarar görenin zararın doğması aşamasındaki ortak kusuru zararın tamamı üzerinde etkilidir. Buna karşılık, zararı azaltma külfeti ihlal edildiğinde ya doğmuş olan zarar kaleminde bir artış meydana gelmekte ya da yeni zarar kalemleri doğmaktadır[459].

Zararı azaltma külfetinde kusur kavramının yeri doktrinde tartışmalıdır. Zira adından da anlaşılacağı gibi burada bir yükümlülük (borç) değil, külfet (Obligenheit) söz konusudur[460]. Gerçekten, zarar görenin zarardan korunması gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır[461]. Külfet, yerine getirilmediğinde sorumluluğa sebep olmayan, ancak yerine getirilmesine bağlı hakların kaybedilmesi sonucunu doğuran bir davranış şeklidir[462]. Alacaklının zararı azaltma külfeti bir borç niteliğinde olmadığı için, yerine getirilmediğinde karşı taraf bunun ifasını talep edemeyeceği gibi bu sebeple tazminat da isteyemez. Aksine, külfetin yerine getirilmemesinin sonucu, alacaklının kendi menfaatine olan bir hak veya hukukî durumdan yararlanamamasıdır. Bu bakımdan, zararı azaltma külfetine uygun davranmayan alacaklı sadece zararın bu kapsamda engelleyebileceği kısmını tazminat olarak talep edememe riskiyle karşı karşıya

[457] **Eren,** Borçlar Genel, s. 791; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 489 vd.; **Baysal,** s. 36; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 54, 55.

[458] **Eren,** Borçlar Genel, s. 791; **Baysal,** s. 36; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 54.

[459] Aynı yönde bkz. **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 55.

[460] **BSK OR I-Kessler,** Art. 44, N. 13; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 229; **Lüchinger,** N. 1044, 1046; **Bydlinski,** N. 3/16; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 231.

[461] **von Tuhr/Peter,** s. 108; **Lüchinger,** N. 1044, 1046; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 231.

[462] **Schwenzer,** OR, N. 4.27; **Lüchinger,** N. 1046; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 32; **Eren,** Borçlar Genel, s. 45; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 18.

kalır[463]. Zararı azaltmanın bir külfet niteliğinde olması, burada teknik anlamda bir kusur bulunup bulunmadığı tartışmasını beraberinde getirmektedir. Zararı azaltma külfetine aykırılıkta teknik anlamda bir kusur mu bulunduğu yoksa kusura ilişkin esasların kıyasen mi uygulanacağı konusunda teorik tartışmalar mevcut olmakla birlikte[464], sonuçta kusur kavramı zararı azaltma külfeti için de kullanılmaktadır.

Alacaklı kendisinden beklenebildiği ölçüde borçlunun durumunu ağırlaştırmamalı ve zararın artmaması için gerekli tedbirleri almalıdır. Zararı azaltma külfeti kaynağını TMK m. 2 dürüstlük kuralından alır. Gerçekten, dürüstlük kuralı zarara görene somut olayın özellikleri çerçevesinde kendisinden beklenebilecek ölçüde zararın artmasını engelleyecek makul önlemleri alma ödevi yükler[465]. Alacaklının bu külfete aykırı davranışı onun ortak kusuru anlamına gelebilir[466]. Bununla birlikte, alacaklının her durum ve şartta zararı azaltma külfetinin bulunduğunu kabul etmek yerinde olmaz. Aksine, somut olaydaki şartlara göre alacaklıdan zararı azaltmasının beklenebilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, zararı azaltma külfeti makullük ve beklenebilirlik ölçütleri ile sınırlandırılmalıdır. Gerçekten, öncelikle somut olayda alınması gerektiği iddia edilen önlemin dürüstlük kuralı gereğince makul ve alacaklıdan beklenebilir olup olmadığına bakılır[467]. Bu kapsamda, somut olayın özellikleri çerçevesinde, alacaklı ile aynı sosyal ve meslekî durumdaki bir insan tipinden dürüstlük kuralına göre alması beklenebilecek

[463] **von Tuhr/Peter,** s. 108; **Lüchinger,** N. 1046; **Eren,** Borçlar Genel, s. 45; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 18; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 231.

[464] Bu konudaki tartışmalar ve farklı görüşteki yazarlar için bkz. **Lüchinger,** N. 1043 vd.; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 89 vd.

[465] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 33, 35; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 229; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 104; **Lüchinger,** N. 1045; **Eren,** Borçlar Genel, s. 791; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 74.

[466] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 104; **Eren,** Borçlar Genel, s. 791; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 92.

[467] **BSK OR I-Kessler,** Art. 44, N. 13; **Lüchinger,** N. 1053 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 226; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 74 vd.

olan makul önlemler hesaba katılır. Doktrinde, önlemin makul olup olmadığı belirlenirken, makul bir kişinin tazminat talep edemeyecek olsa kendi menfaati için alacağı önlemlerin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir[468].

Zararı azaltma külfetinin sınırlandırmasında yararlanılabilecek diğer bir ölçüt alacaklının kendi menfaatleridir. Kural olarak zarar görenden zarar veren tarafın menfaatlerini de dikkate alması beklenir. Ancak, bunun sınırı zarar görenin kendi menfaatleridir. Gerçekten, zarar görenin kendi menfaati ile zarar verenin menfaati çatıştığında, zarar görenden kendi menfaatini feda etmesini beklemek yerinde olmaz[469]. Bu bakımdan, alacaklıdan orantısız maliyetler içeren veya mal ve şahıs varlığı değerlerinin ihlali tehlikesi yaratan bir önlem alması beklenemez[470]. Örneğin, alacaklıdan, zararı azaltmak için gerekli parayı temin etmek amacıyla bir taşınmazını satması veya kredi bulabilmek için taşınmazını düşük bedel üzerinden ipotek ettirmesi[471] beklenemez. Benzer şekilde, alacaklı, ifa edilmeyen edimi tekrar sattığı üçüncü kişiye sözleşme şartlarının değiştirilmesi konusunda baskı yapma veya sözleşmeyi feshetme gibi ticari itibarını zedeleyecek önlemler almak zorunda değildir[472]. Diğer taraftan, zarar verenin de zararı azaltma külfeti mevcut olduğu ve zarar görene göre öncelik taşıdığı için[473], borçlunun zararı azaltma külfetine aykırı

[468] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 35; **Oftinger/Stark,** s. 387; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 104; **BSK OR I-Kessler,** Art. 44, N. 13; **Lüchinger,** N. 1054.

[469] **Lüchinger,** N. 1056; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 231.

[470] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 35; **Oftinger/Stark,** s. 387; **Lüchinger,** N. 1056; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 322; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 231.

[471] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 231.

[472] **Lüchinger,** N. 1056.

[473] Gerçekten, zararı azaltma külfeti öncelikle zarar verenin üzerindedir. Bu bakımdan, zarar veren, meydana gelen zararı azaltmak için alabileceği tüm önlemleri almalıdır. Bunlar fiilen alınabilecek önlemler olduğu gibi, gerektiğinde zararı azaltabilmesi için zarar görene bilgi verme ve tavsiyelerde bulunma şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu ödevine aykırı davranan zarar verenin, zarar görenin zararı azaltma külfetine aykırı davrandığını iddia ederek tazminattan indirim talep etmesi dürüstlük kuralına

davrandığı hâllerde, artık alacaklının zararı azaltma külfetini ihlal etmesinden bahsetmek yerinde olmaz. Son olarak, zararı azaltma külfeti zarar verenin kusurunun ağırlığına göre de sınırlandırılmalıdır. Bu bakımdan, kasıtlı olarak borcuna aykırı davranan borçlu karşısında, alacaklının zararı azaltma külfetinin bulunmadığı kabul edilmelidir[474].

Zararı azaltma külfeti, müspet zarar tazminatı bakımından daha sıkı şartlar altında kabul edilmelidir. Zira yukarıda açıklandığı gibi, müspet zarar bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, bir tarafın kendi iradesiyle bağlandığı taahhüdünü ihlal etmesinden kaynaklanır. Alacaklının sözleşmenin ifasına olan haklı beklentisi korunmalıdır[475]. Bu sebeple, sözleşmeye sadık kalan alacaklıya, kusuruyla taahhüdünü ihlal eden borçlunun menfaati için zararı azaltma külfeti adı altında fazladan davranışlarda bulunma zorunluluğu yüklenmesi kolayca kabul edilmemelidir[476]. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bu husus daha da önemli hâle gelmektedir. Gerçekten, bu ihtimalde borçlunun ediminin karşısında bir synallagma ilişkisi içerisinde alacaklının da edimi bulunmaktadır. Borçlu borcuna aykırı davrandığında aslî ediminin yerine geçen tazminat ödeme yükümlülüğü alacaklının kendi edimi

aykırı olur. Konuyla ilgili bkz. **Lüchinger,** N. 1058 vd.; **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 81 vd. Ayrıca bkz. **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 38.

[474] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 39; **Lüchinger,** N. 1061.

[475] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 229.

[476] "*Hukuk öğretisinde ve Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre borcun yerine getirilmemesi hâlinde, alacaklı, BK 106/II* (TBK m. 125)*'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu sebeple alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı içerisinde isteyebilir. Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karinenin dayanağı da yüklenicinin "özen borcu" dur. Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi hâlde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Yüklenicinin bu sorumluluğunun bulunması sebebiyle işsahibi fesih hakkını kullanmaması sebebiyle zararın artmasına sebep olmakla kusurlu kabul edilemez."*. 15. HD, 08.05.2018 T., 2017/353 E., 2018/1820 K. (HukukTürk).

karşılığında elde etmeyi beklediği ifa menfaatini karşılamaktadır. Taahhüt ettiği borcunu kusuruyla ihlal eden borçlu karşısında, alacaklının ifa menfaatini karşılayacak olan müspet zarar tazminatından zararı azaltma külfetine aykırılık gerekçesiyle kolayca indirim yapmak, sözleşmenin ve müspet zarar tazminatının amacını zedeleyebilecek niteliktedir. Bu bakımdan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde müspet zarar tazminatında zararı azaltma külfetinin geniş bir şekilde uygulanması hem kusurlu borçluyu gereğinden fazla korumak, hem karşılıklı iradeler ve taahhütler arasındaki dengeyi bozmak, hem de tazminatın telafi edici işlevini ortadan kaldırmak gibi hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir[477]. Zararı azaltma külfeti, kusurlu borçluya sözleşmenin ihlalinden yarar sağlama imkânı vermemelidir. Bu sebeple, müspet zarar tazminatında zararı azaltma külfeti uygulanırken önlem alınmasının gerekliliği daha sıkı bir şekilde değerlendirilmeli, kolayca kabul edilmemelidir. Bu bakımdan, özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde müspet zarar talep eden alacaklının, zararı azaltabilecek ve kendisinden beklenebilecek makul önlemleri almaktan yalnızca kasten veya somut olayın özelliğine göre ağır ihmâlle kaçındığı hâllerde tazminattan indirime gidilmelidir[478]. Diğer taraftan, borçlunun sözleşmeyi kasten ihlal ettiği hâllerde alacaklıya zararı azaltma külfeti yüklenmemelidir[479].

