

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

**DOKTORA TEZİ**

**ZARARIN ve TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE  
İLİŞKİN HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİNİN BORCA  
AYKIRILIKTA KİYASEN UYGULANMASI**

**Hilal DAVER**

**2502130243**

**TEZ DANIŞMANI**

**Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ**

**İSTANBUL – 2022**

## ÖZ

### ZARARIN ve TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİNİN BORCA AYKIRILIKTA KİYASEN UYGULANMASI

HİLAL DAVER

Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu m. 114/II’de “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” şeklinde kaleme alınan atıf hükmünün kapsamı, uygulama alanı ve sonuçları incelenmiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde TBK m. 114/II hükmü kanun sistematigi içinde ele alınmış ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunundaki yasalaşma süreci incelenmiştir. Ardından sözleşmesel sorumluluğun unsurları ve özellikle zarar unsuru haksız fiil sorumluluğu ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş farklı yönlerine değinilmiştir. Zararın belirlenmesine ilişkin açıklamaların ardından, tezin ikinci bölümünde sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde, hangi haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği açıklanmıştır. Ayrıca telafi amacı güden maddi tazminat ile benzer yönleri bulunan bazı kavramlara değinilmiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olan haksız fiil hükümleri, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararına da değinilerek incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Zarar, maddi tazminat, sözleşmeye aykırılık, sözleşmesel sorumluluk, tazminatın indirilmesi

## **ABSTRACT**

### **THE APPLICATION OF THE PROVISIONS REGARDING TORTIOUS ACT LIABILITY IN CASES OF BREACH OF CONTRACT**

**HİLAL DAVER**

Turkish Code of Obligations Article 114/II states that “Provisions regarding tortious act liability are also applied to cases of breach of contract by analogy.” In this study, the scope, application area and results of the relevant provision were examined.

The study consists of three parts. In the first part, the provision of the Turkish Code of Obligations 114/II has been dealt with in the systematic of the law and the enactment process in the Swiss Code of Obligations has been examined. Then, the elements of contractual liability and especially the damage have been compared with tort liability and its different aspects have been mentioned. After the explanations regarding the determination of the damage, in the second part of the thesis, it is explained which tortious act provisions can be applied by analogy in the compensation of the damage arising from the breach of contract. In addition, some concepts that have similar aspects with pecuniary compensation are mentioned. In the third and last part of the study, the tort provisions, which are controversial whether they can be applied in the responsibility arising from breach of contract, are examined by referring to the views in the doctrine and the Supreme Court decision.

**Keywords:** Damage, pecuniary compensation, breach of contract, responsibility arising from breach of contract, discount from compensation

## ÖNSÖZ

“Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması” başlıklı bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora programı kapsamında hazırlanmış Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ, Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA, Prof. Dr. M. Serkan ERGÜNE, Prof. Dr. Sezer ÇABRİ ve Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL’den oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Değerli jüri üyelerinin görüş ve önerileri doğrultusunda çeşitli düzeltmeler ve kaynak güncellemeleri yapılarak son haline kavuşmuştur.

Çalışmanın hazırlanması aşamasında değerli görüş ve katkılarıyla bana yol gösteren danışmanım Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ’e, beni bu konuda çalışmaya sevk eden ve konunun belirlenmesinde yol gösteren değerli hocam Prof. Dr. Gülçin ELÇİN’e, uzun ve yorucu tez yazma sürecinde yazdıklarımı her defasında büyük özen ve titizlikle okuyan, eleştiren ve çalışmalarımı yönlendiren, tezimde büyük emeği bulunan saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Herdem BELEN’e ve Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA’ya sonsuz minnet ve şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca paylaştıkları değerli görüşleriyle daima destek olan, bu yorucu süreçte bana her zaman moral desteği veren, aklıma takılan her soruda yardımını esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Sezer ÇABRİ’ye minnettarım. Ayrıca tez jürimde yer alarak önerileri ve eleştirileriyle çalışmama katkıda bulunan değerli hocalarım Prof. Dr. M. Serkan ERGÜNE’ye ve Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL’e şükranlarımı sunarım. Tezin yazımı sürecinde, 25 Nisan 2021’de apansız aramızdan ayrılan, her zaman güleryüzü, müthiş hukuk bilgisi ve çalışma sevgisi ile hatırlayacağım değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Eylem APAYDIN’ı saygı ve özlemle anıyorum. Her zaman olduğu gibi tezimi yazarken de benden sevgilerini ve yardımlarını esirgemeyen, bana sonsuz anlayış gösteren, hayat ışığı olan anneme ve babama bütün kalbimle teşekkür ederim.

Hilal DAVER

İSTANBUL-2022

## İÇİNDEKİLER

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| ÖZ.....                  | ii  |
| ABSTRACT .....           | iii |
| ÖNSÖZ.....               | iv  |
| İÇİNDEKİLER .....        | v   |
| KISALTMALAR LİSTESİ..... | x   |
| GİRİŞ .....              | 14  |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TBK M. 114/II HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ESASLARI

|                                                                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. SORUMLULUK HUKUKUNUN İKİLİ YAPISI .....                                                                             | 16 |
| II. KANUN SİSTEMATİĞİ İÇİNDE TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 114/II’NİN YERİ VE HÜKMÜN MEHAZ KANUN AÇISINDAN OLUŞUM SÜRECİ..... | 19 |
| A. Hükmün Türk Borçlar Kanunundaki Yeri .....                                                                          | 19 |
| B. Hükmün Mehaaz Kanun Açısından Oluşum Süreci.....                                                                    | 20 |
| III. TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 114/II ATFININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ.....                                                | 23 |
| IV. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN UNSURLARI.....                                                                            | 24 |
| A. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı.....                                                                                | 25 |
| B. Sözleşmeye Aykırı Davranış .....                                                                                    | 26 |
| 1. Hukuka Aykırılık.....                                                                                               | 27 |
| a. Sübjektif Hukuka Aykırılık Teorisi .....                                                                            | 29 |
| b. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi.....                                                                              | 30 |
| c. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi.....                                                                                | 31 |
| 2. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller.....                                                                              | 32 |
| 3. Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Hukuka Aykırılık .....                                                               | 33 |
| a. Genel Olarak .....                                                                                                  | 33 |
| b. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Hallerin Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Görünümü .....                                   | 35 |
| 4. Sözleşmeye Aykırılığın Ortaya Çıktığı Haller .....                                                                  | 38 |
| a. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık.....                                                                 | 41 |
| b. Temerrüt.....                                                                                                       | 44 |
| c. Sözleşmenin Müspet (Olumlu) İhlâli.....                                                                             | 46 |
| d. Sözleşme Öncesi Davranış Yükümlüne Aykırılıktan ve Yaratılan Güveni Boşa Çıkarmadan Dolayı Sorumluluk .....         | 49 |
| e. Yapma ve Yapmama Borcuna Aykırı Davranış .....                                                                      | 51 |
| f. Öncelenmiş Borca Aykırılık (Borca Aykırı Davranılacağıın Önceden Belli Olması).....                                 | 54 |
| C. Zarar.....                                                                                                          | 57 |
| 1. Zarar Kavramı .....                                                                                                 | 57 |
| 2. Zararın Tespiti .....                                                                                               | 61 |
| a. Fark Teorisi.....                                                                                                   | 62 |
| b. Mübadele (Somut Zarar) Teorisi.....                                                                                 | 64 |
| 3. Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukta Zarar Kavramı.....                                                 | 65 |
| 4. Maddi Zarar Türleri.....                                                                                            | 66 |
| a. Fiili Zarar-Yoksun Kalınan Kâr.....                                                                                 | 67 |

