

T.C
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SÖZLEŞMEDEN DÖNME HALİNDE MENFİ ZARAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Merve EKİNCİ ÖCAL

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Tefvik Fikret EREN

ANKARA - 2019

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans çerçevesinde Merve Ekinci Öcal tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 27 / 12 / 2019

Tez Adı: Sözleşmeden Dönme Halinde Menfi Zarar

Tez Jüri Üyeleri (Unvanı, Adı - Soyadı, Kurumu)

Prof. Dr. Tevfik Fikret EREN (Danışman) – Başkent Üniversitesi

Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK – Başkent Üniversitesi

Doç. Dr. Dilşad KESKİN – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

İmza

.....
.....
.....

ONAY

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 05/12/2019

Öğrencinin Adı, Soyadı: Merve EKİNCİ ÖCAL

Öğrencinin Numarası: 21610374

Anabilim Dalı: Hukuk Fakültesi

Programı: Özel Hukuk

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Tevfik Fikret EREN

Tez Başlığı: Sözleşmeden Dönme Halinde Menfi Zarar

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 124 sayfalık kısmına ilişkin, 05/12/2019 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %18'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 05/12/2019

Öğrenci Danışmanı Prof. Dr. Tevfik Fikret EREN

TEŞEKKÜR

Çalışmamın her aşamasında değerli görüşleri ve katkılarıyla beni yönlendiren saygıdeğer danışman hocam Sayın Prof. Dr. Tevfik Fikret EREN'e;

Eğitim hayatım boyunca hiçbir destek ve fedakârlıktan kaçınmadan her daim yanımda olan değerli babam Ufuk EKİNCİ'ye, annem Lütfiye EKİNCİ'ye, ağabeyim Oğuz EKİNCİ'ye ve eşim Mehmet ÖCAL'a teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET

Merve EKİNCİ ÖCAL, Sözleşmeden Dönme Halinde Menfi Zarar, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, 2019

Bu tez çalışmasının konusunu “Sözleşmeden Dönme Halinde Menfi Zarar” oluşturmaktadır.

Sözleşmeden dönme ve dönmenin sonucu olarak talep edilebilecek menfi zarar, borçlar hukukunun en tartışmalı konularından biri olmuştur. Bu konuda, dönme müessesesinin ancak 19. Yüzyılda belirgin hale gelmesinin ve dolayısıyla yeni bir kavram olmasının büyük payı bulunmaktadır. Günden güne gelişen beşeri ve ekonomik ilişkiler, gerçek ve tüzel kişileri birbirleriyle sözleşmesel temasa geçmeye itmiştir. Fakat yapılması amaçlanan sözleşmeler beklenen neticeye ulaşamamıştır. Hukuk düzeninin öngörmüş olduğu sözleşme şartlarının gerçekleşmemiş olması, bir sözleşme yapmak üzere bir araya gelen tarafların, bu sebeple uğramış oldukları kayıpların hangi esasa göre ve kim tarafından tazmin edileceği sorununu ortaya çıkarmıştır. Buna ek olarak, ortada geçerli bir sözleşme olmadığı gibi, haksız fiil sorumluluğu için aranan şartların da sağlanamamış olması; bu sorunun artmasına neden olmuştur. Geçersiz sözleşmelerin ortaya çıkardığı zararların tazmini için önce Roma hukukunda, akabinde Müşterek hukukta yeterli çözümlerin bulunmaması, Pandekt hukukçularını çeşitli teoriler üretmeye sevk etmiştir. Ancak yapılan çalışmalar münferit olayların çözümüne dayalı olduğundan gerekli sonuca ulaşılammış ve geçersiz sözleşmenin sebep olduğu kayıpların tazmini konusunda daha da çözümsüzlüğe itilmiştir. Rudolf von Jhering bu eksiklikleri fark etmesiyle, 1861 yılında yayınladığı “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen” adlı eserinde konuyu sistematik bir biçimde ele almıştır. Jhering, sözleşmelere özgü müspet (olumlu) - menfi (olumsuz) menfaat ayrımını yapmış ve menfi zarar kavramını modern hukuk bilimine kazandıran isim olmuştur. Kara Avrupası kanun koyucuları yaşanan bu gelişmelere kayıtsız kalmayarak, Jhering’in kurguladığı culpa in contrahendo sorumluluğunun etkisinde kalarak menfi zararın tazmin yükümlülüğüne dair münferit hükümleri ülke kanunlarına eklemişlerdir. İsviçre ve Türk kanun koyucuları tarafından, culpa in contrahendo esasları uyarınca menfi zarar kavramı kanunda yer almış ve hatta bir

adım daha ileri gidilerek, Jhering'in öğretisi dışında kalan bazı haller için de menfi zarardan sorumluluğu öngören düzenlemeler getirilmiştir.

Çalışmamız iki bölümden ve bir sonuç kısmından oluşmaktadır. İlk bölümde, seçimlik hak olan sözleşmeden dönme kavramı, tarihçesi, fonksiyonları, hukuki niteliği, başlıca dönme halleri ve dönme hakkında doktrindeki görüşleri, sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini ve menfi zararın çıkış kaynağı olan culpa in contrahendo kavramı detaylı olarak anlatılmıştır.

İkinci bölümde, hukuki niteliklerini kavrayarak ayırım yapmak açısından, sorumluluk borç ilişkilerinin başlıca unsuru olan zarar kavramı ve çeşitleri ile menfi zarar kavramı, ortaya çıkış nedeni, kelimeleri, ispatı, tazmini, müspet zarardan ayrımı, denkleştirmesi, sınırlandırılması sorunu ve yapılan eleştirilerin değerlendirilmesi konuları ele alınmıştır.

Çalışmamız, araştırmada öne çıkan belli başlı hususları ve eleştirilerin cevaplandırılmasını içeren sonuç kısmıyla bitirilecektir.

Anahtar kelimeler: Menfi Zarar, Sözleşmeden Dönme, Seçimlik Haklar, Culpa In Contrahendo

ABSTRACT

**Merve EKİNCİ ÖCAL, Negative Damage In Case Of Return From Contract,
Başkent University Institute of Social Sciences, Private Law, 2019**

The subject of this thesis study is “negative damage in case of return from contract”.

Negative damage, which can be claimed as a result of return and return from the contract, has been one of the most controversial issues of the law of obligations. In this regard, it is important to note that the turning concept has only become prominent in the 19th century and therefore a new notion. Human and economic relations, which have evolved from day to day, have pushed real and legal persons to contract with each other. However, the fact that the contracts intended to be concluded do not reach the expected result; the fact that the contractual conditions stipulated by the law have not been fulfilled, has revealed the issue of which the parties who are gathered to make a contract, and by which basis the losses they have suffered for this reason will be compensated. In addition, there is not a valid contract at the table, as well as the requirements for tort liability has not been provided; this problem has caused an increase. The lack of adequate solutions firstly in Roman law then the Common law, for the compensation of the damages caused by invalid contracts, prompted the Pandect jurists to produce various theories. However, since the studies were based on the solution of the individual incidents, the necessary result could not be reached and the loss caused by the invalid contract has been further resolved to the point of the compensation. Rudolf von Jering realized these deficiencies and, he published a study named “culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen” in 1861 and systematically dealt with the subject and made a positive - negative interest in contracts and became the name of the concept of negative thinking in modern law. Land Europe law-makers have not been indifferent to these developments, also have been influenced by the liability of the culpa in contrahendo, which was founded by Jhering, and have added individual provisions on the liability to compensate for negative damages to the laws of the country. The Swiss and Turkish lawmakers also took part in the concept of negative damage in accordance with the principles of culpa in contrahendo, and even went one step further to introduce regulations that envisage negative damage for some cases other than the doctrine of Jhering.

The study consists of two parts and a result part. In the first part, the concept of return from the contract, its history, functions, its legal nature, the major turning states and the views of the rotation in the doctrine, the concept of culpa in contrahendo which is the origin of negative damage are explained in details.

In the second section, the concept and types of damages, which are the main elements of liability debt relationships, are explained in terms of differentiating by understanding the legal characteristics. In that section also the concept of negative damage, the cause of the emergence, items, proof, compensation, separation from positive damage, offsetting, limiting the problem and evaluation of the criticisms were discussed.

The study will be completed with the result section which includes the main issues highlighted in the research and the answers to the criticisms.

Key Words: Negative Damage, Return From The Contract, Electoral Rights, Culpa In Contahendo

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	i
ÖZET	ii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNME, SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN TARİHİ GELİŞİMİ, KAVRAMI, FONKSİYONLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ

I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	8
1. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ	8
2. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI	11
3. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN FONKSİYONLARI.....	13
4. SÖZLEŞMEDEN DÖNME BEYANININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	14
5. BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN BAŞLICA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HALLERİ	15
II. DÖNME HAKKINDA DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER	16
1. Klasik Teori (Klasik Dönme Görüşü).....	17
2. Yasal Borç İlişkisi Teorisi (Sebepsiz Zenginleşme Görüşü)	18
3. Ayni Etkili Dönme (Ayni İstihkak Görüşü)	18
4. Yeni Dönme Teorisi (Dönüşüm Teorisi).....	19
5. Uygulamadaki Durum	21
5. 1. İsviçre federal Mahkemesinin Görüşü	21
5. 2. Yargıtay'ın Dönme Hakkındaki Görüşü.....	22
III. Viyana Satım Sözleşmesi'nde (CISG) Sözleşmeden Dönme	23
IV. SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE MENFİ ZARARIN TAZMİNİ	27
V. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN KARŞI TARAFIN EDİNDİĞİ AYNİ HAKLARA ETKİSİ	32

VI. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO).....	33
1. GİRİŞ.....	33
2. CULPA IN CONTRAHENDO	34
2. 1. Şartları.....	36
2. 2. Sorumluluğun Hukuki Niteliği.....	40
2. 2. 1. Haksız Fiil Sorumluluğu Görüşü	40
2. 2. 2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Görüşü	42
2. 2. 3. Borçlu Temerrüdü Sorumluluğu Görüşü	43
2. 2. 4. Karma Görüş	45

İKİNCİ BÖLÜM

MENFİ ZARAR

I. ZARAR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ.....	46
1. ZARAR KAVRAM	46
2. ZARARIN ÇEŞİTLERİ.....	47
2. 1. Eksilmenin Meydana Geldiği Varlıklar Bakımından	47
2. 1. 1. Maddi Zarar	47
2. 1. 1. 1. Maddi Zarar Unsurları.....	47
2. 1. 1. 1. 1. Malvarlığı.....	47
2. 1. 1. 1. 2. Malvarlığının Eksilmesi.....	48
2. 1. 1. 1. 3. Azalmanın İrade Dışında Meydana Gelmesi	48
2. 1. 1. 2. Maddi Zarar Çeşitleri	49
2. 1. 1. 2. 1. Fiili Zarar	49
2. 1. 1. 2. 2. Yoksun Kalınan Kar	50
2. 1. 2. Manevi Zarar	52
2. 2. Zarar Gören Hukuki Varlıklar Bakımından.....	56
2. 2. 1. Bedensel Zarar	56
2. 2. 2. Şeye İlişkin Zarar	56
2. 3. Zararın Ortaya Çıkış Zamanı Bakımından	57
2. 3. 1. Mevcut Zarar	57

2. 3. 2. Gelecekteki (Muhtemel) Zarar.....	57
2. 4. Zararın Haksız Fiilin En Yakın ve İlk Neticesi Olarak Ortaya Çıkması Bakımından	57
2. 4. 1. Doğrudan Zarar	57
2. 4. 2. Dolaylı Zarar.....	59
2. 4. 3. Yansıma Zarar.....	60
2. 5. Şeye İlişkin Zararların Tespitindeki Usuller Bakımından	64
2. 5. 1. Somut Zarar.....	64
2. 5. 2. Soyut Zarar	64
2. 6. Sözleşmeden Doğan Borcun İfa Edilememesi veya Sözleşmenin Hükümsüzlüğü Bakımından	Error! Bookmark not defined.65
2. 6. 1. Müspet (Olumlu) Zarar	Error! Bookmark not defined.65
2. 6. 2. Menfi Zarar (Olumsuz Zarar)	Error! Bookmark not defined.74
2. 6. 2. 1. Menfi Zarar Kavramının Ortaya Çıkış Nedeni	74
2. 6. 2. 2. Kavram.....	76
2. 6. 2. 3. Menfi Zarar Kalemleri	85
2. 6. 2. 3. 1. Fiili Zarar	86
2. 6. 2. 3. 2. Yoksun (Mahrum) Kalınan Kar	90
3. MÜSPET (OLUMLU) – MENFİ (OLUMSUZ) ZARAR FARKLARI VE TAZMİNİ	98
3. 1. Farklar	98
3. 2. Tazmini.....	101
4. MENFİ ZARARIN İSPATI.....	103
5. MENFİ ZARARDA DENKLEŞTİRME	105
6. MENFİ ZARARIN HESAPLANACAĞI AN VE ZAMANAŞIMI.	107
7. TAZMİNİ GEREKEN MENFİ ZARARIN SINIRLANDIRILMASI SORUNU	109
7. 1. Genel Olarak.....	109
7. 2. Tazmini Gereken Menfi Zarar Miktarının Müspet Zararla Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu.....	109
8. MENFİ ZARARA YÖNELİK ELEŞTİRİLEN DEĞERLENDİRİLMESİ	111
SONUÇ	113
KAYNAKLAR.....	121

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçmiş eser
a.g.m.	: Adı geçmiş makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
b.	: Bent
BATİDER Dergisi	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Derg.	: Dergisi
dn	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar.
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
m.	: Madde

N	: Nummer (No)
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL Law	: United Nations Commission on International Trade
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Yarg.	: Yargıtay
Yarg. HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Borçlunun temerrüdü, şart ve sonuçlarıyla beraber TBK m. 117 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Borca aykırı davranış hallerinden biri olan borçlunun temerrüdü, geniş anlamda, borcun ifa edilmemesidir. Borçlunun temerrüdünden söz etmek için, borcun ifasının mümkün olması ve ifa zamanının gelmesine rağmen borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Dolayısıyla, ifasında gecikilen edimin ifasının, halen mümkün olması gerekmektedir.¹ Zira borcun ifası imkânsızlaşmış ise, artık borçlunun temerrüde düşmesi mümkün değildir.

Borçlunun temerrüde düşmesinin ilk şartı, borcun muaccel olmasıdır. Borcun muaccel olması alacaklının ifayı talep ve dava edebileceği tarihin gelmiş olduğunu ifade eder. İfa talebine karşı zamanaşımı veya ödemezlik def'i gibi ifadan kaçınılmaya yasal imkân veren bir haktan fiilen yararlanan borçlu, temerrüde düşmez. Temerrüdün önlenebilmesi için defi imkânının varlığı, tek başına yeterli değildir. Borçlu def'i hakkını fiilen kullanmış olmalıdır.²

Diğer şart ise, alacaklının ihtarda bulunmasıdır. Muaccel bir borcun borçlusu ancak, alacaklının ihtar beyanının kendisine ulaştığı tarihten itibaren mütemerrit olur. İhtar; alacaklının, borçluyu ifaya davet eden, herhangi bir şekle bağlı olmayan, yazılı ya da sözlü yapılabilen, tek taraflı hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. İhtarın amacı, alacaklının ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesidir. Tacirler arasında ihtarın geçerli olması için, noter, taahhütlü mektup, telgraf veya güvenli elektronik imza ile yapılması şarttır. Doktrindeki bir görüşe göre, ihtar, borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurur. Bunun sonucunda borçlu temerrüde düşer. Diğer bir görüşe göre ise,

¹ BUZ, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s.100 vd.

² EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s.1223 vd.

borçluya, ifa için uygun bir süre tanınması gerekir. Bu sürenin dolmasıyla temerrüt gerçekleşir.³

TBK m. 117 ‘de öngörülen hallerde borçlu, ihtar yapılmaksızın temerrüde düşer. Birinci halde; tarafların aralarında borcun ifası için belirli bir gün kararlaştırmış olmalarıdır. Belirlenen bu günde ifa yapılmazsa, borçlu mütemerrit olur. İfa zamanının kanun ile belirlendiği hallerde ihtar yapılması şarttır. İkinci halde de; sözleşmede taraflardan birine bir ihbarla, ifa gününü tayin etme yetkisi verilmişse, belirlenen ifa tarihinde edimi yerine getirmeyen borçlu, ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşer. Son olarak, borçlunun kendiliğinden temerrüde düşürülebilmesi için, borcunu ifa etmemesi, borca aykırı olması gerekmektedir. Bunlar; alacaklının temerrütte bulunmaması ve borçlunun, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir defii⁴ ileri sürmemiş olması halleridir.⁵

Üçüncü şart, borçlunun temerrüde düşmesi veya ihtar ile mütemerrit sayılabilmesi için, ifanın mümkün olması gerekir. TBK m. 102/2’ye göre ifa imkânsızlığı halinde borçlu temerrütten kurtulur. Borcun ifası imkânsız hale gelmiş ise, temerrüt hükümleri uygulanmaz. Ancak temerrütten sonra borç imkânsızlaşmış ise, TBK m. 125 hükümleri uygulanır.

Bir başka şart ise, alacaklı ifayı kabule hazır olmalıdır. Borçlunun temerrüdünün gerçekleşebilmesi için alacaklının temerrüde düşmemiş olması gerekir. Dolayısıyla borcun ifasını mümkün kılacak ön hazırlıklar var ise, alacaklının bunları önceden yerine getirmiş olması gerekir.⁶

³ BUZ, Dönme, s.101 vd.

⁴ Örneğin: Zamanaşımı defii

⁵ BUZ, Dönme, s.102-104.

⁶ Örneğin; seçme hakkı alacaklıda ise ifası gereken edimi önceden seçmiş olmalıdır; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1977, s. 240.

⁷ Bkz. “Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu bulunması gerekmez” TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s.912.

Son olarak, TBK m. 101, borçlu temerrüdünde kusur şartını öngörmemektedir.⁷ Ancak, temerrüt yüzünden TBK m. 102'ye dayalı gecikme tazminatı veya karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde bir tarafın temerrüdü halinde, ifa yerine TBK m. 106'ya göre tazminatın istenebilmesinde kusur aranır. Ayrıca, karşılıklı sözleşmelerde temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme halinde, TBK m. 108'e göre tazminatın istenebilmesi için, temerrüde düşen borçlunun kusurlu olması gerekir. Buna karşılık, para borçlarında, bazı hallerde borçlunun kusuru şartı aranmaz. Bunlar; TBK m. 103'e göre borçludan temerrüt faizi istenebilmesi veya karşılıklı sözleşmelerde bir tarafın borçlu temerrüdüne düşmesi halinde, diğer tarafın TBK m. 125/2'ye göre sözleşmeden dönebilmesi halleridir.⁸

Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları TBK. m. 118 ve 119' da düzenlenmiştir. Bunlar, gecikme tazminatı ve beklenmedik halden sorumluluktur⁹. Gecikme tazminatının amacı, alacaklının, borcun geç ifa edilmesinden dolayı uğradığı zararı telafi etmektir. Söz konusu zarar, alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile borçlunun borcunu zamanında ifa etse idi, içinde bulunacağı durum arasındaki farkı ifade eder. Bazı yazarlar, gecikmeden doğan zarar, müspet zarar olarak nitelerken; diğer yazarlar, müspet zararın ifasında temerrüde düşülmüş olan edimin değerini de kapsadığını belirterek, alacaklının “zaman menfaatinden” bahsetmektedir.¹⁰

Gecikme tazminatı, ifa ile birlikte talep edilebilir ya da ayrıca dava edilebilir.¹¹ Gecikme tazminatı talep edebilmek için, bazı şartlar vardır. Bunlar; borçlunun mütemerrit olması, alacaklının gecikmeden dolayı zarara uğramış olması, borçlunun geç ifası ile gecikme zararı arasında uygun illiyet bağı olması ve borçlunun kusurlu olmasıdır.¹² Borçlunun gecikmede kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir. Bunu, ifayı zamanında ve gecikmeden yapabilmek için gereken tüm tedbirleri aldığını, gecikmede herhangi bir kastı ya da ihmali bulunmadığını ispatlayarak yapabilecektir.¹³

⁸ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Rafet; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987, s. 246.

⁹ REİSOĞLU, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 373

¹⁰ BUZ, Dönme, s. 104.

¹¹ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 372.

¹² EREN, s. 1237..

¹³ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1977, s. 244.

Gecikme zararına; alacaklının gecikmeden dolayı yaptığı masraflar ve başkalarına ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, temerrüt esnasında malın değerinin düşmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarar veya alacaklının mahrum kaldığı kâr gibi kalemler girmektedir.¹⁴

TBK m. 119'a göre temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Bu durum, temerrütten itibaren zararın borçluya ait olması şeklinde de adlandırılabilir.¹⁵ Borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, gecikmede kusursuz olduğunu veya edim zamanında ifa edilmiş olsa idi bile, beklenmedik hâlin alacaklının zararına neden olacağını ispat etmesi gerekmektedir. Bu ispat, borçlunun şahsına yönelik beklenmedik hâl değil, borcun konusunu oluşturan şeyin uğradığı haller için geçerlidir.¹⁶ Örneğin borçlu, temerrüt sırasında ağır bir hastalığa yakalanır ve borcunu ifa edemez ise bu, şahsına ait bir beklenmedik hâldir. Dolayısıyla onu ispat etmesi, kendisini sorumluluktan kurtarmaz. Ancak, örneğin, temerrüt sırasında edimin bir kaza sonucunda telef olması halinde, borçlu, borç vaktinde ifa edilmiş olsa dahi yine de zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.¹⁷

TBK m. 120, para borçlarında temerrüde düşme halinde uygulanacak faizi düzenlemektedir. Para borçlarının ödenmemesi halinde, alacaklının parasından bir süre mahrum kalması nedeniyle, bozulan menfaat dengesini kurmak için, temerrüt faizi düzenlenmiştir. Borçlunun, bir para borcunu ödememesi nedeniyle temerrüde düşmesi halinde, anaparaya ek olarak TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun m. 2'ye göre, temerrüde düştüğü tarihten itibaren, temerrüt faizi ödemek zorunluluğu vardır. Temerrüt faizi, kanundan doğmaktadır. Ancak temerrüt faizi, borçludan talep edildiği takdirde alınabilmektedir. Temerrüt faizine hak kazanmak için, borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Bu sebeple temerrüt, para borçlarında bir kusursuz sorumluluk halidir. Ancak alacaklı, temerrüt nedeniyle faizinin dahi karşılayamayacağı bir oranda zarara uğramışsa, borçludan aşkın zararının tazminini de isteyebilir. Temerrüt faizi, sadece para

¹⁴ FEYZİOĞLU, s. 243; OĞUZMAN / ÖZ, s. 372.

¹⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 374.

¹⁶ EREN, s.1239.

¹⁷ FEYZİOĞLU, s. 245.

borçlarına uygulanmakta olup, değerleri para ile ifade edilebilse dahi, para borcu dışındaki borçlara temerrüt faizi uygulanmaz¹⁸.

TBK m. 125'e göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, iki taraftan biri edimini yerine getirmede temerrüde düştüğü takdirde, alacaklı ifası gereken edimin yerine getirilmesini ve gecikmeden doğan zararın tazminini istemek yerine, borcun ifa edilmemesinden doğan zararını talep edebilir ya da akdi feshedebilir. TBK m. 123 gereğince; tanınan seçimlik haklardan yararlanabilmek için öncelikle alacaklının borçluya uygun bir süre vermesi gerekir.¹⁹ Alacaklı bu sürenin hâkim tarafından belirlenmesini de talep edebilir. Sürenin temerrüt ihtarını ile birlikte belirlenmesi de mümkündür.²⁰ Bu süre, alacaklının, temerrüde düşen borçluya edimini yerine getirmesi için tanıdığı son haktır. Kanun koyucu tarafından verilen bu hak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarının daha ağır olması ve borçlunun bu ağır sonuçlardan kurtulması için son bir fırsat verilmesidir.²¹

Borçluya verilen süre, somut olayın özelliği dikkate alınarak dürüstlük kuralı kapsamında, amaca hizmet edebilecek uygun bir süre olmalıdır.²² Borçlu, alacaklıdan ek süre istemediği takdirde, verilen süreyi kabul etmiş sayılacaktır. Borçlu bu ek süreyi, alacaklıdan isteyebileceği gibi mahkeme yoluyla da talep edilebilecektir.²³

¹⁸ EREN s. 1233 vd; OĞUZMAN/ÖZ s. 386, 494 vd., 500, 502 vd.; REİSOĞLU s. 370, 373 vd., 376 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 684-685.

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/13-592, K. 2013/65, 16.01.2013 T. Sayılı ilamı. “Alacaklının aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteyebilmesi için (BK. m.106/1), borçluya uygun bir mehil verilmiş olması ve verilen mehilden sonuç alınamaması gerekir. Bu koşulların varlığı diğer seçeneklerin kullanılabilmesinde de aranır. Temerrüde düşen borçluya alacaklının uygun bir mehil vermesi demek, temerrüde rağmen alacaklının daha ne kadar süreyle ifayı kabule rıza gösterdiğini bildirmesi demektir. Kuşku yok ki, yasa uygun bir mehil tayini suretiyle borçluyu temerrüdün sonuçlarından korumak istemiştir. Verilen sürenin uygun olup olmadığını saptamak için olayın özelliğinin gerektirdiği iyi niyet kurallarına riayet edilip edilmediğine bakmak gerekir. Borç, alacaklının tayin ettiği süre sonunda da ifa edilmezse, ayrıca bir ihtar gerek olmadan BK. m.106'daki seçeneklerden biri kullanılabilir.” www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 23.02.2019); OĞUZMAN/ÖZ, s.517 vd. ; EREN, s.1138.

²⁰ BUZ, Dönme, s.107

²¹ BUZ, Dönme, s. 106

²² KILIÇOĞLU, s. 711; EREN, Fikret ; s.1111.

²³ REİSOĞLU, s.382; KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1992, s.420; KILIÇOĞLU, s.711.

²⁴ REİSOĞLU, s. 383 vd.; KILIÇOĞLU, s.712. (Yarg. 15. HD. 01.07. 1992 tarihli, 545 E. , 3501 K.)

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde “süre verilmesi” temerrüt için aranan özel bir koşuldur. Ancak, bu özel koşuldan önce, borçlunun temerrüdü için genel koşul olan ihtar gereklidir. Alacaklı, ihtarla bulunup temerrüdün genel koşulları gerçekleştikten sonra, süre verme yoluna gidebilecek ya da ihtar ile birlikte son süreyi de tayin edebilecektir.²⁴

TBK m. 124’ te ise, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde süre verilmesini gerektirmeyen durumlar düzenlenmiştir. Kanun maddesinde sayılan üç durumdan birinin bulunması halinde, alacaklı, süre vermeksizin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemek veya sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.²⁵ Süre verilmesine gerek olmayan haller şunlardır:

- i. Borçlunun durum ve tutumundan süre verilmesinin etkisiz kalacağını anlaşıldığı haller,²⁶
- ii. Borçlunun temerrüdü sonucunda, borcun ifasının alacaklı açısından faydasız olacağını anlaşıldığı haller,
- iii. Borcun ifasının kesin vadeli bir sözleşme ile belirlenmiş olduğu hallerdir.²⁷

Borçlu kendisine tanınmış olan sürede borcunu ifa etmez veya TBK m. 124’ teki²⁸ hallerden birisi mevcut ise, alacaklının bazı seçimlik hakları vardır. Bu seçimlik haklar TBK m. 125’te üç fıkra halinde düzenlenmiştir.

²⁵ KILIÇOĞLU, s.712; GÖKYAYLA, Emre/ HATEMİ, Hüseyin; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2015, s, 266. ; REİSOĞLU, s.383; NOMER, N. Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015, s. 275

²⁶ Yargıtay. 13. Hukuk Dairesi E. 1997/2055, K 1997/2616. T. 27.03.1997 Sayılı kararına göre; kesin teslim tarihi kanıtlanamayan taşınmaz satışında satıcı üzerine düşen teslim edimini geciktireceğini bildirerek kendi beyanı ile direngen duruma düşmüş ise, tazminat beyan tarihinden itibaren istenebilir. Madde 107/1 gereğince davacının ayrıca ihtar çekmesine gerek yoktur.

²⁷ Örneğin; TBK m. 212/1,2’ ye göre ticari işlerde teslim için bir zaman tayin edilmişse satıcının temerrüdünde alıcı mehil tayin etmeksizin ifadan vazgeçerek zararını talep edebilir

²⁸ Bkz. Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar TBK m. 124-; Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:

Söz konusu maddede, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, borçluya verdiği süreye rağmen borçlunun borcunu ifa etmemesi ya da süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun var olması halinde, “gecikmiş ifa ve gecikme tazminatını” isteyebilir. Alacaklının, gecikmiş ifayı reddetmesi halinde, borçlu “borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini” ya da “sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan zararın giderilmesini” isteme hakkına sahiptir.²⁹

TBK m. 125’te öngörülen seçimlik haklar:

1. Alacaklının borcun aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatı talep etme,
2. veya alacaklının borcun ifasından vazgeçerek uğramış olduğu müspet zararın tazminini isteme,
3. ya da alacaklının sözleşmeden dönerek uğramış olduğu menfi zararının tazminini talep etme hakkıdır.

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa.

2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa.

²⁹ ERGÜNE, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s.744-745

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN TARİHİ GELİŞİMİ, KAVRAMI, FONKSİYONLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ

I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

1. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

Roma hukukunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle bütün sözleşmeler açısından geçerli bir dönme hakkı tanınmamıştı. Bu konuda sadece satım sözleşmesi açısından dönmeye benzer sonuçlar doğuran bazı dava hakları tanınmıştı.³⁰ Davalardan ilki, malın ayıplı olmasından doğan zararın tazmini davası olan “actio redhibitoria” idi. Bu dava ile satım konusu şeyin ayıplı olması halinde, satıcıya sözleşmenin kurulmasından itibaren altı ay içerisinde, satılan şeyin iadesi üzerine ödenen bedelin geri alınması hakkı sağlanıyordu. Alman Medeni Hukuku ile Avusturya Medeni Hukuku’nun, alıcıya ayıplı mal teslimi halinde sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi veren dava hakkının kökeni Roma Hukukunun “actio redhibitoria” sına dayanmaktadır.³¹

Roma Hukukunda ayıplı mal teslimi halinde alıcının sahip olduğu diğer dava ise; bir yıl içinde ayıp oranında indirim davası olan “actio quanti minoris”dir. Bu dava türü ile satış bedelinde ayıp oranında bir indirim yapılması istenmektedir. Bu dava türleri hukuk sistemimize de geçmiş olup 818 sayılı eski Borçlar Kanununda her iki dava için de bir yıllık süre kabul edilmişti.³²

³⁰ BUZ, Dönme, s.45

³¹ BUZ, Dönme, s. 46

³² RADO, Türkân; Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, İstanbul Uni Hukuk Fakültesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası s. 12

Roma Hukuku sözleşmelerinde, alıcı ve satıcı arasında yapılan üç tür yan anlaşma (pacta adiecta) mevcuttu. Bunlar, “lex commisoria”, “pactum displicentia” ve “in diem addictio” dur.³³

Lex commisoria ile alıcının satım bedelini zamanında ödememesi halinde sözleşmenin geçersiz olacağı belirlenmekteydi. Bu anlaşma modern hukuk sistemlerinde “mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi” ile aynı nitelikte idi.³⁴

Pactum displicentiada; alıcının satım konusu malı beğenmemesi durumunda sözleşmenin sona ereceğini belirtmekteydi. Yine bu anlaşma da Türk hukuk sistemimizde yer almakta olup TBK m. 250 ile düzenlenmiştir.³⁵

In diem addictio ise satıcının, satım konusu şeyi belirlenen bir süreye kadar alıcıdan daha iyi bir teklifte bulunan kişiye satma hakkını kendisinde saklı tutmasıdır.³⁶ Bu anlaşma genellikle gayrimenkul satımında kullanım alanı bulmuş olup, satıcıya tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme hakkını tanımaktadır.

Roma hukukunda olduğu gibi Pandekt hukukunda da genel bir dönme hakkına rastlanmamaktaydı. Ancak, bu dönmede de bazı istisnai durumlarda görülmüştür. Pandekt Hukukunda varlıklarını sürdüren dönme haklarına yukarıda belirtmiş olduğumuz; actio redhibitoria, lex commisoria, pactum displicentia ve in diem addictio’ yu örnek olarak gösterebiliriz. Buna ek olarak sözleşmenin temeli haline getirilen esaslı noktalara riayet edilmemesi halinde sözleşmenin sona erdirilmesi, yani “causa praecipua” ve gabin kuralının kökünü oluşturan “leasio commisoria” yı ekleyebiliriz.³⁷

³³ BUZ, Dönme, s. 47

³⁴ BUZ, Dönme, s. 47

³⁵ BUZ, Dönme, s. 47

³⁶ BUZ, Dönme, s. 47

³⁷ BUZ, Dönme, s. 48

1881 eski İsviçre Kanunundan önce borçlar hukuku alanında kanun çıkarma yetkisi kantonlara aitti. Bunun sonucu olarak da dönmeye ilişkin hükümler her kanton kanununda farklılık göstermekteydi. 4 Temmuz 1868 tarihli kantonlar arası görüşmeler sonucunda bir anlaşmaya varılarak bir tasarı hazırlanması için W. Munzinger başkanlığında bir komisyon kurulmuştur. Yenilik doğuran bir dava olarak hazırlanan Munzinger Tasarısı, alacaklı ve borçlunun temerrüdü hallerinde diğer tarafa dönme hakkı tanıyan bir tasarı hazırlamıştır. 1881 yılında kanunlaşan bu tasarı, 1 Ocak 1883 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁸ Bu kanuna göre borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştı. Bunlar; gecikmeden doğan zararın tazminini talep hakkı ile sözleşmeden dönüp tazminat isteme haklarıdır. Bu kanun ile bugünkü İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan, alacaklıya aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etme hakkı tanınmamış idi.³⁹

İsviçre Anayasası'nda yapılan 1898 tarihli değişiklik ile Federal Hükümet'e, Medeni Hukuku'nun Borçlar Hukuku haricindeki alanlarında da kanun yapma yetkisi verilmiştir. 1904 yılında Borçlar Kanunu'nda da bazı değişikliklere gidilmiş, ancak, dönmeye ilişkin hükümler önemli bir değişikliğe uğramamıştır. Aynı komisyon, 1905 yılında yeni bir tasarı hazırlayarak borçlunun temerrüdüne ilişkin yenilikler getirmiştir. En önemli yenilik olarak da, ilk kez alacaklıya aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini isteme hakkı, bağımsız seçimlik bir hak olarak tanınmıştır. Ancak, 1909 yılında başka bir komisyonca hazırlanan tasarıda; bir önceki tasarının dönme ile tazminat isteme hakkına birlikte yer vermeyen düzenlemeden farklı olarak sözleşmeden dönen alacaklıya ayrıca tazminat isteme hakkı da tanınmıştır. Hemen belirtelim ki, eski borçlar kanunundan farklı olarak; sözleşmeden dönen alacaklının tazminini talep edeceği zarar, müspet zarar olmayıp, "menfi zarar", yani sözleşmenin hükümsüz olmasından doğan zarardır. 1909 tarihli tasarıdaki sözleşmeden dönmeye ilişkin bu hükümler meclis görüşmelerinde kanun haline getirilerek yeni Borçlar Kanunu, Medeni Kanun'la birlikte 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁰

³⁸ BUZ, Dönme, s. 49,50

³⁹ BUZ, Dönme, s. 51

⁴⁰ BUZ, Dönme, s.52

2. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI

Sözleşmeden dönme, geçerli bir sözleşmeyi sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı bir irade beyanıyla geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran, yenilik doğuran bir haktır.⁴¹ Dönme hakkı, bir yandan henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini ortadan kaldırırken, diğer yandan da daha önce yerine getirilmiş edimlerin iade borcunu doğurur.⁴² Belirtmek gerekir ki, fesih terimi ile dönme terimi birbirinden farklı kavramlardır. Fesih, geleceğe (ex nunc) etkili sonuçlar doğururken; dönme, geçmişe (ex tunc) etkili sonuçlar doğurur. Bu yönden dönme; ‘ani edimli borç ilişkilerinde eski hale getirmeyi sağlamaya yönelik tek taraflı bir işlem’ olarak da tanımlanabilir⁴³.