Taraflar arasında uzmanlık bilgisi ve tecrübe açısından oransızlık bulunan sözleşmeler bakımından önlemin gerekliliği ve makullüğü ölçütü ayrı bir önem taşır. Örneğin, borçlunun sözleşmedeki borcunu ifa ederken yanlış veya bozuk elektrik sayacı bağlaması sebebiyle olması gerekenden fazla elektrik faturası ödeyen alacaklının bunun sebebini bilecek durumda olmaması normaldir. Böyle bir olayda,

[477] Aynı yönde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 229; **Lüchinger,** N. 1074 vd.

[478] Aynı yönde bkz. **Lüchinger,** N. 1083.

[479] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 39; **Lüchinger,** N. 1061.

alacaklıdan borçlunun uzmanlık alanına giren bu bilgiyi bilmesi ve zararı azaltacak önlemleri alması beklenemez. Dolayısıyla, alacaklının zararı azaltma külfetine aykırı davrandığı iddia edilemez. Ancak, borçlunun durumu fark edip problemi çözmeyi önermesi veya nasıl çözüleceğine ilişkin bilgi vermesine rağmen alacaklının bu tedbiri almaması zararı azaltma külfetinin ihlali olarak kabul edilebilir[480].

Alacaklının zararı azaltmak için alabileceği önlemler, bir şey yapma veya kaçınma şeklinde ortaya çıkabilir[481]. Alacaklının fiilen bir eylemde bulunmasını gerektiren önlemler, genel olarak muhafaza, bakım ve ikame tedariki önlemleri olarak sınıflandırılmaktadır[482]. Bunun yanında, alacaklı zararı artıracak davranışlardan da kaçınmalıdır[483].

Kaçınma külfetinin ihlali, ihtiyaç olmadığı hâlde bir masraf yapılması veya ihtiyaç olmakla birlikte makul ölçüleri aşan derece masraf yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, alacaklının ayıplı aracın tamiri süresince hiçbir ihtiyacı olmadığı hâlde araç kiralaması zararı azaltma külfetinin ihlali olarak değerlendirilebilir[484]. Yine, alacaklının, götürülecek bir borç söz konusuyken borçlunun yerleşim yerine edimi almaya gitmek için yaptığı seyahat masrafı kaçınma külfetine aykırılık oluşturur. Alacaklının makul ölçüleri aşan masraflardan kaçınma külfetinin ihlali ise örneğin borca aykırılık sebebiyle ikinci kez seyahat etmek zorunda kalan alacaklının, tarifeli bir uçak yerine özel jet kullanması şeklinde ortaya çıkabilir. Benzer şekilde, alacaklının teslim edilen ayıplı tohumları tarım faaliyetinde kullanmaktan kaçınması gereği de zararı azaltma (artırmama) külfeti kapsamında değerlendirilebilir[485]. Yine,

[480] Örnek için bkz. **Lüchinger,** N. 1079.

[481] **Lüchinger,** N. 1033 vd.

[482] **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 93 vd.

[483] **Lüchinger,** N. 1034, 1035.

[484] **Lüchinger,** N. 1035.

[485] Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bkz. **Altınok Ormancı,** Zararı Azaltma, s. 97.

tamirdeki ayıplı aracın yerine çok daha lüks bir araç kiralanması[486] veya kolaylıkla daha iyi imkânlarda kredi bulunabilecekken sonuçta borçludan tazmin edileceği düşüncesiyle yüksek faizle kredi alınması[487] buna örnek verilebilir.

Alacaklı zararın artmasını önlemek için yapması gereken eylemleri yapmalıdır. Örneğin, yanlış veya ayıplı ifayı kabul etmeyen alacaklı, malı geri gönderebileceği zamana kadar muhafaza etmek amacıyla makul ve gerekli önlemleri almalıdır. Benzer şekilde, karşı tarafın borcunu ifada temerrüde düştüğü hâllerde, alacaklı kendi ediminin zarara uğramasını önlemek için gerekli muhafaza ve bakım önlemlerini makul olduğu ölçüde almalıdır[488]. Doktrinde, malın niteliği sebebiyle zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşan kiracının, durumu zamanında kiraya verene bildirmesiyle kaçınılabilecek olan zararın tazminini talep edememesi de buna örnek olarak verilmektedir[489]. Yine, durumun özelliğine göre alacaklının gecikilen süre için ikame mal kiralamaması da bu kapsamda değerlendirilebilir. Diğer taraftan, alacaklının borca aykırılık gerçekleştikten sonra dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilecek kadar uzun bir süre hareketsiz kalıp sonra müspet zarar talep etmesi de zararı azaltma külfetinin ihlali olarak kabul edilebilir[490]. Gerçekten doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi,

---

[486] **Lüchinger,** N. 1035.

[487] **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 230.

[488] CISG m. 85'te buna benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Hükme göre, *"Alıcı malları teslim almakta geciktiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hâllerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini hâlen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.".*

[489] **Lüchinger,** N. 1037, 1039.

[490] *"Borçlar Kanununun 98/2 nci maddesince haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur (BK. m. 41-50). Bu davada noksan iş ve gecikme tazminatının ödetilmesini isteyen davacı işsahibi, davalının zararının artmasına onun hâl ve mevkiinin ağırlaşmasına sebep olduğu takdirde hâkimin tazminatı tenkis etme yetkisi bulunduğu açık kanun hükmündendir. Yoksa davacı işveren tazminat isteyebilmek için ilânihaye bekleyemez.".* 15. HD, 22.09.1976 T., 1976/2191 E., 1976/3070 K. (YKD, 1977, C. 3, S. 9, s. 1282 vd.).

kendisine örs teslim edilmeyen demirci, demirhaneyi bir yıl boyu çalıştırmayıp, sonra da örs olmadan demirhaneyi işletemeyeceği gerekçesiyle satıcıdan bir yıllık kazancını isteyemez[491].

Zararı azaltma külfeti kapsamında en sık karşılaşılan durum alacaklının ikame işlem yapmasıdır. Kural olarak alacaklının ikame işlem yapma konusunda genel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, alacaklıdan beklenebilir ve makul nitelikteki ikame işlem meydana gelecek zararın bir kısmını engelleyebilecek nitelikteyse, bundan kasten veya ağır ihmâlle kaçınan alacaklı ortak kusurlu sayılarak tazminattan indirime gidilebilir[492]. Örneğin, alacaklı ikame alım yaparak üçüncü kişiye olan borcunu ifa edip ona ödeyeceği tazminat veya ceza koşulundan kurtulabilecektiyse, kasten veya ağır ihmâlle ikame alımı yapmayan alacaklının talep ettiği tazminattan indirim yapılabilir. Ancak, borçlunun da malın tedariki çok zor olduğu için temerrüde düştüğü hâllerde, alacaklıdan ikame alım yapması beklenemez[493]. Benzer şekilde, kolaylıkla düşük faizli kredi sağlayıp üçüncü kişiye olan borcunu zamanında ifa edebilecek olan alacaklının kasten veya ağır ihmâlle bunu yapmaması, zararı azaltma külfetine aykırı olarak değerlendirilebilir. Yine, üçüncü kişiye olan para borcunu zamanında ifa edebilecek mali güç ve likiditeye sahip olan alacaklının kasten temerrüde düşüp bu sebeple ödediği tazminatı borçludan talep etmesi hâlinde tazminattan indirime gidilebilir. Yargıtay zararın azaltılması külfetini genellikle bir ikamenin tedarik edilebileceği makul süre bakımından uygulamaktadır. Buna göre,

[491] **Dernburg, Heinrich,** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens, Halle 1899, s. 76 (**Lüchinger,** N. 1037'den naklen). Aynı yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 35. Aksi görüşte bkz. **Ayan,** İnşaat, s. 191 vd.

[492] Benzer yönde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 36; **BK OR-Giger,** Art. 191, N. 32; **CHK/Hrubesch-Millauer,** Art. 191, N. 4; **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 111; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 103.

[493] **Tunçomağ,** Borçlar Özel, s. 111; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 515; **Tandoğan,** I/1, s. 139.

zarar görene ödenecek tazminat, ikame alım, satım veya kiralamanın yapılabileceği makul süreyi aşan kısım bakımından indirilmektedir[494].