|    |                                                                                        |     |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. | Doğrudan-Dolaylı-Yansıma Zarar .....                                                   | 69  |
| c. | Mevcut-Müstakbel-Muhtemel Zarar .....                                                  | 72  |
| d. | Kişiyeye İlişkin Zarar-Eşyaya Verilen Hasardan Doğan Zarar-Salt Malvarlığı Zararı..... | 73  |
| e. | Normatif Zarar .....                                                                   | 76  |
|    | (1) Boşa harcanan tatil zamanı .....                                                   | 78  |
|    | (2) Beklentinin gerçekleşmemesi nedeniyle boşa giden masraflar .....                   | 80  |
|    | (3) Eşyanın kullanım olanağından yoksunluk veya sürüm değerinin azalması... ..         | 81  |
|    | (4) Çalışmayan kişinin iş gücü kaybı .....                                             | 83  |
| f. | Olumlu-Olumsuz Zarar .....                                                             | 84  |
|    | (1) Olumlu zarar .....                                                                 | 85  |
|    | i. Genel olarak .....                                                                  | 85  |
|    | ii. Olumlu zarar kalemleri.....                                                        | 86  |
|    | (2) Olumsuz zarar.....                                                                 | 88  |
|    | i. Genel olarak .....                                                                  | 88  |
|    | ii. Olumsuz zarar kalemleri .....                                                      | 89  |
| 5. | Zararın Tespitinde Esas Alınacak Tarih .....                                           | 90  |
| 6. | Zarar ve Yararın Denkleştirilmesi .....                                                | 93  |
| 7. | Zararın İspatı .....                                                                   | 97  |
| D. | Sözleşmeye (Borca) Aykırılıktan Sorumluluk.....                                        | 101 |
| 1. | Kural: Kusur Sorumluluğu .....                                                         | 101 |
| a. | Kusurun Tanımı .....                                                                   | 102 |
|    | (1) Sübjektif kusur teorisi.....                                                       | 103 |
|    | (2) Objektif kusur teorisi .....                                                       | 103 |
|    | (3) Objektifleştirilmiş kusur teorisi .....                                            | 103 |
|    | (4) Teorilerin değerlendirilmesi .....                                                 | 104 |
| b. | Kusurun Sübjektif ve Objektif Unsurları .....                                          | 105 |
| c. | Kusurun Tür ve Dereceleri.....                                                         | 106 |
| d. | Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Kusurun Rolü.....                                       | 108 |
| e. | Borçlunun Kusursuzluğunu İspatı.....                                                   | 110 |
| 2. | Borçlunun Kusursuz Sorumluluğu .....                                                   | 113 |
| a. | Genel Olarak .....                                                                     | 113 |
| b. | Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk .....                                       | 113 |
| 3. | Sorumluluk Rejiminin Sözleşmesel Olarak Değiştirilmesi.....                            | 116 |
| a. | Genel Olarak .....                                                                     | 116 |
| b. | Sorumsuzluk Anlaşması.....                                                             | 117 |
|    | (1) Borçlunun kendi fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması.....                      | 118 |
|    | (2) Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşması .....                        | 119 |
| E. | Uygun Nedensellik Bağı.....                                                            | 120 |
| 1. | Nedensellik Bağının Anlamı .....                                                       | 120 |
| 2. | Uygun Nedensellik Bağının Kesilmesi .....                                              | 125 |
| 3. | Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Uygun Nedensellik Bağı .....                            | 127 |
| V. | SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN SONUÇLARI .....                                               | 131 |
| A. | Aynen İfa .....                                                                        | 132 |
| 1. | Genel Olarak.....                                                                      | 132 |
| 2. | İfa Davası ve Cebri İcra.....                                                          | 134 |
| B. | Sözleşmeden Dönme.....                                                                 | 135 |
| C. | Tazminat Davası .....                                                                  | 137 |
| 1. | Genel Olarak.....                                                                      | 137 |
| 2. | Maddi Tazminatın Ödenme Biçimi .....                                                   | 138 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. Aynen Tazmin .....                                                                            | 139 |
| b. Nakden Tazmin .....                                                                           | 140 |
| 3. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Tazminat Talep Edebilecek Kişiler ..... | 141 |
| a. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme .....                                                           | 142 |
| b. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme .....                                                  | 145 |
| c. Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin .....                                                          | 146 |
| VI. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN YARIŞMASI .....                  | 148 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUKTA TBK M. 114/II ATFI UYARINCA UYGULANMASI HUSUSUNDA TARTIŞMA BULUNMAYAN HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ .....                                                      | 154 |
| A. Genel Olarak .....                                                                 | 154 |
| B. Tazminatın Kapsamının (Miktarının) Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar ..... | 156 |
| 1. Kusurun Ağırlığı .....                                                             | 158 |
| a. Genel Olarak .....                                                                 | 158 |
| (1) Kusurun ağırlığı ile orantılı tazminatı savunan görüş .....                       | 160 |
| (2) Zarar görenin kusurunun varlığını dikkate alan görüş .....                        | 160 |
| (3) Hafif kusurun dikkate alınabileceğini savunan görüş .....                         | 161 |
| (4) Görüşlerin değerlendirilmesi ve kanaatimiz .....                                  | 161 |
| b. Kusursuz Sorumlulukta Kusur Derecesinin Tazminatın Belirlenmesine Etkisi .....     | 162 |
| c. Sözleşmesel Sorumlulukta Kusur Derecesinin Tazminatın Belirlenmesine Etkisi .....  | 163 |
| 2. Zararı Doğuran Fiile Razi Olma .....                                               | 164 |
| a. Genel Olarak .....                                                                 | 164 |
| b. Alacaklının Zarara Razi Olması .....                                               | 167 |
| 3. Zarar Görenin Kusuru .....                                                         | 169 |
| a. Genel Olarak .....                                                                 | 169 |
| b. Alacaklının Kusuru .....                                                           | 170 |
| (1) Alacaklının zararın doğmasında etkili olması .....                                | 170 |
| (2) Alacaklının zararın artmasında etkili olması .....                                | 172 |
| (3) Alacaklının tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması .....                   | 175 |
| c. Alacaklının Kusurunun Tazminat Dışındaki Seçimlik Haklar Üzerindeki Etkisi .....   | 176 |
| 4. Tazminat Yükümlüsünün Yoksulluğa Düşecek Olması .....                              | 177 |
| a. Türk Borçlar Kanunu m. 51/II Hükümünün İncelenmesi .....                           | 177 |
| b. Türk Borçlar Kanunu m. 51/I ve m. 52/II Hükümleri Arasındaki İlişki ....           | 179 |
| 5. Durumun Gereği .....                                                               | 180 |
| a. Tarafların Sosyal ve Ekonomik Durumları .....                                      | 181 |
| b. Zararın Olağanüstü Boyutta Olması .....                                            | 181 |
| c. Mesleki Risk .....                                                                 | 182 |
| d. Borca Aykırılığın Objektif Ağırlığı .....                                          | 183 |
| e. İşin Borçluya Yarar Sağlamaması .....                                              | 184 |
| f. Beklenmeyen Hâl .....                                                              | 187 |
| (1) Genel olarak .....                                                                | 187 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2) Türk Borçlar Kanunu m. 119 çerçevesinde beklenmeyen hâlden sorumluluk..... | 189 |
| g. Zayıf (Uzak) Nedensellik.....                                               | 191 |
| h. Üçüncü Kişinin Davranışı.....                                               | 192 |
| II. TAZMİNATIN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI .....                | 193 |
| A. Götürü Tazminat .....                                                       | 193 |
| B. Cezalandırıcı Tazminat .....                                                | 198 |
| C. Ceza Koşulu .....                                                           | 201 |
| D. Dönme Cezası ve Cayma Parası .....                                          | 207 |
| E. Temerrüt Faizi.....                                                         | 211 |
| F. Menfaat Devri Yaptırımı .....                                               | 214 |
| G. Kaim (İkame) Değer Talebi.....                                              | 216 |
| H. Tazminat Olarak Sözleşmeden Kurtulma .....                                  | 218 |

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUKTA UYGULANMASI TARTIŞMALI HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİ

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN ZARARLAR VE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKTA UYGULANMASI..... | 220 |
| A. Bedensel Zararlar .....                                                                                                       | 220 |
| 1. Tedavi giderleri .....                                                                                                        | 222 |
| 2. Kazanç kaybı .....                                                                                                            | 224 |
| 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.....                                                        | 225 |
| 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar .....                                                                        | 227 |
| B. Ölüm .....                                                                                                                    | 228 |
| C. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı .....                                                                                        | 229 |
| 1. Genel Olarak.....                                                                                                             | 229 |
| 2. Destekten Yoksun Kalma Zararları ve Bedensel Zararların Belirlenmesi (TBK m. 55) .....                                        | 230 |
| 3. Sözleşmeye Aykırılık Sonucu Ortaya Çıkan Ölüm Olgusunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Sorunu .....                         | 232 |
| D. Türk Borçlar Kanunu m. 75 Uyarınca Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi .....                                                    | 234 |
| II. AYIRT ETME GÜCÜ BULUNMAYANLARIN SORUMLULUĞU (TBK M. 59, 65) .....                                                            | 235 |
| A. Genel Olarak .....                                                                                                            | 235 |
| B. Ayırt Etme Gücünü Geçici Olarak Kaybedenlerin Sorumluluğu (TBK m. 59)..                                                       | 237 |
| C. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Hakkaniyet Sorumluluğu .....                                                             | 237 |
| D. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanların Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu .....                                          | 241 |
| 1. Kusura Dayanan Sözleşmesel Sorumlulukta TBK m. 65'in Uygulanması....                                                          | 242 |
| a. Sözleşmenin Kurulması Sırasında Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olma..                                                             | 242 |
| b. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ayırt Etme Gücünü Kaybetme .....                                                              | 245 |
| 2. Kusura Dayanmayan Sözleşmesel Sorumlulukta TBK m. 65'in Uygulanması.....                                                      | 246 |
| III. MÜTESELSİL SORUMLULUK (TBK M. 61-62).....                                                                                   | 247 |
| A. Genel Olarak .....                                                                                                            | 247 |
| B. Bireysel İndirim Sebeplerinin Müteselsil Sorumluluk Açısından Değerlendirilmesi. ....                                         | 251 |
| C. Müteselsil Sorumlular Arasındaki İç İlişki.....                                                                               | 255 |
| 1. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Müteselsil Sorumlulukta Rücu İlişkisi.....                                                      | 256 |
| 2. Rücu Hakkının Tabi Olduğu Zamanaşımı.....                                                                                     | 257 |
| IV. ZAMANAŞIMI (TBK M. 72) .....                                                                                                 | 258 |