Dönme irade beyanı, borçluya ulaştığı andan itibaren hükümlerini doğurur. Dönme, bozucu yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırır.⁴⁴ Dolayısıyla, sözleşmeden dönme, tek taraflı bir irade beyanıyla başkasının hukuki alanında bir değişiklik meydana getirdiği için, hak sahibine olağanüstü yetkiler sağlayan, yenilik doğuran bir haktır.⁴⁵

Dönme hakkının başka bir özelliği de, ileri sürülüş biçimi olup, dava yoluyla kullanılması şart değildir. TBK m. 125/II hükmüne göre alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün kusura bağlı olmayan sonuçlarından biri olduğu için, alacaklının sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun kusurlu olmasına bağlı değildir⁴⁶. Ancak, bunun için, geçici imkânsızlıktan alacaklının

⁴¹ EREN, s.1150

⁴² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 381; ÖZ, Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 24; BUZ, Dönme, s. 65 vd; SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 59 vd.; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 260 vd.; ÖNEN, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s.89; KARAHASAN, s. 1472.

⁴³ EREN, s.1150; ÖZ, Dönme, s. 27.

⁴⁴ KARAHASAN, Genel Hükümler, s. 1472.

⁴⁵ BUZ, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 52; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 46 vd; BUZ, Dönme, s. 72.

⁴⁶ BUZ, Dönme, s. 110; OĞUZMAN/ÖZ, s. 481; EREN, s. 1148 vd.

temerrütten sorumlu olmaması ve kural olarak, borçluya süre vermesi gerekir⁴⁷. Alacaklının geçici imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerde, alacaklı temerrüdü nedeniyle borcun geç ifa edilmesi hukuka aykırı sayılmayacağından, temerrüt ve buna bağlı sonuçlar ortaya çıkmaz.

Dönme hakkının taraflara çeşitli sözleşme tiplerinde tanındığı, Türk Borçlar Kanunun pek çok maddesinde görülmektedir. Örneğin, eser sözleşmesinde iş sahibi ve yükleniciye belirli koşulların gerçekleşmesi sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. İş sahibinin dönme hakkını kullanmasına; yüklenicinin bazı davranışları, yapılan şeyin ayıplı olması ve yaklaşık keşif bedelinin çok aşmış olması halleri gösterilebilir. Ancak, burada belirtmek gerekir ki; ayıbın “önemli” olması halinde dönme hakkı kullanılabilir. İş sahibi, eseri ayıbindan dolayı kullanamayacak ya da eseri kabul etmesi hakkaniyet gereğince kendisinden beklenemiyor ise sözleşmeden dönebilir⁴⁸. Yüklenicinin de “götürü bedel” hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Genel hükümlerde dönme hakkının doğurduğu sonuçlar, özel sözleşme tiplerine de kıyasen uygulanır. Ancak bunun için, kanunda farklı bir sonuç öngörülmemiş olmalıdır.⁴⁹

Buna ek olarak sözleşmeden dönme hakkı, yukarıda anlatıldığı üzere, kanundan doğan bir hak olabileceği gibi, taraflarca düzenlenen sözleşme ile de kararlaştırılabilir. Bu durum “iradi dönme hakkı” olarak adlandırılır⁵⁰. Tarafların iradi dönme hakkını belirlemelerindeki amaç; akdedilen sözleşmeye, ileride çıkabilecek olumsuzluklara karşı sona erdirme yolunu açmaktır. Sözleşme serbestisi gereğince tarafların sözleşmeden dönme hakkını kararlaştırmalarında bir engel bulunmasa da, bu hak, kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak düzenlenemez.⁵¹

⁴⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014; s. 64

⁴⁹ Bkz. Sırasıyla; TBK m. 473/1, TBK m. 474, TBK m. 482, TBK m. 480; OĞUZMAN/ÖZ, s. 382.

⁵⁰ SEROZAN, R; Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 198; ÖZ, Dönme, s. 31; OĞUZMAN/ÖZ, s. 385

⁵¹ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 39; Serozan’a göre, Türk Hukuku’nda Borçlar Kanunu’nun birkaç hükmünde iradi dönme hakkına dolaylı olarak yer verilmiştir. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 203 vd.; BUZ, Dönme, s. 88.; İradi dönme hakkına dolaylı olarak yer verilen düzenlemeler TBK m. 235/3, TBK m. 259 ve TBK m. 177’de de yer almaktadır..

3. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN FONKSİYONLARI

Tarafların yaptıkları bir borç sözleşmesinin sona ermesinin en olağan hali, tam ve karşılıklı olarak ifasıdır. Ancak, bazı durumlarda sözleşme hiç ya da gereği gibi ifa edilmez. Bu durumda, edim ve karşı edim arasında sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan denge bozulacaktır. Sözleşmeden dönmenin baş fonksiyonu; sözleşmenin kurulması anında mevcut borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle bozulan dengeyi yeniden sağlamaktır.⁵² Söz konusu denge ise, sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulması sırasında mevcut olan duruma dönülmesi suretiyle sağlanabilmektedir.⁵³

Sözleşmeden dönmenin diğer önemli bir işlevi de; alacaklıya borçlu ile yaptığı ancak, ifa edilmemiş olan sözleşme ile sınırlanmış “başka tasarruflarda bulunma özgürlüğünü” yeniden sağlamasıdır. Borçlunun, kanun ve sözleşmeye uygun ifade bulunmaması halinde, alacaklının sözleşme konusu ihtiyaçları giderilmemiş olur. Sözleşme konusu edime ihtiyaç duyan alacaklı; borçlunun edimi zamanında yerine getirip getirmeyeceğini bilmemektedir. Ancak, alacaklı borçlu ile yaptığı sözleşmeye bağlılığı nedeniyle, ihtiyaç duyduğu edimi, üçüncü bir kişiden de temin edememektedir. Tüm bu hususlar, alacaklının menfaatinin korunarak, ifa ile sona ermeyen sözleşme ilişkisinden kurtulma imkânının tanınması gerekliliğini göstermektedir. İşte alacaklı, dönme hakkı sayesinde mevcut sözleşme ilişkisini sona erdirebilecektir. Bu sözleşme yüzünden sınırlanmış olan sözleşme yapma özgürlüğünü tekrar elde ederek, başka kişilerle yapacağı yeni bir sözleşme ile ihtiyacı olan edimin ifasına kavuşma imkânı bulabilecektir.⁵⁴

Sözleşmeden dönmenin tüketiciyi koruyan diğer önemli bir görevi daha bulunmaktadır. Bu görev sayesinde tüketiciler gerek ekonomik açıdan gerekse kendilerine

⁵² BUZ, Dönme, s. 65 vd.

⁵³Serozan bu durumu; “Sinallagma terazisinin tümüyle boşaltılması ve sıfırda dengeye getirilmesi.” olarak tanımlamaktadır. Bkz. SEROZAN; Sözleşmeden Dönme; s.41

⁵⁴ BUZ, Dönme, s.67 vd; SEROZAN; Sözleşmeden Dönme, s.42

zarar verebilecek sözleşme yapmaktan korunacaklardır.⁵⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, tüketiciye tanınan seçimlik haklar kapsamında; malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.⁵⁶

4. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir sözleşme ilişkisinde taraflar arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. Bu ilişkide borçlu, alacaklı karşısında “yükümlü” durumdadır. Alacaklı, borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda kendisini edimi ifaya fiilen zorlayamaz, edime el koyamaz. Alacaklı, borçlu aleyhine mahkeme veya icraya başvurabilir.⁵⁷

Sözleşmeden dönme hakkı; yenilik doğuran bir hak olup, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır. Dönme hakkının kullanılmasıyla tarafların sözleşme konusu edimlere ilişkin alacakları sona erer.⁵⁸ Buna ilave olarak, tarafların daha önce ifa etmiş oldukları edimlere ilişkin iade alacak ve borçları doğar. Örneğin, yüklenici kendisine ödenmiş olan bedeli, işsahibi de teslim aldığı eseri iade etmekle yükümlüdür. Söz konusu borç, ilke olarak sözleşmesel nitelik taşımaktadır. Doktrinde bazı yazarlar; sözleşmenin geriye etkili (ex tunc) değil, ileriye etkili (ex nunc) bir tasfiye ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre sözleşmeden dönme, niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır.⁵⁹

Yenilik doğuran haklar kullanıldıkça tükendikleri için bunları geri almak, mümkün değildir.⁶⁰ Ayrıca, bu haklar şarta bağlanamaz. Gerçekten de şartın gerçekleşip

⁵⁵ BUZ, Dönme; s.69; SEROZAN; Sözleşmeden Dönme; s.43

⁵⁶ Bkz; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 11, Seçimlik Haklar

⁵⁷ BUZ, Dönme, s.71 vd.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.45

⁵⁸ ŞENOCAK, Zarife; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 48-49, yazar “iş sahibinin eserin teslimine, müteahhidin ücretin ödenmesine ilişkin alacağının sona erdiğinin” örneğini vermiştir.

⁵⁹ ŞENOCAK, s.49; EREN, s.1148

⁶⁰ BUZ, Dönme, s. 75

gerçekleşmeyeceği muhatabın iradesine bağlı olmadıkça, yenilik doğuran haklar gibi, sözleşmeden dönme hakkının da şarta bağlı olarak kullanılması mümkün değildir. Keza, yenilik doğuran haklar bir edime ilişkin olmadıkları için zamanaşımı süresine değil hak düşürücü süreye bağlıdırlar.⁶¹ Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme bakımından hak düşürücü bir süre öngörülmemiştir.⁶²

5. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN BAŞLICA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HALLERİ

Sözleşmeden dönme hakkı, Borçlar Kanunu'nun genel ve özel hükümlerinde düzenleme alanı bulmuştur. Dönmeye ilişkin genel hükümlerdeki ilk düzenlenme, TBK m. 98'de yer almaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasına göre; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle, hakkı tehlikeye düşen taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, hakkı tehlikeye düşen taraf için ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse, sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir.⁶³

Dönmeye dair genel hükümlerdeki bir başka düzenlenme ise, alacaklının temerrüdü ile ilgilidir. TBK m. 110'a göre; borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü hâlinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. Bu duruma örnek olarak; alacaklının satım konusu şeyi belirlemekten kaçınması veya seçimlik borçlarda seçim hakkını kullanmaması hali gösterilebilir. Bu hakkın tanınmasının nedeni bu tür edimlerin tevdiinin ya da satımının mümkün olmamasıdır.

⁶¹ BUZ, Dönme, s.76

⁶² SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 449; Öz; bu sürelerin zamanaşımı süresi olduğunu belirtmekle beraber şu şekilde açıklamaktadır: “Bence yasanın burada yenilik doğuran hakları –kural dışı yoldan- özel hükümle zamanaşımı süresine bağladığı kabul edilmelidir. Böyle istisnai kurallar hukukumuzda yabancı değildir. Örneğin; miras hukukunda, yenilik doğuran iptal ve tenkis davaları da zamanaşımı sürelerine bağlanmıştır (MK. 501,513).” ; bkz. Öz; Dönme, s.129

⁶³ BUZ, Dönme, s.92; TBK m.98

TBK m. 110’da borçluya tanınmış olan dönme hakkının, borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atıfların, TBK m. 125’ te düzenlenen menfi zararın tazmini talebini de kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar; bu atfın sadece dönme hakkını kapsadığı, bu nedenle alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun menfi zararının tazminini talep edemeyeceği görüşündedir⁶⁴. Diğer bazı yazarlar ise, borçlunun, menfi zararının tazminini de isteyebileceği kanaatindedir.⁶⁵

Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde düzenlenmiş olan diğer bir dönme hali ise borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesidir (TBK m. 125/III).

Borçlar kanununun özel hükümlerinde dönmeye ilişkin pek çok madde yer almaktadır. Nitekim, TBK m. 218, 227, 228, 230, 235, 255, 260, 278, 284, 307, 390, 473, 475, 480, 482’ de dönme hakkı düzenlenmiştir.

Türk Ticaret kanununda dönme hakkına ilişkin pek çok hüküm bulunmaktadır.⁶⁶ Buna ek olarak daha önce de belirtildiği gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.11’ de de dönme hakkı düzenlenmiştir.

II. DOKTRİNDE DÖNME HAKKINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Alacaklı tarafından kullanılan dönme hakkının doğurduğu sonuçlar, TBK m 125’te; “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, sözleşmeden dönmenin iki etkisinden söz edilmektedir. Bunlardan birincisi, dönmenin borçta kurtarıcı etkisi; ikincisi ise, daha önce yerine getirilmiş olan edimlerin

⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.276

⁶⁵ BUZ, Dönme, s.94; SEROZAN; Sözleşmeden Dönme, s.350

⁶⁶ Örneğin; TTK m. 908, 1158, 1164, 1218-1225-1226, 1413-1417-1418 madde hükümlerinde her ne kadar “cayma” olarak belirtilmişse de esasında dönme hakkından bahsedilmektedir.

iadesidir. Borçlunun temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönmesinin hukuki sonuçları çok tartışmalı olup, doktrinde de bu konuyu ele alan başlıca dört görüş vardır⁶⁷:

1. Klasik Dönme Görüşü:

Bu görüşün taraftarlarına ⁶⁸ göre dönme, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır ve henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer. Başka bir deyişle, bu görüşe göre sözleşme, dönme beyanıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dönmenin etkisi, sözleşmenin kurulduğu ana kadar geriye yürür. Dönme beyanı, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır. Buna göre, dönme hakkı, dönme beyanı ile kullanılır. Dönme, hukuki sonuçlarını, dönme beyanının borçlunun hukuk alanına ulaştığı anda doğurur⁶⁹.

Sözleşmeden sonra ortaya çıkan iade borcu (causa finitam), sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan kazanımların tipik örneğini oluşturmaktadır. Tarafların kazandıkları haklar dolayısıyla malvarlıklarında meydana gelen her artış, sebepsiz zenginleşme sayılır ve bunun geri verilmesi gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre; irade sakatlığı sebebiyle iptal halinde, iradesi sakatlanan tarafın iptal hakkını kullanması durumunda hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi geçersiz hale gelir ve devredilen ayni hakların iadesi ancak istihkak davası ile talep edebilir⁷⁰. Sözleşmeden dönme üzerine borçlunun tazmin edeceği zarar, TBK m. 125'e göre menfi zarardır.⁷¹

⁶⁷ BUZ, Dönme, s.117 vd.

⁶⁸ BUZ, Dönme, s. 118, dpn. 5 “Dönme halinde sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar”; Karahasan, s. 1472 (naklen alınmıştır); OĞUZMAN/ ÖZ'e göre; “sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması, yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması ve sadece olumsuz zararın tazmininin istenebilmesi gerekir.”, s. 399 vd.; “... burada varlığı sona ermiş bir haksız iktisap hali söz konusudur” FEYZİOĞLU, s. 264; EREN, s. 1150 vd.; “Bozma geçmişe kapsayarak yani sözleşmenin yapıldığı andan başlayarak geçerli olur ve sözleşmenin tümünü ortadan kaldırır (Federal Mahkeme Külliyyatları, c. 49 II, s. 292). Artık sözleşmeden hiç bir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmecilerden her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de nedensiz edinim (m. 63 vd.) kuralları uyarınca geri isteyebilir” VELİDEDEOĞLU - ÖZDEMİR, s. 249; TUNÇOMAĞ, s. 951-952.

⁶⁹ EREN, s. 1151.

⁷⁰ BUZ, s.

⁷¹ ANIK,

118-120

Gülgün; Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005, s. 225

2. Yasal Borç İlişkisi Teorisi (Sebepsiz Zenginleşme Görüşü)

Bu görüş taraftarları, dönmenin geçmişe etkisini kabul ederek klasik dönme teorisi savunucularından ayrılmaktadır. Bu teoriye göre, taraflar ifa ettikleri şeyi aynen, aynen ifa mümkün değilse, değeri üzerinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isterler. Dönme ile sözleşme ilişkisi ve yerine getirilmiş olan edimlerin hukuki sebebi ortadan kalkmıştır. Bu nedenle taraflar, hukuki sebepten mahrum kalmışlardır. Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu, TBK m. 125’den kaynaklanan özel bir iade borcudur. Bu maddede, sebepsiz zenginleşme borcundan daha ağır bir sorumluluk öngörülmüştür. Federal mahkeme eski kararlarında ve bazı yazarlar, burada, sebepsiz zenginleşme davası yerine, TBK m. 125/III’e dayanan özel nitelikte kanuni bir geri verme borcu görmektedir. Davanın TBK m. 82’ye değil, TBK m. 146’ya göre on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir. Ancak, bu görüşe göre, geri verme borcunun kapsamının, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenmesi gerekir⁷². Klasik görüşten ayrılan bu görüşe göre, dönme halinde de müspet zararın tazmini talep edilebilir.⁷³

3. Ayni Etkili Dönme (Ayni İstihkak Görüşü)

Doktrinde bu görüş “istihkak teorisi” olarak da isimlendirilmektedir. Bu teoriyi savunan yazarlar⁷⁴, dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmekte, ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmeden dönmeye “ayni etki” tanımaktadırlar. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili gücü, borçlandırıcı işlemlere ek olarak tasarruf işlemlerini de etkilemektedir. Dönme ile ifa edilmemiş borçlarla birlikte, ifa edilmiş borçlar da geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Böylece sebebe bağlılık ilkesi gereğince, hukuki sebepteki sakatlık tasarruf işlemini de etkilemiş ve ayni hak, örneğin mülkiyet hakkı, karşı tarafa geçmemiş olur. Bu durumda, alacaklının özellikle

⁷² EREN, s.1257.

⁷³ BUZ, Dönme, s.120,121, ÖZ; Dönme, s. 35-37, OĞUZMAN/ ÖZ, s. 398.

⁷⁴ BUZ, Dönme, s. 134 vd.; ÖZ; Dönme, s. 40.

taşınmazlardaki tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla vermiş olduğu şeyi geri isteme hakkı doğar.⁷⁵

4. Yeni Dönme Görüşü (Dönüşüm Teorisi)

İsviçre/Türk hukukunda savunulan ve son zamanlarda giderek ağırlık kazanan diğer bir görüş; yeni dönme görüşü (dönüşüm teorisi)'dür. Bu görüşü savunan yazarlara ⁷⁶ göre dönme, hukuki işlemi geçmişe etkili olarak sona erdirmez, aksine içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüştürür. Başka bir ifade ile bu görüşe göre dönme, sözleşmeyi ortadan kaldırmaz; sözleşmenin sadece içeriğini değiştirerek daha önce ifa edilen edimlerin geri verilmesi yönünden taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurar. Dönme üzerine tarafların henüz yerine getirmedikleri asli edim yükümlülükleri sona erer. Buna karşılık, ifa edilen edimlerin geri verilmesi söz konusu olur. Sözleşmeden dönmenin hukuki etkileri ve sonuçları yasadan değil, doğrudan doğruya dönme işleminden doğar.⁷⁷

Bu görüş taraftarlarına göre; sözleşmenin dönme ile birlikte hiç yapılmamış gibi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağının kabul edilmesi gerçektir. Zira dönme hakkının kullanılması, sözleşmenin bir kere geçerli olarak kurulduğu gerçeğini değiştiremez. Sözleşme dönme hakkının kullanılmasına kadar varlığını devam ettirmiş ve bu ilişkiden bazı

⁷⁵ EREN, s. 1257; BUZ, Dönme, s.121,122

⁷⁶ EREN, s. 1258; Bu görüş ilk kez Stoll tarafından ortaya atılmıştır (Stoll, H., Die Wirkungen des Vertragmassigen Rücktritts, Bonn, 1921) Bkz. ÖZ, Dönme, s.37; ÖZ, Dönme, s. 37, dñn. 73; "Dönme üzerine kurulan çözüme ilişkisi yeni dönme kuramı ışığında bir 'sözleşme ilişkisi' sayılınca, hiç kuşkusuz, bu 'akdi' çözüme ilişkisine, sözleşmeye değin kural ve ilkeler de doğrudan doğruya uygulanabilecek ve BK m. 96 vd. , m. 117, 125 kurallarının adaletli def'i, ispat yükü, sorumluluk, hasar ve zamanaşımı düzeni, dönme öncesinde olduğu gibi dönme sonrasında da etkinliğini sürdürecektir" Serozan bu görüşü Türk doktrinde ilk ileri süren yazardır, Sözleşmeden Dönme, s. 80 vd., 547 vd., 632 vd., Serozan'ın yeni dönme kuramını klasik teoriye üstün kılma nedenlerinden biri dönme işleminin sonradan geçersizleşmesi halinde klasik teoriye göre sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olacağına göre hangi hukuksal temele göre sözleşmenin ifa edilebileceği açık değildir, s. 95 (naklen alınmıştır); KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 1998., s. 172-176.

⁷⁷ BUZ, Dönme, s. 123

⁷⁸ BUZ, Dönme, s. 124

hak ve yükümlölükler doğmuştur. Bu nedenle dönme hakkının kullanılması ile bir sözleşmenin hiç kurulmamış gibi ortadan kalkması kabul edilemez.⁷⁸

Bu görüşe göre geri verme borcu, niteliği itibariyle sözleşmeden doğan bir borçtur. Sebepsiz zenginleşme ya da aynı istihkak davasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da açıklandığı üzere, dönme ile hukuki sebebi oluşturan sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamış, sadece içerik değiştirmiştir. Bu nedenle, sözleşme ilişkisi, geniş anlamda bir borç ilişkisi olarak taraflar arasında varlığını korumakta ve sürdürmektedir. Burada değişen sadece borç ilişkisinin içerdiği bazı hak ve yükümlölüklerdir. Kazanımın hukuki sebebini oluşturan sözleşme ortadan kalkmadığı için, aynı istihkak davasıyla da bir ilgisi bulunmamaktadır⁷⁹.

Dönüşüm teorisi savunucuları; yan ve koruma yükümlölüklerin ve teminatların varlıklarını sözleşmeden dönmeden sonra da devam ettirebilmelerinin, sadece sözleşmenin dönme ile sona ermeyerek tasfiye ilişkisine dönüştüğünün kabulü halinde mümkün olduğunu savunmaktadır.⁸⁰

Dönme ile sadece sözleşmenin konusu değişmekte, akdi verme yükümleri akdi geri verme yükümlerine dönüşmektedir. Yerine getirilmemiş edimler için dönme ile (kaçınma hakkı) def'i hakkı doğar. İade borcu on yıllık zamanaşımına tabi olup sebepsiz zenginleşme hükümleri değil TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanmaktadır. Buna göre dönme bildirimi üzerine borç ilişkisi ortadan kalkmadığı için alacaklı, müspet zararının tazminini isteyebilir.⁸¹

⁷⁹ EREN, s.1258

⁸⁰ BUZ, Dönme, s. 125

⁸¹ ANIK, s. 226

Bu görüş lehine ileri sürülen bir diğer gerekçe de; dönüşüm teorisinin uluslararası sözleşmelerde özellikle de Viyana Satım Sözleşmesinde kabul edilmesidir.⁸²

5. Uygulamadaki Durum

5. 1. İsviçre federal Mahkemesinin Görüşü

Eski İsviçre Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemlerde klasik dönme teorisi uygulamada kabul görmekte idi. Federal mahkeme o tarihlerde, dönme hakkının kullanılması üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı yönünde kararlar vermiştir⁸³.

Federal mahkeme, dönmenin ardından taraflar arasında meydana gelen ilişkinin hukuki niteliği hususunda detaylı olarak tartışma fırsatını, ilk kez BGE 60 II 27 vd. nda bulmuştur. Mahkeme bu kararında, tarafların daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesine dair taleplerinin zamanaşımı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine mi, yoksa sözleşme hukuku hükümlerine mi tabi olduğuna karar vermek durumunda idi. Aynı husus BGE 61 II 255 vd. nda da konu olmuştur. Federal mahkeme her iki kararında da iade taleplerinin on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu kararlarda Federal Mahkeme, dönme sonrası ilişkinin sebepsiz zenginleşme niteliğinde olduğunu reddetmiştir. Karardaki beyanlar, yasal borç ilişkisi teorisini anımsatmıştır⁸⁴.

Federal Mahkemeye göre iade borcunun kapsamının tespiti, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmalıdır. Ancak bu tablodan şu sonuç çıkmaktadır: İade talebi, zamanaşımı bakımından sözleşme hukuku kurallarına; kapsam bakımından ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır. Dolayısıyla, iade talebi Federal Mahkeme'nin isteği yönünde seyretmeyip; “bağımsız kanuni bir talep” olmaktan çıkmıştır⁸⁵.

⁸² BUZ, Dönme, s.125

⁸³ BUZ, Dönme, s.126

⁸⁴ BUZ, Dönme, s.126

⁸⁵ BUZ, Dönme, s.127

Bu görüş, ayıba karşı tekellüf hükümlerine göre sözleşmeden dönmeye ilişkin ünlü “Inravent”⁸⁶ kararında terk edilmiş, istihkak teorisiyle uyum içerisinde olan görüş benimsenmiştir⁸⁷.

Federal Mahkeme, söz konusu karardan beş yıl sonra, İsviçre’de büyük yankı uyandıran Luzern Yüksek Kanton Mahkemesinin bir kararına dayanarak, hem iade talebinin hem de menfi zararının talebinin on yıllık sözleşmesel zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna varmıştır. Bu kararda açıkça dönüşüm teorisi kabul edilmiştir⁸⁸.

Dönmenin sözleşmenin geçerliliği üzerine etkisi hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler, Federal Mahkemesi tarafından da kronolojik sıraya uygun olarak kabul görmüştür⁸⁹.

5. 2.Yargıtay’ın Dönme Hakkındaki Görüşü

Yargıtay, hem doğrudan doğruya sözleşmeden dönmeye hem de menfi zarara ilişkin kararlarında, dönme hakkının kullanılması ile beraber sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı kanaatindedir.⁹⁰

TBK m. 108/I hükmü sebepsiz mal edinmenin geri verilmesine dair hükmü olmayıp ortadan kalkan sözleşmenin doğurduğu bir sonuçtur. Sebepsiz mal edinme kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle, geri alma alacağı, sözleşmeye dayanır ve zamanaşımı süresi TBK m. 146 uyarınca on yıldır.⁹¹ Kararların içeriği incelendiğinde, Yargıtay’ın yasal borç

⁸⁶ “Satım sözleşmesi dönme nedeniyle sona ererse, mülkiyet tekrar şeyin tesliminden önce malik olan şahsa, genellikle satıcıya ait olur.”, Bkz. BGE 109 II 30. (BUZ, Dönme, s. 128 N. 40’dan naklen.)

⁸⁷ BUZ, Dönme, s.127 vd.

⁸⁸ BUZ, Dönme, s.128

⁸⁹ BUZ, Dönme, s.129

⁹⁰ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 17.1.1990, E. 1989/13-392, K. 1990/1: “Davacı, sözleşme konusu malı 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 arasındaki farkı, yani menfi zararını ister...” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi. T. 16.4.1996., E. 1996/3653, K. 1996/3920: “Ancak davacı ile davalı arasındaki sözleşme fesih edildiğine göre davacının hükümsüz kalan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının istemesine hukuken olanak bulunmamaktadır.”

⁹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 17.10.1962, E. 14. K. 35; KARAHASAN, Genel Hükümler, s. 1475.

⁹² Yargıtay. 13. Hukuk Dairesi, T. 01.11.1994, E. 1994/78129, K. 1994/9463

⁹³ Yargıtay. 15. HD. T. 21.04.1993, E. 1992/3812, K. 1993/1871: “Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa

ilişkisi teorisini benimsediğini söylemek mümkündür. Temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmede istenebilecek zarar, menfi zarardır. Ancak bunu öngören TBK m.125 hükmü, emredici nitelikte olmadığından taraflar, sözleşme ile fesih halinde dahi hem olumlu (müspet), hem de olumsuz (menfi) zararın talep edilebileceğini kararlaştırabilirler.⁹²

Buna karşın Yargıtay'ın, dönülen sözleşme gereğince daha önce karşı tarafa devredilmiş olan mülkiyetin, sözleşmeden dönme ile birlikte tekrar devreden şahsa döneceği yönünde bir kararı da bulunmaktadır.⁹³ İade borçlarının tespit edilmesi hususunda Yargıtay sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir.

Sonuç olarak, Yargıtay içtihatları, dönme ile beraber sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı yönündedir.

III. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE (CISG) SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Yirminci yüzyılın başlarından itibaren ülke ekonomilerinin büyümesi, dış ticaretin başlaması ve ülkelerarası ticari ilişkilerin gelişmesine neden olmuştur. Bu çerçevede, satım sözleşmesi, milletlerarası ticarete çok önemli bir yere sahip olmuştur⁹⁴. Milletlerarası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG), uygulamada bilinen adıyla Viyana Satım Sözleşmesi, milletlerarası taşınır mal satımı hakkında yeknesak hukuku oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından taslağı oluşturulan bu Sözleşme, 10 Nisan 1980 tarihinde Viyana Konferansında

sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malike döneceğini bile bile pay satın alan davalıların iyiniyetinden bahisle olayda yeri olmayan MK.nun 931. maddesine bakılarak kabulü gereken davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır...

⁹² ERDEM, Ercüment; Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2010, s 857

oybirliği ile kabul edilmiştir. Günümüz itibariyle seksen ülke bu sözleşmeyi onaylamış, onamış veya bu sözleşmeye katılmıştır ve böylelikle, milletlerarası satım ilişkilerini düzenleyen dünya çapında bir hukuk oluşmuştur. Esaslı İhl l kavramını düzenleyen CISG m. 25, Viyana Satım Sözleşmesinin temel hükümlerinden biri olup, kavramsal olarak ihl le uğrayan tarafa sözleşmeden dönme hakkı sağlamaktadır.⁹⁵

Taraflar arasındaki satım sözleşmesinin esaslı ihlâli halinde menfaati ihlâl edilen tarafın sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu CISG’ in pek çok maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin satıcı tarafından esaslı ihlâli halinde alıcı, CISG m. 49/1-a uyarınca sözleşmeden dönebilir; eksik ve sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde ise CISG m. 51/2 uyarınca sözleşmeden dönebilir. Sözleşmenin alıcı tarafından esaslı ihlâli halinde ise satıcı, CISG m. 64/1-a uyarınca sözleşmeden dönebilir. Aynı şekilde sözleşmenin her iki tarafı bakımından geçerli olan “Ortak Hükümlerde ⁹⁶” de esaslı ihlâl halinde taraflardan her birinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeler uyarınca sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmenin esaslı ihlâline bağlanmıştır. Ayrıca, alıcının ikame mal teslim edilmesini isteme hakkının düzenlendiği CISG m. 46/2’de ve hasarın geçişine ilişkin CISG m. 70’de taraflar arasındaki sözleşmenin esaslı ihlâlinden söz edilmektedir. CISG, esaslı ihlâlin hukuk  sonuçlarını düzenleyen birçok hükmü barındırmaktadır. Bununla birlikte tarafların aralarındaki sözleşmede de bu yönde hükümler bulunabilmektedir. Bu nedenle, CISG m. 25 hükmü tek başına değil, esaslı ihlâlin sonuçlarını düzenleyen ve esaslı ihlâli  n şart olarak kabul eden hükümler ile birlikte uygulanmalıdır⁹⁷.

Alıcının CISG’ den doğan dönme hakkını kullanabilmesi iki  n şarta bağlanmıştır:

- 1) Satıcı tarafından sözleşmeye bir aykırılık yaratılması,
- 2) Satıcının sözleşmeye aykırılığının haksız olması.

⁹⁵. TOKER, Ali Gümrah; Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlâli, MHB, Yıl 33, Sayı 1, s.233

⁹⁶ Bkz. CISG m. 72/1, CISG m. 73/1 ve 2

⁹⁷ TOKER, s.220

Sözleşmeden dönme, kural olarak sadece esaslı aykırılık durumlarında mümkündür⁹⁸. Sözleşmenin esaslı ihlâlinden söz edebilmek için ise öncelikle CISG kapsamında düzenlenen bir yükümlülüğün ya da taraflar arasındaki satım sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekmektedir.

CISG, 25. maddenin uygulanmasına yönelik esaslı ihlâl yaratan durumlara örnek vermek yerine, esaslı ihlâli anlatabilmek için “beklemekte haklı olduğu şey”, “olumsuzluk”, “öngörülebilirlik” gibi genel kavramlardan yola çıkarak esaslı ihlâlin oluşup oluşmadığı konusunda bir sonuca varılması için, sözleşmenin yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁹ Sözleşmeye esaslı aykırılıktan söz edebilmek için satıcının kendisine düşen borçları yerine getirmemesi ve bunun sonucu olarak alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden yoksun kalması gerekmektedir. Ayrıca, aynı durum ve şartlar altında, sözleşmeye aykırı davranan tarafın da makul bir kimsenin de bu sonucu öngörmemiş olması gerekir. Dolayısıyla CISG m. 25, esaslı aykırılık açısından iki kıstas getirmektedir: Sözleşmeden beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmak ve öngörülebilirlik.¹⁰⁰

Esaslı ihlâlin şartları bakımından ispat yükü, CISG m. 25’de ikiye ayrılmaktadır. İspatın taraflara aidiyeti; sözleşmenin ihlâli ve önemli menfaat kaybının ispatı ile menfaat kaybının öngörülemez olduğu kıstaslarına göre, farklılık göstermektedir. Sözleşmenin ihlâli ve önemli menfaat kaybının ispat yükü, esaslı ihlâl nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden tarafa aittir. Menfaat kaybının öngörülemez olduğunun ispatı ise, sözleşmeyi ihlâl eden tarafa aittir.¹⁰¹

CISG, taraflar arasındaki sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmış; sözleşmeden dönme veya ikame mal teslim edilmesini isteme hakkının kullanılabilmesini sözleşmenin esaslı ihlâline bağlanmıştır. Esaslı ihlâlin bulunmadığı durumlarda ise ifası gerçekleşmiş sözleşme,

⁹⁸ Bkz. CISG m. 49/1-a

⁹⁹ TOKER, s. 221-222

¹⁰⁰ ERDEM, s.864-865

¹⁰¹ TOKER, s. 231

tamirat, tazminat ve semenin indirilmesini isteme gibi imkânlar sunularak ayakta tutulmaya çalışılmıştır.¹⁰²

Dönmenin satım sözleşmesi üzerindeki etkileri, CISG' nin üçüncü kısmın, beşinci bölümünün beşinci ayrımında m. 81-84 arasında düzenlenmiştir. Bu sözleşme gereğince dönmeye iki sonuç bağlanmıştır. Bunlar; tarafları henüz ifa etmedikleri borçlardan kurtarmak ve tarafların ifa ettiklerini geri vermektir. Dolayısıyla, CISG, dönmenin dolaylı etkilerinin olduğunu savunan “yeni dönme teorisi” ni (dönüşüm teorisi) esas almış olup dönmeye ex tunc sonuçlar yerine ex nunc sonuçlar bağlamıştır. Bu teoriden de anlaşılaçağı üzere sözleşmeden dönülmesi halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak değil, geleceğe etkili olarak sona erer ve sözleşme bir tasfiye ilişkisi haline dönüşür. Dönmenin sonuçlarını düzenleyen m. 81/1’de yer alan “...Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyumsuzlukların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez.” ifadesi ile sözleşmeden dönme halinde, sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalkmayacağı açıklanmaktadır.¹⁰³

Sözleşmeden dönme halinde kural olarak taraflar borçlarından kurtulurlar. Zira sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi CISG m. 81/1 ‘de düzenlenmiş olup, hükümde; “Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır.” denilmektedir.