4. Alacaklının Zarara Rıza Göstermesi

TBK m. 52'de zarar görenin rızası bir tazminattan indirim sebebi olarak sayılmıştır. Bu indirim sebebi de sözleşmeden doğan sorumluluğun niteliğine göre değerlendirilmelidir[495]. Zira alacaklı zararı doğuran olaya, yani borca aykırılığa rıza

---

[494] "*Davalı kiraya verenin 15.8.2010 tarihinde başlayan yenilenen dönemin süresi bitmeden kiralananı yıkarak sözleşmeye son verdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle TBK nun 301 maddesine göre kiralananı sözleşme sonuna kadar kullanmaya hazır bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu durumda kiracı, kusursuz olduğunu kanıtlayamayan kiraya veren davalıdan kar kaybı zararını isteyebilir. Ancak kâr kaybının hesabında kiracının benzer nitelikteki bir iş yerinin kiralanması için gereken makul süre tespit edilip, tespit edilen bu süre içindeki kiracı karının ne olabileceği tespit edilerek mahrum kalınan kârın belirlenmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş konusunda uzman bilirkişi marifetiyle benzer nitelikteki bir işyerinin kiralanması için gerekli sürenin belirlenmesi ve belirlenen bu süre kadar mahrum kalınan kâr kaybı zararının hesaplanması gerekirken sözleşme süresince kâr mahrumiyeti hesaplanması da doğru değildir.".* 6. HD, 13.10.2015 T., 2015/6218 E., 2015/8378 K. (HukukTürk). *"Türk Borçlar Kanununun 114/2 maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanacaktır. Bu sebeple, davalının kira sözleşmesine aykırı davranmasıyla oluşan sorumlulukta tazminattan indirim yapılmasını düzenleyen TBK nun 52. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda davacı kiracı da feshi müteakip kiracı olarak faaliyetini yürütebileceği yeni bir işyeri bulma konusunda gerekli çabayı göstermek zorundadır. Bunun bir sonucu olarak davacının aynı şart ve koşullarda kiracı olarak faaliyetini yürütebileceği başka bir büro nitelikli taşınmazı yeniden kiralayabileceği sürenin belirlenmesi ve davalı kiraya verenin bu süreye dair kazanç kaybından sorumlu tutulması gerekir.".* 6. HD, 25.12.2014 T., 2014/3146 E., 2014/14533 K. (Kazancı). *"...borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle talep edilecek tazminat tutarı belirlenirken TBK'nın 52/1. maddesi hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda zarar gören tarafın zararın artmaması bakımından gerekli tedbiri alması gerekecektir. Sonuç itibariyle davacının taleplerinin müspet zarar kapsamında ele alınıp davacının fesih tarihinden itibaren aynı işi benzer koşullarda bir başkasına ne sürede ihale edebileceği belirlenmeli ve bu süreye ilişkin olarak davacının kayıpları değerlendirilmelidir.".* 6. HD, 11.03.2014 T., 2013/16620 E., 2014/2855 K. (HukukTürk). *"Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde öncelikle kiracının aynı şartlarla bir lokantayı kiralaması için gereken makul süre tespit edilip bu süre içindeki kiracı kârının ne olabileceği ayrıntılı ve denetime elverişli bilirkişi kurulu raporu ile tespit edilip…*". 3. HD, 16.10.2017 T., 2017/2321 E., 2017/13973 K. (HukukTürk). Aynı yönde bkz. 6. HD, 26.04.2016 T., 2016/775 E., 2016/3428 K.; 6. HD, 22.12.2015 T., 2015/1109 E., 2015/11370 K. (HukukTürk).

[495] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 228.

göstermişse esasen burada bir sözleşme değişikliğinden bahsetmek mümkündür. Bu sebeple, alacaklının rızası aslında borca aykırılık unsurunu ortadan kaldırır[496]. Sonuçta, borca aykırılık mevcut olmadığı için zararın tazmini de söz konusu olmaz. Bununla birlikte, alacaklının rızası hukuken geçersizse tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir[497]. Diğer taraftan, borca aykırılık sebebiyle zarar meydana geldikten sonra alacaklının beyan ettiği rıza, tazminat talebinden feragat anlamına gelir[498].

5. Diğer İndirim Sebepleri

TBK m. 51'de "durumun gereği" tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir etken olarak kabul edilmiştir. Bu hükümden hareketle tazminatın indirilmesini gerektirecek başka sebepler de kabul edilmektedir. Durumun gereği veya olayın özelliklerine göre dikkate alınabilecek indirim sebepleri arasında, beklenmeyen hâlin (umulmayan olayların) zararın meydana gelmesi veya artmasına katkıda bulunması, illiyet bağının zayıf veya uzak olması, zararın zarar gören yararına bir iş yapılırken (hatır işi) meydana gelmesi ve zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması gibi hâller sayılmaktadır[499]. Zarar gören yararına bir iş yapılırken zararın

---

[496] **von Tuhr/Escher,** s. 101, dn. 50; **von Tuhr/Peter,** s. 419; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 228; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 105; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 228. Haksız fiiller bakımından da geçerli rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu yönünde bkz. **BK OR-Becker,** Art. 44, N. 1; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 483; **Eren,** Borçlar Genel, s. 787; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 122; **Erdoğan,** s. 142. 10. HD, 12.11.2012, 2012/21455 E., 2012/21185 K. (YKD, 2013, C. 39, S. 7, s. 1404 vd.).

[497] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 105; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 593; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 484; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 321; **Eren,** Borçlar Genel, s. 787; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 122; **Erdoğan,** s. 142; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 228. Rızanın, yalnızca zarar verici davranışın hukuka veya ahlâka aykırılığını gideremediği hâllerde geçersiz sayılacağı, bunun ise sözleşmeler hukukunda yeri olmadığı görüşünde bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 99, N. 228.

[498] **von Tuhr/Peter,** s. 419; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 228.

[499] Bkz. **Oftinger/Stark,** s. 400 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 600, 601; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 327 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s. 792 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 127 vd.; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 234, 235.

meydana gelmesi, müspet zarar bakımından esasen TBK m. 114/I'de düzenlenen borç ilişkisinde borçlunun bir yararının bulunmaması hâline karşılık gelmektedir.

Zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması veya tarafların ekonomik durumu arasındaki farkın büyük olması, haksız fiil bakımından belki bir tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilir[500]. Ancak, sözleşmeden doğan sorumlulukta, özellikle de müspet zarar tazminatında, niteliği gereği böyle bir indirim sebebinin yeri olmamalıdır. İstisnaen, borçlu hafif kusurlu ve dar gelirli, buna karşılık alacaklı çok varlıklı ise hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde bir indirime gidilebilir. Ancak bu ihtimalde bile fiili zarar kısmından indirim yapılmamalıdır[501].

Beklenmedik hâl (umulmayan olay), insan davranışından, özellikle sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız olarak gerçekleşen olaylara denir[502]. Zarar veren ve zarar görenin davranışından bağımsız olarak meydana gelen beklenmedik hâl zararın doğmasında veya artmasında ortak sebep olarak etkili olmuşsa tazminat miktarından indirime gidilebilir. Olay mücbir sebep niteliğindeyse illiyet bağını keseceği için tazminattan indirim değil, sorumluluktan kurtulma söz konusu olur[503]. Beklenmedik hâlin bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi, zarar verenin önceden tahmin edemediği ve meydana gelmesine kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu tutulmaması gerektiği yönündeki hakkaniyet fikrine dayanır[504]. Bununla birlikte, TBK m. 119'da borçlunun temerrüt hâlindeyken meydana gelen beklenmedik hâlden doğan zararlardan sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. TBK 119/II'de ise

---

[500] Haksız fiillerde bile bu indirim sebebi değerlendirilirken çok titiz ve çekingen davranılması gerektiği yönünde bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s. 795, 796.

[501] Aynı yönde bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 235

[502] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 108; **Oftinger/Stark,** s. 400; **Merz,** OR, s. 232, 233; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 327; **Eren,** Borçlar Genel, s. 793; **Eren,** Uygun İlliyet, s. 139 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 128.

[503] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 108; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 328; **Eren,** Borçlar Genel, s. 793. Krş. **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 128.

[504] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 108, 109; **Eren,** Borçlar Genel, s. 793, 794; **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 234.

borçluya temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ispatlayan borçlu zaten meydana gelen müspet zarardan sorumlu olmadığı için[505], bu ihtimalde tazminatın yeri yoktur. Kusurlu borçlu ise kusurunun derecesine bakılmaksızın beklenmedik hâlden doğan zarardan sorumludur. İşte bu ihtimalde beklenmedik hâlden doğan zararın tazmininde indirime gidilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte[506], kanaatimizce tazminattan indirim borçlunun hafif kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi gibi sıkı şartlar altında kabul edilmelidir.

III. TAZMİNATIN TÜRÜ

Zarar görenin uğradığı zararın iki şekilde tazmin edilmesi mümkündür. Bunlardan biri, zararın aynen tazmin edilmesidir. Aynî tazminatta, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilme, doğrudan eksilen malvarlığı değerlerinin yerine koyulması suretiyle giderilir[507]. Böylece, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak olan durum aynen sağlanır. Örneğin, haksız fiillerde hasar gören şeyin onarılması veya yerine yenisinin konulması aynen tazmindir[508].

Zararın nakden tazmini ise, malvarlığında meydana gelen azalmanın parayla telafi edilmesidir[509]. Burada, zarar görenin malvarlığı, zararın para olarak değeri

[505] Borçlu kusursuz olsa bile temerrüt faizi ödemekten kurtulamamakla birlikte, temerrüt faizinde indirim söz konusu olmadığı için burada tazminatın indirilmesinden de bahsedilemez.

[506] Bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 234.

[507] **MüKo/Oetker,** § 249, N. 320, 323 vd.; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 479; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 253; **Eren,** Borçlar Genel, s. 797; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 115; **Erdoğan,** s. 139.

[508] **MüKo/Oetker,** § 249, N. 325, 344; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Guhl/Koller,** § 10, N. 65; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 113; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 4; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 479; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 254; **Eren,** Borçlar Genel, s. 797; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 117.

[509] **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 113, 114; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 2; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 479;

bakımından zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı duruma getirilmektedir.

Roma hukuku ve müşterek hukukta tazminat yalnızca bir miktar paranın ödenmesi şeklinde (nakden tazmin) kabul edilmekteydi[510]. Ancak, günümüzde zararın nakden tazmininin yanında aynen tazmini de mümkün görülmektedir. Alman hukukunda ilke olarak aynen tazmin kabul edilmekle birlikte, bunun birçok istisnası bulunmaktadır[511]. Buna karşılık, Türk/İsviçre hukukunda aynen ve nakden tazmin yöntemlerinden birine üstünlük tanınmamıştır. Gerçekten, TBK m. 51'e göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereklerini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alarak belirler. Bu bakımdan tazminatın aynen mi yoksa nakden mi olacağına hâkim takdir yetkisine göre karar verir[512]. Zararın bir kısmının aynî, bir kısmının ise nakdî tazminat şeklinde giderilmesi mümkündür[513]. Hâkim tazminatın türüne karar verirken, zarar verene ağır bir yük yüklemediği sürece zara görenin tercihine göre hareket etmelidir[514].