|                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| A. Genel Olarak .....                                                                              | 258        |
| B. Sözleşme Aykırılıktan Doğan Zararlar Bakımından Ceza Zamanaşımının Uygulanması .....            | 262        |
| V. CEZA MAHKEMESİ KARARLARI KARŞISINDA HUKUK HÂKİMİNİN DURUMU .....                                | 263        |
| VI. GEÇİCİ ÖDEMELER (TBK M. 76) .....                                                              | 270        |
| A. Genel Olarak .....                                                                              | 270        |
| B. Hükümün Uygulama Alanı .....                                                                    | 272        |
| C. Geçici Ödemenin Koşulları .....                                                                 | 274        |
| 1. Talep .....                                                                                     | 274        |
| 2. Zarar Görenin Ekonomik Durumunun Geçici Ödemeyi Gerektirmesi .....                              | 276        |
| 3. Zarar Görenin İddiasını İnandırıcı Kanıtlarla Ortaya Koyması .....                              | 278        |
| D. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumlulukta Hükümün Uygulanmasına İlişkin Soru ve Sorunlar ..... | 278        |
| <b>SONUÇ .....</b>                                                                                 | <b>282</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>                                                                              | <b>292</b> |
| <b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>                                                                              | <b>348</b> |

## KISALTMALAR LİSTESİ

|                |                                                               |
|----------------|---------------------------------------------------------------|
| <b>Abs.</b>    | : Absatz                                                      |
| <b>AcP</b>     | : Archiv für die civilistische Praxis                         |
| <b>AJP</b>     | : Aktuelle Juristische Praxis                                 |
| <b>Art.</b>    | : Artikel                                                     |
| <b>AÜHFD</b>   | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                 |
| <b>AYM</b>     | : Anayasa Mahkemesi                                           |
| <b>b.</b>      | : bent                                                        |
| <b>BATİDER</b> | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi                             |
| <b>BGB</b>     | : Bürgerliches Gesetzbuch                                     |
| <b>BGE</b>     | : Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts           |
| <b>BGH</b>     | : Bundesgerichtshof                                           |
| <b>BGHZ</b>    | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen       |
| <b>EBK</b>     | : 818 sayılı Borçlar Kanunu                                   |
| <b>bkz.</b>    | : bakınız                                                     |
| <b>c.</b>      | : cümle                                                       |
| <b>CC</b>      | : Code Civil                                                  |
| <b>CISG</b>    | : Convention on Contracts for the International Sale of Goods |
| <b>CO</b>      | : Code des Obligations                                        |
| <b>dn.</b>     | : Dipnot                                                      |
| <b>DEÜHFD</b>  | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi            |
| <b>DÜHFD</b>   | : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                  |
| <b>E.</b>      | : Esas                                                        |
| <b>ERÜHFD</b>  | : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                |
| <b>f.</b>      | : fıkra                                                       |
| <b>ff.</b>     | : fort folgende Seiten                                        |
| <b>FS</b>      | : Festschrift                                                 |
| <b>FSEK</b>    | : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu                  |
| <b>GSÜHFD</b>  | : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi            |
| <b>HAVE</b>    | : Haftung und Versicherung                                    |

|                |                                                                            |
|----------------|----------------------------------------------------------------------------|
| <b>HD.</b>     | : Hukuk Dairesi                                                            |
| <b>İİK</b>     | : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu                                         |
| <b>JuS</b>     | : Juristische Schulung                                                     |
| <b>JZ</b>      | : Juristenzeitung                                                          |
| <b>K.</b>      | : Karar                                                                    |
| <b>Karş.</b>   | : Karşılaştırınız                                                          |
| <b>İÜHFM</b>   | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası                           |
| <b>m.</b>      | : madde                                                                    |
| <b>MHAD</b>    | : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi                                   |
| <b>MK</b>      | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu                                           |
| <b>MÜHFHAD</b> | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi         |
| <b>N.</b>      | : Nummer                                                                   |
| <b>NJW</b>     | : Neue Juristische Wochenschrift                                           |
| <b>OR</b>      | : Obligationenrecht                                                        |
| <b>RG.</b>     | : Resmî Gazete                                                             |
| <b>s.</b>      | : sayfa                                                                    |
| <b>SJZ</b>     | : Schweizerische Juristen Zeitung                                          |
| <b>TAAD</b>    | : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi                                         |
| <b>TBBĐ</b>    | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi                                          |
| <b>TBK</b>     | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu                                          |
| <b>TKHK</b>    | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun                                     |
| <b>TTK</b>     | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu                                          |
| <b>vb.</b>     | : ve benzeri                                                               |
| <b>vd.</b>     | : ve devamı                                                                |
| <b>VersR</b>   | : Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung |
| <b>Vorbem.</b> | : Vorbemerkung/en                                                          |
| <b>vs.</b>     | : ve saire                                                                 |
| <b>Yarg.</b>   | : Yargıtay                                                                 |
| <b>ZGB</b>     | : Zivil Gesetzbuch                                                         |
| <b>ZSR</b>     | : Zeitschrift für Schweizerisches Recht                                    |
| <b>YD.</b>     | : Yargıtay Dergisi                                                         |

**YİBBGK** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu  
**YHGK** : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu  
**YİBK** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı  
**YKD** : Yargıtay Kararları Dergisi  
**HMK** : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu





## GİRİŞ

Borca aykırılıktan doğan sorumluluğun uygulamada en sık karşılaşılan hali, sözleşmeye aykırılıktır. İsviçre-Türk Borçlar Kanunları, sözleşmeden doğan sorumlulukla sözleşme dışı sorumluluğu birbirinden ayırır; ancak her iki alan açısından da aynı soru ve sorunlar ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu tekrardan kaçınmak amacıyla, bazı hususlarda atıf hükümlerine başvurabilmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 114/II (OR Art. 99/III) de bir atıf hükmüdür. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, zararın ve tazminatın belirlenmesi noktasında haksız fiil hükümlerine yapılan bu atıf, çalışmamızın temelini oluşturmaktadır.

Zararın ve tazminatın belirlenmesi sorumluluk hukukunun en temel ve karmaşık konularındandır. Hukuka aykırı bir fiil sonrası ortaya çıkan zarara kimin, ne ölçüde katlanacağını tespiti için öncelikle zarar, ardından tazminat miktarının belirlenmesi gerekir. “*Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı*” kenar başlıklı TBK m. 114/II ise hangi haksız fiil hükümlerine atıf yapıldığı konusunda açıklık içermemektedir. Türk hukuk literatüründe de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulama alanı bulabilecek haksız fiil hükümleri, dağınık şekilde çeşitli konu başlıkları altında kısaca ifade edilmiş, başlı başına bir çalışma konusu yapılmamıştır. Bu husus, tez konumuzun seçiminde etkili olmuştur. Çalışmamızda maddi zarar-maddi tazminat esas alınmış, manevi zarar-manevi tazminat çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışmamızın amacı sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta hangi haksız fiil hükümlerinin, nasıl ve hangi koşullarda ve uygulanabileceği konusuna açıklık kazandırmaktır. Bu doğrultuda tezin birinci bölümünde TBK m. 114/II hükmünün, kanun sistematigi içinde bulunduğu yer, hükmün lafzı ve gerekliliği ve Mehaz Kanun açısından oluşum süreci incelenecektir. Ardından sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun unsurları ve özellikle zarar haksız fiil sorumluluğuyla karşılaştırmalı olarak açıklanacak, ardından sözleşmesel sorumluluğun sonuçlarına değinilecektir. İkinci bölümde sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar açıklanacaktır. Devamında telafi etme amacı güden maddi tazminat ile benzer kurumlara yer verilecektir. Tezin üçüncü ve

son bölümünde TBK m. 114/II atfı kapsamında sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulanması tartışmalı haksız fiil hükümlerine yer verilerek konuyla ilgili kanaatimiz ifade edilecektir.