Sözleşmeden dönme halinde kural olarak, kendi edimini ifa eden taraf verdiği veya ödediğı şeylerin iadesini talep edebilir. Zira karşı taraf sözleşme uyarınca aldıklarını iade etmekle yükümlüdür meğerki taraflarca sözleşmede aksi düzenlenmemiş olsun.¹⁰⁴

¹⁰² TOKER, s.221

¹⁰³ ERDEM, s. 882-883

¹⁰⁴ ERDEM, s. 885

CISG’de müspet zarar – menfi zarar kavramlarına yer verilmemiş; bu ayrım üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle ki; 74. maddede; müspet ve menfi zarar kavramlarına dâhil olmasına rağmen, yoksun kalınan kârın da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu ayrımın yapılmamasının sebebi olarak; sözleşmeden dönme halinde sözleşmeden dönen tarafın müspet zararın tazminini isteyebilecek olması gösterilmiştir. CISG sisteminde, öngörülebilir olma ön koşulunu taşıyan, sözleşmenin ihlali ile ortaya çıkan her türlü zarar tazmin edilebilir. Bu nedenle 74. madde ayrım yapılmaksızın, tüm zararların tazmini için geniş yorumlanmalıdır. Müspet zararlar beraber, CISG’de tanınan dönme hakkını kullanan alıcının, sözleşmenin ifa edileceğine güvenmiş olması sebebiyle uğradığı zararları da talep etmesinde menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu menfaatin, alıcının sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yaptığı masraflar ile uğradığı menfi (olumsuz) zararın tazmin edilmesi olduğu açıktır.

Sonuç olarak dünyada farklı iki hukuk sistem olan Kıta Avrupası sistemi ile Anglo-Amerikan sistemi açısından da kabul edilebilir ve uygulanabilir bir dönme sistemi başarılı bir şekilde ortaya konulmuştur. Özellikle dönmeyi son çare olarak öngören CISG hükümleri, başta Almanya olmak üzere birçok ülkenin Borçlar Kanunda esas alınmıştır. Ancak 2012 yılında değiştirilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, CISG hükümlerinden yeterince yararlanılmadığı görülmektedir.

IV. SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE MENFİ ZARARIN TAZMİNİ

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Borçlu kendisine tanınmış olan sürede borcunu ifa etmezse veya TBK m. 124’te¹⁰⁵ sayılan süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan birisi mevcut ise

¹⁰⁵ Bkz. Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar TBK m. 124-; Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa.
2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.
3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa.

alacaklının bazı seçimlik hakları vardır. Bu seçimlik haklar TBK m. 125’te üç fıkra halinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddelerde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borçluya verdiği süre içerisinde borçlunun borcunu ifa etmemesi ya da süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun mevcut olması halinde, alacaklının, gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını isteyebileceği veya gecikmiş ifayı reddederek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bunların dışında alacaklının, sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan zararın giderilmesini isteme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.¹⁰⁶

TBK m. 125’te öngörülen seçimlik haklar:

4. Alacaklının borcun aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatı talep etme,
5. veya alacaklının borcun ifasından vazgeçerek uğramış olduğu müspet zararın tazminini isteme,
6. ya da alacaklının sözleşmeden dönerek uğramış olduğu menfi zararının tazminini talep etme hakkıdır.

Yargı kararlarında da alacaklının seçimlik hakları aynı şekilde hükme bağlamaktadır. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında;

“...Hemen belirtmek gerekir ki, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, temerrüde düşen borçludan TBK 125. (eski BK 106. vd.) maddeleri çerçevesinde aynen ifa ve gecikmeden dolayı uğradığı zararının veya aynen ifayı reddederek müspet zararının yahut sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini seçimlik olarak isteyebilir. Somut

¹⁰⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 144-145

uyuşmazlıkta davacı, sözleşmeyi ayakta tutarak geç teslim nedeni ile uğradığı zararın tazminini istemektedir. Bu durumda, gerek sözleşme gerekse TBK.125. (eski BK 106 vd.) maddelerine göre davacının zararını talep etme hakkı bulunmaktadır.” Denilmiştir¹⁰⁷.

Bu seçim hakkı, alacaklıya tanınmıştır. Alacaklı bu seçimlik haklardan hangisini kullanacağına serbestçe karar verebilir. TBK m. 125’te tanınmış olan bu haklar da niteliği itibariyle yenilik doğuran haklardır. Bütün yenilik doğuran hakların sahip olduğu özelliklere sahiptir. Dolayısıyla alacaklı bu hakları koşula bağlı olarak kullanamaz. Ancak bir defa kullanabilir ve bunlardan tek taraflı olarak dönemez¹⁰⁸.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi de bir kararında da bu hususu açıkça belirtmiştir:

“Dava, yüklenicinin temlik suretiyle kazanılan şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davalı arsa sahipleri yüklenicinin edimini yerine getirmediğini, esasen kesin hükümle sonuçlanan davalar bulunduğunu, açılan davanın reddini savunmuştur.

...Davadaki istemin dayanağı, biçimine uygun düzenlenmiş 17.08.1998 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Sözleşmenin tarafları davacı Kenan ile vaad borçlusuna Cevdet'tir. Anılan sözleşmenin davalılar arasındaki 03.06.1996 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dayanılarak yapıldığı, davacıya satış vaadinde bulunan yüklenici Cevdet'in arsa sahiplerinden kazanacağı kişisel hakkını 17.08.1998 tarihinde satış vaadi sözleşmesi ile davacıya alacağın temlik hükümlerine göre temlik ettiği görülmektedir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Burada satış vaadinde bulunan tarafın borcu bir taşınmazı veya yapıdaki binanın bağımsız bölümü mülkiyetini vaad alacaklısına geçirmek, vaad alacaklısının borcu ise yapılacak temlik işleminin bedelini (satış bedelini) vaad borçlusuna ödemektir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin bu özelliğinden dolayı borçlunun temerrüdü halinde alacaklının haklarını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin somut olaya uygulanması gerekir. Anılan hüküm uyarınca satış vaadi borçlusuna temerrüde düşmüşse vaad alacaklısı olan alacaklının (davacının) yasadaki kaynaklanan üç ayrı seçimlik hakkı vardır. Bunlar; aynen ifa ve

¹⁰⁷ Bkz. 13. Hukuk Dairesi E. 2016/24518 K. 2018/11127 T. 26.11.2018 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

¹⁰⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 146-147

gecikmeden dolayı tazminat isteme hakkı (BK m. 106/1), aynen ifayı reddederek ademi ifa sebebiyle müspet zararın tazminini isteme hakkı (BK m. 106/11), akdin feshi ve menfi zararın istenmesi (BK m. 106/III) hakkıdır.

Borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen yukarıda yapılan bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince;

Davacı vaad borçlusu yüklenicinin mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmemesi (temerrüde düşmesi) üzerine Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinden kaynaklanan seçimlik hakkını akdin feshi ve menfi zararın istenmesi seçeneğini kullanarak mülkiyeti talep yetkisinden vazgeçmek suretiyle satış vaadine konu bağımsız bölümün dava tarihindeki değerinin tahsilini istemiş, mahkemenin 2001/22 esasında kayıtlı açtığı alacak davası reddedilerek Yargıtay denetiminden de geçmek suretiyle kesinleşmiştir. Davacı 17.08.1998 tarihli sözleşmeden kaynaklanan ve borçlunun temerrüdü sebebiyle yasanın kendisine tanıdığı seçimlik yetkiyi akdin feshi ve menfi zarar istenmesi şeklinde kullandıktan sonra kullandığı seçimlik yetkisini değiştirerek aynen ifa yani Borçlar Kanunu'nun madde 106/1 dayanıp istemde bulunamaz. Zira seçimlik yetki konusundaki irade açıklaması yapıp alenileştikten sonra bundan dönmek olanaklı değildir. Bu durumda davacının başvuracağı yol akidi olan yükleniciden Borçlar Kanunu'nun 96. maddesine dayanarak tazminat talebinde bulunmaktan ibarettir.”¹⁰⁹

Alacaklıya kanun maddesinde tanınmış olan üçüncü seçimlik hak; sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini talep etme hakkıdır. Sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun kusuruna bağlı değildir. Ancak menfi zararın tazmini sorumluluğundan kurtulmak için borçlu temerrüde düşerken kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır.¹¹⁰ Eğer borçlu, kusurlu olmadığını ispat ederse, alacaklının uğradığı menfi zararlarını tazmin edilmesi gündem dışı kalacaktır. TBK m. 125/III, borçluya temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle alacaklının menfi zararlarını tazmin etmekten kurtulma olanağı tanımıştır. Kanun alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması için borçlunun kusurlu olmasını şart koşmamaktadır. Borçlunun temerrüde düşmesinde kusuru bulunmasa dahi alacaklı,

¹⁰⁹ Bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2007/11905 K. 2007/14401 T. 16.11.2007 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

¹¹⁰ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.254; BUZ, Dönme, s.110 vd.

sözleşmeden dönebilir. Ancak borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunmaması halinde, alacaklının uğradığı menfi zararın tazminini istemesi mümkün değildir.¹¹¹

Alacaklı, kanunda belirtilen seçimlik hakkını “sözleşmeden dönme” yönünde kullanacak ise, bu durumda artık borçludan sadece menfi zararının tazmin edilmesini isteyebileceğini hesaba katmalıdır.¹¹² Bununla beraber, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi ya da başka bir sözleşmeye aykırılığı halinde, olayın niteliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK m. 2 hükmünden yola çıkılarak TBK m. 123-125 (818 sayılı BK m. 106-108) hükümlerinin uygulanabileceği ve sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceği kabul edilmektedir.¹¹³ Ayrıca alacaklı sözleşmeden dönme hakkını seçtiği takdirde, kendi edimlerini de ifa etmekten kurtulur ve önceden ifada bulunmuş ise bunların da iadesini isteyebilir.¹¹⁴

Alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde salt menfi zararlarını talep edebileceği hususu emredici bir kural değildir. Taraflar aralarında anlaşarak müspet zararın da talep edilebileceğini kararlaştırabilirler. Bu tarz bir anlaşma yapılması halinde sözleşmeden dönüldüğünde taraflar, müspet zararlarının da tazminini isteyebileceklerdir.¹¹⁵

¹¹¹ 818 sayılı BK m. 108’de “...alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir” ifadesini kullanmıştır. Burada bahsi geçen “akdin hükümsüzlüğü” ifadesi “sözleşmeden dönme nedeniyle hüküm ifade etmemesi” şeklinde anlaşılmalıdır. Zira bu şekildeki beyan sözleşmenin geçerlilik koşullarına sahip olmaması nedeniyle, teknik anlamda “hükümsüzlüğü” ifade etmemektedir.; KILIÇOĞLU, s.752-753

¹¹² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2014/5517 K. 2014/6806 T. 21.11.2014 sayılı kararında “...Eser reddedilerek ödenen bedelin iadesi istenmek suretiyle sözleşme feshedilmiş olduğundan burada istenebilecek olan menfi zarardır.” Denilerek sözleşmeden dönülmesi (feshi) halinde ancak menfi zararın talep edilebileceği ifade edilmiştir.

¹¹³ Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2001/548 K. 2001/2453 T. 7.5.2001 sayılı kararında; “Dava, kat karşılığı eser sözleşmesinin feshi ve davalıya devredilen tapu kayıtlarının iptali için açılmış, mahkemece inşaatın %95 oranında tamamlandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa dosya kapsamı ve mahkemece hükmüne esas alınan bilirkişi raporlarına göre arsa sahiplerine verilecek dairelerin bulunduğu blokun tamamlanma seviyesi %95 olup bu oran tespit edilirken diğer bloktaki inşaatın seviyesi hiç nazara alınmamıştır. Bu nedenle mahkemece, işin devam ettiğine ilişkin iddialarda dikkate alınarak ve yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan mahallinde keşif yapılmak suretiyle tamamlanma oranı işin tamamı üzerinden hesaplattırılarak bu seviyeye göre olaya 25.1.1984 gün 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanarak aktin ileriye etkili biçimde feshinin hakkaniyet kurallarına uygun bulunup bulunmadığının tartışılması, sözleşmenin 11. maddesi ile de fesih hakkı tanındığından tespit olunacak seviyeye göre aktin ileriye etkili feshi gerekiyorsa tamamlanan işlere tekabül eden nisbette, tapu iptali ile davacılar adına tesciline karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde davanın red edilmesi sözleşme hükümlerine aykırı bulunmuş kararın bozulması gerekmiştir.” denilmiştir. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 18.03.2019); KILIÇOĞLU, s.752

¹¹⁴ KILIÇOĞLU, s.752

¹¹⁵ KILIÇOĞLU, s.752

Sözleşmeden dönme hakkı, dönülen sözleşme şekle bağlı bir sözleşme olsa dahi, herhangi bir şekli şarta bağlı olmaksızın kullanılabilir. Müspet zararın tazminini talep hakkında olduğu gibi menfi zarar talebinde de alacaklının, kendisine tanınan ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini derhal borçluya bildirmesi gerekmektedir.¹¹⁶

V. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN KARŞI TARAFIN EDİNDİĞİ AYNI HAKLARA ETKİSİ

Sözleşmeden dönme, dönüşüm teorisine göre, dönülen sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen tasarruf işlemlerini geçersiz kılmamaktadır. Zira iade borçlusunun sözleşmeden dönülmeden önce iade alacaklısından kazanmış olduğu aynı haklar, sözleşmeden dönme ile beraber kendiliğinden eski sahibine dönmekte, yani geçmişe etkili olarak ortadan kalkmamaktadır.¹¹⁷

Aynı etkili dönme görüşünü kabul eden yazarlardan farklı olarak klasik görüş taraftarları da, sözleşmeden dönmeyi önceden kazanılmış olan aynı hakların geçerliliği üzerinde etkisi bulunmadığını, böylece tarafların sözleşmeden dönmeye bağlı olarak ortaya çıkan karşılıklı iade taleplerinin şahsi nitelikte talepler olduğunu kabul etmektedirler. Dönüşüm teorisine göre de, tarafların sözleşmeden dönme üzerine birbirilerine yöneltebilecekleri karşılıklı iade talepleri şahsi taleplerdir. Burada sözleşmeden doğan “nispi talepler” söz konusudur. Diğer bir deyişle, bu talepler ancak dönülen sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürülebilmektedir.¹¹⁸

VI. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO)

¹¹⁶ BUZ, Dönme, s.110

¹¹⁷ KURT, Leyla Müjde; Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 326.

¹¹⁸ KURT, s. 327.

1. GİRİŞ

Borçlar Hukuku'nda tarafların sözleşme özgürlüğü vardır. Bu özgürlük sayesinde taraflar kanunlarda öngörülen şekil ve geçerlilik şartlarına uymak suretiyle diledikleri sözleşmeyi yapabilirler. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için bu sözleşmenin içeriği özellikle esaslı unsurları üzerinde tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Taraflar sözleşme kurarken TMK m.2'ye göre iyiniyet ve dürüstlük kurallarına göre hareket etmek zorunda olup, bu kurallar uyarınca özellikle birbirlerine zarar verebilecek davranışlardan kaçınmalıdırlar.

Taraflar sözleşme kurulmadan önce kusurlu ya da kusursuz davranışlarıyla sözleşmenin ifasına engel olabilirler. Bunun üzerine karşı taraf, uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Taraflardan biri, sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına aykırı hareket eder ve güven ilişkisini ihlal ederek karşı tarafa zarar verirse, bundan doğan zararlardan sözleşme kurulmuş gibi sorumlu olur.¹¹⁹

2. CULPA IN CONTRAHENDO

Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmelerinde kusur anlamına gelmektedir. Ünlü Pandekt hukukçusu Rudolf von Jhering'in 1861 yılında yazdığı makaleyle, modern hukuka kazandırdığı bir sorumluluk şeklidir. Diğer bir deyişle, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışı ifade eder. Uyuşmazlık yüzünden geçersiz sayılan sözleşmelerde, kusuruyla bu duruma sebebiyet veren kişinin, oluşan zararı gidermesi gerektiğini öngörmektedir.¹²⁰

Sözleşme, ilke olarak bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem olmayıp, uzun bir süreçtir. Zira sözleşme kurulmadan önce taraflarca, sözleşmenin içeriği, şartları, kapsadığı tüm hak ve yükümlülükler üzerinde detaylı olarak görüşülmektedir. Tüm bu

¹¹⁹ EREN, s.1265

¹²⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 36

görüşmelerin başlamasıyla da taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişki biçimi, sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Söz edilen güven ilişkisi de TMK m. 2/I' de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına dayanmaktadır.¹²¹ Bu kural çerçevesinde, görüşenlerin sözleşmenin içerik ve şartlarına dair birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uyması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gereken özeni göstererek koruma yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Taraflar, bu yükümlülüklerle kusurlu olarak davranır, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş olan güven ilişkisini ihlal ederlerse, bundan doğan zarardan sorumlu olurlar. Sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranıştan doğan bu sorumluluğa Latince bir deyişle “culpa in contrahendo” ya da kısaca “culpa sorumluluğu” denilmektedir. Türk Hukuk literatüründe pek çok değişik deyimlerle¹²² ifade edilmekte ise de en çok kullanılan ifadeler; “Sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk” ve “sözleşme öncesi sorumluluk” tur.¹²³

Yargıtay 4. HD.’nin 23.04.2005 tarihli kararında culpa in contrahendo “*akit müzakeresi sırasında kusurlu davranış*”¹²⁴ olarak, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 30.11.2004 tarihli kararında ise, “*akit görüşmelerinden doğan sorumluluk*” olarak ifade edilmiştir.¹²⁵

Culpa in contrahendo, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 01.12.2010 tarihli kararında ise, “*sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (MK. m. 2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluk (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. III, Ankara 1990, s. 1083.; İlhan Ulsan, Culpa in*

¹²¹ Yargıtay 13.HD.’nin 13.11.1995 tarihli kararında sözleşme görüşmelerinin niteliği hakkında şu ifadeye yer verilmiştir: “Akit kurulmadan önce taraflar, aktin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur.”

¹²² ARSEBÜK, Esat; Borçlar Hukuku, Ankara. 1950; s.276’da “*müzakere sırasında irtikap olunan kusur*”; ESENER, Turhan; Borçlar Hukuku I. Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. 1-40) Ankara, 1969’da: “*akdin inikadından önceki müzakereler sırasında işlenen kusur*” adını vermektedir.

¹²³ EREN, s.1265; İNAN, A. Naim/ YÜCEL, Özge; İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 626

¹²⁴Bkz: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2004/10082 K. 2005/4260 T. 23.4.2005 kararında; “*...dolayısıyla davalının akit müzakeresi sırasında kusurlu davrandığını (culpa in contrahendo) belirterek zararın tazminine karar verilmiştir*” denilmektedir. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.03.2019)

¹²⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2004/4912 K. 2004/11803 T. 30.11.2004 kararında; “*Oysa iddia, savunma ve toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA İN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır*” denilmektedir. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.03.2019)

Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 287). Başka bir ifadeyle sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin diğerine dürüstlük kuralına aykırı davranma sonucu verdiği zararlarla ilgili sorumluluktur (Süleyman Yalman, a.g.e., s. 38) ” şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁶

Yine aynı kararda culpa in contrahendo kavramıyla ilgili şöyle bir ifade yer almaktadır: “Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir (Ayfer Kutlu Surgurbey, Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo -Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur- ve Olumsuz Zarar, Haziran 1988, s 103 vd.; Fikret Eren, a.g.e., s. 1086, 1091).”

Yargıtay 19.HD.’nin 30.11.2004 tarihli kararında culpa in contrahendo kavramının tanımı dürüstlük kuralı esas alınarak şu şekilde yapılmıştır: “Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında

¹²⁶Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/13-593 K. 2010/623 T. 1.12.2010, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.03.2019)

kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.”¹²⁷

Tarafların culpa in contrahendo yükümlülükleri, sözleşme kurulduğu anda sona ermektedir. Dolayısıyla, culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için, sözleşmenin kurulmamış olması gerekmektedir. Buna ek olarak, culpa in contrahendo sorumluluğu sadece taraflara aittir.¹²⁸

2. 1. Şartları

Culpa in contrahendonun özel ve genel şartları bulunmaktadır. Özel şartlara bakıldığında; öncelikle bir “güven” in varlığı söz konusu olmalıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında dürüst davranma yükümlülüğü, sözleşmenin yapılması niyetiyle görüşmelere katılmayı, sözleşmenin yapılması ve şartlarının tespiti hususundaki kararlara etki edecek noktalarda gerekli bilgileri karşı tarafa aktarmayı kapsamaktadır. Güven hususu, sözleşme görüşmeleri esnasında, tarafların birbirlerine, iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde sorumlu olmalarından doğmaktadır. Karşı tarafta güven uyandırmak, herhangi bir şekle tabi olmayıp, yazılı ya da sözlü sağlanabileceği gibi tarafların olumlu tutumlarından da anlaşılabilir. Örneğin, cam balkon yaptırmak için eve ölçü almaya gelen camcı, ev sahibi için rastgele bir kişi değil, muhtemelen kurulacak bir sözleşmenin tarafı ve görüşmecisidir. Camcının ev sahibi karşısında aldığı bu pozisyon, tek başına bir güven konusu teşkil etmektedir.¹²⁹

Bu açıklamalardan yola çıkarak, bir kişiye duyulan güven, o kişinin iyi niyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket edeceğine dair bir beklenti doğurmaktadır. Ayrıca doktrinde, güvenin varlığının hali hazırda mevcut ve hukuken mümkün olması gerektiği savunulmaktadır. Diğer bir deyişle, güvenen kişi üzerinde tasarrufta bulunacak etki

¹²⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2004/4912 K. 2004/11803 T. 30.11.2004, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.03.2019)

¹²⁸ Bkz.: BAYGIN, Cem; Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/CBaygin1.html>

¹²⁹ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; Culpa in Contrahendo, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2007

doğurmalıdır. 07.02.2001 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, “güven” hususunda şöyle denilmiştir: “...Sözleşmelerden her biri, ötekinin çıkarlarına özen gösterme, öngörülen sözleşmenin yapılmasına ket vuran ya da karşı yanın amacını zarara uğratacak olayları bildirme, onun, doğabilecek zararlarını engelleme zorundadır. Bu zorunluluk, muhatabın güvenini sarsmamayı, edimi yerine getirmeyeceğini bildiği halde onda umut uyandırmamayı da içerir.”¹³⁰

12.03.1997 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise, “ ...Görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.” ifadesine yer verilmiştir.¹³¹

Yargıtay 19. HD.’nin 01.12.2005 tarihli kararında ise, “ ...Taraflar yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zararlardan sorumludurlar.” ifadesiyle, sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali nedeniyle bir zarar meydana gelirse, zarar verenin, culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulacağı vurgulanmıştır.¹³²

Yargıtay 13.HD.’nin 21.05.1992 tarihli kararında ise tarafların culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında birbirlerine karşı yükümlülüklerinin önemi şu şekilde ifade edilmiştir: “...Davalı otel binasını davacıya kiraya verdiği göre, binanın iskan raporunun alınmasını sağlamak gibi sözleşmenin, asli bu edimi ile yükümlü olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki, kira sözleşmesi akdedilirken iskânın bulunmadığını davalı davacı kiracıya

¹³⁰ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2000/13-1729 K. 2001/32 T. 7.2.2001 sayılı kararı www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

¹³¹ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1996/13-850 K. 1997/186 T. 12.3.1997 sayılı kararı www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

¹³² Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2005/2865 K. 2005/11959 T. 1.12.2005 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

bildirmekle yükümlüdür. Çünkü taraflar sözleşmenin kurulması sırasında birbirlerine tam ve doğru bilgi vermek zorundadırlar. Zira yanlış görünüm yaratmak en azından doğruluk ve güven kurallarına (MK. m. 2) aykırıdır.”¹³³ Görüldüğü üzere, taraflar, sözleşme görüşmeleri esnasında dürüstlük kuralları çerçevesinde ortaya çıkan koruma yükümlülüklerini karşı tarafın güveni hilafına dürüstlük kurallarına aykırı davranarak yerine getirmezlerse ve bu nedenle bir zarar meydana gelirse, zarar veren taraf, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında diğer tarafa karşı sorumlu olur.

İkinci özel şart ise “*mevcut güvenin normatif anlamda korunmaya değer olmasıdır.*” Mevcut güvenin normatif anlamda korunmaya değer olabilmesi için, TMK m.2 ve m.3 çerçevesinde iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun bir güven olması gerekmektedir. Kaldı ki güven sorumluluğu zaten, korunmaya değer bir güven uyandırmalıdır. Bu güven, dürüstlük kurallarına aykırı olarak ihlal edildiğinde, ihlal eden kişi, karşı tarafın zararını karşılamakla yükümlüdür. Güvenen kişi iyi niyetli olmalıdır. Ancak bu kişi, güven konusu varlığı biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, iyi niyetin varlığından söz edilemez.¹³⁴

Diğer bir özel şart ise, “*tamamlanmamış bir sözleşme*”nin mevcut olmasıdır. Sözleşme kurulduktan sonra yapılan ihlaller, sözleşme sorumluluğu kapsamında, yani TBK. m.112¹³⁵ vd. çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ayrıca, tarafların sözleşme yapma iradelerinin olması gerekmektedir. Belirtmekte yarar var ki, sözleşme kurulmuş olsa dahi, görüşmeler sırasındaki kusurlu davranış nedeniyle bir zarar meydana gelirse, o zarar tazmin edilmelidir.¹³⁶

Daha önce de belirtildiği üzere taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Culpa in contrahendo bakımından bu davranışlar, beraberinde karşılıklı güveni de gerektirmektedir. Taraflardan birinin MK m. 2/I ve m.3 çerçevesinde iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kusurlu bir şekilde

¹³³ Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1992/2492 K. 1992/4759 T. 21.5.1992 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

¹³⁴ DEMİRCİOĞLU, s.208; ERGÜNE, Mehmet Serkan; Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini; Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 2010, s.1661;

¹³⁵ Bkz. TBK m.112; “ Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

¹³⁶ DEMİRCİOĞLU, s.212

bu güveni ihlal etmesi nedeniyle diğer taraf zarara uğrarsa halinde culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olur.¹³⁷

Culpa in contrahendonun genel şartları ise, “zarar”, “kusur” ve “zarar ile kusur arasındaki uygun illiyet bağı”dır. Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında, tazminata hak kazanabilmek için, bir zararın ortaya çıkması gereklidir. Doktrinde zarar kavramı dar anlamıyla; kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır. Buna ek olarak, kişiye veya şeye verilen zararlar da culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmin ettirilebilir.¹³⁸ 01.12.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararında, zarar kavramıyla ilgili; *“Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.”*¹³⁹ ifadesiyle, sözleşme görüşmeleri sırasında, TMK m.2 çerçevesinde birbirlerine karşı sorumlu olan taraflardan birinin kusurlu olarak diğer tarafa zarar vermesi halinde, o zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir.

İkinci genel şart olan “kusur” da ise, zarar verenin ihmali ya da kastıyla, karşı tarafa zarar vermesi halinde, zarar verenin kusuru söz konusudur.¹⁴⁰ Kusuruyla zarar veren taraf, bu zarardan sorumlu olur. 01.12.2005 tarihli Yargıtay 19.HD.’nin kararında, kusur şartıyla ilgili; *“...Taraflar yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması*

¹³⁷ DEMİRCİOĞLU, s.306

¹³⁸ DEMİRCİOĞLU, s. 319

¹³⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/13-593 K. 2010/623 T. 1.12.2010 www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

¹⁴⁰ DEMİRCİOĞLU, s. 310

ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar."¹⁴¹ ifadeleri yer almaktadır

2. 2. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği oldukça tartışmalı olup, bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, haksız fiil sorumluluğu görüşü, sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü, borçlu temerrüdü sorumluluğu görüşü ve karma görüştür.¹⁴²

2. 2. 1. Haksız Fiil Sorumluluğu Görüşü

Bu görüşe göre, ortada henüz bir sözleşme olmadığı için taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Öyle ki, taraflar sadece sözleşme görüşmelerine başlamışlardır. Sözleşmeden doğan sorumluluktan bahsedebilmek için, sözleşmenin kurulması ve kapsadığı bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekmektedir. Ancak buradaki sorumluluk, sözleşme öncesi bir davranıştan doğan zarardan kaynaklanmaktadır. Görüşülen sözleşme, sonradan kurulsaydı ya da ifa edilse dahi, görüşmeler sırasındaki kusur, bu şekilde sözleşmenin ihlali anlamına gelmemektedir.¹⁴³

Bu kuramın dayanağı; sözleşmesel sorumluluğun bulunmadığı hallerde, ancak culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıktığında, kusurla sebep olunan zararın tazminini, haksız fiille sağlamaktadır. Bu görüşe göre culpa in contrahendo sorumluluğu, haksız fiil kapsamındadır.¹⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, her ne kadar önceleri bu sorumluluğu, "borca aykırılık sorumluluğu" olarak nitelendirmişse de, sonradan borca aykırılık sorumluluğunun on yıllık zamanaşımı süresinin (TBK m.146) hukuki güvenliğe aykırı olabileceği gerekçesiyle, culpa in contrahendo sorumluluğunu, haksız fiil sorumluluğu olarak

¹⁴¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2005/2865 K. 2005/11959 T. 1.12.2005 www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

¹⁴² EREN, s.1267; İNAN/YÜCEL, s. 627

¹⁴³ EREN, s.1267

¹⁴⁴ DEMİRCİOĞLU, s.315

nitelendirilmiştir (TBK m.49)¹⁴⁵. Zira haksız fiil sorumluluğunda, tazminat talebi için TBK. m. 72'ye göre zamanaşımı süresi, iki yıldır.

Bilindiği üzere haksız fiilin gerçekleşebilmesi için dört şart gerekmektedir. Bu şartlar *hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve kusur ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır*. Culpa in contrahendoda bu dört şarttan *hukuka aykırı fiil* şartının mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Bu noktada, hukuka aykırı fiilin ne olduğunun tartışılması gerekmektedir. Doktrinde, hukuka aykırı fiilin tanımıyla ilgili subjektif ve objektif olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Subjektif teoriye göre, “*zarar verici fiil, ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırıdır.*” Objektif teoriye göre ise hukuka aykırılık, “*kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılıktır*”. Failin sebep olduğu zarar, söz konusu değer veya menfaatle ilgili özel bir koruma normunu ihlal etmiyorsa, hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Dolayısıyla, culpa in contrahendo halinde, haksız fiil şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, kabul gören hukuka aykırı fiili açıklayan teori belirlemektedir.¹⁴⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2010 tarihli kararında da culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil kapsamında değerlendirilemeyeceği: “*Taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.*¹⁴⁷” ifadeleriyle belirtilmiştir.

2. 2. 2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Görüşü

Bu görüşe göre sözleşme görüşmelerinden doğan zarardan sorumluluk, niteliği itibariyle sözleşme sorumluluğu ya da sözleşme benzeri bir sorumluluktur. Doktrin ve

¹⁴⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 323, EREN, s.1159

¹⁴⁶ DEMİRCİOĞLU, s. 315

¹⁴⁷ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/13-593 K. 2010/623 T. 1.12.2010 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

Yargıtay tarafından kabul edilen bu görüş¹⁴⁸ çerçevesinde, görüşenler arasında görüşmelerin başlamasıyla beraber bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Taraflar sözleşme görüşmelerinin başlaması ile henüz sözleşme kurulmasa dahi hukuki bir sorumluluk altına girmiştir ve tarafların, dürüstlük kuralları çerçevesinde koruma, birbirlerini aydınlatma ve özen gibi bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁴⁹

Taraflarca yükümlülüklerin ihlal edilmesi, aynen sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi sözleşme sorumluluğuna neden olmaktadır. Kusuruyla dürüstlük kuralına aykırı hareket ederek diğer tarafa zarar verenin sorumluluğu, TBK m.112 hükmüne göre borca aykırılık hükümlerine tabi tutulmalıdır.¹⁵⁰ Böylece zarar veren taraf kusursuz olduğunu ispat etmesi halinde tazminat sorumluluğundan kurtulabilir. Bu sorumluluk kaleminde ise tazminat talebi TBK m. 146'ya göre on yıllık zamanaşımına tabidir.¹⁵¹

2. 2. 3. Borçlu Temerrüdü Sorumluluğu Görüşü

Bu görüşte önemli olan nokta, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini ortaya koyması ve vadesi gelmese de borcun vadesi gelmiş gibi kabul edilmesidir. Bu durumda alacaklı, TBK m.125' e göre borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde haklarını kullanabilecektir.¹⁵² Bu haklar derhal fesih, zararın tazmini ve aynen ifadır.

Doktrin ve Yargıtay içtihatlarına göre borçlu, vadeden önce borcunu ifa etmeyeceğini açıklarsa alacaklı, beklemek zorunda kalmaksızın TBK m. 112'ye göre zararının tazminini talep edebilir¹⁵³. Bu baskın görüş çerçevesinde; borç ilişkisinin, dürüstlük kuralı temelinde doğması sebebiyle, borca aykırılığa dair hükümler, culpa in contrahendoda da uygulanacaktır. Zira, ilk defa Alman Hukuku'nda uygulanan culpa in contrahendo sorumluluğu, borca aykırılık hükümlerine bağlanmıştır.

¹⁴⁸ Bazı yazarlarca bu görüş adı "Borca Aykırılık Sorumluluğu" olarak adlandırılmıştır. Bkz., OĞUZMAN/ ÖZ, s.324; NOMER, s.377

¹⁴⁹ EREN, s.1268

¹⁵⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s.324

¹⁵¹ EREN, s.1268

¹⁵² OĞUZMAN/ ÖZ, s.325

¹⁵³ OĞUZMAN/ ÖZ, s.327

Yargı kararlarına bakıldığında da, culpa in contrahendonun hukuki niteliği ile ilgili genel görüş borca aykırılık sorumluluğuna dayanmaktadır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun verdiği 2010/13-593 Esas No, 2010/623 Karar No ve 01.12.2010 tarihli kararda şu ifadeye yer verilmiştir: “...Diğer taraftan taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır.”¹⁵⁴

Yargıtay 19. HD.’nin 30.11.2004 tarihli kararında ise “ ...Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.”¹⁵⁵ ifadesi kullanılmıştır.

Yargıtay 19.HD.’nin 28.04.2005 tarihli kararında ise, “Dava dilekçesinde sözleşmenin ifa edilmemesi yanında sözleşmenin kurulacağı ve ifa edileceğine güvenilerek sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa da dayanılmıştır. Doktrinde “culpa in contrahendo” olarak adlandırılan bu tür sorumluluğun da tazminat talebine dayanak yapılabileceği kuşkusuzdur.”¹⁵⁶ denilmiştir.