Esasen, aynen tazmin hem tazminatın niteliğine daha uygundur hem de daha güvenlidir. Gerçekten, zararın aynen giderilmesi malvarlığındaki eksilme ne ise aynen

---

Tandoğan, Mesuliyet, s. 255, **Eren,** Borçlar Genel, s. 797; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 115; **Erdoğan,** s. 140.

[510] **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Guhl/Koller,** § 10, N. 64.

[511] **MüKo/Oetker,** § 249, N. 320 vd.; **Staudinger/Schiemann,** § 249, N. 1 vd.; **Jauernig/Teichmann,** § 249, N. 1 vd.; **Medicus,** Schuldrecht, N. 586 vd.; **Medicus/Lorenz,** § 54, N. 625 vd; **Schwarze,** s. 235; **von Tuhr/Peter,** s. 114; **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **Honsell/Harrer,** Schaden, s. 442; **Pöggeler,** s. 506, 507; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 480; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 255.

[512] **von Tuhr/Peter,** s. 114, 115; **von Tuhr/Escher,** s. 101; **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 113; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 581, 870; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 480; **Eren,** Borçlar Genel, s. 797, 798; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 115; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 333. BGE 80 II 378 E. 9; 99 II 176; 100 I 134, E. 6b; 107 II 139.

[513] **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 113; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 5; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 257; **Eren,** Borçlar Genel, s. 798; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 115.

[514] **von Tuhr/Peter,** s. 115. Krş. **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 1; **Eren,** Borçlar Genel, s. 798; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 115, dn. 369.

yerine konulduğu için zarar görenin menfaatini daha iyi karşılar[515]. Diğer taraftan, aynen tazmin tarafları ve hâkimi, zararın bir miktar para olarak ispatındaki ve hesabındaki zorluklardan da kurtarır. Ancak, çoğu hâlde işin niteliği gereği aynen tazmin mümkün olmadığı için mecburen nakden tazmine karar verilir[516]. Ayrıca, aynen tazminin mümkün olduğu hâllerde bile zararın tamamının bu yolla giderilemediği durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin, hasara uğrayan otomobil tamir edilse bile aracın ticarî değerindeki düşüş mecburen nakdî tazmin yoluyla giderilir[517]. Diğer taraftan, aynen tazminde zarara uğrayan şeyin yerine bir başkasının verilmesi de çoğu zaman problemi çözmekten uzaktır[518]. Gerçekten, bu durumda zarar gören, tazminatın telafi edici işlevine aykırı bir şekilde, şeyin kullanılmış değeri ile yerine verilen yeni şeyin değeri arasındaki fark kadar zenginleştirilmiş olur. Diğer taraftan, örneğin kullanılmış bir elbisenin yok edilmesi sonucu, onun yerine aynı değerde olması için başkasının kullandığı bir elbisenin zarar görene verilmesini kabul etmek de adil değildir[519].

Sözleşmeden doğan sorumlulukta aynen veya nakden tazmin kural olarak mümkündür. Bu bakımdan, yukarıdaki açıklamalar sözleşmeden doğan sorumluluk için de geçerlidir. Hâkim kural olarak, somut olayda takdir yetkisine göre tazminatın türüne karar verir[520]. Ancak, bu ilke uygulanırken sözleşmeden doğan sorumluluğun

[515] **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 113; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 19; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 480; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 255.

[516] **Guhl/Koller,** § 10, N. 64; **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 5; **BSK OR I-Kessler,** Art. 43, N. 2 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 480; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 255; **Eren,** Borçlar Genel, s. 798, 1092; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 116.

[517] **MüKo/Oetker,** § 249, N. 347; **Guhl/Koller,** § 10, N. 65; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 256.

[518] Bkz. **MüKo/Oetker,** § 249, N. 348, **BK OR-Brehm,** Art. 43, N. 19; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 256; **Erdoğan,** s. 140.

[519] Bkz. ve krş. **Guhl/Koller,** § 10, N. 65.

[520] **BK OR-Becker,** Art. 99, N. 22; **von Tuhr/Escher,** s. 101; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 870; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1092.

kendisine özgü şartları dikkate alınmalıdır. Öncelikle, taraflar arasında tazminatın türü bakımından bir anlaşma varsa, bu tazminat türü uygulanmalıdır[521]. Diğer taraftan, kural olarak borca aykırılık hâlinde müspet zararın aynen giderilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, müspet zararın tazmininde aynen tazmin çoğu durumda işin niteliği gereği uygulanamaz[522]. Gerçekten, müspet zararın meydana geldiği hâllerin ve zarar kalemlerinin birçoğunda aynen tazmin ya mümkün değildir ya da işin niteliğine aykırıdır. Örneğin, imkânsızlık sebebiyle müspet zarar talep edildiğinde aynen tazmin yoluna gidilmesi mümkün değildir[523]. Zira edimin alacaklıya aynen verilmesi mümkünse imkânsızlıktan bahsedilmez. Borçlu temerrüdünde ifa yerine müspet zarar talep edildiğinde ise aynen tazmin işin niteliğine aykırıdır. Zira edimin aynen ifasından vazgeçip müspet zarar talep eden alacaklıya edimin aynen verilmesi, onun seçim hakkının tanınmaması anlamına gelir. İfa ile birlikte gecikme zararının talep edildiği hâllerde de edimin aynen ifası tazminatın değil, sözleşmeden doğan aslî edim borcunun konusudur.

Müspet zararın talep edilebileceği başka bir borca aykırılık hâli olan gereği gibi ifa etmemede ise meseleyi işin niteliğine göre değerlendirmek gerekir. Bu ihtimalde alacaklı zaten edimin aynen ifasını talep edebilmektedir. Alacaklının sözleşmeden doğan borç kapsamında aynen ifayı talep etme imkânı varken aynen ifanın tazminat yoluyla sağlanması çoğu zaman hem anlamsız hem de gereksizdir. Kötü (ayıplı) ifa dışındaki gereği gibi ifa etmeme hâllerinde borca aykırılık yan yükümlülüklerin veya koruma yükümlülüklerinin ihlalinden kaynaklandığı için aynen tazmin işin niteliği gereği mümkün değildir[524]. Gereği gibi ifa etmemenin bir türü olan kötü ifa sebebiyle

[521] **Nomer,** Maddi Tazminat, s. 49; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 115, dn. 369; **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 333.

[522] **von Tuhr/Escher,** s. 101; **Schwarze,** s. 235; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1092.

[523] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1092.

[524] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1092.

müspet zarar talebinde ise sözleşmeden doğan borcun aynen ifası ile aynen tazmin birbiriyle çakışmaktadır. Burada, haksız fiillerdeki gibi şeyin onarılması veya yerine yenisinin koyulması yoluyla aynen tazminin mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak, benimsediğimiz görüşe göre, kötü ifada onarım (ayıbın giderilmesi) ve şeyin yerine yenisinin konması (bir benzeri ile değiştirme) edimin kendisinin ayıpsız olarak ifasını sağlamayı amaçlar. Edim konusunun kendisindeki menfaat ihlali, bu yollardan biriyle telafi edilir. Ancak ifa menfaatinin bu şekilde giderilmesi tazminat anlamına gelmez. Bu bakımdan, ayıbın giderilmesi talebi bir tazminat değil, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde bir alacak hakkıdır[525]. Yine, edim konusu şeyin bir benzeri ile değiştirilmesi de aynî tazminattan ziyade, gereği gibi ifanın sonradan sağlanması niteliğindedir[526]. Haksız fiillerden farklı olarak, sözleşme ilişkisinde tarafların edim borcu bulunmaktadır. Gerçekten haksız fiillerde onarımın gerçekleştirildiği veya yerine yenisinin konulduğu şey, zarar verenin zarar gerçekleşmese de karşı tarafa vermekle yükümlü olduğu bir şey değildir. Bu sebeple, söz konusu yolların haksız fiil bakımından aynen tazmin olarak görülmesi mümkün ve yerindedir. Ancak, sözleşme ilişkisinde borçlu zaten onarılan veya yerine benzeri teslim edilen şeyi o sözleşme kapsamında ifa olarak karşı tarafa vermekle yükümlüdür. Bu sebeple, şeyin onarılması veya yerine ayıpsız benzerinin teslim edilmesi, aslında sözleşmeden doğan borcun sonradan gereği gibi ifa edilmesinden başka bir şey değildir. Bu bakımdan, kötü ifada aynen tazmine çoğunlukla yer yoktur[527].

---

[525] **Serozan,** BÖ, s. 153; **Serozan,** Dönme, s. 292; **Buz,** YDH, s. 171; **Aydoğdu/Kahveci,** s. 194.

[526] **Tandoğan,** I/1, s. 198; **Yavuz/Acar/Özen,** s. 204; **Aral/Ayrancı,** s. 159, 160; **Eren,** Borçlar Özel, s. 151; **Serozan,** Dönme, s. 292; **Serozan,** BÖ, s. 153.

[527] Buna karşılık, menfi zararda onarım veya şeyin benzerinin verilmesi bir aynî tazminat olarak uygulanabilir. Örneğin, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilerek teslim edilen evin veya otomobilin hasara uğraması hâlinde bunların onarımı veya yerine yenisinin verilmesi menfi zarar bakımından aynen tazmin olarak kabul edilebilir. Zira menfi zararda ifa menfaati korunmadığı için, bu yöntemler sözleşmeden doğan aslî edim borcunun ifası anlamına gelmez. Bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 334.