Tezin tüm bölümlerinde yeri geldikçe İsviçre ve Alman Hukuklarına değinilerek mukayeseli açıklamalar yapılacaktır. Ayrıca mümkün olduğu ölçüde uygulamaya değinilerek Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer verilecektir. Çalışma, araştırmada öne çıkan belli başlı hususları içeren sonuç kısmıyla bitirilecektir.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### TBK m. 114/II HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ESASLARI

#### I. Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısı

Hukukun sonuç bağladığı insan davranışlarını ifade eden hukuki fiiller, hukuka uygun ve hukuka aykırı fiiller olmak üzere ikiye ayrılır<sup>1</sup>. Hukuka aykırı fiiller, hukuk düzenince tasvip edilmeyen fiillerdir. Hukuka aykırı fiili işleyen kişi, ortaya çıkan

---

<sup>1</sup> Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 32 vd., Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986, s. 283; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 26. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 602; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 166; Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem- Sözleşme**, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, § 9, s. 84; Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 8. Baskı, İstanbul, 2018, III, § 1, N. 1-3; Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 36; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 152-153; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 194; Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 17; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, Cilt I**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 232; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk**, 6. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 31 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk (Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku)**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 120 vd.; Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri (Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku)**, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 63 vd.; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 128-129; Herdem Belen/Cannur Ercan Çitaklayım, **“Malvarlığı Değeri Olarak Eser ve Malvarlığına Etki Açısından Eser Sahibinin İşlemleri”**, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 223.

zarardan sorumludur<sup>2</sup>. Başka bir deyişle hukuka aykırı fiille zarar veren kişi, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür<sup>3</sup>.

Hukuka aykırı fiil, haksız fiil ya da borca aykırılık şeklinde ortaya çıkar<sup>4</sup>. Buna bağlı olarak sorumluluk da zarar sorumlusu ile zarar gören arasında önceden bir hukuki ilişki bulunup bulunmamasına göre sözleşmeden doğan (akdi)-sözleşme dışı (akit dışı) sorumluluk şeklinde ayrılmaktadır<sup>5</sup>. Bir hukuki işlemde, özellikle sözleşmeden doğan borcunu ihlal eden kişinin tazminatla yükümlü tutulmasına “sözleşmeden doğan sorumluluk” denir. Herhangi bir hukuki ilişki bulunmaksızın ya da önceden var olan hukuki ilişki ihlal edilmeksizin hukuka aykırı fiille başkasına zarar verilmesi halinde ise “sözleşme dışı sorumluluk” gündeme gelir.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunları sözleşmeden doğan sorumluluk (Art. 97 vd.; m. 112 vd.) ile sözleşme dışı sorumluluğu (Art. 41 vd.; m. 49 vd.) ayırmaktadır<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Bu anlamda sorumluluğa doktrinde “...den sorumluluk” da denilmektedir. Eren, **Borçlar Genel**, s. 552; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 44; Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 3-4; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 117; Henri Deschenaux/Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, Çeviren Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s. 1 vd.; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri-Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 1; Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 60.

<sup>3</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 18-21; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 458; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 33; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 33; Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1**, Çeviren: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948, s. 76; Ali Naim İnan/Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 375-376; Şener Akyol, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 29.

<sup>4</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 5-7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 18-19; Tiftik, s. 33; Oğuzman/Barlas, N. 602; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 60.

<sup>5</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 5-6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 18-19; Tiftik, s. 33-34; Eren, **Borçlar Genel**, s. 553; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, § 24, N. 1185. Sözleşmeye aykırılığın ve haksız fiilin iki ayrı borç kaynağı olarak nitelendirilmesine, bu konuda bilinen en eski metin olan Gaius’un Institutiones’inde rastlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 39.

<sup>6</sup> Bu ikili sorumluluk anlayışının, gittikçe karmaşıklaşan hukuki ilişkilerin yol açtığı uyumsuzlukların çözümünde yetersiz kaldığı yönünde bkz. Peter Jäggli, “Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung”, Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Universitätsverlag, Freiburg, 1968, s. 182; Huriye Reyhan Demircioğlu, “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo ve Güven

Hukuki sorumluluğa ilişkin bu ikili düzenlemeye rağmen, her iki alan açısından da aynı soru/sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu durum, kanun koyucunun sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin konularda, sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen hükümlere atıfta bulunmasına yol açmıştır<sup>7</sup>.

Yasa yapma tekniği açısından incelendiğinde, Türk Borçlar Kanunu genellikle tamamlayıcı nitelikteki hükümlerden oluşan, soyut bir kanundur<sup>8</sup>. Başka deyişle, kanun koyucu kazuistik bir kanun yaratmak yerine çoğunlukla soyut ve genel kurallar getirmiş; farklı hukuki kurumlarda benzer hükümleri tekrar etmek yerine de atıf yapmayı tercih etmiştir. Böylelikle hem gereksiz tekrardan kaçınılmış hem somut olayın özelliklerini dikkate alan hâkime, takdir yetkisi doğrultusunda ve hükmün genel çerçevesi içinde, hakkaniyete göre karar verme olanağı sağlanmıştır<sup>9</sup>. TBK m. 114/II de atıf hükmü olarak karşımıza çıkan, tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralıdır. Taraflar aralarında, sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın ve tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlara ilişkin ayrı düzenlemeler yapabilirler. Ancak böyle bir düzenleme yapılmamışsa TBK m. 114/II uygulama alanı bulur.

Türk Borçlar Kanunu m. 114/II “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*” şeklinde kaleme alınmış, başkaca bir açıklamaya yer verilmemiştir<sup>10</sup>. Zararın ve tazminatın belirlenmesi

---

**Sorumlulukları**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2009 s. 220, Erişim Adresi: [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s\\_10.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_10.pdf).

Süregelen önemli bir tartışma, sorumlulukların birleştirilmesine ilişkindir. 1884 yılında Sainctelette, sözleşmesel sorumluluğun haksız fiil sorumluluğundan tamamen farklı ve bağımsız olduğunu; borca aykırılığın borcun yapısında bir değişiklik yaratmadığını, ödenen tazminatın ifayı sağladığını savunmuştur. 1892’de Grandmoulin bu görüşü eleştirmiş, sözleşmeye aykırılığın kusurlu bir davranış oluşturduğunu, bu nedenle de sorumluluğun sözleşmede kararlaştırılan temel borçtan farklılaşarak haksız fiil karakteri kazandığını ileri sürmüştür. Bu tartışmalar ve sorumlulukların birliği düşüncesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jean Grandmoulin, **De l’unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles avec application à la combinaison de la responsabilité & de l’incapacité**, Thèse de doctorat, Rennes, 1892.

<sup>7</sup> Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa kıyasen uygulanması 17. yüzyılda Alman Hukukunun etkisiyle gerçekleşmiştir. Roma Hukukunda böyle bir uygulama bulunmamaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 407-408.

<sup>8</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 14, N. 714; Belen, **Kısa Şerh**, s. 157.

<sup>9</sup> Dural/Sarı, s. 21; Oğuzman/Barlas, N. 307 vd.

<sup>10</sup> Burada teknik anlamda kıyasın değil yasal atfın bulunduğu, kıyastan söz edebilmek için açık bir kanun boşluğu gerektiği, ancak bu ayırımın kuramsal olduğu yönünde: Başak Baysal, **Haksız Fiil**

sorumluluk hukukunun en temel ve karmaşık konularındandır. Esasen belirlenmek istenen ortaya çıkan zarara kimin, ne ölçüde katlanacağıdır<sup>11</sup>. Bu konuda kılavuzluk edecek TBK m. 114/II düzenlemesi, yeteri açıklıkta olmadığından hangi haksız fiil hükümlerinin, ne zaman ve hangi koşullarda uygulama alanı bulacağı tespit edilmelidir. Bunun için de öncelikle hükmün kanun sistematigi içindeki yeri ve mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki oluşum süreci incelenmelidir.