¹⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/13-593 K. 2010/623 T. 1.12.2010 www.kazanci.com (Erişim tarihi 24.03.2019)

¹⁵⁵ Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2004/4912 K. 2004/11803 T. 30.11.2004 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.03.2019)

¹⁵⁶ Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2005/1932 K. 2005/4790 T. 28.4.2005 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.03.2019)

Görüldüğü gibi, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Özetle bahsetmek gerekirse; bir görüşe göre bu sorumluluk, sözleşme sorumluluğu benzer niteliktedir. Bu görüşün savunucularına göre sözleşme kurulsun ya da kurulmasın, görüşmelere başlanması ile taraflar arasında bir özen yükümlülüğü doğmaktadır. Bundan dolayı, culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırı davranılması halinde tazminat istemi, zararı ve kusuru ispat yükü ve zamanaşımı konularına uygulanması gereken hükümler, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler olmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise, sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşme ilişkisi henüz kurulmamış olduğu için, sözleşme ileride kurulmuş olsa dahi sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranış, sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilemez ve culpa in contrahendo sorumluluğunun olduğu durumlarda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Öğretideki üçüncü görüşe¹⁵⁷ göre ise, dürüstlük kuralı temelinde bir borç ilişkisi doğması nedeniyle, borca aykırılığa ilişkin hükümler culpa in contrahendoda da uygulanmalıdır.

2. 2. 4. Karma Görüş

Karma görüş culpa in contrahendo sorumluluğunu farklı bir bakış açısıyla ele almaktadır. Diğerlerine kıyasla bu görüş, daha yeni sayılabilecek niteliktedir. Bu görüşün savunucularına göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği, haksız fiil-sözleşme ayrımı çerçevesinde belirlenemez. Zira, burada hukuki niteliği itibarıyla ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğu söz konusudur¹⁵⁸.

Bu görüş savunucularından biri olan Bucher, burada TMK. m. 2'den doğan kendine özgü bir sorumluluk halinin bulunduğunu ve sorumluluğun kendi özel kurallara tabi olduğunu savunmaktadır. Yazar, culpa in contrahendo hallerinde haksız fiil ile sözleşmesel

¹⁵⁷ Öğretideki başkaca bir görüşe göre ise bu sorumluluğun mutlaka sözleşme yahut haksız fiil sorumluluğuna sokulmasının zorunlu olmayıp aksine her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilerek sorumluluk türünün belirlenmesinin daha isabetli olacağı yönündedir. Bu da “kendine özgü sorumluluk görüşü” olarak adlandırılmıştır. Bkz. EREN, s.1272 vd.; CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 308

¹⁵⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 106

unsurların bir arada bulunabileceğini ve bu beraberliğin her olay için farklılık gösterebileceği görüşündedir¹⁵⁹.

Bu görüşün öncülerinden biri olan Peter Jaggi'ye göre ise, tartışmalı olan sorun hatalı olarak ortaya konulmaktadır. Zira culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini araştırmaya gerek yoktur. Bu nedenle haksız fiil ya da sözleşme teorilerinden yana bir karar vermekten de vazgeçmek gerekmektedir. Yazara göre burada cevaplandırılması gereken asıl soru; sözleşme görüşmelerinden doğan tazminat alacağının, şartlarının ve içeriğinin hangi şekle bağlı olduğudur. Yani, ihtiyaç duyulan tek şey, her somut olayda en uygun çözümü sağlayacak şeklin belirlenmesidir¹⁶⁰.

Sözleşme öncesindeki kusurlu davranışa, haksız fiil ile sözleşme sorumluluğuna dair hükümleri birlikte uygulamak isteyen bu karma görüş, Türk Borçlar Kanunu ile bağdaşmamaktadır. Zira, kanun hükümleri gereğince bir kimsenin talebini, kısmen haksız fiil kısmen de borca aykırılığa dayandırması mümkün değildir. Hatta culpa in contrahendo teşkil eden halin ayrıca haksız fiil unsurlarını¹⁶¹ taşıması nedeniyle, borca aykırılık ile haksız fiil sorumluluklarının yarışması söz konusu olsa bile, zarar gören, bunlardan birisini tercih etmek zorundadır¹⁶².

¹⁵⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 106

¹⁶⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 106

¹⁶¹ Örneğin, görüşmeler sırasında taraflardan birinin, diğer tarafın vücut bütünlüğüne zarar vermesi.

¹⁶² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 106

İKİNCİ BÖLÜM

MENFİ ZARAR

I. ZARAR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

1. ZARAR KAVRAMI

Zarar, sorumluluğun; buna bağlı olarak da tazminat borcunun en önemli unsurudur. Sorumluluk bakımından haksız fiillerde tazminat borcunun doğabilmesi için zararın meydana gelmesi şarttır. Zarar yok ise, hukuki sorumluluk da olmaz.

TBK m. 49’da her ne kadar zarardan söz edilse de, bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Doktrin ve uygulamada zarar kavramı “dar anlamda zarar” ve “geniş anlamda zarar” olarak iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamdaki zarar kavramı, teknik manadaki maddi zararı ifade etmektedir. Bir kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen zarara karşılık gelmektedir. Maddi zarara, malvarlığı zararı da denilmektedir. Geniş anlamdaki zarar ise kişinin, malvarlığı dışında kişilik haklarında; yani manevi varlığında uğradığı zararları da

kapsamaktadır.¹⁶³ Manevi zarar, sübjektif görüşe göre, bir kişinin acı ve elem duymasını ifade etmektedir.¹⁶⁴

Alman, Avusturya ve Fransız hukuklarında zarar kavramı geniş anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve hem maddi hem de manevi zararı kapsamaktadır. Ancak Türk ve İsviçre hukuklarında zarar deyiminden, çoğunlukla maddi zarar kavramı anlaşılmaktadır.

2. ZARARIN ÇEŞİTLERİ

2. 1. Eksilmenin Meydana Geldiği Varlıklar Bakımından

2. 1. 1. Maddi Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma, maddi zarar olarak tanımlanır. Dolayısıyla maddi zarar; haksız fiil sonucu kişinin malvarlığında meydana gelen durum ile bu fiilden önce mevcut olan durum arasındaki farktır. Maddi zarar üç unsurdan oluşmakta olup bunlar; malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir.¹⁶⁵

2. 1. 1. 1. Maddi Zarar Unsurları

2. 1. 1. 1. 1. Malvarlığı

¹⁶³ EREN, s.587

¹⁶⁴ NOMER, s.148

¹⁶⁵ EREN, s.588; İNAN/YÜCEL, s.400

Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı, aktif ve pasif unsurlardan oluşmaktadır. Malvarlığının pasif tarafı, borç ve yükümlülüklerdir¹⁶⁶.

Sorumluluk hukuku bağlamında malvarlığı kavramı geniş düşünülmelidir. Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynı haklar, mülkiyet hakkı, nispi nitelikteki alacak hakları, fikri ve sınai haklar da malvarlığına dâhil olan önemli unsurlardır. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan unsurlardan sayılmalıdır. Kişilik hakkı ve bu hakkı oluşturan unsurlar ilke olarak bu kapsama girmemektedir. Ancak kişiliği oluşturan yaşam ve vücut bütünlüğünün ihlali, sağlık, şeref, ekonomik itibar vb. hukuki değerler, malvarlığı değerlerini etkileyebilmektedir. Yani bu değerlerin ihlali, şahsın malvarlığı üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir. Örneğin, vücut bütünlüğü her ne kadar kişinin şahıs varlığı değeri olsa da, bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlali ile uğradığı zarar, belirli bir zaman için çalışmasına engel olmuş ya da tedavi ve tıbbi giderlere neden olmuş ve sürekli çalışma gücü kaybına sebebiyet vermiş ise, malvarlığı olumsuz şekilde etkilenmiş olur. Buna karşılık kişilik haklarının ihlali aynı zamanda malvarlığındaki eksilmeye neden olmuyorsa, o halde maddi-dar anlamda bir zarar söz konusu olmayacağından kişilik hakkının ihlali malvarlığı kavramı kapsamında değerlendirilmez.¹⁶⁷

2. 1. 1. 1. 2. Malvarlığının Eksilmesi

Zarar, daha önce de tanımladığımız üzere, malvarlığındaki azalmadır. Bu azalma iki şekilde meydana gelebilir; ya aktif değerlerin eksilmesi ya da pasiflerin artması şeklinde olabilir¹⁶⁸.

Malvarlığında meydana gelen azalma, esasında zarar görenin, zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmese idi göstereceği durum

¹⁶⁶ EREN, s.588.

¹⁶⁷ EREN, s.588.

¹⁶⁸ EREN, s.589.

arasındaki farktır. O halde, zararın tespiti için zarar görenin malvarlığındaki iki durum arasındaki farkı belirlemek gerekmektedir. İlk durum, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki değeri; ikincisi ise, zarar verici olay meydana gelmese idi malvarlığının göstereceği durumdur. Böylelikle zararı, zarar görenin, zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaati olarak tanımlayabiliriz.¹⁶⁹

2. 1. 1. 1. 3. Azalmanın İrade Dışında Meydana Gelmesi

Zarar gören kimsenin malvarlığında görülen azalma, mal sahibinin iradesi dışında meydana gelmelidir. Malvarlığının azalması sonucunu meydana getiren olay, zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi, bir tabiat olayı da olabilir. Bu doğrultuda malvarlığı, bir kimsenin kendi iradesiyle, örneğin, tüketme, yok etme, devretme ya da masraf yoluyla azalmış ise, bu azalma bir zarar olarak nitelendirilemez. Zira, bu sayılan örneklerde bir bağışlama veya tüketme ya da bir gider yahut borç yüklenme söz konusu olduğu için, kişi, kendi iradesi ile hareket etmektedir. Ancak devir, tüketim ya da gider, korkutma veya aldatma ile yapılmışsa, bu durumda malvarlığında meydana gelen azalma da irade dışı gerçekleştiğinden, zarar kapsamında değerlendirilmemektedir.

2. 1. 1. 2. Maddi Zarar Çeşitleri

Zarar, iki şekilde meydana gelebilir. Bunlar fiili zarar ve yoksun kalınan kârdır.

2. 1. 1. 2. 1. Fiili Zarar

Fiilî zarar, malvarlığının aktifini oluşturan hakların yitirilmesi veya değerinin azalması ya da malvarlığının pasifini oluşturan borçlara yenilerinin eklenmesi veya mevcut bir borcun miktarının artması şeklinde gerçekleşir.¹⁷⁰ Burada zarar verici olay sonucunda

¹⁶⁹ EREN, s.589; CANSEL/ÖZEL, s.310

¹⁷⁰ KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku- Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2003, s. 82 vd.; Yarg. 4. HD., E. 869, K. 6358 T. 30.12.1964 sayılı kararında: “Mâmelekin borç altına sokulması zarar niteliğindedir” denilmektedir..

kişinin malvarlığının mevcut miktarı ve değeri fiili olarak azalmıştır. Bir trafik kazası sonucunda kazaya karışan aracın hasara uğraması nedeniyle yapılan tamir masrafları, malvarlığının aktifini oluşturan hakların yitirilmesidir. Bu aracın piyasa değerinin düşmesi, malvarlığının aktifini oluşturan hakların değerinin azalmasıdır. Mağdurun sakatlanması sebebiyle sipariş edilen ancak bedeli henüz ödenmeyen tekerlekli sandalyenin bedel borcu, malvarlığının pasifini oluşturan borçlara yeni birinin eklenmesine ve yaralandığı için vadesi gelmiş borcunu on gün daha geç ifa etmesi sebebiyle temerrüt faizi borcunun on gün fazladan işlemesi de mevcut bir borcun artmasına örnek olarak verilebilir.

Doktrinde fiili zarar, müspet zarar (olumlu zarar) olarak da adlandırılmaktadır. Ancak müspet zarar kavramı aşağıda da detaylı olarak anlatılacağı üzere, genellikle sözleşme sorumluluğunda kullanılması nedeniyle, sözleşme dışı sorumlulukta karışıklığa neden olabileceğinden, burada kullanılması uygun görülmemektedir.¹⁷¹

2. 1. 1. 2. 2. Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr (mahrum kalınan kâr), hayatın olağan akışı çerçevesinde, kişinin malvarlığında meydana gelebilecek artışların, zarar verici fiil sonucunda, kısmen ya da tamamen önlenmesi ile meydana gelen zarardır. Yoksun kalınan kâr, mağdurun malvarlığının, haksız fiil nedeniyle aktifinin artması veya pasifinin azalması olanağının yitirilmesidir.¹⁷² Yani yoksun kalınan kâr, ya malvarlığının artmasının ya da pasifinin azalmasının önlenmesidir. Malvarlığının, zarar verici fiil sonucundaki durumu ile söz konusu fiil olmasaydı alabileceği durum tespit edilerek kıyaslama yapılır, aradaki fark ise mahrum kalınan kâr olarak adlandırılır. Ancak bu durumda, malvarlığının haksız fiilden önceki ve sonraki durumu arasında bir fark bulunmamaktadır. Eğer haksız fiil meydana gelmeseydi, kişinin malvarlığında çoğalma gerçekleşecek idi ise zararın varlığı kabul edilir.¹⁷³ Örneğin, kuaför dükkânı işleten, haksız fiil sebebiyle bir süre mesleğini ifa edememişse, malvarlığının aktifinde meydana gelecek olan artış engellenmiştir. Ancak, bu kişi alacaklısına olan borcunu, alacaklıya ait kuaför dükkânını işleterek ödüyorsa ve haksız

¹⁷¹ EREN, s.593.

¹⁷² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 559; EREN, s. 552; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, s. 83 vd.

¹⁷³ Bkz. Yarg. 4. HD., E. 9369, K. 9456 T. 18.12.1984, (KARAHASAN, s. 183).

fiil nedeniyle işini yapamamışsa, malvarlığının pasifinin azalması engellenmiş ve dolayısıyla zarar meydana gelmiştir.

Yoksun kalınan kâr neticesinde, malvarlığının fiili durumu artış göstermemekte, başka bir deyişle değişmemektedir. Ancak, söz konusu olay sebebiyle malvarlığının gelecekteki muhtemel artışı önlenmektedir. Örneğin, (M) kişisi (H) kişisi tarafından yaralandığı için çalışması önlenmiş ve bu nedenle elde edebileceği kazançtan yoksun kalmıştır. Buradaki zarar, vücut bütünlüğünün ihlali değil; bu ihlalin malvarlığındaki sebep olduğu azalma ya da muhtemel artışın önlenmesidir.¹⁷⁴

Yoksun kalınan kâr, hem şahsa verilen zararlarda hem de şeye verilen zararlarda söz konusu olabilir. Örneğin, bir kimsenin öldürülmesi halinde ölen kişinin desteğini kaybeden kişilerin uğradıkları zarar, yoksun kalınan kârdır. Her ne kadar adam öldürme, bir zarar olmayıp ihlal eylemi olsa da, buradaki zarar; ihlal eylemi sonunda, ölen kişinin yakınlarının, desteklerini kaybetmiş olmalarından ötürü yoksun kaldıkları kârı ifade etmektedir. Buna karşılık ölüm, ihlal eyleminden bir süre sonra gerçekleşmiş ise ihlal (yaralama) ile ölüm arasındaki zaman içerisinde yaralananın yaptığı bakım ve tedavi giderleri, fiili zararı; çalışamamaktan doğan kazanç kayıpları ise, yoksun kalınan kârı oluşturmaktadır.¹⁷⁵

Zarar gören kimsenin, yoksun kalınan kâr kapsamında istisnai bir kazancı talep edebilmesi için bu kazancın elde edilebilmesi ihtimalinin çok yüksek olması gerekmektedir. Dolayısıyla, mahrum kalınan kârda zarar görenin, önce, zarar verici olay olmasaydı, bir gelir elde edeceğini, sonra da söz konusu eylemin bu gelirin elde edilmesini engellediğini kanıtlaması gerekmektedir. Bu durumda, elde edilecek kazanç ile zarar verici olay arasında uygun illiyet bağının bulunduğu ispatı yeterlidir.¹⁷⁶

¹⁷⁴ EREN, s.594

¹⁷⁵ EREN, s.594

¹⁷⁶ EREN, s.594

Yoksun kalınan kârın hukuk ve ahlaka uygun bir gelir olması şarttır. Aksi halde bu miktar, yoksun kalınan kâr olarak talep edilemez.¹⁷⁷

Ekonomik değer taşıyan her türlü eksilme ve kayıp, zarar kapsamına girmektedir. Bu sebeple, açılmış olan tazminat davası sonucunda zarar görenin ödediği vekâlet ücreti ve dava giderleri de tazmin edilmelidir.¹⁷⁸

Doktrine ve Yargıtay içtihatlarına bakıldığında benimsenen görüş mahrum kalınan kârın varsayımsal bir hesaba dayandığı yönündedir.¹⁷⁹ Zira hesaplamalarda, ileride gerçekleşecek gelir imkânları ve artışlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹⁸⁰ Dolayısıyla, haksız fiil sonucu hükmedilecek tazminatın hesaplanması, fiili zarardaki kadar net olmayabilir. Bu hesap, hâkim tarafından mevcut olayın şartlarına göre belirlenir.

Yargıtay bir kararında; ”...Davacının kaza sebebiyle mesleğine bir yıl geç başlayacağı ancak yaralanma tarihi itibariyle gerçekleşmiş bir zararı bulunmadığından varsayımsal hesaplama yapılacaktır. Davacının okulundan mezun olur olmaz kamu hizmetinde görevli bir öğretmen olup olamayacağı, atanma için açılan sınavı kazanıp kazanamayacağı henüz belli olmasa dahi en azından özel okul veya dershanelerde öğretmen olarak çalışabileceği muhakkaktır. O halde mahkemece, davacının mezun olacağı tarih belirlenerek yeni mezun bir fen bilgisi öğretmenin özel okul veya dershanede çalışması halinde elde edeceği gelir miktarı belirlenmesi ve buna göre davacının mesleğine geç başlaması sebebiyle oluşan kazanç kaybının hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınması gerekir.” İfadelerine yer vermiş, yoksun kalınan kârın bilirkişi eliyle hesaplanması gereken varsayımsal bir hesap olduğunu belirtmiştir.¹⁸¹

¹⁷⁷ EREN, s.555

¹⁷⁸ EREN, s.595

¹⁷⁹ KARAHASAN, Genel Hükümler, s.502

¹⁸⁰ EREN, s.595

¹⁸¹ Bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2013/796 K. 2012/984 T. 30.01.2013 sayılı kararı www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 26.03.2019)

Fiili zarar ile yoksun kalınan kâr arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: Fiili zararda kişinin mevcut durumda sahip olduğu şeyler azalırken, yoksun kalınan kârda sahip olabileceği (muhtemel) şeyler azalmaktadır. Ancak, bazı durumlarda fiili zarar ile yoksun kalınan kâr birlikte de gerçekleşebilir. Örneğin, yolcu taşımacılığı yapan (A)'nın arabasına kendi arabasıyla çarpan (B), (A)'nın arabasını hasara uğratmış ve arabanın tamiri süresince de çalışmamış ise, arabanın hasara uğraması nedeniyle yapılan tamir giderleri ile arabanın değerinin azalması, fiili zararı; çalışmadığı süre boyunca (A)'nın kazanamamış olduğu gelir, yoksun kaldığı kârı oluşturur.¹⁸²

2. 1. 2. Manevi Zarar

Manevi zarar, şahsi kıymetler ya da varlıklara karşı yapılan bir haksız fiil sonucunda kişinin maruz kaldığı bedeni ve manevi ıstırap, acı, huzursuzluk, yaşam sevincinde azalmayı ifade eder.¹⁸³ Malvarlığına yönelik gerçekleştirilen haksız fiil sonucu maddi zararların yanı sıra manevi zararlar da söz konusu olabilir. Örneğin, kişinin anı niteliği taşıyan bir eşyasına zarar gelmesi sonucu duyacağı ıstırap manevi zararı oluşturur. Dolayısıyla, manevi zarar, kişilik haklarının zarara uğraması durumunda söz konusu olur. Kişinin şahısvarlığı maddi ve maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerden oluşur. Kişinin maddi kişisel değerlerini, kişinin bedensel bütünlüğü oluşturur. Maddi nitelikte olmayan kişisel değerleri ise şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi kişisel hak ve değerler oluşturur.¹⁸⁴

İsviçre doktrin ve uygulamasında zarar kavramı, çoğunlukla dar anlamıyla anlaşılmakta olup kavramsal olarak daha çok maddi zararı ifade etmek için kullanılmaktadır. Buna göre zarar, malvarlığı ile ilgili bir kavram olarak tanımlanmaktadır. İsviçre hukukunda¹⁸⁵ manevi zarar için “manevi haksızlık” veya “manevi üzüntü” gibi terimler de kullanılmaktadır. Ayrıca, özellikle Fransa, Avusturya ve Alman hukuku sistemlerinde zarar kavramı, geniş anlamıyla anlaşılmakta olup maddi zarar yanında manevi zarar deyimi de

¹⁸² EREN, s.594

¹⁸³ İNAN/ YÜCEL, s.401

¹⁸⁴ KILIÇOĞLU, s.305.

¹⁸⁵ İsviçre Borçlar Kanununda manevi zararın ayrımını yapmak için; “zararın tazmini” (=Schadensersatz) yerine bu durumu ifade etmek için, Almanca metinde “*genugtuung*” (=tarziye), Fransız metinde “*reparation morale*” (=manevitelafi) deyimlerini kullanmıştır. Bkz. İNAN/YÜCEL, s.401.

kullanılmaktadır. Türk hukuk sisteminde de zarar kavramı geniş anlamıyla anlaşılıp manevi zarar kavramı da bir zarar türü olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁶

Manevi zarar, bir kişinin şahıs varlığında ve manevi değerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilir. Bir kişinin şahıs varlığını meydana getiren hukuki değerlerin saldırıya uğraması nedeniyle uğramış olduğu objektif azalma ve kayıplar manevi zararı oluşturmaktadır.¹⁸⁷

Maddi zararda olduğu gibi manevi zararda da, şahıs varlığı zarar görenin iradesi dışında eksilmiş olmalıdır. Şahısvarlığı, bir kişinin kişi olarak sahip olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümünü ifade eder. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref haysiyet, ticari itibar gibi değerler, kişilik değerlerini dolayısıyla kişilik haklarını oluşturmaktadır. Bu değerlerin ihlali, objektif bir azalmayı ifade etmektedir. Hukuka aykırı bir saldırı sonucunda şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen azalmayı, manevi zarar olarak adlandıran bu teoriye, “*objektif teori*” denilmektedir¹⁸⁸.

Doktrinde kabul edilen bir diğer görüşe göre, manevi zararın tazmin edilebilmesi için, sadece objektif unsur olan kişilik hak ve değerlerinin haksız bir saldırıya uğraması, bu değerlerde objektif bir azalmanın meydana gelmesi yeterli değildir. Objektif unsurun yanı sıra, sübjektif unsurun da meydana gelmesi gerekmektedir. Her iki unsur da aynı olayda birlikte gerçekleşmelidir. Sübjektif unsurun olmadığı yerde manevi zarar da yoktur. Objektif unsur, zarar görenin, kişilik varlığını oluşturan kişilik değerlerinden birinin, (örneğin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, şeref ve ticari itibar, özel hayat veya aile hayatı vb. gibi bir değer) objektif olarak bir saldırıya uğramasını ifade eder. Sübjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde, manevi varlığında objektif olarak meydana gelen bu azalmayı yaşaması, duyması, onu hissetmesi, buna bağlı olarak da acı, elem, ızdırap duymasıdır. “Sübjektif teori” olarak isimlendirilen bu teoriye göre, zarar görenin, şahıs değerlerine ve varlığına yapılan saldırı ve ihlal sonucu hayat sevincinde bir azalma

¹⁸⁶ EREN, s.599.

¹⁸⁷ EREN, s.599.

¹⁸⁸ EREN, s.603.

hissetmeli, huzur, rahatlık ve mutluluk duyguları azalma olması, iç dengesi ve özellikle ruhsal bütünlüğü bozulmalı ve sarsılmalıdır.¹⁸⁹

Esas itibariyle doktrinde ağırlıklı olarak, objektif görüş kabul edilmektedir. Ayrıca, bazı yoğunluktaki duygusal zararlar da tazmini gerekli manevi zararlar arasında sayılmaktadır. Ancak bunun için, duygusal zararın, yansıma yoluyla bir ruh hastalığına sebep olması şart değildir.¹⁹⁰

Doktrinde bazı yazarlarca savunulan üçüncü bir görüş olan “karma görüş” te ise, manevi zarara ilişkin, “..kişilik değerinin ihlalinden doğan objektif eksilme ile bu ihlal sebebiyle zarar görenin duyduğu acı ve elemin ruh bütünlüğünde veya yaşama sevincinde yarattığı eksilme birlikte değerlendirilmelidir.” ifadeleri kullanılmaktadır. Bu görüşün savunucusu olan ANTALYA; “Sübjektif unsur dikkate alındığından sübjektif görüşe, objektif unsur dikkate alındığından objektif görüşe yöneltilen eleştiriler, karma görüş için de söylenebilir” demektedir.¹⁹¹

Manevi zararın, maddi zararda olduğu gibi somut olarak ispatlanması ve hesaplanması, niteliğinden ötürü mümkün değildir. Dolayısıyla, bu tür zararların tazmini hesaplanırken, zarar gören kişinin duygusal yaşamındaki kaybın dışı yansıyan görüntülerine dayanılmalıdır.

Nitekim, Yargıtay bir kararında; “... ölenin ailesinin manevi zarar gördüğü yasa koyucu tarafından kabul ve benimsenmiştir. Ailenin, kişinin yaşamındaki önemli ve üstün yeri göz önünde tutulduğunda; ölüm halinde, geride kalan aile üyelerinin manevi tazminat isteminde bulunabilmeleri yaşam deneyi kurallarına da uygundur. Kanunun açık hükmü karşısında, ölenin çocukları, anne-babası ve kardeşleri; ölüm nedeniyle, ayrıca manevi zarara uğradıklarını kanıtlama yükümlülüğü altında dahi değildir.” denilerek, bazı

¹⁸⁹ EREN, s.603.

¹⁹⁰ EREN, s.603.

¹⁹¹ Bkz. ANTALYA, Gökhan; Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, 2017, s.20

durumlarda manevi zararın oluştuğunun kabul gördüğünü ve kanıtlanmaya ihtiyaç kalmayacağını belirtmiştir.¹⁹²

Manevi zararın birtakım nitelikleri bulunmaktadır. Bunlar; “kesinlik (belirlilik)”, “şahsilik” ve “doğrudan doğrualık” tır. Ayrıca zararı ispat yükü¹⁹³, zarar görene düşmektedir. Kesin zarar, belirli ya da belirlenebilir nitelikte bir zarardır. Bu zarar, güncel bir zarar olabileceği gibi, gelecekte gerçekleşecek bir zarar da olabilir. Uğranılan zararın miktarı tam olarak kanıtlanamadığı takdirde, TBK m. 50/II’ye göre hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın gerçekleşmiş olduğuna veya gerçekleşebileceğine kanaat getirirse, zararı kabul etmelidir. Zararın şahsiliğinden kasıt ise, tazminat talebinin sadece zarar gören alacaklıya ya da istisnai hallerde yakınlarına ait olmasıdır (TBK m.53, 56).¹⁹⁴

2. 2. Zarar Gören Hukuki Varlıklar Bakımından

2. 2. 1. Bedensel Zarar

Kişinin beden bütünlüğünü hedef alan haksız fiiller sonucu meydana gelen zararlar, bedensel zararlardır. TBK m. 54 bedensel zarar kalemlerini düzenlemiştir. Bunlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmıştır. TBK m. 53 hükmü ise, şahıs varlığına yönelik haksız fiilin ölüme yol açması halinde doğabilecek zarar kalemlerini ortaya koymaktadır. Doktrinde, kişiye verilen zarar olarak da adlandırılan bu zarar türünde, bir insanın hayatına, fiziksel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik bir zarar

¹⁹² Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi. E. 2011/11166 K. 2012/13394 T. 24.09.2012 sayılı kararı www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 26.03.2019)

¹⁹³ TBK m. 50’ye göre; “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

¹⁹⁴ EREN, s.604.

meydana gelmektedir. Bedensel zarara ilişkin tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkeler ise, TBK m. 55’te düzenlenmiştir.

2. 2. 2. Şeye İlişkin Zarar

Malvarlığına dâhil olan bir şeyin kaybı veya tahribi halinde ortaya çıkan zarardır. Örneğin, taşınır veya taşınmaz bir mala zarar verilmesi, bu malın yok edilmesi ya da tahrip edilmesinden doğan zararlar bu tür zararlardandır. Bu zarar türü, hukuk dili dışında günlük hayatta “hasar” olarak da adlandırılmaktadır.

2. 3. Zararın Ortaya Çıkış Zamanı Bakımından

2. 3. 1. Mevcut Zarar

Haksız fiilin gerçekleşmesinin ardından ortaya çıkan, fiili zarar veya kâr mahrumiyeti şeklinde karşımıza çıkar.

2. 3. 2. Gelecekteki (Muhtemel) Zarar

Haksız fiilin sonucunda hemen ortaya çıkmamış ancak kapsamı belirli olmamakla birlikte gelecekte belirli olacak muhtemel zararlardır. Kesin zararın karşılığını, muhtemel zarar teşkil etmektedir. Muhtemel zarar ise henüz gerçekleşmediği için tazmin edilemez.¹⁹⁵

¹⁹⁵ EREN, s.605.

2. 4. Zararın Haksız Fiilin En Yakın ve İlk Neticesi Olarak Ortaya Çıkması Bakımından

2. 4. 1. Doğrudan Zarar

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı haksız eylem nedeniyle zarar gören açısından yapılan bir ayırım olmakla birlikte, illiyet bağıyla da yakından ilgilidir. Zarar verici eylemin uygun sonucu olan her zarar, doğrudan zarar olarak kabul edilir. TBK m. 49 vd. hükümleri bu zararın tazminine yöneliktir. Doğrudan doğruya zarar, haksız fiilin ilk ve en yakın sonucu olan zarardır. Örneğin, otomobilin bir kimseye çarpması sonucu yaralamasını bu tür bir zarardır. Doğrudan doğruya zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁹⁶

Doğrudan zararlar, haksız fiilin doğrudan doğruya sebep olduğu zararlardır. Örneğin, kişinin yaralanması sonucu tedavi giderleri maddi zararını, bu yüzden katlanmak zorunda kaldığı ameliyatlara nedeniyle uğradığı ruhsal zarar ise manevi zararını oluşturur. Bunların tümü, kişinin doğrudan doğruya uğradığı zararlardır.

Kötü ifa sebebiyle meydana gelen “takip eden=eşlik eden =sonraki zarar”lar da kötü ifa fiili ile uygun illiyet bağı içindeyse; doğrudan doğruya zararı oluşturur. Örneğin, satıcı (S)’nin alıcı (A)’ya hayvan teslim ettiğini varsayarsak, hayvan hasta olduğu için alıcı (A)’nın diğer hayvanları da hastalanırsa, doğan zarar doğrudan doğruya zarardır. Her ne kadar doktrinde bu örnekteki ilk zarar doğrudan zarar, ikinci zarar ise dolaylı zarar olarak nitelendirilse de, yanlış bir yaklaşımdır. Zira, takip veya eşlik eden zarar olarak da adlandırılan bu tür “dolaylı” zararlar, aslında ilk ihlal fiiliyle uygun illiyet bağı içerisinde bulunduğundan, bunlar da “doğrudan zarar” olarak görülmektedir.¹⁹⁷

¹⁹⁶ İNAN/ YÜCEL, s.402; EREN, s.596.

¹⁹⁷ EREN, s.596.

Uğranılan zararın tazminini isteme hakkı, doğrudan zarar görene tanınmış olan bir haktır. Üçüncü kişilerin, bu hususta zarar verenden tazminat isteme hakları bulunmamaktadır. Örneğın, (A)'nın borçlu (B) tarafından öldürölmesi halinde, (A)'nın terzisi, alışveriş yaptığı market sahibi veya manav, (B)'den tazminat isteyemez. Ancak alacaklının koruma alanı içerisinde bulunan yakınları ve özellikle aile bireyleri, sözleşmeden doğan güven ilişkisi içerisinde bulunduklarından, borçlunun borcunu ifa ederken ya da ifa vesilesiyle, ifadan önce veya sonra, bunlara zarar vermesi halinde koruma yükümlölüğünü ihlal ettiğı için, bu kişilere karşı tazmin yükümlölüğü de doğmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, borçlu ile alacaklının yakınları arasında doğan tazminat yükümlölüğü doğrudan doğruya bir ilişki niteliğindedir; hiçbir zaman alacaklıdan onlara geçmemektedir. Bu durum, “üçüncü kişiyi koruma etkili borç ilişkisi” nin bir sonucudur.¹⁹⁸

2. 4. 2. Dolaylı Zarar

İhlal edilen normun koruma amacı dışında kalan başka kişilerin uğradıkları zararlardır. Örneğın; bir şirket Devlet Demiryolları'nın arsasında kazı çalışması yaparken yer altındaki elektrik kablolarının kopmasına yol açmışsa, kabloların kopması nedeniyle Devlet Demiryolları'nın uğradığı zararlar doğrudan zararlardır. Dolaylı zararlar ise bu hat üzerinde yolcu ve yük taşınması yapılamaması nedeniyle Devlet Demiryolları tarafından uğranılan zararlardır.

Zararın tazminini isteme hakkı doğrudan doğruya zarar görene tanınmış bir haktır. Üçüncü kişilerin bu hususta zarar verenden tazminat isteme hakları bulunmamaktadır. Haksız fiilde bulunan kişi, haksız fiil teşkil eden davranış ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağı bulunmayan dolaylı zararlardan sorumlu değildir.

¹⁹⁸ EREN, s.597

Doktrinde, dolaylı zararın tazmin edilebilmesi için uygun illiyet bağının bulunması gerektiğini vurgulayan ve uygun illiyet bağının bulunması halinde bu zararın doğrudan zarar olacağını savunan görüşler mevcuttur¹⁹⁹. Bunun dışında doktrinde, dolaylı zararların da haksız fiilden sorumlu kişiler tarafından tazmin edilip edilmeyeceği konusunda illiyet bağının yetersiz kalacağı, bu nedenle hukuka aykırılık bağı teorisinin önem arz ettiğini belirten görüşler de mevcuttur.²⁰⁰

Fail veya borçlu, genel ya da özel yükümlülüğü ihlal eden davranış ile sonuç arasında uygun illiyet bağı olmayan zararlardan yani dolaylı zararlardan sorumlu değildir.²⁰¹

TBK m. 217²⁰² ve 229²⁰³, da sözleşme hukukunda, doğrudan doğruya zarar- dolaylı zarar ayrımı yapılmaktadır.

Doğrudan zarar, haksız fiilin doğrudan yöneldiği kişinin uğradığı zararken; dolaylı zarar gören, haksız fiilin yöneldiği kişi dışında kalan üçüncü kişiler, yani yansıma yoluyla zarara uğrayan kişilerdir.²⁰⁴

¹⁹⁹ EREN, s.597

²⁰⁰ KILIÇOĞLU, s.309

²⁰¹ EREN, s.598

²⁰² Bkz. TBK m. 217 hükmünde: “Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve alıcı satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. Satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini.

2. Satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri.

3. Davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri.

4. Satılanın tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları. Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür.” Denilmektedir.

²⁰³ Bkz. TBK m. 229 hükmünde: “Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.

2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.

3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.” Denilmektedir.