Bu açıklamalar, alacaklının edimin kendisine ilişkin zararı bakımından geçerlidir. Ancak, müspet zararda alacaklının tek zararı bundan ibaret değildir. Gerçekten, sözleşme ihlal edildiğinde edimin kendisinin değeri dışında farklı müspet zarar kalemi doğabilir. Örneğin, alacaklının borca aykırılık sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraflar, üçüncü kişilere ödediği tazminat veya ceza koşulu, yoksun kaldığı kâr gibi başka zarar kalemleri de söz konusu olur. Ancak, bu tür zararların büyük çoğunluğu alacaklının malvarlığından bir miktar paranın çıkması veya pasifine para borcu olarak eklenmesi ya da paranın malvarlığına girememesi şeklinde meydana gelir. Dolayısıyla, niteliği bir miktar paradan ibaret olan bu tür zararların aynen tazmininden bahsetmek anlamsızdır. Benzer şekilde, borca aykırılık sebebiyle yapılan ihtar masraflarının veya seyahatin ya da depo kiralanmasının aynen tazmini niteliği gereği imkânsızdır. İstisnaen, alacaklının üçüncü kişiye bir tazminat ödeme borcu altına girdiği hâllerde bunun borçlu tarafından ifa edilmesi veya üstlenilmesi, aynen tazmin olarak kabul edilebilir[528].

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü gibi müspet zarar tazminatında aynen tazmin yolu olayların büyük çoğunluğunda kapalıdır. Bazı zarar kalemlerinin aynen tazmininin mümkün olduğu istisnaî durumlarda da diğer zarar kalemleri bakımından nakden tazmin gerekecektir. Böyle istisnaî hâllerde, aynen ve nakden tazmin yollarının birlikte uygulanması mümkündür. Bunun dışında müspet zarar ilke olarak nakden tazmin yoluyla giderilir. Nakdî tazminatın sermaye veya irat şeklinde belirlenmesi mümkün olmakla birlikte[529], sözleşmeden doğan sorumlulukta çoğunlukla sermaye şeklinde nakden tazmin uygulama alanı bulur.

[528] Menfi zarar bakımından bkz. **Ergüne,** Olumsuz Zarar, s. 334. Hakız fiil bakımından bkz. **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 254.

[529] **Keller/Gabi-Bolliger,** s. 113, 114; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s. 481; **Eren,** Borçlar Genel, s. 799 vd.; **Oğuzman/Öz,** C. II, s. 116.

§ 11. MÜSPET ZARAR TALEBİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

TBK m. 146'ya göre, kanunda başka yönde bir düzenleme bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir. Bu bakımdan, sözleşmeye aykırılıktan doğan müspet zarar talebi ilke olarak on yıllık zamanaşımına tabidir[530]. Temerrütten doğan zararlarda farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmediği için temerrüt faizi ve aşkın zarar da buna dâhildir[531]. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız hâkim görüş, TBK m. 147 (OR Art. 128)'de düzenlenen beş yıllık zamanaşımına tabi alacakların[532] ifa edilmemesinden kaynaklanan tazminat taleplerinin de beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir[533]. Başka bir görüş ise asıl alacak için farklı bir zamanaşımı süresi düzenlenmiş olsa bile (TBK m. 147, OR Art. 128), tazminat talebinin her durumda on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir[534]. Diğer taraftan, kural olarak tazminat talebinin asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul eden bazı yazarlara göre, gereği gibi ifa etmemeden (sözleşmenin

---

[530] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2929; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 478; **Koller,** OR 2009, s. 1154; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 107, N. 25; **Lemp,** s. 220; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 1036 vd.; **Önen,** Borçlar, s. 210, 212; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1092, 1163; **Eren,** Borçlar Özel, s. 94, 95, 125, 340; **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 585.

[531] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 586. Aşkın zarar bakımından bkz. **Ayrancı,** Munzam Zarar, s. 240.

[532] TBK m. 147'ye göre beş yıllık zamanaşımına tabi olan alacaklardan bu çalışma bakamından önem taşıyanlar, kira bedelleri ve ücret gibi dönemsel edimler; otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri; küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar; vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar ile yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç veya gereği gibi ifa etmemesi dışında eser sözleşmesinden doğan alacaklardır.

[533] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3294; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 478; **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 104, N. 6a; **Havutçu,** s. 135; **Ayan,** İnşaat, s. 315; **Kurt,** Temerrüt, s. 214, 283.

[534] **Lemp,** s. 220; **Koller,** OR 2009, s. 1155. Kira sözleşmesinde fesih ve ayıptan doğan müspet zarar talepleri bakımından bu görüşte bkz. **Eren,** Borçlar Özel, s. 340, 386.

müspet ihlalinden) doğan talepler asıl alacak için farklı bir zamanaşımı düzenlenmiş olsa bile her zaman on yıllık zamanaşımı süresine tabidir[535].

İsviçre hukukunda bir görüş, asıl alacak zamanaşımına uğrayınca ona bağlı faiz ve diğer alacakların da zamanaşımına uğrayacağı yönündeki OR Art. 133 (TBK m. 152)'den hareketle, temerrüt faizinin asıl alacağın zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan, asıl alacak daha kısa bir zamanaşımı süresine tabiyse, bu süre temerrüt faizi için de geçerli kabul edilmektedir[536]. Aksi yöndeki görüşe göre ise temerrüt faizi her durumda on yıllık zamanaşımına tabidir, ancak asıl taleple birlikte zamanaşımına uğrar[537].

TBK m. 149/I'e göre, zamanaşımı ilke olarak alacağın muaccel olduğu tarihte işlemeye başlar. Bununla birlikte, muacceliyetin bir bildirime bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar (TBK m. 149/II). Buna göre, sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı temerrüt tarihinde değil, borcun muaccel olduğu tarihte işlemeye başlar[538]. Müspet zarar talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde, tazminat talebinin ne zaman muaccel olacağı meselesinin yattığı belirtilmektedir[539].

---

[535] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3289. Aynı yönde bkz. **Koller,** OR 2009, s. 1155.

[536] **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 104, N. 6a. BGE 52 II 215, 217, 219. Federal Mahkemenin bir kararına göre, temerrüt faizi dönemsel edim olmadığı için OR Art. 128/I (TBK m. 147/I)'e göre beş yıllık zamanaşımı süresine değil, asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresine tabidir. Bununla birlikte, somut olayda talep edilen dönemsel edim niteliğindeki kira bedeli alacağı beş yılın dolmasıyla zamanaşımına uğrayacağı için temerrüt faizi de onunla birlikte zamanaşımına uğrar. BGer, 18.10.2001, 4C.206/2001, E. 7b (www.bger.ch).

[537] **von Tuhr/Peter,** s. 72, dn. 23a; **von Tuhr/Escher,** s. 215; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 104, N. 59. Hâkim görüşün on yıllık zamanaşımını kabul ettiği yönünde bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3305.

[538] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3308, 3309; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 1043; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1311.

[539] **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 479.

Bir görüşe göre, imkânsızlık sebebiyle tazminat talebinde zamanaşımı Alman hukukunda olduğu gibi[540], zararın meydana gelmesiyle başlamalıdır[541]. Zira asıl borcun tazminat borcuna dönüşmesi görüşü, yalnızca hukukî düzenlemenin teorik bir açıklamasıdır. Bu açıklamadan herhangi bir zorlayıcı dogmatik sonuç çıkarılamaz[542]. Bu sebeple, diğer tüm tazminat taleplerinde olduğu gibi, zararın meydana geldiği zaman tazminat talebinin ortaya çıktığı zaman olarak kabul edilmeli, zamanaşımı da bu andan itibaren başlamalıdır[543]. Bu kabul, aynı zamanda zararın borcun ifa edilmesi gereken ana göre hesaplanması gerektiği görüşüyle de uyumludur. Gereği gibi ifa etmemenin özellikle sözleşmenin müspet ihlali şeklinde meydana geldiği hâllerde ise asıl borcun tazminat borcuna dönüşmesi fikri hiçbir şekilde uygulanabilir değildir. Bu sebeple, gereği gibi ifa etmemede de zararın doğduğu andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlar[544]. Benzer şekilde, gecikme tazminatı asıl edime ilişkin alacak talebinin devamı değil, onun tamamlayıcısı niteliğinde olduğu için, tazminat talebine ilişkin zamanaşımı zarar meydana geldiğinde başlar[545]. Bu görüşe göre, borçlu temerrüdünde ifa yerine müspet zarar talebi imkânsızlığa ilişkin hükümlere tabi olduğu için[546], burada da zamanaşımı zararın meydana geldiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Başka bir görüşe göre, sözleşmeden doğan tazminat talepleri, zamanaşımı açısından kendi kaderine tabi olan bağımsız taleplerdir[547]. Bu sebeple, sözleşmeden doğan tazminat talepleri için zamanaşımı on yıldır ve bu süre tazminat talebinin

[540] Bkz. **Staudinger/Schwarze,** § 280, N. G3 vd.

[541] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 50.

[542] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 50.

[543] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 50.

[544] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 97, N. 52.

[545] **BSK OR I-Wiegand/Widmer Lüchinger,** Art. 103, N. 12a.

[546] **BSK OR I-Wiegand,** Art. 107, N. 17.

[547] **Lemp,** s. 220; **Koller,** OR 2009, s. 1153, 1154.

muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Tazminat talebinin muacceliyet tarihi ise, zarar verici olayın meydana geldiği andır[548]. İfa yerine tazminat talebinde zamanaşımı, aynen ifadan vazgeçildiği andan itibaren işlemeye başlar[549]. Gecikme tazminatı ise asıl alacağa bağlı bir taleptir ve onunla birlikte zamanaşımına uğrar[550]. Bu görüşe benzer bir başka görüşe göre, her türlü borca aykırılıkta tazminat yükümlülüğü borcun ihlalinden doğan yeni bir borçtur[551]. Bu sebeple, ayrı bir hüküm bulunmadıkça, borca aykırılığın her şeklinde tazminat alacağının zamanaşımı, borca aykırılığın gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Bununla birlikte, borç muacceliyetten önce imkânsızlaşmışsa, tazminat alacağının zamanaşımı imkânsızlıktan itibaren işlemeye başlar[552].

Hâkim görüşe göre, imkânsızlıkta ve temerrüt sebebiyle ifadan vazgeçildiğinde tazminat borcu asıl borcun yerine geçen, onun devamı niteliğinde olan bir borçtur[553]. Bu sebeple, tazminat alacağı asıl borcun zamanaşımına tabi olur[554]. Başka bir ifade ile

---

[548] **Koller,** OR 2009, s. 1154.