## II. Kanun Sistematigi İçinde Türk Borçlar Kanunu m. 114/II'nin Yeri ve Hükmün Mehaz Kanun Açısından Oluşum Süreci

### A. Hükmün Türk Borçlar Kanunundaki Yeri

Türk Borçlar Kanunu m. 114'ün üst başlığı "*Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı*"dır<sup>12</sup>. Kanun'un "*Borç İlişkisinin Hükümleri*" adlı İkinci Bölümünün "*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*" başlıklı İkinci Ayırımı altında düzenlenmiştir<sup>13</sup>. Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin taraflarına, yer ve zamanına, miktar ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir biçimde yerine getirilmesidir<sup>14</sup>. Bu unsurlara uygun olmayan ifa, gereği gibi yapılmamıştır. İşte Kanun'un İkinci Ayırım'ında düzenlenen durumlar, yaptırım öngörülen gereği gibi ifa etmeme halleridir<sup>15</sup>.

---

**Hukuku (BK m. 49-76)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, § 1, N. 2.10, dn. 6. Serozan da "*atıfta benzeri benzere bağlayan yasanın kendisi, kıyasta benzeri benzere bağlayan hukuktur.*" ifadesiyle aynı kavramsal farkı vurgulamıştır. Bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, I, § 5, N. 32b.

<sup>11</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 1, N. 5.2; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 63.

<sup>12</sup> Kenar notları hükmün içeriğine dahil olmamakla birlikte hükmün yorumlanmasında değer taşır.

<sup>13</sup> Hüküm, EBK'da "*Mes'uliyetin vüs'ati*" başlığıyla 98. maddede düzenlenmekteydi.

<sup>14</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1028; Belen, **Kısa Şerh**, s. 159; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 3, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 41-42.

<sup>15</sup> Türk-İsviçre Hukukunda yeknesak bir sözleşmeye aykırılık düzenlemesi bulunmamakta, çeşitli hükümlerde somut bazı borca aykırılık halleri düzenlenmektedir. Aynı sorunların hem genel hem özel hükümlerde düzenlenmesi de önemli çelişkilere yol açmaktadır. İfa engellerinin Kanunumuzda yeknesaklıktan uzak şekilde düzenlenmesinin sakıncalarını Serozan şu şekilde ifade etmiştir: "*Birbirine çok benzeyen, hatta yer yer kesişen ifa engelleri arasında açılan yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara ve çarpıcı eşitsizliklere yol açmaktadır... Hukukta eşitlik, güvenlik ve yalınlık isterine de aykırı düşen bu karmaşanın yasa koyucu tarafından bir an önce giderilmesi kaçınılmaz olmuştur artık.*", Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, § 11, N. 9.

Gerek sözleşmeye dayanan gerekse sözleşme dışı sorumluluğun temelini kusur unsuru oluşturur<sup>16</sup>. TBK m. 114 kusura dayanan sorumluluk ilkesini düzenleyen temel normdur; sorumluluğun kapsamını ve uygulanacak hükümleri belirler<sup>17</sup>.

Türk Borçlar Kanunu, sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın giderimi konusunda detaylı hükümler getirmemişken, haksız fiilden doğan zararlar açısından durum farklıdır. Haksız fiilden doğan zararların tazmini konusunda TBK m. 50 vd. hükümlerinde ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. TBK m. 114/II, sözleşme dışı sorumluluktan doğan zararın giderimine ilişkin bu ayrıntılı hükümleri ve bunlara ilişkin içtihadı genel bir atıfla kullanmayı amaçlamıştır<sup>18</sup>.

Belirtmek gerekir ki TBK m. 114/II normatif değil, açıklayıcı bir hükümdür. Bu hüküm olmasaydı bile, önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim MK m. 5'ten yola çıkarak aynı sonuca ulaşacaktır<sup>19</sup>.

## **B. Hükümün Mehaz Kanun Açısından Oluşum Süreci**

Türk Borçlar Kanunu m. 114/I hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu Art. 99/III'te aynı içerikle ifadesini bulmaktadır<sup>20</sup>. Mehaz Kanun açısından hükümün ortaya çıkış süreci şu şekildedir:

---

<sup>16</sup> Bkz. § 2, I, D, 1, d.

<sup>17</sup> Belen, **Kısa Şerh**, s. 267-268.

<sup>18</sup> Sözleşmeye aykırı davranışın aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıması hususu TBK m. 114/II hükmüyle ilgili değildir. Bu halde taleplerin yarışması sorununun gündeme gelir; Türk hukukunda talep sahibinin dilediği hukuki temele dayanabileceği kabul edilmektedir. Fransız hukukunda ise böyle bir tercih imkânı tanınmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 7.13 vd.; Başak Baysal, **“Fransız Sorumluluk Hukuku Reformu”**, Sorumluluk Hukuku, Seminerler-2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 79-80.

<sup>19</sup> Bu bağlamda MK m. 5'in önemi büyüktür; hüküm, BGB'nin aksine genel bir bölümü bulunmayan Türk Medeni Kanunundaki eksikliği gidermektedir. MK m. 5, *“Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.”* şeklindeki ifadesiyle her iki Kanun'daki genel nitelikli hükümleri, bütün özel hukukun genel hükümleri haline getirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Sarı, s. 95; Oğuzman/Barlas, N. 207-213; Osman Berat Gürzumar, **“Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”**, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, Sayı: 2004/1, İstanbul, 2006, s. 156-158.

<sup>20</sup> İsviçre Borçlar Kanunu Art. 99/III: *“Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.”*

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Art. 116'da<sup>21</sup>, bugünkü Art. 99/III benzeri bir hüküm bulunmadığından haksız fiil hükümlerinin sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarda uygulanıp uygulanmayacağı belirsizlik taşımaktaydı<sup>22</sup>. O dönem dahi Federal Mahkeme sözleşmeye aykırılıktan doğan zararların tazminine dair çeşitli kararlarında, haksız fiile ilişkin hükümleri, özellikle Art. 51'de öngörülen ilkeleri uygulamaktaydı<sup>23</sup>. Fakat özellikle manevi zararın tazmini açısından tatmin edici bir uygulama oluşmamıştı<sup>24</sup>.

Bugünkü Art. 99/III'ün temelini, 1905'te hazırlanan Tasarıdaki Art. 1121/III oluşturmaktadır<sup>25</sup>. “*Sorumluluğun ölçüsü*” başlığını taşıyan hüküm “*Haksız fiillerde tazminat ödeme yükümlülüğü ile ilgili hükümler (1058'den 1074'e kadar) sözleşmeye aykırı davranışlara da kıyasen uygulanır*” şeklinde idi<sup>26</sup>. Başka bir ifadeyle hükmün atıf yaptığı maddeler, bizzat hükmün içinde yer almaktaydı.

---

<sup>21</sup> 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk Art. 110-125'te düzenlenmekteydi. Tazminatın kapsamına ilişkin Art. 116 şu şekilde kaleme alınmıştı: “*Der ersatzpflichtige Schuldner hat jedenfalls den Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte./Den Betrag des Schadens stellt der Richter nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände fest./Ob bei schwerem Verschulden in einem weiteren Umfange, als im ersten Absatze bestimmt ist, Schadenersatz zu leisten sei, bleibt dem richterlichen Ermessen vorbehalten.*”

<sup>22</sup> Hans-Ulrich Brunner, **Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung**, Universitätsverlag, Freiburg, 1991, N. 16; Jean Cuendet, **La Faute Contractuelle Et Ses Effets, Étude de L'article 99, Al. 3 CO**, Imprimerie Staempfli&Cie Sa Berne, 1970, N. 467.

<sup>23</sup> Brunner, N. 16 ve özellikle dn. 8.

<sup>24</sup> Federal Mahkeme, Art. 116'nın sadece sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi zararlar açısından uygulanacağını kabul etmekte, manevi zararların tazmini taleplerini reddetmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brunner, N. 16, dn. 9'da anılan kararlar; Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 46-47.

<sup>25</sup> 1905 Tasarısının hazırlanması aşamasında, 1881 tarihli Kanun'un sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu detaylı şekilde düzenlemediği vurgulanmıştır. Doktrinde ve uygulamada tartışmalara yol açan, sözleşmeye aykırılıkta haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı soruna çözüm bulunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi ve tasarı metni için bkz. *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen* (vom 3 März 1905). Erişim Adresi: <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/start.do>; Brunner, N. 18; Cuendet, N. 467; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000, Art. 99, N. 151; Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 99, N. 14.

<sup>26</sup> 1905 tarihli Tasarı Art. 1121/III'ün Almanca metni: “*Die Bestimmungen über die Ersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen (1058 bis 1074) finden auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.*” şeklindeydi.