²⁰⁴ ERALP, Erman/ NİZAM, Ezgi; Türk Hukukunda Yansıma Zarar, Articleletter-Summer 2017, Part 8, s. 119

2. 4. 3. Yansıma Zarar

Yansıma zarar, bir haksız fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin bu fiil sebebiyle uğradığı zarardır. Yansıma zarara uğrayan kişiler, söz konusu haksız fiile doğrudan maruz kalmamakla birlikte, bu fiilden dolaylı olarak zarar gören kişilerdir. Doktrinde, haksız fiilden dolayı doğrudan zarar gören kişilere “*doğrudan mağdur*”; yansıma yoluyla zarar gören kişilere de “*dolaylı mağdur*” ifadelerine rastlanılmaktadır.²⁰⁵ Dolaylı zarar denilen durum, en az üç kişinin katıldığı bir ilişkiden doğar; yani dolaylı zarar bu şekilde dördüncü, beşinci, altıncı olmak üzere başka kişileri de etkileyebilmektedir. Bir mağdurun durumunun bir başka mağduriyete sebep olması, “üçüncü kişiye verilen zarar”, “dolayısıyla zarar”, “yansıma zarar” ya da “dolaylı zarar” deyimleriyle ifade edilir. Bu doğrultuda, haksız fiil sonucu vefat eden (K)’nin bakmakta olduğu kız kardeşi (M), (K)’nin sağladığı destekten mahrum kalması olayında (K), söz konusu haksız fiil nedeniyle “doğrudan mağdur” konumundayken; (K)’nin desteğinden yoksun kalan kız kardeşi (M) ise, “dolaylı mağdur” konumunda bulunmaktadır.

Yansıma zarar, dolaylı zarar adı verilen zararlar kategorisinde yer almaktadır. Söz konusu zarar; bir kişinin uğradığı zararın yapısını değil, kaynağını belirlemektedir. Bir kişinin fiili ile karşı tarafa yansıyan zarar arasındaki illiyet bağı, doğrudan değildir. İhlal fiili ile doğrudan doğruya verilen ilk zarar, bazı sonuçlara neden olabilir. Örneğin, aracın tamir edilmesi için bırakıldığı tamirhanedeki yangında hasar görmesi ya da ikame aracın kira giderleri gibi yeni zararlar ortaya çıkabilir. Aynı kişide toplanan bu dizi zararlar “takip eden zararlar” da denilmektedir. Zira, illiyet zinciri, ilk zarar görenden başka kişileri etkilediğinde, bu zararlar yansıma zarar niteliğindedir. Yani yansıma zararlar, takip eden zarar arasındaki fark, zararın tek ya da birden çok kişiyi etkilemesinde bulunmaktadır.²⁰⁶

²⁰⁵ Yansıma yoluyla zarar kavramı ve bu konudaki tartışmalar için bkz. ÖZEL, Çağlar; Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine ilişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, 2001/4 C. 50, s. 85

²⁰⁶ ÇAĞLAR, s. 83

Yansıma zarar kavramının anlaşılabilmesi için örnek olaylarla açıklanmasında yarar vardır. Doktrinde verilen yaygın örnekler şu şekildedir:

(1) Ünlü bir tiyatro oyuncusunun bacağı, sahne alacağı binaya giderken, bir aracın çarpması sonucu ağır şekilde yaralanır. Tiyatro düzenleyicisi, bu olay nedeniyle oyunu iptal etmek zorunda kalır ve biletleri iade eder. Bununla beraber, tiyatroda bulunan kafeterya işletmecisi de müşteri azalması nedeniyle gelir kaybına uğrar. Olaydaki tiyatro düzenleyicisinin ve kafeterya işletmecisinin uğradığı zarar, yansıma zarardır.

(2) Bir işletme sahibinin nitelikli işçilerinden olan (A), üçüncü bir kişi tarafından yaralanır. Yaralanması sonucunda iş göremez hale gelen (A), iş sahibine teslim etmesi gereken işi, kendisine verilen belirli zamanda yetiştirememiştir. Bu nedenle, o işin yüklenicisine tazminat ödemek zorunda kalan işletme sahibinin uğradığı zarar, yansıma zarardır. Yansıma zararın meydana gelmesi, dolaylı mağdurun zarara uğradığının tespit edilmesinden önce, doğrudan mağdur ile bağlantı içerisinde olması halinde ortaya çıkabilir. Dolayısıyla yansıma zararı şu şekilde tanımlayabiliriz: Bir ya da birden çok kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile aynı zarar verici olay sonucu, ancak bu sefer dolaylı şekilde uğradığı, zarardır.²⁰⁷

HATEMİ/GÖKYAYLA' ya göre yansıma zarar, TBK m. 49 anlamında hukuka ya da ahlâka aykırı bir fiil nedeniyle de olsa sonucu olmayan, bir başka deyişle, mağdurun malvarlığında meydana gelmeyen, bir kazanç kaybı veya "masraf" yapılması sonucunda ortaya çıkan bir "malvarlığı eksilmesi" zararıdır".²⁰⁸

OĞUZMAN/ÖZ 'e göre ise yansıma zarar, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle zarara uğrayan kişiden farklı bir kişinin de, bu davranış nedeniyle uğradığı zarardır.²⁰⁹

²⁰⁷ ÇAĞLAR, s. 84

²⁰⁸ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 117

²⁰⁹ OĞUZMAN /ÖZ, s. 499

Sorumluluk hukuku, izin verilmesi halinde, taleplerin ölçülemeyecek derecede büyümesi endişesi ile bazı engellemeler getirmektedir. Bu doğrultuda, yerleşik mahkeme kararları, sadece doğrudan zarara uğrayan kişilerin, zarar giderim talebinde bulunabilmesi görüşündedir.²¹⁰

Doktrinde bazı yazarlar²¹¹, yansıma yoluyla doğan zararlardan kural olarak failin sorumluluğunun söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bu ilke ile karşılaşilmektedir. Örneğin; bir annenin, kızının uğradığı ırza tecavüz olayından sonra kendisinin uğradığı manevi zararın tazmin edilmesini istemeye hakkı yoktur; bu zararın tazminini ancak eylemin mağduru olan kızı talep edebilir. Bununla birlikte, bu kuralın yasada öngörülen bazı istisnaları vardır. Nitekim TBK m. 53/3 uyarınca ölüm halinde ölenin yardımından (desteğinden) yoksun kalanların uğradığı zararlar ve TBK m. 56/2 uyarınca ağır bedensel zarar halinde zarara uğrayanın yakınlarına manevi tazminat ödenmesi, istisnai nitelikteki bu düzenlemelere örnek teşkil etmektedir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde, sözleşme gereğince, doğrudan mağduru uğratan zarar; dolaylı mağdurun ise, yapması gereken edimin ifasını engeller. Buna örnek olarak: (H) tarafından yıkılması nedeniyle, taşınmazın kullanımının Malik (M)'nin kiracısı (K)'ye bırakamaması; sanatçı (S)'nin, (H)'nin sebebiyet verdiği bir kaza neticesinde yaralanarak rolünü yapamaması ve bu nedenle, (K)'nin düzenlediği gösteriden bilet alan kişilerin yararlanamaması durumları gösterilebilir. Bütün bu hallerde doğrudan mağdurun edimi imkânsızlaşmıştır.²¹² Kusuru bulunmayan doğrudan mağdur, ilke olarak söz konusu fiil

²¹⁰ ÇAĞLAR, s. 84; Yargıtay'a göre de: Haksız fiil nedeniyle doğrudan zarar gören kişi bu zararın dışında, dolaylı olarak uğradığı zararların da tazminini isteyebilir, meğerki dolaylı zararlar uygun illiyet bağıyla fiile bağlı olsunlar. Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1977/13144, K. 1979/38 T. 8.1.1979 sayılı kararı.

²¹¹ KILIÇOĞLU, s.309; ÇAKIRCA, Seda İrem; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, İstanbul 2015, s.123

²¹² Bkz TBK m. 136: “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”

neticesinde, dolaylı olarak zarara uğramış olan diğer tarafa, karşı ediminden kurtulmuş olur.²¹³

Kural olarak, yansıma zarar nedeniyle, bir tazminat yükümünden bahsedilemez. Zira, tazminat talebi, sadece doğrudan zarara uğrayan kişi ya da kişilere aittir. Yansıma zararın bu şekilde dışlanması, özellikle bir koruma normu ihlal edilmediği sürece, yansıma zarar mağdurunun, saf malvarlığı zararına uğramasında söz konusudur.²¹⁴

Sonuç olarak, yukarıda da anlatıldığı üzere, kural olarak açıkça düzenlenmediği için yansıma zararın tazmini talep edilemez. Ancak, kanunda açıkça düzenlenen ve talep hakkı tanınan destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zarar, yansıma zararı oluşturmaktadır.²¹⁵

2. 5. Şeye İlişkin Zararların Tespitindeki Usuller Bakımından

2. 5. 1. Somut Zarar

Somut veya bir diğer adıyla sübjektif zarar anlayışına göre zarar, zarar görenin zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatidir. Buna “*tabii zarar*” da denilmektedir. Somut zarar, bir şeyin sahibinin mamelekinde arz ettiği değer ve zarar görenin o şeyle olan münasebeti dikkate alınarak tespit edilen zarardır. Örnek olarak, bir takım elbiseye ait olan pantolonun yırtılması gösterilebilir.²¹⁶ Burada zarar, ihlal edilen değer, malvarlığının bütünü içindeki yeri ve zarar gören için arz ettiği sübjektif değer ile önemi üzerinden hesaplanır.

²¹³ ÇAĞLAR, s.89

²¹⁴ ÇAĞLAR, s.93

²¹⁵ ÇAĞLAR, s. 93

²¹⁶ İNAN/YÜCEL, s.403

İstisnai haller dışında kural olarak “zarar”, somut zarar olarak dikkate alınmaktadır.²¹⁷

2. 5. 2. Soyut Zarar

Soyut ya da diğer adıyla objektif zarar; sahibinin mameleki içinde arz ettiği kıymeti nazara alınmaksızın haksız fiil sonucunda kaybolan, tahrip olan veya hasara uğrayan şeyin mübadele değeri esas alınarak tespit edilen zarardır. Örneğin; tek yazlık bir pantolonun yırtılması halinde bu durumun bütün içindeki yeri araştırılmaz vb.²¹⁸ Soyut zarar anlayışında, ihlal edilen varlık tek başına ele alınır ve zararın hesabında söz konusu varlığın piyasada arz ettiği objektif değer esas alınır.

2. 6. Sözleşmeden Doğan Borcun İfa Edilememesi veya Sözleşmenin Hükümsüzlüğü Bakımından

2. 6. 1. Müspet (Olumlu) Zarar

Yukarıda da ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatından vazgeçen alacaklının borçluya karşı kullanabileceği seçimlik haklardan ikincisi, müspet zararının tazminini isteme hakkıdır. Bu başlık altında müspet zararın tanımından ve neleri kapsadığından bahsedeceğiz.

Müspet zarar; sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. Diğer bir deyişle müspet zarar, sözleşme vaktinde ifa edilse idi, zarar görenin

²¹⁷ İNAN/ YÜCEL, s.403

²¹⁸ İNAN/ YÜCEL, s.403

mamelekinin alabileceği durum ile mevcut mameleki arasındaki farkı ifade etmektedir.²¹⁹ Örneğin, davacının (alıcının), davalının (satıcının) sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan söz konusu malı alamaması halinde bu malı başkasından daha yüksek bir fiyatla satın almak zorunda kalması halinde, bu iki fiyat arasındaki fark, davacının müspet zararını oluşturmaktadır.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Müspet zararın istenmesi halinde, sözleşme varlığını korumaktadır. Bu durumda, alacaklının ifaya ilişkin talep hakkı yerini, müspet zararının tazminine ilişkin talebe bırakmaktadır. Belirtmekte fayda var ki, burada, sözleşmenin feshinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zarar söz konusudur.

Hukuki niteliklerinin aynı olması nedeniyle, temerrüt nedeniyle müspet zararın tazminine, kusurlu imkânsızlıktan doğan müspet zararın tazminine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanmaktadır. TBK m. 125/II hükmünde her ne kadar kusurdan bahsedilmemekte ise de, tazminat borcunun doğması için borçlunun kusurlu olması şartı aranmaktadır. Ayrıca, TBK m. 112 uyarınca da borçlunun kusurlu olduğu karinesi mevcut olduğundan, kusursuz olduğunu iddia eden borçlunun bunu ispat etmesi gerekmektedir.²²⁰

TBK m. 125/II hükmünde müspet zarar, iki unsurdan meydana gelmektedir. Bu unsurlar; alacaklının ifadan vazgeçtiği anda borçlanılan edimin arzettiği değer ve gecikmeden doğan zarardır. Bu gecikme zararları kapsamına; alacaklının ifa beklentisi içerisinde yapmış olduğu harcamalar, seçim hakkının kullanırken yüklendiği masraflar, tüm dava giderleri, temerrüde düşmesi nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminat, ceza koşulu ve yoksun (mahrum) kalınan kâr girmektedir. Para borçlarında, gecikme faizi ile aşkın zarar da bu kapsamda yer almaktadır. Ayrıca, ifa edilmeyen edimin değeri de gecikme zararı içerisinde yer almaktadır. Müspet (olumlu) zararın tazmininde, borçlanılan edim zamanında

²¹⁹ İNAN/ YÜCEL, s.404; EREN, s.1184

²²⁰ EREN, s. 1185.

ifa edilmiş olsa idi alacaklı hangi ekonomik durumda olacak idiyse o durumun yeniden sağlanmasını amaçlamaktadır.²²¹

Zararın belirlenmesi ve hesaplamasında esas alınacak tarih, alacaklının vazgeçme beyanında bulunduğu tarihtir. Alacaklının edimi bu anlamda reddetmiş olması nedeniyle asli edimin sonradan değerinin artması ya da azalması göz önünde tutulmaz.²²²

Şunu da eklemek gerekir ki, TBK m. 125, düzenleyici bir hukuk kuralı olup, taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

Yargı kararları, müspet zararı şu şekilde tanımlamaktadır:

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin E. 2017/4750 K. 2018/10575 T. 24.10.2018 sayılı kararında; *“Müspet zarar; Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır...”* denilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2016/5887 K. 2018/1691 T. 24.4.2018 sayılı kararında; *“Müspet zarar ise, sözleşme sebebiyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Kısaca, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Örneğin, kira geliri kaybı, geciken ifa sebebiyle ifaya bağlı ceza (B.K.158/İl.md.), seçimlik ceza (B.K.158/İl.md.), eksik işler bedeli, kâr kaybı müspet zarar kapsamındaki alacakları oluşturmaktadır...”* denilmiştir.

²²¹ EREN, s. 1185.

²²² EREN, s. 1185.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin E. 2016/1511 K. 2018/5777 T. 12.12.2018 sayılı kararında; *“...Diğer yandan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 96. maddesiyle aynı yönde düzenleme içeren 6098 Sayılı TBK'nın 125/1. maddesi gereğince sözleşmedeki edimini yerine getirmeyen borçludan sözleşmenin feshi talep edilmeksizin borcun ifası ve tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Bu tazminat istemi sözleşmenin feshi gerekmeksizin talep edilebilecek sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden eksik ve/veya kötü ifadan kaynaklanan olumlu zarardır. Davacı sözleşmedeki paylaşım ve hisse oranlarına göre sözleşme gereği hakettiği bağımsız bölümlerin sözleşmede belirlenen sürede kendisine verilmediği bu nedenle zarara uğradığını iddia ettiğine göre bu talebinin de incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...”* denilmiştir

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2016/5440 K. 2018/1884 T. 10.5.2018 sayılı kararında; *“...Burada zarar kapsamı net ve gerçek zarar olarak düzenlenmiştir. Net ve gerçek zarar, malvarlığındaki gerçek eksilmeyi ifade eder. Bu sebeple müspet zararın tazmini halinde malvarlığının ulaşacağı değerin, sözleşmenin ifası halinde malvarlığının ulaşacağı değeri geçmemesi gerektiği gözetilerek hesaplama yapılmalıdır.*

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi, sözleşmelerde; borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanımıştır: Bunlar; her zaman için ifa ve gecikme tazminatı isteğinde bulunma, derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteme ya da ifadan vazgeçip sözleşmeden dönerek menfi zararını isteyebilmedir.

"Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir. Müspet zarar: Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiye, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde

ihlalde, müspet zararın giderimi söz konusu olur (Prof. Dr. H. Tandoğan Türk Mesuliyet Hukuku 1961 s. 426 vd.).

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya dair talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir." (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2006 tarihli, 2006/13-499 Esas, 2006/507 Karar sayılı ilâmı)." ifadeleri yer almaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2010/14-244 K. 2010/260 T. 2.5.2010 sayılı kararında; "...Müspet zarar (positive ve interesse) alacaklının gereği gibi ve vaktinde olan ifaya taalluk eden menfaatine tekabül eder. Yani borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idi ise bu vaziyet ile mamelekin hala hazır vaziyeti arasındaki farktır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar aktin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Müspet zarar, kusursuz olan tarafın temerrüde düşen taraftan sözleşme yürürlükte kaldığı sürece isteyebileceği bir tazminat türüdür. Sözleşmeden kusurlu olarak dönen taraftan istenebilir. Yeter ki sözleşmeden dönülmemiş olsun, dönülmüş ise dönen taraf kendisi olmasın ve kusursuz bulunsun." denilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2010/14-386, K. 2010/427 T. 29.09.2010 ve E. 2010/13-618-668, T. 15.12.2010 ve E.2003/19-152, K. 2003/125, T. 05.03.2003 sayılı kararlarında ise başlangıçta geçerli olarak kurulan ancak, sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmedeki zarar hakkında "Bir sözleşmenin başlangıçta geçerli olarak kurulmasına rağmen daha sonra ortaya çıkan nedenler dolayısı ile imkânsız hale gelmesi durumunda, davacı gerçek ve güncel müspet zararını talep edebilmelidir." ifadeleri kullanılmıştır. Burada kabul edilen ilkeye göre; zarar doğurucu eylem, zarar görenin malvarlığında ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da, o miktarda olmalıdır. Öyle ise, oluşan gerçek zarar ne kadarsa, tazminat da o kadar olacaktır. Diğer bir deyişle, ödenecek tazminat zarar görenin malvarlığını, zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, malvarlığının alacağı duruma getirecek nitelikte olmalıdır. Bu

durumda, davacının, sözleşmenin ifasının imkânsız hale geldiği tarihteki gerçek ve güncel müspet zararına hükmedilmesi gerekmektedir.

Kâr kaybı ise, kârdan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Bu zarar türü, sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Esasında kârdan yoksun kalan tarafın malvarlığında, kusurlu fesihten önce ve sonra bir değişiklik bulunmamaktadır. Kâr kaybının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir. Kâr kaybı; sözleşme ifa edilseydi, zarar görenin elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden, yapması gereken tüm zorunlu harcamalar ile sözleşmenin süresinden önce feshinden dolayı sağladığı haklar ve yine bu süreçte başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarlarının toplamı indirilerek bulunur²²³.

Kâr kaybı ile ilgili Yargıtay dairelerinin yerleşik kararları ve bu kavram ile ilgili bazı somut olaylar şu şekildedir:

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin E. 2017/4750 K. 2018/10575 T. 24.10.2018 sayılı kararında; “...Müspet zarar...kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Kâr kaybı, kârdan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır...Elde edilecek fark miktara da net kâr denilir. Bu yönetime uygun kâr kaybı zararı hesaplanırken davacının davalıya ödemesi gereken kira paraları da elbette davacının yapması zorunlu giderler içindedir. Davacı ile kiraya veren ... arasındaki 01.06.1999 başlangıç tarihli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kiralanan (oto yıkama yeri), niteliği itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nun adi kira hükümlerine tabi olup 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 327. (mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 263.) maddesi gereğince sözleşmede açık ya da örtülü biçimde bir süre belirlenmiş ise, kira sözleşmesi bu sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Taraflar bu durumda açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Dosyada mevcut belgelerden taraflarca sözleşmenin feshine ya da devamına ilişkin bir ihtar olmadığına göre kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmüştür. Somut olayda; Davalı kiraya verenin, dava konusu taşınmazı 02.06.2000 tarihli kira sözleşmesi ile dava dışı ...'a kiraya verdiği anlaşılmaktadır.

²²³ EREN, s.1185

Bu itibarla kiraya verenin kira süresince kiralananı kiracının yararlanmasına hazır halde bulundurma yükümlülüğüne aykırı davrandığı, bir 3. şahsın el atmasıyla kiracı kiralananı yararlanmadığından kiraya veren kiracının zararını ödemekle mükellef olduğu tartışmasızdır. O halde; sözleşmeden dönmeyen kiracı, kusurlu fesih nedeniyle kiraya veren davalıdan kâr kaybı zararı adı altında bir miktar paranın kendisine ödenmesini isteyebilecektir.” ifadelerini kullanmıştır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2018/233 K. 2018/2134 T.24.5.2018 sayılı kararında; “...Öte yandan, davacı yüklenici birleşen davasında, davalı iş sahibince sözleşmenin haksız feshedildiği iddiası ile haksız fesih sebebiyle uğradığı kâr kaybının tahsilini istemiş olup; kâr kaybı, müspet (olumlu) zarardır. Mahkemece sözleşmenin feshinde her iki tarafın ortak kusurlu olması halinde kâr kaybının istenemeyeceği, başka bir ifadeyle fesihte hangi tarafın kusursuz olduğunun, kusursuz olan tarafın, sözleşmeyi haksız fesheden taraftan 6098 Sayılı TBK 408. (818 Sayılı BK 325. madde) maddesinde düzenlenen kesinti yöntemiyle hesaplanacak olan kâr kaybı alacağını isteyebileceği...” belirtilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2016/5887 K. 2018/1691 T. 24.4.2018 sayılı kararında; “...Özetle sözleşmenin feshedilmesi halinde sözleşmeyi feshedenin kâr kaybı isteyebilmesi için sözleşmede buna dair düzenleme bulunması gerekir. Feshedilen sözleşmede böyle bir düzenleme yoktur. 6098 Sayılı TBK'nın 125/son maddesi uyarınca sözleşmeyi haklı olarak fesheden taraf ancak olumsuz zararını isteyebilir, olumlu zararını isteyemez.” şeklinde hükmetmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2016/5440 K. 2018/1884 T. 10.5.2018 sayılı kararında; “...Müspet zarar olan kâr kaybı, yukarıdaki hükümlerin de sonucu olarak kâr elde edememek sebebiyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir. Gerçek eksilmenin belirlenmesi konusunda hizmet sözleşmeleriyle ilgili olarak TBK' da düzenlenen 408 ve 438. maddelerdeki kesinti yöntemi esas alınmalıdır. 408. maddede iş sahibinin temerrüdü sebebiyle istenebilecek ücret hesabı, 438. maddede ise iş sahibinin sözleşmeyi haksız feshetmesi sebebiyle istenebilecek zarar hesabı düzenlenmiştir. 408. madde işverenin engellemesi sebebiyle yapmaktan kurtulunan giderler ile başka bir iş

yaparak kazanılan veya kazanmaktan bilerek kaçınılan yararların indirilmesini, 438. madde ise sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf edilen miktar ile başka bir işten elde edilen veya bilerek elde etmekten kaçınılan gelirin indirileceğini düzenlemiştir. Her ikisi de indirim unsurları olarak benzer düzenleme içermekte olup, öğreti ve uygulamada bu hesaplama, kesinti yöntemi olarak adlandırılmaktadır. TBK'daki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine dair olmasına rağmen, diğer sözleşmelerin haksız feshi halinde de kıyasen uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 tarih, 2010/14-244 Esas, 2010/260 Karar sayılı ilâmında da iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde, kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunundaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.

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.” denilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E.2016/4313, K. 2016/4946, T. 01.12.2016 sayılı kararında; “Kesinti yöntemi mülga 818 Sayılı BK'nın 325. maddesinde (6098 Sayılı TBK'nın 408. maddesi) düzenlenmiştir. Yargıtay'ın ve Dairemizin kabul ettiği bu yönetime göre, yüklenicinin işi tamamlayamaması sebebiyle 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 (Dairemizin 11.4.2007 gün ve 4955-2372 sayılı, 9.5.2013 gün ve 7521-3029 Sayılı kararları). ” demiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.2013/8668, K. 2014/15289, T. 09.10.2014 sayılı kararında; *“Davacı, işbu davasında kar mahrumiyeti talep etmiştir. Kar kaybı, müspet zararlar bahsinden olup, sözleşmesinin feshi halinde ancak uğranılan menfi zararların yani sözleşmenin ifa edileceğine güvenilerek iyiniyetle yapılmış giderler ve yine sözleşmenin ifa edileceğine güvenilerek kaçırılan daha elverişli fırsatlardan dolayı uğranılan menfi zararların istenebilmesi mümkündür. Öte yandan taraflar arasındaki sözleşmede, açıkça kar mahrumiyeti isteneceğine dair bir düzenleme de mevcut değildir. Bu durumda mahkemece, davacının kar mahrumiyetine ilişkin isteminin müspet zarar kavramı kapsamında olduğundan hareketle, taraflar arasındaki sözleşmede fesih halinde müspet zararın da talep edilebileceğine dair bir açıklık olmadığı göz önüne alınmak suretiyle davacının bu yöne ilişkin isteminin reddine karar vermek gerekirken...”* denilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2010/14-244 K. 2010/260 T. 2.5.2010 sayılı kararında ise; *“Kar kaybı ise kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kar kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kardan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kar kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir.*

Müspet zarar ve kar kaybı zararı kavramlarına ilişkin bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince;

Taraflar arasında düzenlenen 1.11.2004-31.12.2005 dönemini kapsayan kira sözleşmesinin süresi bitmeden davalı tarafından 31.3.2005 tarihinde feshedildiği tartışmasızdır. Davalı feshe sebep olarak otelde yapılan bazı anket sonuçlarına dayanmış ise de, anket sonuçları otel müşterilerinin tamamının düşüncesini yansıtmayan subjektif değerlendirmelere ilişkin olduğundan fesihte kusurludur. Dolayısıyla sözleşmeden dönmeyen kiracı kusurlu fesih sebebiyle kiralayan davalıdan kar kaybı zararı adı altında bir miktar paranın kendisine ödenmesini isteyebilecektir. Ancak; iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde Borçlar Kanununun 106. ve 108. maddeleri hükümleri gereğince kar kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen

Borçlar Kanununun 325. maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması gerekir. Bu yöntemle göre kar kaybı ise sözleşme ifa ile bitse idi zarar görenin elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden yapması gereken bircümle zorunlu harcama kalemleri ile sözleşme süresinden önce feshedildiğinden süresinden önce fesih sebebiyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarları toplamı indirilerek bulunur. Elde edilecek fark miktara da net kar denilir. Bu yöntemle uygun kar kaybı zararı hesaplanırken davacının davalıya ödemesi gereken kira paraları da elbette davacının yapması zorunlu giderler içindedir. Somut uyuşmazlıkta; kira parası peşin ödenmiş, davacı kar kaybı zararı dışında sözleşmenin feshinden ifa süresi sonuna kadar geçen dönem kira parasının istirdadını da istemiş, mahkemece bu istek de hüküm altına alınmıştır. Kira dönemi içerisinde kar elde edebilmek için kira parası ödenmesi de zorunlu olduğundan davacının ayrıca iş yerini çalıştıramamasından dolayı peşin ödediği kira parasının istirdadına olanak yoktur. Davadaki bu istek kaleminin açıklanan sebeple reddi gerekir.

Diğer taraftan, yukarda sözü edildiği üzere sözleşme 31.3.2005 tarihinde feshedildiğinden bu tarihten kira sözleşmesinin sona ereceği 31.12.2005 tarihine kadar geçecek dönemde davacının fesih sebebiyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya sağlamaktan kasten kaçındığı değerlerin de davacının kar mahrumiyeti zararından düşülmesi gerekir.” denilmiştir.

2. 6. 2. Menfi Zarar (Olumsuz Zarar)

2. 6. 2. 1. Menfi Zarar Kavramının Ortaya Çıkış Nedeni

Menfi zarar kavramını hukuk bilimine kazandıran kişi, RUDOLF von JHERING olmuştur. Jhering, menfi zarar kavramını müşterek hukuk döneminde ayrıntılı şekilde açıklamış; modern hukuk döneminde ise sadece kavram olarak yer vermiştir. Menfi zarar kavramı; hükümsüz olan bir borç ilişkisinin taraflarının uğramış oldukları zararların tazmin edilmesi ilkesine dayanmaktadır. Büyük hukukçu Jhering, Pandekt Hukuku'nda hükümsüz bir sözleşmenin neden olduğu zararların tazmini açısından yeterli çözümlerin olmadığı kanaatiyle, Roma geçmişindeki bazı olaylardan da hareketle, “culpa in contrahendo” adında yeni bir teori ortaya koymuştur. (Culpa in contrahendo yukarıda detaylı olarak açıklandığı için burada tekrar anlatılmayacaktır)²²⁴

Jhering'e göre, sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden zarar gören tarafın, en azından olumsuz (menfi) zararının giderilmesi gerekmektedir. Ünlü hukukçu, özellikle esaslı yanılma sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olması durumunu, bu teorinin çıkış noktası olarak seçmiştir. O dönemdeki irade teorisinin etkisinde kalarak, esaslı yanılmanın neden olduğu irade uyumsuzluğu yüzünden kurulmayan sözleşmelerde, yanılan tarafın, karşı tarafa kusuruyla zarar vermesi durumunda, kanun ve doktrinin, zararın kim tarafından zararın üstlenilmesi gerektiği hususunda suskun kaldığını belirtmiştir. Ayrıca, sözleşmeye dayalı kusur (Contractliche Culpa) ile haksız fiile dair kuralların (actio legis Aquiliae) da çözümsüz kaldığını tespit ederek, bu konuda bir kanun boşluğunun bulunduğunu ileri sürmüştür. Jhering sonuca ulaşırken şu örnekleri vermiştir: “...Bir kimse, bir maldan 100 Pfund (Pfund=yarım kilo) ısmarlamak istiyor: ancak Phund ile Centner'i (Centner=elli kilo) birbirine karıştırıyor. 100 Centner mal geldiğinde, onun tarafından iade ediliyor... Yanlışlık gerçekten ispatlanabildiği takdirde, bu sözleşmenin geçersiz olduğu şüphesizdir. Boşa çıkan paketleme ve gönderme masraflarına kim katlanacaktır?”... “... Bremen' e seyahat eden bir arkadaşımın, benim için 1 / 4 kutu puro siparişi vermesini rica ettim. Ancak o yanlışlıkla dört kutu sipariş eder. Dört kutu puro gönderildiğinde, benim tarafımdan reddedilir. Gönderici iki defa nakliye masraflarına katlanmak zorunda mıdır ya da o, haberciden veya benden bunların tazmin edilmesini talep edebilir mi?...”, “...Burada bir tazminat davasına

²²⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.36; BUZ, Dönme, s.239

*ihtiyaç olduğunu kim hissetmez ki? Ancak şu var ki, bizim kaynaklarımız bu sorun hakkında derin bir suskunluk içerisinde... ”.*²²⁵

Bir borç ilişkisinin hükümsüz olması sebebiyle, bir borcun varlığından ve onun ihlalden hukuken bahsedilmeyeceği için, buna bağlı olarak, ifaya ilişkin çıkarları hedefleyen olumlu zararın tazmini de talep edilemeyecektir. Ayrıca, haksız fiil hükümleri çerçevesinde de herhangi bir tazmin talebi ileri sürülemeyecektir. Zira, bir mutlak hakkın ihlali de çoğunlukla söz konusu olmayacaktır²²⁶. İşin niteliği gereğince hem ifaya ilişkin çıkarını (yani ifa ya da olumlu zararın tazmini talebini) isteyemeyen hem de haksız fiil hükümlerine dayanamayan bir kimsenin, borç ilişkisinin geçerliliğine güvenmesi nedeniyle uğradığı kayıpların tazmin edilememesi; malvarlığındaki azalmalara, güvenen kimsenin bizzat kendisinin katlanması adil görülmemiştir. Jhering’e göre, aksi halde sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimse, karşı tarafın müzakerelerdeki kusurlu davranışlarına kurban edilmiş olacaktır. Bu nedenle ki; hüküm ifade etmeyen borç ilişkilerinin sebep olduğu ve ifa borcuna aykırılıktan doğan zararların kapsamı dışında kalan diğer zararlar, menfi (olumsuz) zarar adı altında toplanmıştır. Menfi zarar bu nedenle, ifa menfaati ile hiç tazminat talep etmeme arasında adeta uzlaştırıcı bir rol oynamaktadır²²⁷.