[549] **Koller,** OR 2009, s. 1156. Benzer yönde bkz. **Lemp,** s. 221. Zamanaşımı süresi bakımından aksi görüşte olmasına rağmen, sürenin işlemeye başlayacağı an bakımından bu görüşte bkz. **Havutçu,** s. 135; **Ayan,** İnşaat, s. 315; **Kurt,** Temerrüt, s. 283.

[550] **Koller,** OR 2009, s. 1157. Ayrıca bkz. **Kurt,** Temerrüt, s. 214.

[551] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 430, 588.

[552] **Oğuzman/Öz,** C. I, s. 430, dn. 282.

[553] **von Tuhr/Escher,** s. 104; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2931, 3306, 3321; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 480, 481, Art. 103, N. 64; **Schwenzer,** OR, N. 64.20; **BSK OR I-Däppen,** Art. 130, N. 11; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 97, N. 19; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 853, 854, 962; **Tandoğan,** Mesuliyet, s. 502; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1311.

[554] Buna karşılık, sözleşmeden dönme sebebiyle menfi zarar talebi, ifa talebinin devamı niteliğinde değil ondan bağımsız bir talep olarak kabul edilmektedir. Buna göre sözleşmeden dönmede menfi zarar talebi on yıllık zamanaşımına tabidir ve bu süre tazminat talebinin muaccel olduğu, yani dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren işlemeye başlar. Bu görüşe göre, yapmama borçlarının ihlalinden doğan tazminat talebinde de aynı kural uygulanır. Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2930, 3306, 3313; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1149, 1312. Eserinin eski baskılarında bu görüşte iken, yeni baskıda menfi zarar talebinde zamanaşımının asıl edimin muaccel olduğu andan itibaren işlemesi gerektiğini savunan görüş için bkz. **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 482.

asıl alacağın muacceliyetiyle birlikte işlemeye başlayan zamanaşımı süresi, tazminat alacağı için de geçerlidir[555]. Buna göre, imkânsızlıkta asıl borcun muacceliyetiyle işlemeye başlayan zamanaşımı, tazminat alacağı bakımından da devam eder[556]. Aynı şekilde, temerrütte ifa yerine müspet zarar talebi asıl borç için işleyen zamanaşımına tabidir[557]. Bu kural, temerrütten doğan gecikme tazminatı talepleri için de geçerlidir[558]. Yine aşkın zarar talebinde aynı kural yürür[559]. Aynı şekilde, gereği gibi ifa etmemeden kaynaklanan tazminat talepleri de bu kurala tabidir[560]. Ancak, bu görüşteki bazı yazarlara göre, gereği gibi ifa etmemeden, özellikle de koruma yükümlülüklerinin ihlalinden kaynaklanan tazminat talebi ifa talebiyle ilgili olmadığı için, zamanaşımı ihlalin gerçekleştiği anda başlar[561].

[555] **von Tuhr/Escher,** s. 104, 221, dn. 82a; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 2931, 3321; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 480; **BSK OR I-Däppen,** Art. 130, N. 11; **Schwenzer,** OR, N. 64.21, 84.14; **OFK-2016/Kren Kostkiewicz,** Art. 97, N. 19; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 854, dn. 1; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1311.

[556] **von Tuhr/Escher,** s. 104; **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3321; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 480; **BSK OR I-Däppen,** Art. 130, N. 11; **Schwenzer,** OR, N. 64.21, 84.14; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 854, dn. 1; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1311. BGE 53 II 342; 96 II 117.

[557] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3321; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 481, Art. 107, N. 243; **BSK OR I-Däppen,** Art. 130, N. 11; **Schwenzer,** OR, N. 84.14.

[558] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3321; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 481, Art. 103, N. 64; **BSK OR I-Däppen,** Art. 130, N. 11; **Eren,** Borçlar Genel, s. 1311. Krş. **Kurt,** Temerrüt, s. 214, 283.

[559] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3321.

[560] **Eren,** Borçlar Genel, s. 1311.

[561] **Gauch/Schluep/Emmenegger,** Bd. II, N. 3316, 3322; **BSK OR I-Däppen,** Art. 130, N. 11a; **BK OR-Weber/Emmenegger,** Art. 97, N. 483, 484; **Schwenzer,** OR, N. 64.21, 84.14.

SONUÇ

I. Dar ve teknik anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme veya engellenen artıştır. Zarar kavramı iki durum arasında bir karşılaştırma yapmayı gerektirmektedir. Fark teorisine zarar (menfaat), malvarlığının bütününün zarar verici olay sonrasındaki fiili durumu ile bu olay meydana gelmeseydi içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farktır. Somut zarar teorisine göre ise zarar, kişinin malvarlığındaki belirli bir değerden yoksun bırakılması veya o değerin hasar görmesi şeklinde uğradığı somut kayıptır. Zararın tanımı ve belirlenmesi bakımından bu teorileri birbirini tamamlayacak şekilde kabul etmek isabetli olur.

II. Olumlu menfaat, alacaklının borcun tam ve doğru ifa edilmesindeki menfaatidir. Olumsuz menfaat ise alacaklının sözleşme görüşmelerine veya hükümsüz kalan sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olmasındaki menfaatidir. Bütünlük menfaati, bir kimsenin işlemsel temasın konusu olan hukukî değerlerinin dışındaki diğer kişi ve malvarlığı değerlerinin korunmasına ilişkin menfaatidir. Olumlu menfaat ile bütünlük menfaati birbirlerini dışlamadığı için aynı olayda olumlu menfaat ile bütünlük menfaatinin birlikte talep edilmesi mümkündür.

III. Müspet zarar, kural olarak geçerli bir borç ilişkisinde, taraflardan birinin borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında ifa etmemesi sebebiyle diğer tarafın uğradığı zarardır. Fark teorisine göre müspet zarar, borç usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile hiç veya gereği gibi ifa edilmediği için malvarlığının hâlihazırda içinde bulunduğu durum arasındaki farktır. Müspet zarar, alacaklının borcun tam ve doğru ifasındaki menfaatine denktir. Bu bakımdan, müspet zararın tazminiyle, borç tam ve gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum sağlanır. Müspet

zararın unsurları, ilke olarak geçerli bir borç ilişkisinin bulunması, borca aykırılık, geniş anlamda güven ihlali ve zarar doğmasıdır. Kural olarak müspet zarar geçerli bir borç ilişkisinin bulunduğu hâllerde talep edilebilir. İstisnaen TBK m. 35/II ve 47/II'de sözleşmenin geçersizliğine rağmen hakkaniyet ilkesine göre müspet zararın tazminine imkân tanınmıştır. Ayrıca, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerin feshinde borç ilişkisi ileriye etkili olarak ortadan kalkmış olmasına rağmen, müspet zarar talep edilebilir.

IV. Müspet zarar ve menfi zarar, korudukları menfaat, geçerli bir sözleşme bulunup bulunmaması, hukukî sebepleri, güven unsuru ve zararın hesaplanması bakımından farklılık arz etmektedir. Müspet zarar ve menfi zarar ayrımının sonucu, bu zarar türlerinin hiçbir zaman birlikte talep edilememesidir. Doğuşunda aranan şartlar ve korumayı amaçladıkları menfaatler bakımından birbirinden farklı olan müspet ve menfi zarar tazminatı, hakkaniyete dayanan ve kanunda açıkça düzenlenen istisnaî hâller dışında, birbirini sınırlamaz. Müspet ve menfi zarar ayrımının terkedilmesi, benzer olaylarda farklı sonuçların ortaya çıkmasına, benzer nitelikte olan zarar kalemlerinin aynı olayda iki kez dikkate alınmasına, zararın olması gerekenden fazla hesaplanmasına ve alacaklının tazminatla zenginleştirilmesi tehlikesine sebep olabilecek niteliktedir.

V. Müspet zararın kapsamı belirlenirken alacaklının borca aykırılık sebebiyle uğradığı bütün zarar kalemleri hesaba katılarak, onun gereği gibi ifa hâlindeki duruma mümkün olduğunca yaklaştırılması gerekir. Müspet zarar bir üst ayrım olarak fiili zarar ve yoksun kalınan kârın toplamından oluşur. Fiili zarar ve yoksun kalınan kâr başlıkları da alt ayrımlar olarak farklı zarar kalemlerini barındırır. Müspet zararın kapsamı, sözleşmenin türü ve somut olayın özelliğine, borca aykırılığın meydana geliş biçimine ve tarafların durumuna göre değişir. Bu sebeple, somut olayda müspet zarar

kalemlerinin tamamı bulunabileceği gibi, yalnızca bazılarının mevcut olması da mümkündür.

VI. Borca aykırılık sebebiyle malvarlığında hâlihazırda gerçekleşmiş olan azalmaya fiili zarar (*damnum emergens*) denir. Müspet zarar bakımından fiili zarar, özellikle, ifa edilmeyen edimin değeri, borca aykırılık sebebiyle fazladan yapılan bakım, muhafaza ve seyahat masrafları, ifa edilmeyen edime kavuşmak amacıyla yapılan ihtar ve bildirim masrafları ile seçim hakkının kullanılmasına ilişkin masraflar, dava ve takip masraflarının usûl hukuku kuralları kapsamında giderilemeyen kısmı, vekâlet ücreti, zararın tespiti ve artışının önlenmesi amacıyla yapılan masraflar, üçüncü kişiye ödenen tazminat ve ceza koşulu, edimin değerinin düşmesinden kaynaklanan zararlar ile ikame alımdan doğan masraflar şeklinde meydana gelebilir.

Alacaklı, edim zamanında ifa edilseydi bile yapacak olduğu masrafları müspet zarar olarak talep edemez. Bu bakımdan kural olarak sözleşmeyi kurma masrafları veya alacaklının edimin zamanında ifa edileceği beklentisiyle yaptığı ancak boşa çıkan masraflar müspet zararın kapsamına girmez. Edim zamanında ifa edilse alacaklının katlanmak zorunda olduğu bu masrafların, borçlu temerrüde düştüğü için boşa çıktığı gerekçesiyle zarar kalemi olarak kabul edilmesi müspet zararın niteliğiyle ve korumayı amaçladığı menfaatle bağdaşmaz. İfa menfaatinin ihlali ile arasında uygun illiyet bağı bulunmayan bu nitelikteki masraflar, müspet zararın hesabına katılmaz.