1905 tarihli Tasarı reddedilince, kurulan başka bir komisyon tarafından hüküm yeniden işlendi. Bu çalışmanın sonucunda 1909 tarihli Tasarı, Art. 1121'e iki değişiklik getirdi. İlk değişiklik hükmün kenar başlığı ile ilgiliydi. 1905 tarihli Tasarının kenar başlığı "*Sorumluluğun ölçüsü*" iken 1909 tarihli Tasarıda kenar başlığı "*Sorumluluk ve tazminatın kapsamına ilişkin hükümler*"<sup>27</sup> şeklindeydi.

Atıf ilkesi devam etmekle birlikte, madde metninde hangi hükümlere atıf yapıldığının açıkça belirtilmemesi değişikliklerden ikincisiydi<sup>28</sup>. Hüküm "*Kalan hallerde haksız fiilde sorumluluğun ölçüsüne ilişkin hükümler, sözleşmeye aykırılıkta da kıyasen uygulanır*" şeklinde kaleme alınmıştı<sup>29</sup>. Ancak hükmün Almanca ve Fransızca metinleri arasında küçük bir fark bulunmaktaydı. Fransızca metin, "*Haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanır.*" olarak düzenlenmişti<sup>30</sup>. Almanca metin "*haksız fiillerde sorumluluğun ölçüsüne ilişkin hükümler*"e, Fransızca metin ise "*haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler*"e atıf yapmıştı. Hükmün İtalyanca metni ise Almanca metin tercüme edilerek oluşturulmuştu<sup>31</sup>.

Madde metninin üç dildeki ifadesinde farklılık bulunması, hangi haksız fiil hükümlerine atıf yapıldığının belirlenmesinde güçlük yaratmış ve tartışmalara yol

<sup>27</sup> Hükmün kenar başlığının Almanca metni: "*Mass der Haftung und Umfang des Schadenersatzes*" şeklindeydi.

<sup>28</sup> Yeni düzenlemede, atıf yapılan hükümlerin parantez içinde gösterilmemesinin kanun yapma tekniği açısından daha doğru bir seçim olduğu yönünde Brunner, N. 20; BGE 54 II 484.

1909 Tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. "*Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechtes (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905). (Vom 1. Juni 1909)*".

Erişim Adresi: <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/detailView.do?id=10023363#1>.

<sup>29</sup> 1909 Tasarısı Art. 1121/III'ün Almanca metni: "*Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.*" şeklindeydi.

<sup>30</sup> "*Etendue de la réparation*" (tazminatın kapsamı) kenar başlıklı hükmün Fransızca metni "*Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle.*" olarak kaleme alınmıştır. Hükümdeki "*faute contractuelle*" ifadesi, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun "kusur" ile sınırlandırıldığı izlenimini oluşturmaktadır. Ancak Almanca metinden de anlaşıldığı üzere kanun koyucunun böyle bir sınırlandırma yapma amacı bulunmamaktadır. Bu sebeple, "*faute contractuelle*" ifadesinin "*responsabilité contractuelle*" (sözleşmeden doğan sorumluluk) olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cuendet, N. 1; Brunner, N. 93.

<sup>31</sup> Cuendet, N. 470; Brunner, N. 24. "*Misura della responsabilità ed estensione del risarcimento*" kenar başlıklı hükmün İtalyanca metni şu şekildedir: "*Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale.*"

açmıştır. Doktrinde Fransızca metnin daha kapsamlı olduğu, Almanca metinden yola çıkıldığında Art. 50-51 ve 54'ün (TBK m. 61-62 ve 65) atfın kapsamı dışında kaldığını fakat bunun hükmün amacına uymadığı vurgulanmıştır<sup>32</sup>.

Revize edilen İsviçre Borçlar Kanunu'nun madde numaralarının önceki kanunun sayılarına indirilmesine karar verilince, 1909 tarihli Tasarıda Art. 1121/III'te yer alan hüküm şimdiki Art. 99/III olmuştur<sup>33</sup>.

### III. Türk Borçlar Kanunu m. 114/II Atfının Kapsamının Belirlenmesi

Kanun koyucu TBK m. 114/II'de genel bir atıf yapmış; hangi hükümlerin atfın kapsamına girdiğini açıkça belirtmemiştir. Bu nedenle hüküm içi boşluk (Lücke intra legem) bulunmakta olup hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde tamamlanmaya muhtaçtır<sup>34</sup>. Hâkim, ancak kanunda öngörülen hallerde, şartlarda ve/veya hükümde takdir yetkisine sahiptir (MK m. 4)<sup>35</sup>. Bu doğrultuda somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak, boşluğunu doldurduğu hükmün amacı ve korumak istediği menfaat doğrultusunda hukuka ve hakkaniyete uygun karar vermelidir. Dolayısıyla TBK m. 114/II atfı bağlamında hangi haksız fiil hükümlerinin ne zaman ve ne kapsamda uygulama alanı bulacağını da hâkim takdir yetkisini kullanarak belirleyecektir.

Hükmün uygulanabilmesi için öncelikle sözleşmeden doğan sorumluluğun unsurları mevcut olmalıdır. Başka deyişle, sözleşmesel sorumluluk unsurları varsa zararın ve tazminatın belirlenmesi noktasında, bu atıf hükmü devreye girecektir.

TBK m. 114/II yorumlanırken mutlaka, borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğunu fakat işin özel niteliğine göre sorumluluğun genişleyip daralabileceğini belirten hükmün ilk fıkrası da göz önünde tutulmalıdır<sup>36</sup>. O halde

<sup>32</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 852 ve özellikle dn. 2; Brunner, N. 98-101; Cuendet, N. 472, dn. 1466, 478-479.

<sup>33</sup> Brunner, N. 23.

<sup>34</sup> Bir kanun hükmünün somut olaya uygulanabilmesi için gerekli unsurları içinde barındırmadığı, hâkime bir araştırma ve değerlendirme ile hükmün unsurlarını tamamlama görevi verdiği hallerde (kanun koyucu tarafından öngörülmüş) hüküm içi boşluk vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Sarı, s. 138; Oğuzman/Barlas, N. 312; Ernst A. Kramer, **Juristische Methodenlehre**, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2019, s. 20 vd.; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel, 2015, s. 45-47.

<sup>35</sup> Hatemi, **Medeni Hukuk**, s. 99; Oğuzman/Barlas, N. 314-315.

<sup>36</sup> Bkz. § 3, I, B, 5, e.

TBK m. 114/I'de belirtilenler dışında kalan hususlarda m. 114/II'deki genel hüküm uygulanacaktır.

Hükmün yaptığı atfın kapsamında TBK m. 50, 51, 52'nin yer aldığı doktrinde tereddütsüz kabul edilmektedir. Ancak TBK m. 53, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 65, 75 ve 76'nın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanma alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Atfın kapsamına giren haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin tespiti için öncelikle sözleşmesel sorumluluğun unsurları incelenmelidir. Çalışmamızın ikinci bölümünde bu unsurlar, haksız fiil sorumluluğu ile benzer ve farklı yönlerine değinilerek açıklanacaktır.

#### IV. Sözleşmesel Sorumluluğun Unsurları

Sözleşmeden doğan sorumluluk başlığı, sözleşmeye (borca) aykırılık ile fiil ehliyetinin görünümülerinden sorumluluk ehliyetinin bulunduğu noktadır<sup>37</sup>. TBK m. 112 uyarınca, sözleşmesel sorumluluğunun doğması için dört unsurun bulunması gerekir. Bunlar; sorumluluk sebebi olarak sözleşmeye aykırı davranış, zarar, sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağı ve kusurdur<sup>38</sup>. Bu unsurlara geçerli bir sözleşmenin varlığı da eklenmelidir. Sorumluluğun kurulması için gerekli olan bu unsurlar kümülatiftir; başka deyişle herhangi birinin eksikliği sorumluluğun kurulmasını kural olarak engeller<sup>39</sup>. Aşağıda her bir unsur ayrı ayrı incelenecektir.

<sup>37</sup> Belen, **Kısa Şerh**, s. 253.

<sup>38</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 415 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 854 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1172 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1208 vd. Sözleşmesel sorumluluğun unsurları açısından karşı. UNIDROIT 7.4.1 vd. ve PECL 9:501 vd.; DCFR III-3:701 vd.

<sup>39</sup> Aynı yönde YHGK, 4.3.2015, E. 2013/1471, K. 2015/888: "Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir"; YHGK, 03.10.2007, E. 2007/13-642, K. 2007/704: "Çünkü tazminat hukukunda sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yetmez. Bu eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir."