Bu anlayış çerçevesinde, esas olan ilke; bir kimse hükümsüz olsa da geçerli gibi gözükken bir hukuki işlem yapma iradesiyle karşı tarafta güven uyandırır, bu nedenle meydana gelen zararları karşılamakla yükümlüdür.²²⁸

Menfi zarar kavramının ortaya çıkışında etkili olan bu düşünce biçimi, hukukumuzdaki pek çok kurumla da benzerlik göstermektedir. Örneğin; sebepsiz zenginleşmede, iyiniyetli iade yükümlüsünün zenginleşmenin kalıcılığına güvenmesi sebebiyle uğramış olduğu kayıpların, iade borcundan mahsup edilmesinin temelinde de benzer bir düşünce yatmaktadır. Zira, sebepsiz iktisap edilen şeyin değerinde azalma

²²⁵JHERING s.7 (ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.37, N. 114’dan naklen)

²²⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.37

²²⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 37

²²⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 38

olmamış ya da bu şey ortadan kalkmamış olsa dahi, iktisap yüzünden iyiniyetli iade borçlusunun başka malvarlığı değerleri azalmış veya ortadan kalkmış ise, iade yükümlülüğü de bu oranda azalmaktadır. Bu şekilde iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin, malı iktisap etmek için yapmış olduğu tüm masraflar, onun iade borcuna mahsup edilmektedir.²²⁹

2. 6. 2. 2. Kavram

Alman hukukçu Jhering'e göre, geçerli olduğuna inanılan bir sözleşmenin tarafının, daha sonra bu sözleşmenin geçersiz olduğunun anlaşılması ya da irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesi halinde²³⁰ iki tür menfaati söz konusudur. Bunlardan birincisi, sözleşmenin geçerli olmasında ve ifa edilmesindeki menfaati; ikincisi ise, böyle bir sözleşmeyi kurma girişiminde hiç bulunmamış olmasındaki menfaattir. Yazar özetle, bu menfaatlerin ilkinin "müspet (olumlu)", ikincisini ise "menfi (olumsuz) sözleşme menfaati" olarak tanımlamıştır. Jhering'in tanımlamış olduğu bu ayrımı açmak gerekirse, müspet (olumlu) sözleşme menfaati, sözleşmenin geçerli olmasını; menfi (olumsuz) sözleşme menfaati ise, sözleşmenin kurulmamış ya da geçersiz olmasını şart koşmaktadır.²³¹

Gerek Alman Medeni Kanunu'nda gerekse İsviçre/Türk Borçlar Kanunu'nda, Jhering'in görüşlerinin etkisiyle, geçerli bir sözleşmenin kurulduğuna dair haklı güveni boşa çıkan alacaklının menfi (olumsuz) sözleşme menfaatini yani dilimize yerleşmiş ifadesi ile "menfi (olumsuz) zararını" talep edebileceği öngörülmüştür. Ayrıca güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zararı tanımlamak için menfi zarar yerine, "güvenden doğan zarar" kavramı da kullanılmaktadır.²³²

Menfi zarar kavramı geniş anlamda, herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir; yani, çıkar kaybıdır. Dar anlamda menfi zarar ise, sözleşme öncesindeki bir yükümlülüğün ihlalden doğan zarar verici olayın meydana

²²⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 38

²³⁰ Örneğin; temsil yetkisinin veya fiil ehliyetinin bulunmaması nedenleri. Bkz; BUZ, Dönme, s.239

²³¹ BUZ, Dönme, s.239

²³² BUZ, Dönme, s.240; Öz; Dönme, s.284;

gelmemesindeki menfaattir. Menfi (olumsuz) zarar, adından da anlaşıldığı üzere, “olumsuz” bir sonuca yönelmekte; borçlunun zarar verici davranışını sanki hiç olmamış gibi bir hale sokmayı amaçlamaktadır. Bu sayede, alacaklının zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı durum, tazmin yoluyla sağlanmakta ve malvarlığında meydana gelen eksilmeler giderilmektedir.²³³

Menfi zarardan sorumluluk sadece pozitif hukukumuzdaki münferit düzenlemelerden ibaret olmayıp ayrıca ünlü hukukçu Jhering tarafından genel kabul görmüş olan culpa in contrahendo öğretisi de menfi zarardan sorumluluğun önemli bir diğer kaynağıdır. Hukukumuzda menfi zararın tanımlanmasını güçleştiren olguların başında Türk Borçlar Kanunu’nun kendi içerisinde birbirinden farklılık gösteren düzenlemeleri gelmektedir. Bu sebeple, tazminatın hesabında olumsuz menfaatin dikkate alındığı bütün halleri kapsar nitelikte bir menfi zarar tanımı vermek güçtür. Ancak, baskın olan özellikleri ön plana çıkararak tanımlamak mümkündür. Olumsuz menfaattaki zarar verici olaydan anlaşılması gereken, sözleşmenin kurulmasına veya geçerliliğine ya da ifasına ilişkin olarak karşı tarafta doğrudan doğruya uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır. Bu tanımla menfi (olumsuz) zarar, hükümsüz bir borç ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulduğuna, kurulacağına veya geçersizliğini bilinmesine rağmen ifa edileceğine dair oluşturulan haklı güven nedeniyle meydana gelen zarardır. Sözleşme taraflarından birisinin, amaçlanan sözleşme ile hukuken bağlandığına veya onunla bağlanacağına inanmasına rağmen sonradan bu inancının boşa çıkarılmasıdır. Olumsuz zararın en önemli ve diğer zarar türlerinden ayıran belirgin özelliği; zarar verici olayın, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması şeklinde meydana gelmesidir.²³⁴

Menfi zararı doğuran olay aslında sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Bu sebeple, yukarıdaki tanımda, bahsi geçen güvenin uyandırılması ve boşa çıkarılması (ihlal edilmesi) ifadeleri bir arada kullanılmıştır. Nitekim, zarar verici olay için sadece güvenin boşa çıkarılmasından bahsedilirse, mevcut olan sözleşmesel ilişkiyi sona erdiren bir hakkın kullanıldığı hallerde²³⁵, zarar verici olayın da gerçekleşmiş olduğunu

²³³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 38

²³⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.39

²³⁵ Örneğin; iptal beyanı

kabul etme zorunluluğu doğar. Bu nedenle zarar verici olay, hakkın kullanılmasından ibaret olmayıp; sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüğünün ihlalinde de kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, doğru sonuca ulaşmak için, güvenin uyandırılması ve boşa çıkarılmasından beraberce bahsetmek gerekmektedir. Bu sebeple, zarar verici olay olarak ifade edilen güvenin uyandırılması ve boşa çıkarılması, yani ihlal eyleminin hiç gerçekleşmemesindeki menfaat, menfi zarara karşılık gelmektedir. Zarar gören taraf, aslında borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğine dair kendisinde güven uyandıran açıklamanın hiç yapılmamasındaki menfaatini talep etmektedir.²³⁶

Her ne kadar olumsuz (menfi) sözleşme menfaati deyiimi yerine kısaca olumsuz (menfi) zarar kullanılabilir ise de, “olumlu (müspet) sözleşme menfaati” yerine “olumlu (müspet) zarar” ifadesinin kullanılması karışıklığa yol açabilecektir. Zira, Alman literatüründe “olumlu zarar²³⁷” deyiimi, “yoksun kalınan kâr” anlamına gelmektedir. Buna karşın, dilimizde bu tür zararlar “fiili zarar” olarak ifade edildiği için müspet zarar kavramının kullanılmasında bir sakınca görünmemektedir. Buna ek olarak, Türk hukuk sisteminde fiili zarar ve yoksun kalınan kâr hem müspet zararın hem de menfi zararın konusunu oluşturabilir.²³⁸

Bu doğrultuda menfi zarar; bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına ya da geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan bir kimsenin, bu sözleşmenin kurulmaması ya da geçerli olmaması sebebiyle, malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Diğer bir deyişle, hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin, hüküm ifade ettiğine ya da hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına duyduğu güvenden doğan zarardır.²³⁹ Dolayısıyla, menfi zararın temeline inildiğinde kişide uyandırılan güvenin ihlal edilmesi olgusu bulunduğu için, sözleşmelere özgü olan bu zarar türüne; “güvenden doğan zarar” veya güven zararı=Vertrauensschaden” da denilmektedir. Alacaklının sözleşmeden dönmesi nedeniyle bir zarar doğması nedeniyle, alacaklı, sözleşme hiç yapılmamış olsa idi hangi durumda bulunacak idiyse, o duruma getirilmelidir.²⁴⁰ Kaldı

²³⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.40

²³⁷ “Positiver Schaden” bkz. BUZ, Dönme, s.240

²³⁸ BUZ, Dönme, s.240

²³⁹ UYGUR, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Giriş ve Madde 1-40, Ankara, 2003, s.84; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.40

²⁴⁰ BUZ, Dönme, s.240

ki doktrinde de, pek çok kez olumsuz (menfi) zarar ile güven zararı birbiriyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ancak burada bahsedilen güvenin sözleşmenin kurulacağına ya da geçerli olacağına veya geçersizliğine rağmen ifa edileceğine ilişkin uyandırılan güvenle sınırlı olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. Zira aksi halde, menfi zarardan sorumluluk, temelinde bulunan güvenin korunması fikrinden ötürü sınırları ve kapsamı belli olmayan bir şekle bürünecektir. Çünkü genel anlamdaki güven zararından farklı olarak her türlü güven ihlali, menfi zararın kapsamına dâhil değildir. Bu tür zarar kapsamına sadece sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde karşı tarafta uyandırılan güven ihlalinin meydana gelen alışveriş menfaatine dair kayıplar girmektedir. Dolayısıyla, menfi zarar çerçevesinde sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair kendisinde oluşan güven hiç uyandırılmasaydı kişi hangi durumda bulunacak idiyse, o hale getirilmesi istenmektedir. Örnek vermek gerekirse, bir sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güveni boşa çıkarılan zarar gören kimse, amaçlanmış olan sözleşmeyi kurmaya yönelik yaptığı masrafların ve kaçırdığı fırsatların giderilmesini talep edebilecek iken, bu sözleşmeden elde edileceğine inandığı kârın karşılanmasını isteyemeyecektir. Buna benzer olarak, bir taşınmazın satış işlemleri için Ankara'dan İzmir'e giden zarar gören kişi, İzmir'de kısa süreli tatil yapmış ise ya da başka sözleşme görüşmelerinde bulunmuş ise, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair kendisinde uyandırılan güven sebebiyle uğradığı zararların (örneğin amaçlanan sözleşmeyi kurmaya ve ifa etmeye yönelik yaptığı masrafların, kaçırmış olduğu fırsatların) tazmin edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak tatil harcamalarının veya başka sözleşme yapma masraflarının tazminini isteyemeyecektir.²⁴¹

Yargı kararlarında da menfi (olumsuz) zarar için benzer tanımlara yer verilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2017/1000 K. 2018/3552 T. 03.10.2018 sayılı kararında;

“...Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek olumsuz zarar kavramına; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar

²⁴¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.44 vd.

ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar girer.” denilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2016/5887 K. 2018/1691 T. 24.4.2018 sayılı kararında;

“...Menfi zarar; sözleşmenin karşı tarafınca yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamının, başka bir anlatımla karşı tarafın mal varlığına girmese bile o sözleşme sebebiyle cepten çıkan paradır.” ifadeleri yer almaktadır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E. 2017/2105 K. 2018/4992T. 11.12.2018 sayılı kararında;

“...Öğreti ve uygulamada menfi zarar, “uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşme hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarar” olarak kabul edilmektedir.”

Son olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin E. 2015/9748K. 2018/3897 T. 3.7.2018 sayılı kararında ise;

“... Menfi (olumsuz) zarar; dayanağını 818 Sayılı BK'nın 108/2. madde (TBK 125/3.) hükmünden almakta olup, sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır.” denilmiştir.

Bu tanımlamalardan yola çıkılarak zararın tespiti amacıyla yapılacak karşılaştırmada fark (menfaat) teorisine sadık kalındığında, menfi zararın belirlenmesi şu şekilde yapılacaktır: Güvenen tarafın malvarlığının, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü nedeniyle aldığı fiili durum ile bu zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi yani borç ilişkisinin hüküm ifade edeceğine dair uyandırılan güven boşa çıkarılmasaydı, güvenen kimsenin malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki fark, uğranılan menfi zararı ifade etmektedir. Ancak burada

dikkate edilmesi gereken husus, yukarıdaki tanımın kapsamına sadece uyandırılan güvenin boşa çıkarılması ile nedensellik bağı içinde bulunan zararların gireceğidir. Zira aksi düşünüldüğünde, sözleşmenin yapılışı esnasında meydana gelen bütün zararların tazmininin gerektiği sonucuna ulaşılır ki, bu durum, olumsuz zararın kendisine özgü olan güven karakteriyle bağdaşmamaktadır.²⁴²

Menfi zararın tazmini için kanunen getirilmiş olan bu çözüm ile birlikte, alacaklının yerine getirmek zorunda olduğu edim, arada geçen zaman içerisinde borçlunun geciken edimine göre değer kazanırsa, alacaklı yararına sonuç doğuracaktır. Bu şekilde, “spekülasyon menfaati” söz konusu olacaktır.²⁴³

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, menfi zararın tazminine neden olan zarar verici olay, hüküm ifade ettiğine güvenilen borç ilişkisinin hükümsüz kalmasıdır. Burada bahsi geçen hükümsüzlük, sözleşmenin hiç kurulmaması ya da geçersizlik sebeplerinden biriyle sakat olmasından kaynaklanabilir. Bu nedenle, güvenen kimsenin “*sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı*” ya da “*sözleşmeyi hiç kurmamış olsaydı*” uğramayacak olduğu zarar şeklindeki tanımlamalar, yokluk halini içermemesi sebebiyle yetersizdir.²⁴⁴

Doktrinde de sıklıkla yer alan bu ifadeler, aynı zamanda hiç kurulmamış olan bir sözleşmenin “*kurulmasından/yapılmasından*” bahsettikleri için isabetli görülmemektedir.²⁴⁵ Bu nedenle, daha kapsamlı ve doğru bir tanım yapmak açısından; “*sözleşmenin hüküm ifade edeceğine ya da ifa edileceğine güvenmeseydi alacaklının yani güvenen kimsenin uğramayacak olduğu zarar*” veya “*güvenilen sözleşme veya sözleşme*

²⁴² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.41; EREN, s.1186.

²⁴³ EREN, s.1186.

²⁴⁴ Menfi zarar kavramının kurucusu Jhering, kavramı tüm hatlarıyla ortaya koymuş ve müşterek hukuk döneminde hâkim olan irade teorisinin etkisiyle, özellikle de sözleşmenin hiç kurulmadığı halleri göz önünde bulundurarak culpa in contrahendo kuramını oluşturmuştur. Bu nedenle bazı yazarların olumsuz menfaati “...bir kişinin sözleşme kurulması sebebiyle gördüğü zarar...” şeklinde tanımlaması ve bu şekilde sözleşme hiç kurulmadığı durumlarda, olumsuz zarar ifadesinin kullanılmasının isabetli olmadığını ileri sürmesi, yerinde olmayan bir değerlendirme olarak görülmektedir. Zira bu görüş menfi zarar kavramının tarihsel açıdan oluşum sürecine ters düşmektedir. (Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.42, dn.131)

²⁴⁵ Kaldı ki bu ifade şekilleri, sözleşmenin kurulmasından önce yapılan masrafların menfi zarardan sorumluluğun kapsamına girmediği yönünde hatalı bir düşünce de oluşturması nedeniyle doğru değildir.

*görüşmeleri hiç yapılmasaydı meydana gelmeyecek olan zarar” ifadeleri benimsenmelidir.*²⁴⁶

Buna ek olarak, menfi zararı kısaca, sözleşmenin geçerliliğine yönelik duyulan güvenden doğan zarar olarak tanımlamak da esasında çok isabetli olmayacaktır. Çünkü sıkça kullanılan ve menfi zararın güven karakterini öne çıkarması açısından aslında yararlı olan bu ifade şekli, salt geçerli olarak gözüken mevcut bir sözleşmeye duyulan güven nedeniyle uğranılan kayıpların tazmin edileceği izlenimi uyandırmaktadır.²⁴⁷ Oysaki menfi zararın kapsamına, sadece bu tür malvarlığı kayıpları değil, ayrıca güvenilen sözleşmenin kurulmasından önce yapılan masraflar²⁴⁸ da girmektedir. Kaldı ki bunlar menfi zarardan sorumluluğun en tipik örnekleridir; yeter ki, kişide uyandırılan güven ile nedensellik bağı içerisinde bulunsunlar. Bu nedenle, menfi zarara ilişkin bir tanım yapılırken, belirtilen hususlar göz ardı edilmemeli ve içerik olarak dar olan ifadelere bağlı kalınmamalıdır.²⁴⁹

TBK m. 35/II²⁵⁰’ de yer alan “daha fazla tazminat” ifadesinin, sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan ifa menfaatine karşılık gelmesi, “sözleşmenin hükümsüzlüğünden” doğan zararın “menfi zarar” şeklinde anlaşılmasını sağlamaktadır. Buna ek olarak, TBK m.125’ de, sözleşmenin hükümsüz olmasından doğan zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar arasında alacaklıya tanınmış olan seçim hakkı da, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın menfi menfaate dair olduğunu ispatlamaktadır.²⁵¹

Menfi (olumsuz) zarar kavramında, her ne kadar “uyandırılan güvenin boşa çıkarılması” olgusu ana karakter olarak gösterilse de, bu unsurun her daim homojen bir yapı taşımadığını; olaylara göre farklılık göstereceğini de belirtmek gerekir. Örneğin, menfi zarardan sorumluluğun öngörüldüğü TMK m. 452/II’ de, vesayet altındaki kişinin, fiil

²⁴⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.42

²⁴⁷ ÖZ; Dönme, s.284, dn. 78.

²⁴⁸ Örneğin; noter masrafları, önceden ödenen vergiler gibi malvarlığı kayıpları

²⁴⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.42

²⁵⁰ TBK m. 35, Yanılmada kusur; “Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.”

²⁵¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.43

ehliyetine sahip olduğu konusunda diğer tarafı “yanıltmış” olması, yani ehliyeti olduğuna ilişkin karşı tarafta özel bir güven uyandırması şartı aranmaktadır.²⁵² Buna karşın, üçüncü kişinin korkutmasına maruz kalanın ve yetkisiz temsilcinin menfi zarardan sorumluluğuna dair TBK m.37/II²⁵³ ve 47²⁵⁴ hükümlerinde durum tam tersidir. Zira kanun koyucu, her iki kanun maddesinde de, menfi zarardan sorumluluk için kusurun varlığını bir koşul olarak görmemiş, zarar görenin iyiniyetli olmasını gerekli ve yeterli kabul etmiştir. Buna ek olarak TBK m. 47’deki menfi zarardan sorumlulukta, yetkisiz temsilcinin özel bir çaba ile kendisiyle işlem yapan üçüncü kişiyi, temsil yetkisinin var olduğuna inandırması dahi gerekmemektedir. Sorumlu kabul edilen kişinin, bir başkası adına hareket etmesi ve temsil yetkisi hususunda susması, menfi zarardan sorumluluğun doğumu için yeterli kabul edilmiş olup artık üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciye yönelik ayrıca şahsi bir güven duymasına ihtiyaç duyulmamaktadır.²⁵⁵

Tüm bu açıklamalardan yola çıkılarak, menfi zarara ilişkin yapılan tanımların, menfi zarardan sorumluluğun tüm görünüm şekillerini kapsamadığı söylenebilir. Zira, sözleşmeden (genel ifadeyle borç ilişkisinden)²⁵⁶ dönenin, karşı tarafı korkutmasına ya da maddi cebire maruz kalanın, ayırt etme gücüne sahip olmayanın ve zor durumda bulunduğu için gabine uğrayan tarafın ileri sürmüş olduğu olumsuz menfaat, güven zararı karakterine sahip değildir. Çünkü bu ihtimallerde, zarar gören kişinin uğramış olduğu malvarlığı kayıpları, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlalinden doğmamaktadır. Şöyle ki, borç ilişkisinin sonradan hükümden düştüğü hallerde, tek taraflı borç ilişkisi ya da sözleşme zaten geçerli şekilde kurulmuş olduğundan, zarar gören

²⁵² Bkz. TMK m. 452/II; “Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur.”

²⁵³ Bkz. TBK m. 37/II; “Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.” Denilmektedir.

²⁵⁴ Bkz. TBK m. 47; “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.

Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır.” Denilmektedir.

²⁵⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.45

²⁵⁶ Menfi zarar tanımlamalarında doktrinde ekseriyetle yapıldığı üzere, sadece sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik güvenden bahsetmek esasında biraz dar bir ifade şeklindedir. Çünkü menfi zarardan sorumluluk sadece sözleşmelerden değil, tek taraflı borç ilişkilerinden de meydana gelebilmektedir. Buna örnek olarak TBK m. 9/II; “Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.” Hükümü gösterilebilir. (Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.45, dn.144). Çalışmamızda her ne kadar sıklıkla “sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik güven” ifadesi kullanılacak olsa da açıklamalarımızın devamında, tek taraflı borç ilişkilerinde doğacak menfi zarardan sorumluluk hallerine de değinilecektir.

kimsenin, bu şekilde boşa çıkarılmış güveninden bahsedilemez. Buna ek olarak, sözleşmedeki taraflardan birinin diğer tarafı korkutması veya cebri halinde de, korkutmaya maruz kalan tarafın, serbest iradesiyle sözleşme yapmadığı için güven duyduğunu söylemek mantıklı olmayacaktır²⁵⁷. Zira, tehdit edenin, korkuttuğu tarafta sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde güven uyandırması, işin doğası gereği olanaksızdır. Aynı şekilde, ayırt etme gücünden yoksun olan ya da zor durumda kalması nedeniyle gabine uğrayan tarafın da, yapmış olduğu işlemin geçerli olacağına dair güven duyduğundan söz edilemez; onlar sadece karşı tarafın kendisinde düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle zarara uğramışlardır. Bu nedenle, bahsettiğimiz bu hallerde ortaya çıkan menfi zararı şu şekilde tanımlamak mümkündür: Zarar verenin, sözleşmeden dönme halinde sözleşmeyi ihlal eden, diğer hallerde ise edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine aykırılık teşkil eden davranışları nedeniyle hükümsüz bir borç ilişkisinin, karşı tarafın rızası dışında malvarlığında meydana getirdiği azalmadır.²⁵⁸

O halde, tüm bu tespit ve açıklamaları dikkate alarak, doktrinde de kabul edilen ve menfi (olumsuz) zarardan sorumluluk hallerinin hepsini içeren ortak bir tanımlamayı şu şekilde yapabiliriz: Menfi zarar, tek taraflı borç ilişkisi ya da sözleşme yapma fikri hiç söz konusu olmasa idi uğranılmayacak olan malvarlığı azalmasıdır.²⁵⁹ Olumsuz menfaatinin giderilmesini isteyen zarar gören, hükümsüz olan borç ilişkisinin tarafı hiç olmasa idi içinde bulunacağı farazi durumun tesis edilmesini talep etmektedir.²⁶⁰

TBK m. 125/III'te, sözleşmeden dönen alacaklıya dönme ile beraber menfi zararının da tazminini talep etme hakkı tanınması, Türk/ İsviçre Borçlar Kanunu'na özgü bir özellik olarak nitelendirilebilir. Zira karşılaştırmalı hukukta, bazı hukuk sistemleri, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklıya ya sözleşmeden dönme ya da tazminat talep etme hakkı tanımış; ancak dönme ile birlikte tazminat talep etme olanağı öngörmemişken, sözleşmeden dönen alacaklıya sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın yani müspet zararın

²⁵⁷ Karşı tarafın korkutması nedeniyle sözleşme yapan kimsenin, artık bu sözleşme ile bağlı olduğu düşüncesiyle masraf yaptığı hallerde de durum yukarıda ifade edildiği gibidir. Çünkü bu ihtimalde de korkutulan kimse, sözleşmenin geçerliliğine yönelik güven duymasından değil; yapmak zorunda kaldığı (iradesi fesada uğratılarak) görünüşteki sözleşmenin doğuracağı olası hukuki yaptırımlardan kurtulmak amacıyla hareket etmektedir.

²⁵⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.46

²⁵⁹ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.63

²⁶⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.46

tazminini talep etme hakkı tanınmıştır. Örneğin Alman hukukunda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklıya sadece sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini talep etme hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı arasında bir seçim hakkı tanınmıştır. Öte yandan, Avusturya Medeni Kanunun 921. paragrafında ve Fransız Medeni Kanununun 1184. maddesinde açıkça, sözleşmeden dönen alacaklının, müspet zararının tazminini talep edebileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, yukarıda da anlatıldığı üzere Viyana Satım Sözleşmesinde de yer almaktadır.²⁶¹

1. 3. Menfi Zarar Kalemleri

Menfi zararın, alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle uğradığı zarar olması ve bu zararın alacaklının borçlu ile yaptığı sözleşme ile illiyet bağı içerisinde olması nedeniyle, bütün zararların menfi zarar kapsamına girmesi mümkün değildir. Menfi zarar da müspet zarar gibi “fiili zarar” ve “yoksun kalınan kâr” kalemlerinden oluşmaktadır. Ancak, menfi zarar kalemlerini tüketici bir şekilde tek tek saymak pek mümkün değildir. Doktrinde kabul gören tipik menfi zarar kalemleri, şu şekildedir:

2. 6. 2. 3. 1. Fiili Zarar

1. Sözleşmeyi kurma masrafları:

Bu zarar kalemlerine örnek olarak; sözleşmenin kurulması için yapılan noter harçları, vergiler, yazışma, telefon, seyahat masrafları, fikir danışılan hukuk danışmanına ve sözleşmenin kuruluşuna bir komisyoncunun aracılık etmesi halinde ona ödenen ücret, vb. masraflar verilebilir. Zira, menfi zarar denildiğinde ilk akla gelen; hükümsüz sözleşme için yapılan masraflardır. Sadece taahhüt işleminin kurulması değil, bu taahhüt işleminin ifa edilmesi için yapılan aynı nitelikteki tasarruf işlemleri için yapılmış olan diğer masraflar da menfi zararın konusunu oluşturabilir.²⁶²

²⁶¹ BUZ, Dönme, s.243

²⁶² Örneğin; bir gayrimenkulün tescili için yapılan masraflar; BUZ, Dönme, s. 244; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.289

Söz konusu masraflar, rıza dışı azalmayı ifade eden dar anlamdaki zarar kavramı kapsamında olmayıp, hak sahibinin rızası ile yaptığı masraflardır. Bununla beraber, Von Tuhr'un ileri sürdüğü “*beklentinin boşa çıkması görüşü*” ne göre masraflar, belirli bir amaca ulaşmak için yapılmaktadır. Bu amacın engellenmesi durumunda ise masraflar da boşa yapılmış sayılmaktadır. Beklentinin gerçekleşmemesi, boşa çıkan masrafların da, malvarlığındaki rıza dışı bir azalma olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır.²⁶³

Her ne kadar menfi zarar ile beklentinin boşa çıkması görüşü aynı anlamda kullanılsa da, masrafların tazmin edilebilirliği açısından menfi zararın tazmininin, “*beklentinin boşa çıkması*” görüşüne dayanması gerekmemektedir. Ayrıca, menfi zararı içeren masrafların tazmin edilmesi ile beklentinin boşa çıkması görüşü kapsamında tazmin edilecek masraflar da birbirine karıştırmamalıdır. Zira, menfi zarar kapsamındaki faydasız masraflar, karşı tarafın güven uyandırıcı davranışları sonucunda yapılmakta ise de, bunlar ile takip edilen amacın gerçekleşmesine engel olan borçlunun davranışı arasında sadece dolaylı bir bağlantı bulunmaktadır. Ancak beklentinin boşa çıkması görüşünde aksine; masrafların yapılmasında değil, takip edilen amacın elde edilmesi ile karşı tarafın davranışları arasında bir nedensellik bağı söz konusudur. Kaldı ki, amaçlanan sözleşmenin sebep olduğu masrafların tazmin edilmesi, zaten menfi zararın hedeflediği amacın içerisinde bulunmaktadır.²⁶⁴

Menfi zarar kapsamına sadece gerekli olan masraflar girmektedir. Dolayısıyla, gerekli olmayan masraflar, duyulan güven ile uygun illiyet bağı içerisinde olmadığı için tazmin edilemezler. Örneğin, sözleşmenin kurulması için İstanbul'dan Ankara'ya giden zarar gören, yolculuk ve konaklama masraflarını isteyebilecekken, oteldeki bir eğlenceye katıldığında yapmış olduğu harcamaları talep edemeyecektir.²⁶⁵

2. Sözleşmenin ifası için yapılan masraflar ve uğranılan diğer zararlar:

Sözleşmenin geçerli olacağına güvenen taraf, sözleşmedeki ifa zamanını ve yerini dikkate alarak kendi edimini yerine getirmek için birtakım harcamalar ve tasarruf işlemleri

²⁶³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.289

²⁶⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.289 vd.

²⁶⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.290

yapmış olabilir. Yapılmış olan bu harcamalar; borç ilişkisinin hükümsüz olması nedeniyle amacına ulaşamamış olup menfi zararın fiili zarar kısmını oluşturmaktadır. Örneğin, devir, nakliye, tescil masrafları, gümrük masrafları, sözleşme konusu malın başka yerden temin edilmesi masrafları, devir için yapılan masraflar, bankadan alınan kredi faizleri ya da eser sözleşmesinde kullanılan malzemelerin değeri, araziye düzeltme ve şantiye kurma masrafları, mimari proje çizdirme, bu masraflar arasında yer almaktadır.²⁶⁶

Sözleşmenin ifasına yönelik harcamalar kapsamına, tarafın, karşı edimin kabulü için yaptığı masraflar da girmektedir. Örneğin, karşı edimin muhafazası için depo kiralınması, malın taşınması için taşıma sözleşmesi yapılması, teslim edilecek hayvan ise yem alınması, bakıcı tutulması veya ifanın gerçekleşeceğine güvenle yeni işçilerle anlaşılması vb. masraflar bu kapsamdadır. Sözleşmedeki edimin yerine getirilmemesi, karşı edim için yapılan masrafların zarar kalemi olmasına sebebiyet vermektedir.²⁶⁷

Sözleşmenin ifası için yapılan bu tür masrafların yanı sıra, sözleşmenin ifasına duyulan güven nedeniyle malvarlığında birtakım azalmalar meydana gelmiş olabilir. Bu tür malvarlığı kayıpları da menfi zararın fiili zarar ayağını oluşturmaktadır. Bunlara örnek olarak; sözleşmenin ifasının gerçekleşmesi için gönderilen eşyanın taşınması esnasında zarar görmesi veya hükümsüz satış sözleşmesi uyarınca teslim edilen ayıplı malın sebebiyet verdiği diğer zararlar²⁶⁸ ya da yüklenici ile anlaşarak apartman yaptıracığına inançla başka kimselere kiraya vermiş olduğu evini yıktıran arsa sahibinin uğradığı kira kaybı verilebilir.²⁶⁹

3. Yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek faydalar

Sözleşme gereğince zarar görenin ifa etmiş olduğu edim, menfi zararın kapsamında yer alan diğer bir fiili zarardır. Zarar gören taraf, karşı tarafça edimin yerine getirileceği inancıyla üzerine düşen edim yükümünü yerine getirdiği için zarara uğrayabilir. Zira karşı taraf sözleşmeyi gereği gibi ifa edileceğine ilişkin bir güven oluşturmaya idi, zarar gören taraf da kendi edimini ifa etmekten kaçınacak ve böylece malvarlığında bir azalma meydana

²⁶⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.291

²⁶⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.291

²⁶⁸ Örneğin; hastalıklı hayvanın diğer hayvanlarda salgına yol açarak zarar vermesi vs.

²⁶⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.292

gelmeyecek idi. Bu nedenle, sözleşmede kararlaştırılan edimi yerine getiren taraf, karşı tarafın edimini yerine getirmemesi sebebiyle bir zarara uğramaktadır.²⁷⁰

Hükümsüz olan sözleşmedeki edimini yerine getiren tarafın, uğradığı zarar, sebepsiz zenginleşme ya da başka bir yol ile talep edilebiliyor olması, menfi zarar talebinde bulunmasına engel değildir. Zira menfi zararın tazminine ilişkin istem, diğerleri ile yarışma halindedir ve bu taleplerden birinin karşılanması, diğer talep haklarının kullanılmasını engellemektedir. Örneğin; sebepsiz zenginleşme nedenine dayanılarak iadeyi sağlayan alacaklı, artık yerine getirmiş olduğu edimin değeri için menfi zarar talebini ileri süremeyecek ya da menfi zarar sayesinde yerine getirdiği edimin değerini elde eden alacaklı, diğer talep haklarını kullanamayacaktır.²⁷¹

Zarar veren taraf, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden farklı olarak, yerine getirilen edime denk gelen rizikolardan, menfi zarar hükümleri kapsamında daima sorumludur. Bu kişi iadesi gereken şeyin ortadan kalktığı esnada iyiniyetli zenginleşen olduğunu ileri süremeyecektir.

Buna ek olarak, zarar gören taraf, yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu yararlanmaları da, menfi zararı tazmin yükümlülüğü kapsamında talep edebilecektir. Öyle ki, zarar gören, edimin faiz, kira vb. hukuki ürünlerden sözleşmenin hüküm ifade edeceği inancıyla güvendiği için mahrum kalmış bulunmaktadır. Geçerli bir sözleşme kurulacağına inanan tarafın, kendi edimini yerine getirmek üzere vadeli hesabındaki parasını vadesinden önce çekerek bankanın vereceği faiz gelirinden yoksun kalması veya arsa sahibinin, eser sözleşmesine güvenerek kira geliri elde ettiği taşınmazın yüklenici tarafından yıkılmasına razı olması sebebiyle kira alacağını kaybetmesi durumları, örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca bu çerçevede malı kötüniyetle kullanan haksız zilyetten istenebilecek ecir misil tazminatı da, menfi zarardan sorumluluğun kapsamına girmektedir.²⁷²

4. Hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar

²⁷⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.292

²⁷¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.293

²⁷² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.294

Hükümsüz sözleşmenin gerçekleşeceği yönünde güven uyandırılan tarafın, bu sözleşmenin tasfiyesi sebebiyle uğradığı kayıplar da, menfi zararın fiili zarar kalemlerindendir. Zarar gören tarafın, daha önce yerine getirdiği edimini geri almak veya diğer tarafın edimini iade etmek için yaptığı harcamalar ve bu sırada karşılaştığı diğer zararlar da bu kapsamdadır. İfa edilmiş olan edimin geri alınması ya da iade edilmesi esnasında eşyanın zarar görmesi durumu veya imar mevzuatına aykırı inşaatın yıkılması için yapılan masraflar bu durumun örneklerindendir.²⁷³

5. Usuli işlemlere dair masraflar

Amaçlanan sözleşmenin sebep olduğu usuli işlemlerden doğan zorunlu masraflar da bu kapsamda yer almaktadır. Bu zarar kalemlerinin başlıcaları, hükümsüz sözleşmeye dayanılarak açılan ancak faydasız kalan ifa davası masrafları, temerrüt ihtarı çekme, ek süre verme, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi iptal etme nedeniyle yapılan masraflar ile yargılama giderleri ve avukatlık ücretidir.²⁷⁴

6. Üçüncü kişilere ödenen tazminat ve cezai şartlar

Taraflardan biri, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek üçüncü kişilerle başka sözleşmeler yapabilir. Üçüncü kişilerle yapılan bu sözleşmelerdeki edimler, amaçlanan sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle yerine getirilemeyebilir. Böyle bir durumda, eğer taraf, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek üçüncü kişilere karşı üstlendiği yükümlülüklerini yerine getiremediği için tazminat veya cezai şart ödeme borcu altına girmişse, menfi zarardan sorumluluk kapsamında bunların da karşılanmasını talep edebilir. Zira, zarar gören taraf karşı tarafa güvenerek bu sözleşmeyi yapmasa idi, üçüncü şahıslarla da bu sözleşmeyi yapmayacak idi. Dolayısıyla, zarar görenin tazminat ve cezai yükümlülükleri doğmayacaktı. Ayrıca, bu sözleşmeden kaynaklı olarak zarar gören taraf ile üçüncü şahıslar arasında usuli işlemlerden²⁷⁵ doğan masraflar da bu zarar kalemleri

²⁷³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 296

²⁷⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 296

²⁷⁵ Örneğin; tazminat davasının yargılama giderleri vb.

kapsamındadır. Zarar gören taraf, tüm bu masrafların karşılanması zarar verenden talep edilebilmektedir.²⁷⁶

2. 6. 2. 3. 2. Yoksun (Mahrum) Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr; taraflardan birinin, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair güveninin boşa çıkarılması nedeniyle malvarlığında oluşabilecek artışların meydana gelmemesi sebebiyle mahrum kaldığı miktarı ifade etmektedir.

Her ne kadar bazı Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin, menfi zararın sadece fiili zarardan ibaret olduğu yönünde kararları bulunsa da, bu yanlışlığa düşmemelidir. Zira, kâr mahrumiyeti de, menfi zarar ile birlikte istenebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki bazı istisnai düzenlemeler²⁷⁷ bir kenara, menfi zarar da, diğer zarar türlerinde olduğu gibi malvarlığında meydana gelen fiili zarar ile yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır. Nitekim, menfi zarar kavramını hukuk bilimine kazandıran Jhering, kar mahrumiyetinin menfi zarardan sorumluluk kapsamında yer aldığını açıkça belirtmiştir. Bu bağlamda, esasen menfi zararın müspet zarardan da bir farkı bulunmamaktadır.²⁷⁸

Yoksun kalınan kâr kavramı her ne kadar hem menfi hem de müspet zarar kapsamında yer alıyor ise de, bunun hesaplanması, iki zarar türünde de farklılık göstermektedir. Zira, zararın tespiti açısından birbirinden farklı olgular bulunmaktadır.²⁷⁹ Bu konu ayrıntılı olarak, “müspet (olumlu) – menfi (olumsuz) zarar ayrımı ve tazmini” başlığı altında anlatılacaktır.

Kişi, menfi zarar kapsamında, yaptığı geçersiz sözleşme nedeniyle, daha elverişli koşullarla başka bir sözleşmeyi yapmamasından doğan zararı da talep edebilir. Doktrinde de

²⁷⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.298

²⁷⁷ Bkz. TBK. m. 9, m. 512, m. 564.