VII. *Lucrum cessans* müspet zararda yoksun kalınan kâr, menfi zararda ise kaçırılan fırsat şeklinde ortaya çıkar. Olayların normal akışına göre malvarlığında meydana gelebilecek olan artışın kısmen veya tamamen engellenmesi sebebiyle oluşan zarara yoksun kalınan kâr denir. Müspet zararda yoksun kalınan kâr özellikle, alacaklının imkânsızlaşan veya ifasında temerrüde düşülen edimi başka birine satarak, kiralayarak veya bir yerde kullanarak elde edeceği kârdan tamamen veya kısmen yoksun kalması, ayıbın ortadan kaldırılmasına kadar işletmenin üretim faaliyetlerinin

aksaması, ayıplı mallar sebebiyle alacaklının müşteri sayısı ve satışlarının azalması, eserin veya kiralananın ayıplı olması sonucu mesleki faaliyetin aksaması, işyerinin kullanılamaması veya kira geliri elde edilememesi şeklinde meydana gelebilir. Menfi zararda *lucrum cessans*, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güven sebebiyle başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan zarar şeklinde meydana gelir.

VIII. Baştaki ve sonraki imkânsızlık arasındaki ayrımın terk edilmesi, modern eğilimlere uygun şekilde imkânsızlığın hüküm ve sonuçları bakımından sadeleştirme ve tek tipe indirme yolunda düzenlemeler yapılması yerinde olur. Mevzu hukuk bakımından ise baştaki imkânsızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde sözleşme yapan tarafın menfi zarardan sorumlu tutulması genel ilke olarak uygulanmalıdır. Buna ek olarak somut olayın özelliğine göre yapılacak değerlendirmede, borçlunun edime ve edimin ifasına ilişkin açık veya örtülü bir garanti taahhüdünün kabul edilebildiği hâllerle sınırlı olmak üzere, müspet zararın talep edilebilmesine imkân tanınmalıdır. Ancak garanti taahhüdü görüşünün genel kural hâline getirilmemesi gerekir.

IX. Sonraki kusurlu imkânsızlıkta kusurlu olmadığını ispat edemeyen borçlu, alacaklının ifaya olan menfaatini, yani müspet zararını tazmin etmekle yükümlüdür. İmkânsızlık sebebiyle meydana gelen müspet zarar, edimin değeri dâhil fiili zararları ve yoksun kalınan kârı kapsar. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kendi edimini ifa etmemiş olan alacaklı, müspet zararının fark yöntemine veya mübadele yöntemine göre hesaplanmasını talep edebilir. İsabetli bulduğumuz hâkim görüşe göre, temerrüt hükümlerindeki sözleşmeden dönme hakkı (TBK m. 125/II ve III) kusurlu imkânsızlıkta kıyasen uygulanabilir.

X. Dar ve teknik anlamda gereği gibi ifa etmeme kötü (ayıplı) ifayı, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlalini kapsar. Hakkında

özel düzenleme bulunmayan gereği gibi ifa etmeme hâllerinde, genel hüküm olan TBK m. 112 uygulanır. Gereği gibi ifa etmeme hâlinde alacaklının tazminini talep edeceği zarar, ilke olarak müspet zarardır. Bunun yanında, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararı ayrı bir kategori olarak kabul eden görüş benimsenirse, müspet zarardan ayrı olarak bu zarar da talep edilir.

XI. Satış, kira ve eser sözleşmesinde ayıp sebebiyle alacaklıya tanınan dönme dışındaki seçimlik haklar karşılıklı edimlerin dengelenmesi veya gereği gibi ifanın sonradan sağlanması niteliğindedir. Edimdeki ayıp seçimlik haklardan biriyle giderildiği için, alacaklının bu seçimlik haklardan biriyle birlikte talep edebileceği müspet zarar, edimin kendisindeki ayıp dışındaki zarar kalemlerinden oluşur. Ayrıca alacaklı söz konusu ayıptan sorumluluk hükümlerine hiç başvurmadan, doğrudan TBK m. 112'ye göre gereği gibi ifa etmemeden doğan müspet zararının tazminini talep edebilir.

XII. Satış sözleşmesinde zapttan ve ayıptan sorumlulukta düzenlenen doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılan, istisnaî, müspet ve menfi zarar ayrımıyla örtüşmeyen bir ayrımdır. Bu sebeple, söz konusu ayrımı müspet ve menfi zarar ayrımı ile açıklamaya çalışmak yerinde olmayan bir yaklaşımdır.

XIII. Borçlu temerrüdünün sonuçlarından olan gecikme tazminatı, beklenmedik hâlden sorumluluk, temerrüt faizi, aşkın zarar tazminatı ve ifa yerine tazminat talepleri, müspet zararın tazmininin farklı görünüm biçimleridir. Aynen ifa ile birlikte gecikme zararının tazmininde edim geç de olsa ifa edildiği için edimin değeri gecikme zararına dâhil edilmez. Edimin geç ifasının uygun sonucu olan zararlar gecikme zararının kapsamına dâhildir. TBK m. 119/I'e göre beklenmedik hâlden doğan zarardan sorumluluk, alacaklının tam ve gereği gibi ifadaki menfaatinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Müspet zararın kanunda özel olarak düzenlenmiş görünüm

biçimlerinden biri olan temerrüt faizi, yalnızca para borçlarında uygulanması, zarardan ve kusurdan bağımsız olması bakımından istisnaî bir nitelik taşır. Aşkın zararın tazmininde, para borçlarında temerrütten kaynaklanan gecikme zararının temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı giderilir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâlinde, alacaklı gerekli şartları yerine getirip ifa yerine müspet zarar talep edebilir. Bu zarar, edimin aynen ifasından vazgeçildiği için öncelikle ifa edilmeyen edimin değerini kapsar. Bunun yanında, temerrüt ve edime kavuşamama sebebiyle başta gecikme zararları olmak üzere alacaklının malvarlığında meydana gelen diğer zararların da giderilmesi gerekir. Buna karşılık, alacaklı, edim zamanında ifa edilseydi bile yapacak olduğu masrafları talep edemez.

XIV. Mevzu hukuk bakımından temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklı yalnızca menfi zararını talep edebilir. Olması gereken hukuk bakımından, alacaklıya sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararını talep etme imkânı tanınmalıdır. Almanya, Avusturya, Fransa ve İtalya gibi ülkelerin ulusal hukuk düzenlemeleri ile CISG, PICC ve PECL gibi uluslararası düzenlemelerde sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını talep edebileceği kabul edilmiştir.

XV. İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklı ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Aynen ifayla veya fesihle birlikte istenen tazminat müspet zararı giderir. Sözleşmeyi fesheden alacaklının talep edebileceği müspet zarar, temerrütten itibaren doğan müspet zarar kalemlerini kapsamalıdır. TBK m. 126'da düzenlenmemiş olsa da sürekli edimli sözleşmelerde alacaklıya ifa yerine müspet zarar talep etme hakkı tanınmalıdır. Sürekli edimin ifasına henüz başlanmamış olan sözleşmelerde fesih değil, dönme söz konusu olur.

XVI. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda karşı tarafın alışveriş menfaatine ve bütünlük menfaatine ilişkin zararlar giderilir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda alışveriş menfaati bakımından tazmini gereken zarar ilke olarak menfi zarardır. Bununla birlikte, TBK m. 35/II ve 47/II'de hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde müspet zarardan sorumluluk öngörülmüştür. Ayrıca, karşı tarafın aldatması, karşı tarafın yanılanın yanılmasına ihmâl ile sebep olması veya karşı tarafın korkutması sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesi ya da temsilciye verilen yetki belgesinin geri alınması için gerekli girişimlerde bulunulmaması sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğraması gibi istisnaî bazı *culpa in contrahendo* sorumluluğu hâllerinde, hakkaniyet gerektiriyorsa bu hükümlere kıyasen müspet zararın tazminine karar verilebilir.

XVII. Ceza koşulu zarardan bağımsız, ancak zarar ile bağlantılıdır. Gerçekten, ceza koşulunun talep edilebilmesi zararın varlığına bağlı değildir. Ancak, ceza koşulu çoğu durumda özellikle müspet zararın giderilmesi sonucunu doğurmaktadır. Kural olarak mutlak birleşme kabul edilmediği için, aksi kararlaştırılmadığı sürece ceza koşulu ile müspet zararın tamamı birlikte istenemez.

Tazmin edilecek zararın taraflarca önceden belirlenmesi niteliğinde olan götürü tazminat çoğu zaman müspet zararın giderilmesine yönelik olmakla birlikte, menfi zararın tazminini de konu edinebilir. Doktrinde kabul edilen götürü tazminat türlerinden bazıları esasen ceza koşulu niteliğindedir.

Kaim değer talebi, zararın tazmini niteliğinde değildir. Zira kaim değer talebi, sözleşmeden doğan aslî edimin yerini alan bir sürrogat olarak sözleşmenin ifasını sağlamaktadır.

XVIII. Fark ve mübadele yöntemleri tazminatın belirlenmesi aşamasında değil, zararın hesabı aşamasında uygulanmalıdır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının kendi ediminin akıbeti uygulanacak hesap yöntemine göre değişir.

Mübadele yönteminde alacaklı kendi edimini ifa eder, bunun karşılığında uğradığı müspet zararın tamamını elde eder. Buna karşılık fark yönteminde, alacaklı kendi edimini elinde tutar ve edimin değeri toplam müspet zarardan düşülür. Kabul ettiğimiz sınırlı fark yöntemi görüşüne göre, fark yöntemi yalnızca alacaklının kendi edimini henüz ifa etmediği durumlarda uygulanabilir. Alacaklıya, işin niteliğinden kaynaklanan sınırlamalar dışında, mübadele veya fark yönteminden hangisinin uygulanacağını seçme imkânı tanınmalıdır.