## A. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı

Tarafların iradelerine, hukukun arzu edilen sonucu bağlaması ile doğan hukuki işlemlerin<sup>40</sup> en önemli türü sözleşmelerdir<sup>41</sup>. Borç ilişkisinin kaynaklarından biri olan sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur (TBK m. 1/I). Diğer deyişle, sözleşmenin kurucu unsuru irade açıklamalarıdır<sup>42</sup>. Kurucu unsurları bulunmayan bir sözleşme hukuk sahasında varlık kazanamaz, yoktur<sup>43</sup>.

Hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşmeden bahsedebilmek için sadece kurucu unsurların bulunması yeterli değildir; aynı zamanda geçerlilik unsurlarının da varlığı gerekir<sup>44</sup>. Bütün sözleşmelerin geçerliliği için aranan unsurlar tarafların ehil olması; sözleşme konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmaması; irade beyanlarının sağlıklı olması ve muvazaa bulunmamasıdır. Ayrıca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma bulunmaması, geçerlilik şekli öngörülen sözleşmelerde şekle uyulması, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde ise kanunun getirdiği sınırlamalara uyulması yine geçerlilik için aranan unsurlardandır. Bunların yanı sıra bazı hallerde sözleşmenin

<sup>40</sup> Hukuki işlem kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 10, N. 1 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 38 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 125 vd.; Belen, **Kısa Şerh**, s. 17-19; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeiner Teil des BGB**, 36. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, § 4, s. 39 vd.; Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts-Zweiter Band-Das Rechtsgeschäft**, Vierte Unveränderte Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2012, s. 23 vd.

<sup>41</sup> Oğuzman/Barlas, N. 612-613; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 10, N. 1- § 11, N. 4 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 211; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 5, N. 170, § 6, N. 213 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 148 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 37-38, 43; Belen, **Kısa Şerh**, s. 18; Helvacı/Erlüle, s. 34; Antalya/Topuz, s. 267; Özsunay, s. 282; Belen/Ercan Çitaklayım, s. 223; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 72; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt V/1, 1, **Temel Kavramlar-Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 159; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt: I-II, (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 133; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, 1. Cilt, **Genel Hükümler**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 119; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, **Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 153.

<sup>42</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 171; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 12, N. 1, Eren, **Borçlar Genel**, s. 211-212; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 61; Belen, **Kısa Şerh**, s. 19; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 35.

<sup>43</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 43, N. 1-4; Eren, **Borçlar Genel**, s. 375; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 175, N. 542.

<sup>44</sup> Geçerlilik unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 374 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 268 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 129 vd.

hüküm ifade etmesi için temsil yetkisi eksikliğini giderici icazet, eşin rızası gibi tamamlayıcı unsurlara da ihtiyaç duyulmaktadır<sup>45</sup>.

Geçerlilik unsurların bulunmaması halinde sözleşme, eksik olan unsurun ağırlığına göre hükümsüzlük türlerinden (yaptırımlarından) biriyle karşı karşıya kalır. Hükümsüzlük, sözleşmelerdeki eksiklikleri, sakatlıkları ve sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü ifade eden bir üst kavramdır<sup>46</sup>.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında mevcut ve geçerli bir borç ilişkisi bulunmalıdır<sup>47</sup>. Aksi halde sözleşme ilişkisinin borca aykırı davranışla ihlal edilmesi gündeme gelmez.

## B. Sözleşmeye Aykırı Davranış

Sözleşmeden doğan sorumluluğun ikinci unsuru, borçlunun sorumluluğuna ilişkin hukuki çarelere başvurmada ön koşul olan sözleşmeye aykırı davranıştır<sup>48</sup>. Haksız fiillerde olduğu gibi sözleşmeden doğan sorumlulukta da davranış, yapma ya

<sup>45</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 525 vd.

<sup>46</sup> Doktrinde hükümsüzlüğü ifa etmek üzere geçersizlik, butlan, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, askıda hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, bozulabilir geçerlilik, düzelebilir hükümsüzlük gibi pek çok terim kullanılmaktadır. Bu denli farklı terimlerin kullanılması sebebi Türk Borçlar Kanunu'nda hükümsüzlükle ilgili genel bir düzenlemenin yapılmaması, yeknesak terimlerin kullanılmamasıdır. Örneğin TBK m. 12/II, m. 27, m. 36. Hükümsüzlük ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 539 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 375 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 374 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 43-44; M. Tufan Ögüz, "Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Editör: Gökhan Antalya, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 103-110; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 161; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 62 vd.; Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1953, s. 14 vd.; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998, s. 20 vd.; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1929, Art. 20, N. 51. Yargıtay kararlarında da terim birliği bulunmamaktadır. Bu yönde Yarg. 2. HD. 22.06.1999, E. 1999/4651, K. 1999/7196: "Hata, hile, ikrah ile sakatlanmış irade yok hükmündedir. Ancak bir yıl içinde dava açılıp iptal istenilmemişse işlem geçerli hale dönüşür"; YHGK, 23.06.2004, E. 2004/ 1-379, K. 2004/382: "BK'nun 28/1 maddesinde açıklandığı üzere... hata esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz".

<sup>47</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1173; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1195; Cuendet, N. 10 vd.; Brunner, N. 42.

<sup>48</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 415; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 851; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1246-1252; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1173; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1218; Brunner, N. 39-40.

da yapmama biçiminde ortaya çıkabilir. Sözleşmeyi ihlal eden bu davranışın, borçlu veya borçlunun eylemlerinden sorumlu olduğu kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir<sup>49</sup>. Diğer bir ifadeyle davranış ya bizzat sorumluya aittir ya da başkasının davranışından (fiilinden) sorumluluk söz konusudur.

Doktrinde sözleşmeye aykırılık, haksız fiiller alanındaki hukuka aykırılığın sözleşmesel sorumluluktaki görünümü olarak nitelendirilmiştir<sup>50</sup>. Bu nedenle öncelikle hukuka aykırılık kavramının genel hatları ile incelenecektir.

### 1. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık unsuru, tazmin edilecek ve edilmeyecek zararların birbirinden ayrılması noktasında önem taşıdığından, kavramın içeriği tespit edilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukukta, hukuka aykırılık kavramına ilişkin iki yaklaşım mevcuttur. İlki hukuka aykırılığı sorumluluğun ayrı bir kurucu unsuru kabul ederken, ikincisi kusurun şartı olarak değerlendirmektedir<sup>51</sup>. Örneğin Fransız Hukukunda, Code Civile Art. 1382'den yola çıkan baskın görüş kusuru, "*hukuka aykırı ve zarar verene isnat edilebilen davranış*" olarak tanımlamaktadır<sup>52</sup>. Bu görüş uyarınca hukuka aykırılık kusurun objektif, isnat edilebilirlik ise sübjektif yönüdür<sup>53</sup>. Alman Hukukunda olduğu gibi Türk- İsviçre Hukuklarında ise hukuka aykırılık gerek sözleşmesel gerekse sözleşme dışı sorumluluğun ayrı ve kurucu unsurlarından biridir (TBK m. 49, OR Art. 41, BGB §

<sup>49</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 435 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 891 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1192 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1198; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 364 vd. Çalışmamızda sözleşmeden doğan sorumluluğun unsurları borçlunun bizzat sorumluluğu göz önünde bulundurularak açıklanacak, yardımcı kişinin davranışından sorumluluk noktasında özellik arz eden hususlar ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bkz. § 2, I, D, 2, b ve § 2, I, D, 3, b, (2).

<sup>50</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1218; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1173; Oser/Schönenberger, Art. 97, N. 8; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 25 vd.; Klaus Friedrich, "**Der Vertragsbruch**", AcP, 178, No. 5, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1978, s. 475-476, Erişim adresi: [www.jstor.org/stable/40994982](http://www.jstor.org/stable/40994982). Bu kullanımın yanlış olduğu yönünde bkz. Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 276.

<sup>51</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.83 vd.; Pınar Çağlayan Aksoy, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 93.

<sup>52</sup> Deschenaux/Tercier, s. 40; Cuendet, N. 168-170; Çağlayan Aksoy, s. 93.

<sup>53</sup> Cuendet, N. 168 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.85.

823 vd.)<sup>54</sup>. Hukuka aykırılık kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış<sup>55</sup>, doktrin tarafından açıklanmaya çalışılmıştır<sup>56</sup>. Sözleşme dışı sorumlulukta hukuka aykırılık en yalın ifadeyle, davranışın, yazılı olan ya da olmayan bir hukuk kuralını ihlal etmesidir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.72; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 45; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 23 vd.; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 97, N. 6; Max Keller/Sonja Gabi-Bolliger, **Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s. 36; Andreas von Tuhr/Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Erster Band, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1979, s. 416-417; Karl Oftinger/Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 1995, § 4, N. 55; Heinz Rey, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage Schulthess, Zürich, 2008, N. 669. Hukuka aykırılığın sorumluluğun genel değil özel şartı olduğu yönünde bkz. Deschenaux/Tercier, s. 40-41.