²⁷⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 299

²⁷⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 299

hâkim olan bu görüş, gerek Yargıtay gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yansımıştır.²⁸⁰

Nitekim Yargıtay Genel Kurulunun bir kararında²⁸¹ şu ifadeler yer almaktadır; “Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir (Tandoğan, age., sh: 427-428): a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri noter ücreti gibi b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabul için yapılan masraflar. c- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi. ç- Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi. d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar. e- Dava masrafları.

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 gerçekleşmeyecekti²⁸²...”

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ise bir kararında;

²⁸⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 301

²⁸¹ Bkz. Yargıtay Genel Kurulu E. 1989/13-392 K. 1990/1 T. 17.1.1990 sayılı kararı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

²⁸² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2003/1714 K. 2003/5274 T. 6.11.2003 sayılı kararı, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 12.04.2019)

“...Davacı iş sahibi, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla işi yerine getirmediğini, aynı işi üçüncü bir kişiye yaptırdığını, her iki işin fiyatı arasındaki farkı, yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından 4.9.2000 tarihinde feshedilmiştir. Feshedilen sözleşmeye tekrar dönülerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın istenme olanağı yoktur. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesine güvenilerek kaçırılan elverişli fırsatlara göre değerlendirilip bulunacak zarardır. Başka bir anlatımla davacı sözleşmeye konu işi davalıya yaptırmayıp da başka bir kişiye yaptırma olanağı varken (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebinden aynı iş için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını talep edebilir. Zira davacı davalı yükleniciye güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır. Başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek, belki zarar da gerçekleşmeyecekti...²⁸³” ifadelerini kullanmıştır. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, başka bir sözleşme yapma fırsatından doğan kâr kaybının tazmin edilmesi ile alacaklı, güvenini boşa çıkaran sözleşme görüşmeleri olmasa idi içerisinde bulunacağı farazi duruma getirilmiş olmaktadır.

Başka sözleşmeler yapılarak aynı veya daha elverişli koşullar sağlama fırsatının artık bir daha elde edilemeyecek şekilde kaçırılması, yapılan sözleşmenin hüküm ifade ettiğine dair uyandırılan güvenden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, zarar gören, güven uyandırılan sözleşme görüşmelerini hiç yapmasa idi, bu teklifleri de kaçırmayacak idi. Bu nedenle, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması ile kaçırılan diğer sözleşme fırsatlarının getireceği kazanç arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır.²⁸⁴

Yoksun kalınan kârın, menfi zarar sorumluluğuna dâhil olup olmadığı konusunda şüphe bulunmaktadır; bu kârın hesaplanması da çoğu kez yanılgıya neden olmaktadır. Menfi zarar adı altında kimi zaman, hatalı olarak, zarar görenin o sözleşmeden elde edeceği kar talep edilmektedir. Bu hataların olmaması açısından, yoksun kalınan kârın nasıl hesaplanacağına dair açıklama yapmakta fayda bulunmaktadır: Amaçlanan sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi ya da hükümsüzlüğünün anlaşılmasının ardından yapılması şu an mümkün olan sözleşme ile hüküm ifade ettiğine güvenilen borç ilişkisi nedeniyle kaçırılan

²⁸³ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 12.04.2019)

²⁸⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 303

diğer sözleşme fırsatı arasındaki fark, zarar görenin menfi menfaati kapsamında yoksun kaldığı karı oluşturmaktadır. Yapılan sözleşme ile zarar görenin şu an yapabileceği sözleşme arasındaki fark ise ifa menfaatine karşılık gelen müspet zararı oluşturmaktadır.²⁸⁵

Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2003/3335, K.2004/334 ve T. 22.01.2004 sayılı kararında;

“...Davacı akdi feshetmiştir. BK.nun 108. maddesi uyarınca karşı tarafa sebepsiz ödenen bedeli ve menfi zararlarını isteyebilir. Menfi zarar kalemleri içerisinde, davacının bu sözleşmeye güvenerek başka biriyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmamasından dolayı uğradığı zararlar da mevcuttur. Kaçırılan fırsat nedeniyle uğranılan zararın hesabında (HGK.nun 17.1.1990 gün ve 1989/13392 E. 1.K. sayılı İçtihadı uyarınca) fesih nedeniyle gerçekleşmeyen bu işten veya sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı başka bir işten dolayı elde edilemeyen kar mahrumiyeti dikkate alınmaz (15.H.D. 12.5.1994 gün 1994/545 E.-3093 K. sayılı kararı). Menfi zarar kalemleri içinde kar kaybı bulunmamaktadır. Dava konusu olayda kaçırılan fırsatın hesabında ihtilaf konusu sözleşmenin ifası halinde iş sahibine ödenecek bedel -teslim edilecek dairelerin- değeri ile kaçırılan fırsata konu edilecek benzer bir arsaya inşaat yapılsaydı o arsanın sahibine normal piyasa koşullarında verilecek bağımsız bölümlerin (varsa) bedeli arasındaki fark dikkate alınmalı davacının kaçırdığı fırsat nedeniyle ödeyeceği fazla bir bedel oluşuyor ise ona hükmedilmelidir. Akdin ifası sonunda elde edilecek karın menfi zarar olarak kabulüyle buna hükmedilmesi doğru değildir...”²⁸⁶” denilerek menfi zararın içeriğindeki kar mahrumiyeti hesaplanırken amaçlanan sözleşme ile kaçırılan fırsat arasındaki fark dikkate alınmıştır. Ancak yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda; esasında sözleşmenin feshi üzerine şu an yapılması olası olan sözleşme bedeli ile hükümsüz olan sözleşmenin yapıldığı tarihte kaçırılan diğer sözleşme teklifi arasındaki farkın temel alınması gerekmektedir. Zira Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2003/5541 K. 2004/2201 T. 19.4.2004 sayılı kararında; *“...Daha açığı, davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayıpta, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmıyaydı arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri menfi zarar olarak bu iki sözleşme*

²⁸⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 304

²⁸⁶ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 12.04.2019)

arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir. O halde mahkemece yapılması gereken husus; yukarıdan beri anlatılan çerçevede bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalı karşı davacı arsa sahiplerinin talep edebileceği menfi zararları olup olmadığını bilirkişilerce etraflıca açıklığa kavuşturmak, varsa bunun parasal tutarını hesaplatıp hüküm altına almak, aksi halde karşı davayı reddetmekten ibarettir...²⁸⁷” diyerek, yukarıda anlatılan esaslar çerçevesinde daha isabetli bir sonuca ulaşılmıştır.

Yoksun kalınan kâr, bu kazancı elde etmek üzere yapılması gereken gider ve harcamaların²⁸⁸ çıkarılmasından sonra kalan net kâr olarak tespit edilmelidir. Öyle ki, kaçırılan kâra ulaşmak için yapılması zorunlu masraflar, müspet zararda olduğu gibi, menfi zarar çerçevesinde de tazmin edilebilir nitelikte değildir. Çünkü zarar görenin giderilmesini istediği kazanca sahip olabilmesi, bu masrafların yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, amaçlanan sözleşme görüşmeleri olmasaydı bile, zarar görenin, bu masrafları yine yapması gerekecek. Bu nedenle, uyandırılan güvenin ihlali ile yoksun kalınan kârın elde edilmesi için yapılan zorunlu masraflar arasında, uygun illiyet bağı bulunmamaktadır.²⁸⁹

Menfi zararın tazmininde, zarar görenin uğradığı kâr mahrumiyeti, çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Şöyle ki;

1. İhtimal: Yapılan sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde güven uyandırılan taraf, bu sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı türden başka bir sözleşme için daha fazla bedel ödemek durumunda kalabilir.

Örneğin; 200,000 TL değerinde (B)’den bir gayrimenkul satın almış olan (A), bu sözleşmenin kurulmasından sonra, (C)’nin, yan tarafında bulunan başka bir gayrimenkulü 210,000 TL’ye satma teklifini, (B) ile arasındaki sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek reddetmiştir. (A), (B) ile yaptığı taşınmaz satımına ilişkin sözleşmesinin hükümsüzlüğü sebebiyle, aynı nitelikteki gayrimenkulü, bu sefer (D)’den piyasa fiyatlarındaki değişiklikler nedeniyle 240,000 TL’ye satın almıştır. Örnekte, (A)’nın kâr

²⁸⁷ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 12.04.2019)

²⁸⁸ Örneğin; diğer sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar vs.

²⁸⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.307

mahrumiyeti, (B) ile yaptığı sözleşmeye güvenerek reddettiği (C)'nin teklifi ile amaçladığı sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle (D) ile yapmak zorunda kaldığı aynı türdeki yeni sözleşme bedeli arasındaki farktır. Yani $240,000 \text{ TL} - 210,000 \text{ TL} = 30,000 \text{ TL}$ 'dir. Çünkü (A), (B) ile yaptığı sözleşmeye güvenmeseydi, aynı nitelikteki gayrimenkulü, 240,000 TL yerine 210,000 TL'ye alabilecekti.²⁹⁰

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; zarar gören menfi zarar adı altında, o sözleşmedeki ifa menfaatini talep edemez. Yukarıdaki örneğe tekrar bakacak olursak, (A)'nın müspet zararı, aynı nitelikteki gayrimenkulü başka yerden almak için ödemek zorunda kaldığı bedel ile yerine getirilmeyen sözleşmedeki bedel arasındaki fark yani, $240,000 \text{ TL} - 200,000 \text{ TL} = 40,000 \text{ TL}$ 'dir. Çünkü (B), yapılan sözleşmeyi kararlaştırılan şekilde yerine getirseydi (A) aynı nitelikteki gayrimenkulü 240,000 TL yerine 200,000 TL'ye alabilecekti.²⁹¹

Menfi zarar kapsamındaki kâr mahrumiyetinin uygulamada sıklıkla karşılaşılan hali; ihalenin feshi halidir. Hukukumuzda ihalenin feshi halinde, bu feshe ne gibi sonuçlar bağlanacağı konusunda, cebri arttırmalara dair İcra ve İflas Kanunundaki hükümler (İİK. m. 118/f.II, 133/f.II, 50/g) haricinde, herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca arttırma/eksilmeyi yapanı, ihalenin feshine sebebiyet veren alıcıdan, ilk ihalenin neden olduğu fiili zararların yanı sıra, menfi zarar kapsamında, iki ihale arasındaki kar mahrumiyetini talep edebilmektedir. İhalenin feshi, hukuki niteliği itibarıyla sözleşmeden dönme hali olup TBK m. 125 kapsamında uygulama alanı bulmaktadır. En iyi teklifi vermesi sonucunda ihaleyi alan kimsenin, sonradan ihalenin feshine sebep olması, gerek TMK m. 2 kapsamındaki davranış yükümlülüklerine, gerekse ihalenin kazanılmasıyla kurulan edim yükümünden ibaret borç ilişkisine aykırılık teşkil etmektedir. Buradaki menfi zarardan sorumluluk; ilk ihaledeki en iyi ikinci teklif ile daha sonradan yapılmak zorunda kalınan ikinci ihaledeki en iyi teklif arasındaki farktan oluşmaktadır. Zira, ilk ihaledeki en iyi ikinci teklif, güvenilen sözleşme nedeniyle başkası ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasını(sözleşme yapılmasa idi içinde bulunacağı farazi durumu); ikinci ihaledeki en

²⁹⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 307

²⁹¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 308

iyi teklif ise, artırma/eksilmeyi düzenleyenin yapmak zorunda kaldığı daha elverişsiz sözleşmeyi (mevcut durumu) ifade etmektedir.²⁹²

İkinci ihtimal; zarar gören taraf, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek, aynı tür sözleşmeyi daha düşük bir bedelle yapmak zorunda kalmış olabilir. Örneğin, (A), kullanmakta olduğu arabayı satışa çıkarmış ve (B) ile 15,000 TL üzerinden anlaşmış; bu anlaşmaya güvenerek (C)'nin 14,000 TL teklifini geri çevirmiştir. (A), (B) ile yaptığı sözleşmenin hükümsüz olması sebebiyle aynı arabayı bir başkasına ancak 12,000 TL'ye satabilmiştir. Bu olayda, ifaya ilişkin çıkarı 3,000 TL (15,000 TL – 12,000 TL) olan (A)'nın menfi zarar çerçevesinde ileri sürebileceği kâr mahrumiyeti, kaçırılan sözleşme teklifi ile fiilen karşı karşıya kalınan sözleşme arasındaki (14,000 TL – 12,000 TL) fark olan 2,000 TL'den ibarettir.

Üçüncü ihtimal; zarar gören, yaptığı sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvendiği için, aynı türdeki bir sözleşmeyi bir daha yapabilme imkânını kaybetmiş olabilir. Bu durum, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın, benzer bir sözleşme ile elde edeceği kardan daimi olarak yoksun kalmasını ifade etmektedir. Zira, eğer karşı taraf, sözleşmenin geçerli olduğu hususunda güven uyandırmış olmasa idi, zarar gören, aynı şartlar altında başka bir sözleşme yaparak kar kaybına uğramayacaktı. Örneğin, kısa bir süre için ithalat ve satış izni verilen bir malı, (B) ile yaptığı sözleşme görüşmelerine güvenerek yurtdışından getiren (A), başka bir kişiyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmış ve dolayısıyla yaşadığı kâr mahrumiyetini, sözleşme görüşmelerinde uyandırdığı güveni haklı neden olmaksızın boşa çıkaran (B)'den, menfi zarar kapsamında talep edebilir.²⁹³

Dördüncü ihtimal; menfi zarar kapsamında ileri sürülebilecek kazanç kayıpları, sadece benzer sözleşmeyi, aynı veya daha iyi şartlarla yapma fırsatının kaçırılmış olmasından ibaret değildir. Hükümsüz sözleşmeye duyulan güven sebebiyle kaçırılan başka nitelikteki sözleşme yapma fırsatları; bu sebeple değerlendirilemeyen değişik alanlardaki kâr getiren işler de menfi zarar kapsamında sayılmaktadır. Örneğin, yüklenici ile yapılan eser

²⁹² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 308 vd.

²⁹³ BUZ, Dönme, s.246

sözleşmesinin geçerliliğine güvenen iş sahibinin, kendi mesleki faaliyetlerini ihmal etmesi sebebiyle gelir kaybına uğramış olması halinde, bu tür zarar doğmaktadır.²⁹⁴

Yukarıda bahsi geçen örneklerde de görüleceği üzere, menfi zarar miktarı daima ifa menfaatinin altında kalmaktadır. Ancak bu durum her zaman bu şekilde gerçekleşmemektedir. Zira, menfi zarar kapsamında istenebilecek kâr mahrumiyetinin miktarı, bazen müspet zarara denk düşebilmektedir. Kurulması amaçlanan sözleşmenin rayiç bedelle yapıldığı durumlarda, bu sözleşmenin geçersizliği sebebiyle daha elverişsiz şartlar içeren yeni bir sözleşme yapmak durumunda kalan zarar görenin uğramış olduğu menfi ve müspet zarar miktarı, yoksun kalınan kâr bakımından eşitlik göstermektedir. Amaçlanan sözleşme rayiç bedelle yapılmamış olsa dahi kararlaştırılan bedel ile bu sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek kaçırılan sözleşme teklifindeki bedelin aynı olması halinde de müspet ve menfi zararın kâr mahrumiyet miktarı birbiriyle eşit olmaktadır. Örneğin, binasının onarım işini 5,000 TL karşılığında bir yükleniciye veren iş sahibi, bir başka yüklenici aynı bedel ile bu onarım işini yapma teklifini yaptığı sözleşmenin geçerliliğine güvenerek reddetmiş; ancak yaptığı sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle aynı işi daha sonradan 7,000 TL'ye yaptırmak durumunda kalmışsa, hem amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati hem de bu sözleşmenin sebep olduğu menfi zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti, 2,000 TL olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Yoksun kalınan kâr mahrumiyeti açısından menfi ve müspet menfaatin birbirine denk düştüğü durumlarda, fiili zarar kalemlerinin eklenmesi ile talep edilebilecek menfi zarar miktarı, müspet zararı aşabilir ya da altında kalabilir.²⁹⁵

Amaçlanan sözleşmedeki bedel ile rayiç bedelin aynı olduğu durumlarda, menfi zararın varlığını kabul etmek için, mutlaka başka bir sözleşme teklifinin kaçırılmış olması gerekmez. Zira, zarar görenin, aynı tür sözleşmeyi rayiç bedelle yapma fırsatını kaçırmış olması yeterlidir.²⁹⁶

²⁹⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.311

²⁹⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.312-313

²⁹⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.313

3. MÜSPET (OLUMLU) ZARAR – MENFİ (OLUMSUZ) ZARAR FARKLARI VE TAZMİNİ

3. 1. Farkları

Müspet zarar, sözleşmeden doğan borç zamanında ve belirlenen şekilde ifa edilmiş olsa idi alacaklının içinde bulunacağı farazi hali kurmayı, yani o şartlar altında alacaklının elde edebileceklerini tazmin etmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla, müspet zarar, diğer adıyla belirtildiği gibi “olumlu” bir sonuca yönelik olup hiç ya da düzgün bir şekilde ifa edilmeyen edimin tazminat yoluyla yapılmış sayılmasını hedeflemektedir.²⁹⁷

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak müspet-menfi zarar ayrımını özetle şu şekilde açıklayabiliriz:

Bu iki zarar türü arasındaki en önemli farklılık, korunan menfaat açısından ortaya çıkmaktadır. Müspet zarar, sözleşmede belirlenmiş olan ifaya yöneliktir. Borçlunun taahhüt etmiş olduğu edimi daha önce planlanan şekilde yerine getireceği ve bu sayede alacaklının bazı kazançlar elde edeceği hususunda alacaklıda uyandırılan haklı beklenti korunmaktadır. Buna karşılık, menfi zararda, sözleşmedeki ifa menfaati değil; bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ve kurulacağı veya geçersizliğine karşın ifa edileceğine dair uyandırılan güven korunmaktadır. Dolayısıyla, hem yapılan harcamaların hem de başka bir sözleşme yapma fırsatından vazgeçmenin, faydasız kayıplar olmayacağı yolunda uyandırılan güvenin boşa çıkması engellenmektedir.²⁹⁸

Müspet zararı doğuran olay, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasıdır. Bu nedenle, müspet zarar açısından bir güven ihlali söz konusudur. Menfi zarardan farklı olarak buradaki güven; sözleşmenin geçerliliğine değil, sözleşmede

²⁹⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.57

²⁹⁸ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.57

kararlaştırılan borcun ifa edileceğine yöneliktir. Buna karşılık menfi zararda sorumlulukta ise; alacaklı, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenin ihlal edilmesi sebebiyle zarara uğradığını ispatlamak zorundadır.²⁹⁹

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; müspet zararın aksine, menfi zarardaki tazminat yükümlülüğünün doğumu ve kapsamı, yaratılan güven ile doğrudan doğruya bağlıdır. Zira, menfi zarar, sadece fiilen gösterilen güveni koruma altına almakta olup güvenin boşa çıkarılması, sadece sorumluluğun hukuksal sebebi değil, ayrıca tazminat hesabının da ölçüsüdür. Bu nedenle, alacaklı, menfi zarar talebinde bulunduğu takdirde, duyduğu güven nedeniyle yaptığı harcamaları ve kaçırdığı fırsatları ispatla yükümlüdür.³⁰⁰

Menfaatin korunması açısından farklılık göstermesinden dolayı, bu iki zarar türünün hesaplanmasında dikkate alınan olgular da farklılık arz etmektedir. Müspet zarar, amaçlanan edimin gerçekleşeceği hususunda alacaklının fiilen beslediği güven değil; borçlanılan edim ve neden olduğu kayıplar ile sözleşmenin düzgün ifası halinde alacaklının elde edeceği kazançlar dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Buna karşın menfi zararda ise, bağlayıcı bir sözleşme bulunmaması sebebiyle güvenilen sözleşmedeki edim taahhüdü ve onun sağlayacağı yararlar, özetle girişilen sözleşme ilişkisinin içeriği tazminat hesabında dikkate alınmamaktadır. Menfi zararda alacaklı, sözleşmenin geçerliliğine dair hiç güvenmemiş olsa idi içinde bulunacağı duruma tekrardan getirilmesini; yani bu sözleşme dolayısıyla yapmış olduğu masrafların ve başka bir sözleşme yapma fırsatını kaırmasından doğan kar kayıplarının tazmin edilmesini talep edebilmektedir.³⁰¹

Müspet zararda, edim gereği gibi yerine getirilse idi, alacaklının yine de yapacağı masraflar göz önünde bulundurulmaz; alacaklının buna katlanma ykmllğ bulunmamaktadır. rnek olarak, sözleşmeyi kurmak için yapılan seyahat masrafları, noter harçları gösterilebilir. Menfi zarardan sorumlulukta ise, sözleşmenin ifa edileceğine güvenilerek yapılan bu tarz harcamaların tazmin edilmesi gerekmemektedir; zaten bunlar,

²⁹⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.58

³⁰⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.58

³⁰¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.59

menfi zararın tipik görünüm şekilleridir. Öyle ki alacaklı, sözleşmenin geçerli olacağına güvenmese idi, bu masrafları hiç yapmayacaktı.³⁰²

Açıklanan bu farklılıklara karşın, bazı zarar kalemlerinin tazmini açısından müspet ve menfi zararın benzerlik gösterdiği söylenebilir. Şöyle ki, amaçlanan sözleşmede belirlenen miktar ile bu sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güven nedeniyle yapma fırsatının kaçırıldığı sözleşmedeki bedelin aynı olması durumunda, menfi zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati ile aynı miktara denk gelmektedir. Ayrıca, müspet zarar kapsamındaki kâr mahrumiyetinin karşılandığı durumlarda, aynı zamanda menfi zararın bir kısmını oluşturan fiili zararda giderilmiş olmaktadır. Buna ek olarak, amaçlanan sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle yapılan harcamalar³⁰³ ile üçüncü kişilere ödenen tazminat ve cezai şart miktarları da, hem müspet hem de menfi zararın fiili zarar kısmında yer almaktadır.³⁰⁴

Her ne kadar her ikisi de bir borç ilişkisindeki nispi yükümlülüklerin ihlal edilmesinden meydana gelmiş olsa da, menfi ve müspet zarar arasındaki diğer bir önemli farklılık, hukuki nedenlerinde yatmaktadır. Zira, ifa menfaatini hedefleyen müspet zarar, hüküm ifade eden bir sözleşmeden doğduğu halde; menfi zarar, sözleşmeden dönme hali hariç olmak üzere herhangi bir ödeme borcu içermeyen, sadece davranış yükümlülüklerinden ibaret olan bir borç ilişkisinin ihlalinden doğmaktadır. Bundan ötürü menfi zarar, müspet zararın tam aksine, kural olarak bir sözleşmenin hükümsüz olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.³⁰⁵

3. 2. Tazmini

Şimdiye kadarki yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, menfi ve müspet zararın ortaya çıkması için gerekli olan şartlar birbirinden tamamen farklıdır. Menfi zararda

³⁰² ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.59 vd.

³⁰³ Örneğin, ihtar çekme ve dava masrafları vs.

³⁰⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.61

³⁰⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.61

tazmini gereken hususlar, kurulamayan veya geçerli olmayan bir sözleşmeden kaynaklanırken; müspet zararda söz konusu olan zarar, sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Menfi ve müspet zararın tazmini hiçbir zaman ve hiçbir koşulda birlikte istenememektedir. Zira, müspet zarar kapsamında talep edilen borç, düzgünce ifa edilmiş olsaydı, alacaklı, menfi zarar kapsamında yer alan kayıplara katlanacak idi. Öte yandan menfi zararın tazmininin istenebildiği durumda borç hükümsüz sayılıyor demektir ki; bu durumda, hüküm ifade etmeyen bir borcun ifasına ilişkin menfaatin tazmini istenemez.³⁰⁶

Sözleşmenin haksız feshinden kasıt; sözleşmeyi fesheden tarafın, geçerli bir nedene dayanmaması ya da kusuruyla sözleşmenin feshine sebep olmasıdır. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, geçerli olarak feshedildiği ve sona erdiği kabul edilen bir sözleşmeden dolayı artık müspet zararın tazmini talep edilemez. Sözleşmeyi haklı sebeple fesheden tarafın, menfi zararlarının tazminini talep edebileceği ise açıktır. Burada asıl tartışılan konu, sözleşmenin geçerli bir neden olmadan feshedilmesi halidir. Önceden verilen örneklerden de görüldüğü üzere; yargı kararları, sözleşmeyi haksız olarak fesheden, sözleşmenin feshinde kusurlu bulunan tarafın müspet zararlarının giderilmesini isteyemeyeceği yönündedir. Ancak sözleşmenin haksız olarak feshedildiği hallerde, diğer tarafın sözleşmeden dönmemesi halinde sözleşme ayakta kalabilmekte, böylece kusuruyla sözleşmeyi fesheden taraftan müspet zararın tazmini talep edilebilmektedir. Sözleşmeyi haklı olarak fesheden taraf, hükümsüz sözleşmeye dayanarak müspet zararını talep edemez; menfi zararlarının tazminini talep etmesi mümkündür. Bu konuda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.1993/2905, K. 1993/4544, T. 25.05.1993 sayılı kararında; “Sözleşmenin, davacı İdare tarafından haklı olarak feshedilmesi nedeniyle; davacı, hükümsüz olan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan bu müspet zararını isteyemeyeceği; istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirileceğinden davacı, sözleşmeye konu malı 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

³⁰⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.70

arasındaki farkı (menfi zararı) isteyebilir.³⁰⁷” diyerek, hükümsüz kalan sözleşmeden dönme halinde, menfi zararın talep edilebileceğini vurgulamıştır.

Doktrinde, menfi-müspet zarar ayrımının adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek terk edilmesi önerilmektedir.³⁰⁸ Bu görüşe göre, TBK m. 125’te anılan zarar, doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından, kısacası sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, kanun maddesine göre, söz konusu durum ile karşılaşıldığı takdirde, müspet zarar esas alınmalıdır. Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde Türk Borçlar Kanunu’nun “seçimlik haklar” başlığı altında getirilen ayrımın hiç bir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay’ın benimsemiş olduğu müspet-menfi zarar ayrımının terk edilmesi düşüncesi kabul görmemiştir.

4. MENFİ ZARARIN İSPATI

Menfi zararın tazmin edilebilmesi için zarar gören, malvarlığında meydana gelen azalmaları, zarar veren davranışı ve uygun nedensellik bağıını ispatla yükümlüdür. TBK m. 50 hükmü gereğince, sözleşmeden kaynaklanan bütün tazminat taleplerinde olduğu gibi burada da doğan zararın ispatı, zarar görene düşmektedir. Bundan dolayı, menfi zarar talebinde bulunan taraf, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güven ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan fiili zarar ve kâr mahrumiyeti kalemlerini ispatla yükümlüdür.³⁰⁹

Menfi zararı meydana getiren fiili zarar kalemlerinin ispat edilmesi kolaydır. Alacaklının sözleşmeden dönmesi ile malvarlığında fiilen bir azalma meydana gelmektedir. Alacaklının, meydana gelen bu azalma ile temerrüde düşen borçlu ile dönülen bu sözleşmeyi yapması arasında uygun illiyet bağıını ispatlaması gerekli ve yeterlidir. Ancak ispat yönünden güçlük çekilen konu; alacaklının menfi zarar olarak başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı için uğradığı zararın ispatıdır. Öyle ki, burada uğranılan zarar, reel, efektif yani fiili bir zarar olmayıp farazi bir zarardır. Buradaki tartışmalı olan ve çözüme

³⁰⁷ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 21.04.2019)

³⁰⁸ SEROZAN; Sözleşmeden Dönme, s. 630

³⁰⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.321

kavuşturulması gereken husus; alacaklının borçlu ile yaptığı sözleşmeye benzer koşullarda yapılan somut bir sözleşme teklifini borçlu ile dönülen sözleşmeyi yapması nedeni ile reddettiğini tam ve mutlak bir kesinlikle ispatlamak zorunda olup olmadığıdır.³¹⁰

Öğretide hâkim olan görüş; alacaklının, dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle başka bir sözleşme teklifini reddettiğini somut olarak ispatlamak zorunda olmadığı yönündedir..³¹¹ Yoksun kalınan kârın, kesin bir şekilde ispat edilmesinin zor olduğu, hâkimin ispat konusunda fazlaca talepkâr olmaması gerektiği, zarar ve illiyet bağının tam ve kesin bir şekilde aranması halinde, zarar görenin çoğu zaman hakkını elde edemeyeceği belirtilmektedir. Hâkimin olayı TBK m. 50/II kapsamında değerlendirerek, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği söylenmektedir. Bu sebeple, bazı yazarlarca, yoksun kalınan kârın tespitinden değil ancak tahmin ve takdir edilmesinden bahsedilebileceği ileri sürülmektedir.³¹²

BUZ' a göre bu görüş isabetlidir. Zira bir sözleşme yapma fırsatının kaçırıldığıının tam ve mutlak bir şekilde ispatı şart koşulursa, vakaların çoğunda sözleşmeden dönen alacaklının yoksun kalınan kâr niteliğindeki menfi zararının tazminini istemesi olanaksız olacaktır. Öyle ki, çoğunlukla dönme hakkını kullanan alacaklı, bu sözleşmeye duyduğu güven sebebiyle artık benzeri bir sözleşme yapma girişiminde bulunmayacaktır.³¹³

Son tarihli Yargı kararları da bu doğrultuda olup, hangi sözleşme yapma fırsatının kaçırıldığıının somut olarak ispatı şart koşulmamıştır. Nitekim, sözleşme konusu edimin bir cari fiyatının bulunması halinde, sözleşmeden dönen alacaklı, hükümsüz sözleşmeyi yaptığı anda geçerli olan cari fiyat üzerinden aynı sözleşmeyi başka şahıslarla da yapma fırsatına

³¹⁰ BUZ, Dönme, s.252 vd; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.321

³¹¹ Aksi görüşte ÖZ, Dönme, s.290, dn. 101.

³¹² BUZ, Dönme, s.252 vd.

³¹³ Bkz. BUZ, Dönme, s.253 vd.

sahiptir. Söz konusu bu cari fiyat ile sözleşme konusu edimin dönmeden sonraki fiyatı arasındaki farkın TBK m. 125’ deki menfi zarar kapsamına girdiği kabul edilmektedir.³¹⁴

Öğretide bazı yazarlar, sözleşmeden dönen alacaklının, dönülen sözleşmeden elde edebileceği kâr miktarı kadar malvarlığında azalma yaşadığını kabul etmektedir. Bununla beraber sözleşmeden dönme halinde, dönülen sözleşme ile dönme hakkı sahibinin yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmenin eşit ve alacalının yoksun kaldığı kâr oranının aynı olduğunun karine olarak kabulü doğru görülmemektedir. Zira, bu anlayış doğrultusunda menfi-müspet zarar ayrımının tamamen ortadan kalkacağı düşünülmektedir. Her ne kadar menfi zarar miktarının müspet zarar miktarı ile eşit olması³¹⁵ mümkün ise de, bu gibi durumlarda karine olarak kabul edilebilecek olan husus; alacaklının dönülen sözleşmedeki fiyatla aynı olan cari fiyat üzerinden, aynı sözleşmeyi başka kişilerle de yapma fırsatına sahip olduğudur.³¹⁶

Kusurun ispat yükü hususuna gelirse; kanun, zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispatla yükümlü olmadığını kabul etmektedir. Bilindiği üzere TBK m.112 gereğince, borçlu kusuru olmadığını ispatlamadıkça borca aykırılık nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla, menfi zarardan sorumlulukta da, bir sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyduğu güven nedeniyle zarar gören kimse, zarar verenin kusurunu ispatla yükümlü tutulmamaktadır. Aksine, borca ve davranış yükümlülüklerine aykırı davranarak zarar veren taraf, kusurlu olmadığını ispatla yükümlüdür. Bu nedenle kanun koyucu, kusur karinesi uyarınca ispat yükünü zarar verene yüklemiş; karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa

³¹⁴ Karş. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1987/2599 K. 1987/3778 T. 24.6.1987 sayılı kararında; “Davacının menfi zararı, satım konusunu ikinci ihale tarihinde, davalı ile sözleşmeyi yaptığı tarihe nazaran daha pahalıya satın almak zorunda kalmasından kaynaklanmaktadır. Davacı, davalı ile satım akdi yapmış olmasaydı, o tarihte aynı fiyatla başkası ile akit yapacak ve böyle bir zarara uğramayacaktı. Bu itibarla mahkemece uzman bilirkişi aracılığıyla davacı idarenin satım konusunu ilk ihale tarihinde başka yerden satın alabileceği fiyatla fesihten sonra normal sayılabilecek bir süre içinde yapılmış olan ikinci ihaledeki fiyata göre bir zarara uğrayıp uğramadığının, uğramış ise miktarının belirlenmesi ve irat yazılan teminat bulunacak idare zararından düşüldükten sonra kalan tutara hükmedilmesi gerekir.” demiştir; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1989/13-392 K. 1990/1 T. 17.1.1990 sayılı kararında ise; “Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğindir. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmüştür.” ifadelerini kullanmıştır.

³¹⁵ Örneğin; alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması sebebiyle başkaca bir sözleşme yapma fırsatı kaçırdığını somut olarak ispat etmesi ve her iki sözleşmedeki bedelin de eşit olması halinde de menfi zarar müspet zarara eşit olacaktır.

³¹⁶ BUZ, Dönme, s.256 vd.

ıkmasında kusurunun olmadığını ispatlamadıka, meydana gelen menfi zarardan sorumlu olacağını belirtmiştir.³¹⁷

5. MENFİ ZARARDA DENKLEŞTİRME

Denkleştirme kurumu, zararın belirlenmesi için gerekli olan unsurlardan biri olup; menfi menfaatin hesaplanmasında da uygulama alanı bulmaktadır. Zira, sözleşmeden dönen alacaklı, döñülen sözleşmeyi yapması sebebiyle zarara uğrarken, diğerk taraftan, bazı yararlar da elde etmiş olabilir. Borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle alacaklının sözleşmeden döñmesi ile onun malvarlığında meydana getireceğı fiili bir artış ya da onun malvarlığında meydana gelebilecek fiili bir azalma şeklinde olabilir. Örneğın; zarar görenin, sözleşmede kararlaştırılan bedeli elinde bulundurması sebebiyle faiz geliri elde etmesi veya sözleşmenin ifa edileceğine duyduğı güvenle tedarik ettiğı malı kendi ihtiyaçları doğrultusunda kullanması halinde durum böyledir. Bu tür faydaların, menfi zarar hesaplanırken zarardan düşölmesi gerekmektedir. Öyle ki, eğer zarar görende güven uyandırılıp ardından boşa çıkarılmasa idi, o bu denli yararları ancak başka bir işlem yapmakla elde edebilecekti. Bu sebeple, zarar miktarından, sağlanan bu ekonomik menfaatlerin düşölmesi gerekmektedir ki zarar gören, tazminatın zararı giderme fonksiyonuna aykırı olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle zenginleşmesin. İşte bu mahsup işlemi, “denkleştirme” olarak adlandırılmaktadır.³¹⁸

Denkleőtirilecek faydaların, zarara sebep olan olay ile nedensellik bağı içinde bulunması gerekmektedir.³¹⁹ Menfi zararda denkleştirme işlemine ilişkin bazı örnekler şu şekildedir: ³²⁰

- Alacaklı, borçlunun kendi edimini yerine getireceğı düşölncesiyle söz konusu edimi muhafaza etmek için bir depo kiralamıştır. Daha sonra borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklı sözleşmeden döñmüş ve menfi zarar olarak depo için ödediğı ve

³¹⁷ ERGÖNE, Olumsuz Zarar, s.130, 131

³¹⁸ BUZ, Dönme, s.272 vd.; ERGÖNE, Olumsuz Zarar, s.327

³¹⁹ Denkleştirmeye dair detaylı bilgi için bkz. AKÖNAL, Teoman; Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977

³²⁰ Örnekler BUZ, Dönme, s.273’ten naklen alınmıştır.

dönme nedeniyle boşa giden kira bedelinin tazminini talep etmiştir. Ancak borçlu, alacaklının, kiraladığı depoyu bir süre kendisine ait başka malları muhafaza için kullandığını ispat ettiği takdirde, kira bedelinin bu kullanımı karşılayan kısmı, menfi zarardan indirilir.