XIX. Müspet zararın hesabında, haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Alacaklı, kural olarak müspet zararın varlığını ve miktarını ispat yükü altındadır. Zarar miktarının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı hâllerde, hâkim, olayların normal akışına ve alacaklının aldığı önlemlere göre takdir yetkisini kullanarak zarar miktarını belirler. Alacaklı, fiili zarar bakımından malvarlığının aktifinde meydana gelen azalmaları ve pasifinde meydana gelen artışları her türlü delille ispatlayabilir.

Yoksun kalınan kârın varlığını ve miktarını kesin bir şekilde ispatlamak genellikle mümkün olmadığı için çoğu zaman hâkimin takdir yetkisi devreye girer. Yoksun kalınan kârda alacaklının aldığı önlemler tabirinden zararın artışını önleyen tedbirler değil, alacaklının yoksun kaldığını iddia ettiği kârı elde edebilmek amacıyla sarf ettiği çabalar, giriştiği faaliyetler anlaşılmalıdır. Para borcunda yoksun kalınan kârın ispatı bakımından, özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde alacaklının parayı gelir getiren bir yatırıma dönüştüreceği yönünde bir fiili karine kabul edilebilir.

XX. Satış sözleşmesinde TBK m. 213/II-III ve TBK m. 236/II-III'te düzenlenen ve fark yönteminin birer uygulaması olan zararın somut ve soyut yöntemlere göre hesabı, ifa edilmeyen edimin değerinden kaynaklanan zararı tespit eder. Bu bakımdan, alıcı veya satıcı edimin değerinden kaynaklanan zararı için somut ve soyut yönteme başvurup, diğer zarar kalemleri için genel hükümlere gidebilir. Ayrıca, alacaklının

somut ve soyut yöntemler arasında tercih yapma veya doğrudan genel hükümlere başvurup müspet zararının fark veya mübadele yöntemine göre hesaplanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Somut ve soyut yönteme göre zarar hesabı, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ve imkânsızlık gibi diğer borca aykırılık hâllerinde uygulanabilir.

XXI. TBK m. 484'e göre eser tamamlanmadan önce herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi fesheden işsahibinin tazmin etmesi gereken zarar, hukukî niteliği bakımından müspet zarardır. Bu zararın hesabında toplama yöntemi uygulanırsa, yüklenicinin sözleşmenin feshine kadar yaptığı bütün harcamalar ile iş tamamlansaydı elde edeceği brüt kâr toplanır; kesinti yöntemi uygulanırsa sözleşmede kararlaştırılan bedelden yüklenicinin işin tamamlanmaması sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masraflar ile fesih sayesinde başka bir işten elde ettiği veya kasıtlı olarak elde etmekten kaçındığı kâr düşürülür.

XXII. Müspet zararın hesabında esas alınacak tarih bakımından her durum kendi şartlarına göre değerlendirilmelidir. İmkânsızlık sebebiyle meydana gelen zararın hesabında alacaklıya borcun ifa edilmesi gereken tarihin veya hüküm tarihinin esas alınması arasında bir tercih hakkı tanınmalıdır. TBK m. 112'nin kapsamına giren gereği gibi ifa etmeme hâllerinde alacaklı, zararın belirlenmesinde esas alınacak tarih bakımından edimin ifa edildiği tarih ile hüküm tarihi arasında bir seçim hakkına sahip olmalıdır. Kanaatimizce temerrütte ifa yerine müspet zarar talebinde edimin değerine ilişkin zarar kural olarak ifadan vazgeçildiği tarihe göre tespit edilmelidir. İfadan vazgeçen alacaklının uğradığı diğer müspet zarar kalemlerinin hesabında ise kural olarak hüküm anının esas alınması yerinde olur. Bununla birlikte alacaklıya hüküm tarihinin veya zararının meydana geldiği tarihin esas alınması yönünde bir seçim hakkı tanımak gerekir. İfa ile birlikte müspet zararın (gecikme zararı) istendiği hâllerde de bu şekilde hareket edilmelidir.

XXIII. Müspet zarar hesaplanırken, alacaklının uğradığı brüt zarar miktarından borca aykırılığın uygun sonucu olarak elde ettiği yararlar düşülmelidir. Zararın hesaplanması aşamasına ilişkin bir kurum olan denkleştirme sonucunda, alacaklının uğradığı gerçek zarar miktarı tespit edilmiş olur.

XXIV. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun sübjektif yönü borçlunun ayırt etme gücü, objektif yönü ise borçlunun göstermesi gereken özendir. Objektifleştirilmiş kusur anlayışına göre, borçlunun, benzer sosyal ve meslekî çevrede yaşayan normal bir borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzenince kınanan her davranışı kusurludur. Bununla birlikte, gösterilmesi gereken özenin tespitinde somut sözleşme ilişkisinin özellikleri de dikkate alınmaktadır. Borçlu kural olarak kusurun her derecesinden sorumludur. Müspet zarardan sorumlulukta, borçlunun, göstermesi gereken özenden saparak alacaklının edimin gereği gibi ifa edileceği yönündeki haklı beklentisini ihlal etmesi kusurun varlığını kabul etmek için yeterlidir. Kusur zararın öngörülebilirliğinde değil, borçlunun yükümlülüğünü ihlal eden davranışında aranmalıdır. Müspet zararın talep edilebildiği en önemli hâller olan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden sorumluluk ile temerrütte, kusuru ispat yükü tersine çevrilerek borçluya yüklenmiştir. Bu bakımdan, kusursuz olduğunu ispat edemeyen borçlu, meydana gelen müspet zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulamaz. Müspet zararda ilke kusur sorumluluğu olmasına rağmen, temerrüt faizi, temerrüt esnasında beklenmeyen hâlden sorumluk ve yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk gibi istisnaî bazı hâllerde, borçlu kusurlu olmasa bile müspet zarardan sorumlu tutulmaktadır.

XXV. Tazminatın hesabında, zararın belirlenmesi aşamasında tespit edilen müspet zararın borçludan nasıl ve ne kadarlık kısmının tazmin edileceği belirlenir. Müspet zarardan sorumlulukta çoğu zaman zorunlu olarak nakden tazmine karar verilir. Türk/İsviçre hukukunda tazminatın amacı zarar verenin cezalandırılması veya tazminat yoluyla zarar görenin zenginleştirilmesi değil, zararın telafi edilmesidir.

Tazminat miktarı zararın toplam miktarını aşamaz; ancak somut olayın özelliğine göre zararın toplam miktarına eşit olabileceği gibi ondan az da olabilir. Tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin TBK m. 51 ve 52 hükümleri müspet zarar tazminatı bakımından kıyas yoluyla uygulanır. Tazminat miktarı hesap edilirken, TBK m. 51 ve 52'ye göre toplam zarar miktarından durumun gereği, borçlunun kusurunun ağırlığı ve alacaklının ortak kusuru gibi sebeplerle indirim yapılabilir. Bununla birlikte, tazminattan indirim sebepleri değerlendirilirken, sözleşmeden doğan sorumluluğun niteliği, müspet zarar tazminatının borçlunun yüklendiği borcun sürrogati olması, ifa edilmeyen edim ve bunun yerine geçen tazminat karşılığında çoğu durumda alacaklının da bir edim ifa edecek olması dikkate alınmalıdır.

ÖZET

Bu çalışmanın konusu "Müspet Zarar"dır. Müspet zarar, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarardır. Doktrin ve uygulamada hangi zarar kalemlerinin müspet zararın kapsamına girdiği tartışmalıdır. Bu bakımdan, özellikle müspet ve menfi zarar ayrımının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Ayrıca, sözleşmeden dönmede müspet zararın talep edilip edilemeyeceği de bu çalışmada üzerinde durulan konulardan biridir. Diğer taraftan, müspet zararın uygulama alanı sözleşmeden doğan sorumluluk ile sınırlı değildir. Nitekim bazı istisnaî hâllerde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta bile müspet zararın talep edilmesi mümkündür.

Bu çalışma bir "giriş", üç "bölüm" ve bir "sonuçtan" oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle zarar kavramı tanımlanarak menfaat kavramı ile ilişkisi ele alınmıştır. Akabinde müspet zarar kavramı tanımlanarak, başta menfi zarar olmak üzere diğer zarar türleriyle karşılaştırmalı bir şekilde açıklanmıştır. İkinci bölümde, müspet zararın kapsamı ve talep edilebileceği borca aykırılık hâlleri incelenmiştir. Daha sonra müspet zararla ilişkili bazı kavram ve kurumlar ele alınmıştır. Üçüncü bölüm ise müspet zararın ve tazminatın belirlenmesine hasredilmiştir.

Anahtar Kelimeler: borçlar hukuku, sözleşme, sözleşmenin ihlali, ifa etmeme, imkânsızlık, temerrüt, müspet zarar, olumlu zarar, olumsuz zarar, fiili zarar, yoksun kalınan kâr, tazminat.

ABSTRACT

The subject of this study is “Positive Damage/Expectation Interest”. Positive damage is the damage incurred by the creditor due to debtor's non-performance or improper performance of contractual obligations. Which damage items are included in the scope of positive damage is controversial in teaching and practice. In this regard, it is especially important to clarify the distinction between positive and negative damages. In addition, one of the issues which this study focuses on is whether the positive damage is compatible with the withdrawal from the contract. On the other hand, the application area of positive damage is not limited to the contractual liability. As a matter of fact, in some exceptional cases, even in pre-contractual liability, positive damage could be claimed.

The study consists of an “Introduction”, three “Chapters” and a “Conclusion”. In the first chapter, the concept of damage is defined and its relationship with the concept of interest is addressed. Afterwards, the concept of positive damage is defined and explained in comparison with other types of damage, especially negative damage. In the second part, the scope of the positive damage and the cases in which the positive damage could be claimed are examined. Afterwards, some concepts related to positive damage are discussed. The third part is dedicated to the calculation of positive damage and compensation.

Keywords: Law of obligations, contract, breach of contract, non-performance, default, impossibility, positive damage, expectation interest, negative damage, actual damage, loss of profit, compensation.