- Sözleşmeden dönen iş sahibi, bu sözleşme uyarınca yeni inşaata başlamak için arsadaki eski evi yıkan yükleniciden menfi zarar olarak bu evin değerinin tazminini talep etmiştir. İş sahibinin yıkım sonucu ortaya çıkan kalıntıları satarak elde ettiği para, menfi zarardan düşülecektir.
- İzmir’de ikamet eden (A), değerli bir tabloyu, İstanbul’da bir resim galerisi işleten (B)’ye satmış ve aralarındaki sözleşme gereği masrafları kendisine ait olmak üzere – taşıma sigortası da yaptırarak- İstanbul’a göndermiştir. Daha sonra (B)’nin satım bedelini ödemedi temerrüde düşmesi üzerine (A) sözleşmeden dönmüş ve menfi zarar olarak tablonun İstanbul’a gönderilmesi için yaptığı harcamaların tazminini talep etmiştir. Ancak (B)’nin tablonun İstanbul’da yapılan bir açık artırmada daha yüksek bir bedelle satıldığını ispat etmesi halinde, taşıma masrafları menfi zararda düşülür.

Bu son örnek açısından dikkat edilecek husus; sadece taşıma masraflarının denkleştirmeye tabi tutulacağıdır. Alacaklının, tabloyu dönülen sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha yüksek bir fiyata satması sebebiyle elde ettiği kazancın denkleştirmeye tabi tutulmaması gerekmektedir. Zira, eline geçen bu kazanç, zarar verici olaydan bağımsız olarak, onun kendi emek ve çabaları neticesinde kazanılmıştır. Zarar gören alacaklının, kendi ticari yeteneğini ve pazarlık gücünü kullanarak sağladığı bu kazançlar, zarara sebebiyet veren borçlu lehine olarak denkleştirmeye dâhil edilmemelidir.³²¹

Hâkim, denkleştirme kurumunu re’sen uygulayacak olup dosyadan düşülmesi gereken bir yararın varlığı halinde bunu hesaplama dikkate alır. Bir yararlanmanın varlığı ve bunun miktarı, bunu iddia eden taraf olan zarar veren tarafından ispat edilmelidir. Yararın zarardan mahsup edilmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir itirazdır. Ancak tam olarak

³²¹ BUZ, Dönme, s.274

ispatlanamayan yararlanmanın tespiti, TBK m. 50/II kapsamında takdir yetkisiyle belirlenecektir.³²²

Zararın tespitinde esas alınan tarih, mahsup edilecek ekonomik yarar bakımından da esas alınacaktır. Bu şekilde, o tarihte elde edilen menfaatler ile ilerde elde edilmesi normal olarak beklenen gelecekteki menfaatler, meydana gelen zarar ile denkleştirilecektir.³²³

6. MENFİ ZARARIN HESAPLANACAĞI AN VE ZAMANAŞIMI

TBK m. 54 vd hükümleri gereğince; vücut bütünlüğünün ihlalden doğan bir zararın tespitinde hüküm tarihi esas alınır. Bu hüküm dışında, diğer hükümlerde (TBK m. 50 vd.) tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak tarih açısından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öğretide³²⁴, menfi zararın hesaplanmasında hüküm anının dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, hüküm anına en yakın zamandaki hesaplamanın tarihi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Öyle ki bu şekilde, zarar görenin enflasyon etkisiyle ekonomik açıdan meydana gelen azalmalara karşı menfaati daha iyi korunmuş olur. Ancak eğer dönme hakkının kullanılması bazı spekülâtif nedenlerle geciktirilmişse, zararın hesaplanmasında, alacaklının iyiniyet kuralları gereğince dönme hakkını kullanması gereken anın esas alınması gerekmektedir³²⁵.

Burada dikkate edilmesi gereken husus; yoksun kalınan kâr kapsamında kaçırılan fırsatın miktarı hesaplanırken, işin doğası gereğince hüküm tarihinin değil, güven uyandıran sözleşme görüşmelerinin yapıldığı tarihin dikkate alınması gerektiğidir. Yani, diğer fırsatın

³²² BUZ, Dönme, s.275; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.329

³²³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.329

³²⁴ Bkz. BUZ, Dönme s.275; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 350; dn.176; İNAN/YÜCEL, s.610; OĞUZMAN/ÖZ, s.351;553; EREN, s.1152,1153

³²⁵ BUZ, Dönme, s.275; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.350

kaçırılmasına neden olan ve yapılması amaçlanan sözleşme tarihi ile sonradan yapılan ikinci sözleşme tarihi esas alınacaktır.³²⁶

Menfi zararın tazminine dair talep hakkında özel bir hüküm bulunmadığı için, bu talep hakkının, TBK m. 146 gereğince, on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir. Bu on yıllık süre, tazminat talebinin muaccel olduğu andan, yani dönme hakkının kullanıldığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır (TBK m. 90).³²⁷

7. TAZMİNİ GEREKEN MENFİ ZARARIN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

7. 1. Genel Olarak

Önceki paragraflarda da bahsedildiği üzere, menfi zarar, belirli bir yöntemle hesaplanmaktadır. Ancak buradan, alacaklının tüm borçları için borçlunun sorumlu tutulacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, bu şekilde yapılan zarar hesaplamalarının hakkaniyete aykırılık teşkil edeceği göz önünde bulundurularak, tazmini gereken zararın sınırlandırılması sorunu ortaya çıkmaktadır.³²⁸ Bu husus, sorumluluk hukukunun temel prensiplerindendir.

Alman hukukunda zarara uğrayan kişi, müşterek kusurunun bulunmaması koşuluyla, uğradığı zararın ya tamamını tazminat olarak elde eder ya da hiçbir kazanç elde etmez. Zira, zarar miktarı ile tazminat miktarı herhangi bir ayrıma tabi tutulmamış olup tam tazmin esası benimsenmiştir. Buna karşın Türk/İsviçre hukukunda daha hafif bir tutum benimsenerek, tazminat hesabında hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır.³²⁹

³²⁶ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.351

³²⁷ BUZ, Dönme, s.275

³²⁸ BUZ, Dönme, s.276

³²⁹ BUZ, Dönme, s.276

7. 2. Tazmini Gereken Menfi Zarar Miktarının Müspet Zararla Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu

Alman hukukuna göre, tazmini gereken menfi zarar miktarı, müspet zararı aşamaz. İsviçre hukukunun, taksitle satımlara ilişkin maddesinde³³⁰, sözleşmeden dönen satıcının, sözleşmenin ifa edilmesi halinde elde edebileceğinden daha fazlasını talep edemeyeceğine dair hüküm bulunmaktadır. Buna benzer bir uygulama, TBK m. 9/II³³¹ hükmünde de bulunmaktadır. Ancak, yukarıda bahsi geçen hükümler dışında, Türk/İsviçre Hukukunda genel bir sınırlamanın olup olmadığı tartışmalıdır.³³²

Bazı yazarlarca, sözleşmeden dönen alacaklının tazminini talep ettiği menfi zarar miktarının, müspet zararı aşamayacağı görüşü savunulmaktadır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır³³³. Ancak, doktrindeki hâkim olan görüşe göre, böyle bir sınırlandırma olmamalıdır. Zira farklı yöntemlere göre hesaplanan menfi ve müspet zarar, illiyet bağının farklı noktalara dayandığı iki ayrı zarar türüdür. Bu iki zarar türünü karşılaştırmak yanlıştır. Menfi zarar müspet zarardan az ya da fazla olabileceği gibi eşit de olabilmektedir. Hatta bu görüşe göre, menfi zararın miktarına müspet zararı aşmaması yönünde bir sınırlama getirilmesi, kanun koyucunun iradesine aykırı düşmektedir. Nitekim kanun koyucu, alacaklıya, sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep hakkı tanıyarak ona, sözleşmenin kuruluşundan önceki duruma dönme imkânı tanımaktadır. Ancak bu sınırlamanın getirilmesi, bu amacın gerçekleşmesine engel olmaktadır.³³⁴

Diğer bazı yazarlarca ise, menfi zararı oluşturan zarar kalemleri arasında bir ayrıma gidilerek, fiili zarar bakımından böyle bir sınırlama reddedilmiştir. Ancak, yoksun kalınan

³³⁰ Bkz. İsviçre Kanunu m. 226i.

³³¹ Bkz. TBK m. 9; “Ödül sözü veren, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayarsa veya sonucun gerçekleşmesini engellerse, dürüstlük kurallarına uygun olarak yapılan giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak, bir ya da birden çok kişiye ödenecek giderlerin toplamı, ödülün değerini aşamaz.”

³³² BUZ, Dönme, s.277

³³³ Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1992/5474 K. 1993/3691 T. 28.9.1993 sayılı ilamı; “Menfi zarar denilen bu tazminat kalemlerine davacı yüklenicinin bu sözleşme dolayısıyla iyiniyetle yapmış olduğu giderler ile yine bu sözleşme yapılmış olması nedeniyle kaçırmış olduğu fırsatlar, yani başka bir sözleşme yapma olanağını kaçırmış olmasından dolayı uğradığı zararlar girer. Ancak, bu suretle hesap edilecek olumsuz zararın tutarı hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemez...”

³³⁴ BUZ, Dönme, s.278

kâr açısından durum farklıdır. Zira, görüş taraftarları; alacaklının, daha iyi bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı sebebiyle uğramış olduğu menfi zarar talebinin, aynı nitelikteki müspet zarar miktarı ile sınırlı olduğu görüşündedirler. Savunulan bu görüşe göre, daha iyi şartlarda sözleşme yapma imkânına sahip iken bunun yerine dönülen sözleşmeyi yapan alacaklı da müşterek kusurlu sayılmaktadır. Bu sebeple, TBK m. 51/I ve 114/II hükümlerine göre tazminat miktarı müspet zarar miktarına indirilir³³⁵.

Doktrinde bu görüş de eleştiri almaktadır. Görüş savunucularına göre; alacaklının müşterek kusurlu olması halinde tazminat miktarında indirim yapılması olağandır. Ancak kâr mahrumiyetindeki menfi zararın tazminini talep eden alacaklının, daimi olarak müşterek kusurlu sayılması varsayımı doğru değildir. Zira, alacaklının daha iyi şartlarda başka bir sözleşmeyi yapma fırsatı varken borçlu ile dönülen sözleşmeyi akdetmesinin çoğu zaman bir sebebi bulunmaktadır. Örneğin, alacaklı, aralarındaki ailevi ilişki ya da arkadaşlık ilişkisi sebebiyle veya daha sonra kendisine daha iyi şartlarda başka sözleşmeleri yapma zemini hazırlayacağı düşüncesiyle borçlu ile daha elverişsiz şartlarda dönülen sözleşmeyi yapmış olabilir. Görüldüğü üzere, bu gibi durumlarda alacaklının müşterek kusurundan bahsedilemez. Bu sebeple, her somut olayın kendi özelliği doğrultusunda alacaklının müşterek kusurunun tespiti gerekmektedir.³³⁶

8. MENFİ ZARARA YÖNELİK ELEŞTİRİLEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Menfi zarar; daha önce de anlatıldığı üzere, Jhering tarafından, kara Avrupası kanun koyucularını etkileyecek şekilde ortaya konulan bir kavramdır. Bu kavram, her ne kadar doktrin ve uygulamada geniş bir çevre tarafından benimsenmiş olsa da, daima tartışma konusu olmuştur. Zira, bazı yazarlar, menfi zarar kavramını tamamen reddetmektedir.³³⁷

³³⁵ BUZ, Dönme, s.279

³³⁶ BUZ, Dönme, s.279

³³⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 366

Bu zarar türüne yöneltilen en yaygın eleştiri; hesaplanmasında yaşanan zorluklardır. Öyle ki, uygulamada hukukçuların müspet-menfi zarar teorik ayrımında karışıklık yaşadığı, bu doğrultuda hâkimlerce menfi zarar hesabında hatalar yapıldığı görülmektedir. Buna ek olarak yapılan bu ayrımın faydadan çok sakınca doğurduğu bu kavramın, hukuk bilgisi olmayan sözleşenlere tamamen yabancı olduğu, alacaklının “sözleşmeyi bozup ifa menfaatinin tazmin edilmesi” yönündeki ifadesinden, onun hangi tazminat türünü talep ettiğini tespit etmenin güçlüklerle yol açtığı ileri sürülmüştür.³³⁸

Menfi zarara getirilen diğer bir eleştiri ise, alacaklının sözleşmeden dönmesinin, borçluyu bazı spekülasyonlara ittiğidir. Bu düşünce kapsamında alacaklı; daha uygun şartlarda başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmış ya da sözleşme görüşmeleri esnasında ölçüsüz harcamalar yapmış olabilir. Alacaklı bu durumda, ifa menfaatinin üzerine çıkan menfi zararını elde edebilmek için sözleşmeden dönerek kaçırdığı kâr kaybının ya da aşırıya kaçan masraflarının giderilmesini isteyebilme fırsatını elde edebilmektedir.³³⁹

Yine başka bir ayrım olarak, menfi-müspet zarar arasındaki tek farkın, hukuki sebeplerinin farklı olmasından, yani sözleşmenin geçerli olup olmamasından ibaret olduğu savunulmuştur.³⁴⁰

Sonuç olarak, menfi zararın dogmatik açıdan herhangi bir yarar sağlamadığı; hukuki bir kavram niteliği taşımadığı ve Savigny ve Jhering’ten kalma bir fikir alışkanlığından ibaret olduğu savunulmuştur. Bu tazminat türünün Alman Hukukunun katı hükümlerine daha uygun düştüğü ve İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukuk sisteminde menfi zarara özgü kalıplara ihtiyaç olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca alacaklının zararının hangi ölçüde tazmin edileceği hususunun, menfi zarar yerine nedensellik bağının çözümlenmesinden hareket edilerek hâkime geniş takdir yetkisi veren TBK m. 51 uyarınca çözümlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.³⁴¹

³³⁸ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 641 vd; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 366-367

³³⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 367

³⁴⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 367

³⁴¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 367 vd.

Tüm bu eleştirilerin cevaplanması sonuç kısmında yapılacak olup ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir.

SONUÇ

Türk hukukunda sözleşmeden dönme müessesesi, karşı tarafla yapılan sözleşme ilişkisini tek yanlı olarak, herhangi bir yargı yoluna başvurmaksızın sona erdiren pratik ve köklü bir çözüm yoludur. Sözleşmeden dönme, yenilik doğuran bir haktır ve alacaklının tek taraflı varması gerekli ve şekle bağlı olmayan bir irade beyanı ile gerçekleşmektedir.

Sözleşmeden dönme hakkının esas kaynağı kanundur. Kanun gereğince dönme hakkının kullanılması, esasen; “eşitlik”, “karşılıklılık” ve “menfaat dengesi” ilkelerinin yansımasıdır. Bu müessese, sözleşmenin tüm taraflarının karşılıklı edimleri arasındaki fonksiyonel bağlılığı koruyarak; “ifa edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen” tarafa karşı alacaklı tarafı, yerine getirilmiş edimi geri isteme hakkı gibi güçlü ve hakkaniyetli bir kuvvetle donatmaktadır. Diğer bir deyişle, borçlunun sadakatsizliğine karşı, alacaklıya meşru müdafaa hakkı tanımaktadır. Öte yandan, dönme hakkını kullanan alacaklı, borçlu ile yapmış olduğu sözleşme nedeni ile mahrum kalmış olduğu başka tasarruflarda bulunma ve başka sözleşmeler yapma imkânına sahip olmaktadır. Bu şekilde alacaklı ifa ile sona ermeyeceği anlaşılan sözleşme ilişkisinden sıyrılarak, bu ihtiyacını karşılamak üzere başka sözleşmeler yapma hakkına kavuşmaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının, dönülen sözleşmenin geçerliliğine etkisi her ne kadar doktrinde tartışmalı ise de, tüm bu açıklamalardan, dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağına kabulünün gerektiği kanaatindeyim. Öyle ki, aynen iptalde olduğu gibi, sözleşmeden dönme halinde de, sözleşme hiç kurulmamış gibi, yok hükmünde olacaktır. Sözleşmeden dönme, taraflar arasında, sözleşmenin kuruluşundan önce mevcut olan hukuki durumu yeniden tesis etmektedir.

TBK madde 125/III, dönme hakkının kullanılmasının hangi hukuki sonuçlar doğuracağını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, dönme hakkını kullanan tarafların, karşılıklı olarak ifa yükümlülükleri sona erer. Buna bağlı olarak, sadece asli edim yükümlülükleri değil, yan edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yan yükümlülükler de

sona ermektedir. Ayrıca, dönme hakkının kullanılması ile birlikte teminatların da ortadan kalkıp kalkmayacağı, teminatı kuran anlaşmanın yorumuna göre belirlenmektedir.

Sözleşmeden dönmenin ikinci hukuki sonucu; tarafların daha önce yerine getirdikleri edimlerin iade edilmesini sağlamasıdır. Dönüşüm teorisi kapsamında, iade talebi, sözleşmesel nitelikte olup on yıllık zamanaşımı süresine tabiidir. Klasik teori savunucularına göre ise; dönme ile beraber sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve iade istemleri tipik bir sebepsiz zenginleşme talebine dayanır. Buna bağlı olarak da TBK m. 82/I gereğince hak sahibinin geri isteme hakkı, hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar³⁴². Ancak sebebe bağlılık ilkesi gereğince, bu görüşün kabulü mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, dönme ile beraber sadece taahhüt işleminin değil, sebebe bağlılık ilkesinin doğal bir sonucu olarak tasarruf işleminin de geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağının kabulü gerekmektedir.

Sözleşme yapma iradesi ile bir araya gelen taraflar arasında, sözleşmeyi yapıp yapmayacakları farketmeksizin, görüşme anından itibaren güven esasına dayanan sosyal bir ilişki kurulur ve bunun bir sonucu olarak, her iki tarafa da bazı borçlar yüklenir. Sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa, Latince bir terimle, “culpa in contrahendo” sorumluluğu denilmektedir. Diğer bir deyişle, Culpa in contrahendo, “gerektiğinde genel ve objektif, gerektiğinde özel ve sübjektif bir biçimde beliren ve taraflar arasında oluşan toplumsal bağlantı sonucu doğan, kökenini dürüstlük kuralında bulan, genel özen yükümlülüğünün yarattığı karşılıklı güven ilişkisi” olarak tanımlanmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında giderilecek zarar, menfi zarardır. Menfi (olumsuz) zarar, bir sözleşmenin hüküm ifade edeceğine ya da kurulacağına duyulan güvenin boşa çıkarılması nedeniyle uğranılan zarardır. Sözleşmenin kurulamaması veya geçersiz olması nedeniyle uğranılan kayıplar, sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar (noter masrafları, harç ve giderler, yazışma, telefon ve seyahat masrafları) ve kaçırılan fırsatlar, menfi zarar kapsamında talep edilir. Nitekim menfi zararın giderilmesi, genel

³⁴² 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 66 gereğince bir yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş idi.

olarak, hem sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlinde, hem de TBK m.125/III kapsamında, sözleşmeden dönme hâlinde uygulanan bir yaptırımdır. Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen çeşitli hükümlerde de, culpa in contrahendo sorumluluğu nedeniyle giderilecek zararın, menfi zarar olduğu açıkça belirtilmektedir (TBK.m.35; TBK.m.47/I vb.)

Türk/İsviçre Borçlar Kanunu’na göre, sözleşmeden dönme halinde alacaklının, müspet zararını talep etmesi mümkün olmayıp sadece menfi zararın tazminini isteme hakkı bulunmaktadır. Zira müspet zarar; geçerli bir sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle malvarlığının halihazır durumu ile sözleşme ifa edilse idi, malvarlığının alacağı durum arasındaki farkı ifade ederken; menfi zarar, sözleşmenin yapılacağı yönünde duyulan güven nedeniyle uğranılan; diğer bir deyişle, dönülen sözleşme hiç yapılmamış olsaydı meydana gelmeyecek olan zararı ifade etmektedir.

Menfi zarardan sorumluluğun subjektif şartları, zarar görende sözleşmenin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılıp boşa çıkarılan güven duygusunun bulunması ve zarar verenin kusurlu olmasıdır. Ancak “kusur” şartı vazgeçilemez bir unsur olmayıp; mevcut olayda meydana gelen zararların tazmininin, kusur şartına bağlı kılınıp kılınmaması kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Nitekim, menfi zarardan sorumluluğa dair bazı kanun hükümleri de kusur şartından bağımsız olarak kaleme alınmıştır (TBK m. 9/II, 37/II, 47/I, 512/I ve 564/I).

Alacaklının menfi zarar tazminini talep hakkı; ancak borçlunun kusursuzluğunu kanıtlayamaması halinde mümkündür. Yargıtay’ın çelişkili kararlarına rağmen, menfi zarar kapsamına fiili zarar yanında yoksun kalınan kâr da girmektedir. Yani alacaklı, borçlunun kusuruyla gerçekleşmeyen sözleşme nedeniyle uğramış olduğu zararı (örneğin, yaptığı masrafları, borcun ifasındaki gecikme nedeniyle üçüncü şahıslara ödemek zorunda kaldığı cezai şartları ve buna benzer tazminatları) isteyebilecektir. Ayrıca yoksun kaldığı kârı da (örneğin, malın tesliminde gecikilen sürede elde edilebilecek olan semereleri, kiralari, aynı malı daha uygun fiyata alma imkânını kaçırmaması nedeniyle uğradığı zararı) talep edebilecektir.

Menfi zarar ile müspet zarar arasındaki en önemli farklılık; korunan menfaatlerdir. Müspet zarar, sözleşmede belirlenmiş olan edime yönelik olup, borçlunun taahhüt ettiği edimi önceden planladığı şekilde gereği gibi yerine getireceği konusunda alacaklıda oluşan beklentiyi korumaktadır. Menfi zararda ise, bir borç ilişkisinin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılan güven korunmaktadır.

Korunan menfaatlerin farklılık göstermesinden ötürü, zarar türlerinin hesaplanmasında da farklılıklar meydana gelmektedir. Müspet zarar, alacaklıda oluşan güven duygusundan farklı olarak, borçlanılan edim ve meydana getirdiği zararlar ile sözleşmenin gereği gibi ifası halinde alacaklının elde edeceği kazançlar dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Buna karşılık menfi zararda ise tarafların bağlandığı bir sözleşme bulunmadığı için güvenilen sözleşmedeki edim taahhüdü ve onun sağlayacağı yararlar dikkate alınmamaktadır. Bunun yerine, alacaklının sözleşmenin hüküm ifade edeceğine hiç güvenmeseydi içinde bulunacağı farazi durumun yeniden sağlanması talep edilmektedir.

Menfi zarar kalemleri olan fiili zarar ve yoksun kalınan kârın; müspet zarardan az, ona eşit ya da ondan fazla olması mümkündür. Bu nedenle, sözleşmeden dönen alacaklının talep edeceği menfi zarar, onun müspet zarar miktarı ile sınırlı değildir. Bazı yazarlarca her ne kadar aksi kabul edilerek, menfi zararın müspet zararı aşamayacağı savunulmuş ise de, bu fikre katılmamaktayım. Zira, bu tür bir sınırlandırma öncelikle “meydana gelen zararın tazmini” fikrine aykırılık teşkil edecektir. Menfi zarar tazmin edildiğinde, alacaklının dönülen sözleşmeyi hiç yapmasaydı içinde bulunacağı farazi durum sağlanmaya çalışıldığı için, yapılacak herhangi bir sınırlama bu amacı etkisiz bırakacaktır. Öyle ki, çalışmamda menfi zarar miktarının müspet zararı aşabileceği durumlar da örnek olarak verilmiştir. İkinci olarak, günümüzde hâkimlerce menfi zararın hesaplanmasında zorluk çekildiği ortadadır. Bu zorluğa ek olarak böylesine bir sınırlama getirildiğinde, menfi zarar hesabının yapılması yetmiyormuş gibi bir de üst sınırın belirlenmesi amacıyla, söz konusu olay için müspet zarar miktarının da hesaplanması zorunluluğu doğacaktır. Gerek menfaatlerin korunması gerekse uygulamadaki fayda açısından, bu denli bir sınırlamanın kural olarak uygulanması yerine,

her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilerek TBK m. 51/52 kapsamında çözülmesi daha doğru olacaktır.

Menfi zararın sınırlandırılması kapsamında, hâkimin takdir yetkisini kullanırken başvurulabileceği bazı kriterler bulunmaktadır. İlk olarak; sözleşmeden dönen alacaklının uğradığı menfi zarar, fiilen sözleşmeye duyulan güven sebebiyle doğmuş olsa dahi, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, alacaklının sözleşmeye duyduğu güven yüzünden böyle bir zararın doğması olağan görülüyor ise, “uygun illiyet bağı” teorisi kapsamında söz konusu zararın tazmini istenemeyecektir.

Diğer bir kriter, salt zarar ile zararı doğuran olay arasındaki illiyet bağının bulunup bulunmadığını değil, ayrıca doğan zararın ihlal edilen kanun hükmünün veya sözleşmesel yükümlülüğün koruma alanına dahil olup olmadığını araştıran “normun koruma amacı” teorisidir. Bu teori kapsamında, sadece ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün koruma alanı içinde bulunan zararlar (menfi zarar) tazminat borcu doğurmaktadır. Örneğin alacaklı, kârlı bir sözleşme yaptığı inancıyla, sözleşmenin kuruluşunda iş arkadaşlarına bir kutlama partisi vermişse, bu sözleşmeden dönmesi halinde yaptığı kutlama masraflarını isteyemez. Nitekim bu masraflar, normun koruma amacına dâhil olmadığı için, menfi zarar kapsamında değildir.³⁴³

Üçüncü kriter ise; “zararın öngörülebilirliği” dir. Buna göre borçlu, sözleşme kurulduğu anda, borca aykırı davranışının kendisine neye mal olacağını önceden tahmin etme ve eğer yüksek bir riziko söz konusu ise bunu sözleşmedeki miktara yansıtma imkânına sahip olabilmelidir. Bundan dolayı da borçlunun sorumluluğu onun öngördüğü veya öngörmek zorunda olduğu bu zarar miktarı ile sınırlı tutulmalıdır. Bu kriterin kabul edilmesi halinde de, sözleşmeye aykırı davranış ile uygun illiyet bağı içinde bulunmayan zararlar, tazminatın kapsamın dışında kalacaktır. Böylece, taraflar arasındaki sözleşme, borca aykırı davranıştan doğan sorumluluğun temelini oluşturmakla kalmayıp, tazmini gereken zararın kapsamını tespit bakımından da önem arz edecektir. Uygun illiyet bağı, kanunda belirtilen

³⁴³ BUZ, Dönme, s. 281

borçlunun kusur ağırlığı ve ekonomik durumu, alacaklının müşterek kusuru vb. kriterlere ek olarak zararın öngörülebilirliği kriterinin de kabul edilmesi, Türk Hukuku açısından faydalı olacaktır. Sübjektif bir kriter olarak; borçlu sadece öngördüğü veya öngörebileceği zararlardan değil, makul, orta zekalı bir şahsın onun yerinde olsaydı öngöreceği veya öngörmesi gereken zararlardan da sorumludur. Bundan dolayı bu kritere mahsus en önemli özellik; bir zarar kaleminin, alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması sebebiyle uğradığı menfi zarar tazminatı kapsamına dâhil edilip edilmeyeceği sorusunu, söz konusu sözleşme ilişkisi dışındaki üçüncü kişi açısından değil, sözleşmenin bizzat tarafları açısından, sözleşmenin kurulduğu anda tarafların bildiği veya bilmeleri gereken hususların da göz önünde tutulması suretiyle cevaplandırma imkânı tanınmasıdır. Dolayısıyla, her ne kadar menfi zarar tazmininde “müspet zarardan fazla olmaması gerektiği” gibi bir ölçütle üst sınır konulmaması kanaatindeysem de; diğer zarar türlerinde olduğu gibi yukarıda bahsi geçen kriterler aracılığıyla belli ölçüde sınırlandırma getirilmesi, taraflar açısından adaletli olacaktır. Bu ölçütlerin kullanılmasına rağmen, zarar miktarının hakkaniyetsiz olacağı düşünülebilirse de, hâkime geniş takdir yetkisi veren TBK m. 51/52 hükümleri uyarınca tazminat miktarında indirim yapılabilir.

Menfi zararın tazmini yükümlülüğü, müşterek hukuk döneminden bu yana tartışılan bir konu olmuş ve hakkında pek çok teori günümüze kadar ulaşmıştır. Haksız fiil sorumluluğunun şartlarının tam olarak gerçekleşmemesi, taraflar arasında yapılan sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı meydana gelen malvarlığı kayıplarının hangi hukuki temel çerçevesinde tazmin edileceği sorununu ortaya çıkarmıştır. Culpa in contrahendo teorisinin kurucusu Jhering tarafından, hükümsüz sözleşmelerin neden olduğu zararların tazmini yükümlülüğü, tarafların yapmayı amaçladığı sözleşmeden çıkarılmıştır. Bu görüş, doktrin ve uygulamada zaman içerisinde benimsenerek geliştirilmiştir. Günümüzde culpa in contrahendo sorumluluğuna bağlı olarak menfi zararı tazmin yükümlülüğünün, tarafların yapmayı amaçladığı sözleşmeden bağımsız olarak kanun uyarınca meydana geldiği, oybirliğiyle kabul edilmektedir. Ancak, sözleşme görüşmeleri esnasında meydana gelen zararların tazmininin hangi sorumluluk rejimine tabi olacağı hususu halen tartışmalıdır. Bazı yazarlar, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüşse de; diğerleri, borca aykırılık hükümlerine tabi tutulmasından yanadır. Buna ek olarak İsviçre Federal Mahkemesi’nin son kararlarında olduğu gibi, somut olayın

özellikleri dikkate alınarak, hem haksız fiil hem de borca aykırılık hükümlerinin birlikte uygulanması gerektiğini savunan görüşler de ortaya çıkmıştır.

Öncelikle, menfi zararın tazmini sorumluluğunda hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda, ikili ayrıma gidilerek bir sonuca varılması daha faydalı olacaktır. Öncelikle, menfi zarardan sorumluluk, borç ilişkisi sebebiyle aralarında sıkı bir yakınlık meydana gelen taraflar arasında söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin meydana getirdiği karşılıklı güven duygusu, kanundan doğan edim yükümünden farklı olarak, bir borç ilişkisi meydana getirmektedir. Burada oluşan güvenin boşa çıkarılması, TMK m. 2' ye dayalı olarak borç ilişkisinin ihlali anlamına da gelmektedir. Öyle ki, uyandırdığı güveni boşa çıkararak karşı tarafı zarara uğratan kimse, diğer tarafı bu zarara maruz bırakarak, davranış yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır. Bu şekilde meydana gelen kanuni borç ilişkisinin ihlali, menfi zarardan sorumluluğun, haksız fiil yerine, borca aykırılık kurallarına tabi olmasına neden olmaktadır. Zira, davranış yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını, haksız fiil çerçevesine dâhil etmek mümkün değildir.

Ayrımın diğer bir unsuru; TBK m.125'ten kaynaklı sözleşmeden dönme halinde meydana gelen menfi zararın tazmini yükümlülüğüdür. Zira bu maddeye bağlı olarak doğan tazminat yükümlülüğü, borçlunun borca aykırı davranışının bir sonucu olarak sözleşmeden dönmeye bağlanan bir yaptırımdır. Görüldüğü üzere dönmenin sonuçları hakkında hangi görüş kabul edilirse edilsin, sözleşmeden dönmeye özgü olarak meydana gelen menfi zarardan sorumluluk, borca aykırılık hükümlerine tabi olacaktır ve edim yükümünden bağımsız olarak borç ilişkisine başvurmaya gerek olmayacaktır.

Her ne kadar doktrinde bazı yazarlarca menfi zarara yönelik pek çok eleştiri yöneltilmişse de, hiçbirisi menfi zararı hukuk sistemimizden tamamen çıkartmak için yeterli değildir. Zira, her zarar türünün tazminini mümkün kılan hukuk sistemimizin, bu zarar türünü cevapsız bırakması düşünülemez. Kaldı ki, ulusal kanunlar ve uluslararası metinlerde varlığı kabul edilen menfi zarar, sözleşmelere özgü sorumluluk hukukunun, vazgeçilemez bir unsurudur.

KAYNAKLAR

AKÜNAL, Teoman; Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977

ANIK, Gülgün; Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005.

ANTALYA, Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, 1. Baskı, İstanbul, 2017

ARSEBÜK, Esat; Borçlar Hukuku, Cilt I-II, 3. Bası, Ankara 1950

AYBAY, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul, 1995.

BAYGIN, Cem; Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/CBaygin1.html>

BUZ, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998. (Dönme)

BUZ, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Yenilik Doğuran Haklar)

CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-I, 1. Baskı, Ankara, 2014.

ÇAKIRCA, Seda İrem; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, 10. Baskı, İstanbul, 2015.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; Culpa in Contrahendo, Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2007.

ERALP, Erman/ NİZAM, Ezgi; Türk Hukukunda Yansıma Zarar, Articleletter-Summer 2017, Part 8, s. 117-129

(https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2017_Summer/GSI_Articleletter_2017_Summer_Article8.pdf)

ERDEM, Ercüment; “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan; Cilt I, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s.857-890

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019.

ERGÜNE, Mehmet Serkan; Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini; Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt 2, 1. Baskı, 2010 (Olumlu Zararın Tazmini)

ERGÜNE, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, 1. Bası, İstanbul, 2008. (Olumsuz Zarar)

ESENER, Turhan; Borçlar Hukuku I. Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. 1-40) Ankara, 1969.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Bası, İstanbul, 1977.

GÖKYAYLA, Emre/ HATEMİ, Hüseyin; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul, 2015.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 2014.

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

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku- Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 6. Baskı, İstanbul 2003. (Sorumluluk Hukuku)

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, 1992. (Genel Hükümler)

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt. 3, İstanbul, 1998.

KURT, Leyla Müjde; Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

NOMER, N. Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2010

ÖNEN, Turgut; Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975.

ÖZ, Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989. (Dönme)

ÖZEL, Çağlar; “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine ilişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, 2001/4 C. 50, s. 81-106

RADO, Türkân; Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk fakültesi mecmuası s.604-619 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97130>)

REİSOĞLU, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 25. Bası, İstanbul, 2014 (Beta Yayıncılık)

SEROZAN, Rona; Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: “Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.195-207. (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi).

SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul, 2007. (Sözleşmeden Dönme)

ŞENOCAK, Zariye; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, 1. Baskı, Ankara 2002, (Eda matbaası turhan kitabevi)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla; TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.

TOKER, Ali Gümrah; “Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlâli”, MHB, Yıl 33, Sayı 1, s. 213 – 250

TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Bası, İstanbul, 1976.

UYGUR, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Giriş ve Madde 1-40, Cilt. 1, Ankara, 2003.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ÖZDEMİR, Rafet; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987