Doktrinde bazı yazarlar, hukuka aykırılık olmaksızın sorumluluğun (özellikle tehlike sorumluluğunun) gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s. 9-10; Başak Başoğlu, **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 144. Burada kastedilenin tazminat sorumluluğu değil, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk olduğu yönünde bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.72 ve özellikle dn. 143.

<sup>55</sup> BGB § 823'te hangi hak ve menfaatlerin ihlalinin hukuka aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde Türk Borçlar Kanunu Tasarı aşamasındayken m. 56'da "*Hukuk düzeninin malvarlığı veya kişi varlığı değerlerini zarardan korumak için koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlar hukuka aykırıdır.*" ifadesi yer almaktaydı. Tasarıdan çıkarılan bu düzenlemenin kaynağı, sorumluluğun sınırlarını genişleten İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı'nın (Widmer/Wessner Tasarısı) 46. maddesidir. Söz konusu hükümde hukuka aykırılık, "(1) *Hukuk düzenince korunan bir hakkı zedeleyen fiil hukuka aykırıdır. (2) Zarar veren fiil bir kişinin davranışından kaynaklanıyorsa bu fiil hukuk düzenince öngörülen bir emir ve yasağa veya dürüstlük kuralına veya sözleşmesel bir yükümlülüğe aykırılık teşkil eder nitelikte ise hukuka aykırıdır.*" ifadeleri ile tanımlanmıştır. Bkz. Pierre Widmer/Pierre Wessner, **Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erlauternder Bericht**, Bern, 2000, s. 94 vd., Erişim Adresi: <https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2000/2000-10-09.html>.

Genel ve sözleşmesel davranış kurallarını kapsayacak şekilde hukuka aykırılığı genişleten hüküm, İsviçre hukukunda kabul edilen ikili sorumluluk sistemine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. OR 2020 Tasarısının 46. maddesinde de hukuka aykırılık, "*genel davranış kuralına aykırılık*" olarak tanımlanmış ve sınırları oldukça genişletilmiştir. Böyle bir tanım, hukuka aykırılığın sınırlandırıcı unsur olma özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.79; Franz Werro, **The Swiss Tort reform: a Possible Model for Europe?**, European Tort Law Estem and Western Perspectives, ed. Mauro Bussani, Stämpfli Verlag, Bern, 2007, s. 81 vd.

Belirtmek gerekir ki söz Widmer/Wessner Tasarısı, 21.1.2009 tarihinde kadük kalmıştır; buna rağmen Türk-İsviçre sorumluluk hukuku açısından hala büyük önem taşımaktadır. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin büyük kısmı bu Tasarı'dan esinlenilerek kaleme alınmıştır.

<sup>56</sup> TBK m. 49/I'deki "*hukuka aykırı*" ifadesini hâkimin takdir yetkisini kullanarak anlamlandırması gerektiği, dolayısıyla bir "*hüküm içi boşluk*" bulunduğu konusunda bkz. Çağlayan Aksoy, s. 155; Erich Bosshard, **Neuere Tendenzen in den Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, Schulthess Verlag, Zürich, 1988, s. 34; Michael Cartier, **Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, digiprint, Eschen FL 2007, N. 4, Erişim Adresi: [http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/wwwDisplayIdentifier/3287/\\$FILE/dis3287.pdf](http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/wwwDisplayIdentifier/3287/$FILE/dis3287.pdf).

<sup>57</sup> Bu yönde bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 44; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 87 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 662-663; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 476; Rey, N. 670, 677; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 8; Keller/Gabi-Bolliger, s. 37; Oftinger/Stark, § 4, N. 2 vd.; Selim

Hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği ve kavramın içeriği, sorumluluk hukukunun en tartışmalı konularındandır; bu tartışmalardan çeşitli teoriler doğmuştur<sup>58</sup>. Hukuka aykırılık kavramını açıklayan başlıca üç teori aşağıda genel hatları ile incelenmiştir.

#### a. Söbjektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Söbjektif teori dayanağını, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 50a maddesinin Fransızca versiyonunda bulmaktadır<sup>59</sup>. Hükümün Almanca metninde “*hukuka aykırı olarak başkasına zarar verme (widerrechtlichkeit)*”den bahsedilirken, Fransızcasında “*haklı olmaksızın zarar verme (sans droit)*” ifadesi yer almaktaydı<sup>60</sup>. Bu ifade, özel bir hakka veya hukuka uygunluk sebebine dayanmayan her zarar verici fiilin hukuka aykırı olduğunu ileri süren söbjektif teorinin doğmasına yol açmıştır<sup>61</sup>.

---

Kaneti, “**Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980, s. 38; Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2007, s. 143; Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2013, s. 52-53; Vito Roberto, **Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 26; Roland Brehm, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006, Art. 41, N. 33; Christian Heierli/Anton K. Schnyder, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, Art. 41, N. 31-32.

<sup>58</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 17 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 156 vd.

<sup>59</sup> 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 50a’nın Fransızca metni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bosshard, s. 46; Rey, N. 679; Walter Fellmann, “**Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem-Versuch einer Zwischenbilanz**”, ZSR 128/I, 2009, s. 475.

<sup>60</sup> 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Art. 41’in Fransızca metninde “*sans droit*” yerine “*d’une manière illicite*” (hukuka aykırı bir fiille) ifadesi kullanılmıştır. Böylelikle hüküm, baskın görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisiyle uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe Kurtulan, “**Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı: 1, Yıl: Mayıs 2017, s. 468, dn. 6; Cartier, N. 13.

<sup>61</sup> Teori hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 77 vd.; Deschenaux/Tercier, s. 41; Cartier, N. 11 vd.; Widmer/Wessner, s. 96; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 8; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 33; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 32; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 364 vd.; Müller, **CHK-OR**, Art. 41, N. 43. Doktrinde Sanlı’nın isabetle belirtildiği üzere, “*Hukuk düzeni başkalarına zarar verme yetkisi veren kurallara değil, zarara neden olan davranışların hangi hâllerde hukuka aykırı olacağını öngörür*”, Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 407-408. Aynı yönde: Rey, N. 679; Bosshard, s. 46; Fellmann, **Widerrechtlichkeit**, s. 475.

Başka deyişle, yetkisiz zarar verme anlamına gelen hukuka aykırılık, zararın ortaya çıkması ile doğar<sup>62</sup>.

Hukuka aykırılığı zarar unsuruna bağladığından, sorumluluğun sınırlarını aşırı genişlettiğinden ve OR Art. 41/II (TBK m. 49/II) hükmünü işlevsiz kıldığından bahisle yoğun eleştiriler alan sübjektif teori<sup>63</sup>, bugün oldukça azınlıkta kalmıştır<sup>64</sup>.

### b. Objektif Hukuka Aykırılık Teorisi

Türk-İsviçre Hukukunda ağırlıkla kabul edilen objektif<sup>65</sup> teoriye göre hukuka aykırılık, kişilerin şahısvarlıklarını ve/veya malvarlıklarını koruyan emredici bir hukuk kuralının ihlalidir<sup>66</sup>. Diğer bir ifadeyle hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için sadece başkasına zarar vermek yeterli değildir<sup>67</sup>. Aynı zamanda davranış, objektif bir normu ihlâl etmelidir<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 80.

<sup>63</sup> Teoriye yönetilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 80 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 216 vd.; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 407; Cartier, N. 69 vd.; Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 25; Meliha Sermin Paksoy, **Sözleşmeyi İhlale Yönelme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 81.

<sup>64</sup> Türk-İsviçre Hukuku'nda sübjektif teoriyi üstün tutan görüşler için bkz. Bruno Gabriel, **Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Entlebuch, Freiburg, 1987, N. 280 vd.; Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 106.

<sup>65</sup> “Objektif” kelimesiyle ifade edilmek istenenin “normlar bütünü olan hukuk düzeni” olduğu; Federal Mahkemenin de bir kararında (BGE 32 II 279) bu teori çerçevesinde hukuka aykırılığı “sözleşmeyle değil, genel hukuk düzeninde veya özel koruma normlarıyla koruma altına alınmış olan hakların veya hukuki menfaatlerin ihlali” olarak tanımladığı yönünde: Çağlayan Aksoy, s. 160-161; Hubert Stöckli, “Notizen zur Widerrechtlichkeit”, Festschrift für Franz Riklin, Herausgegeben von M. A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007, s. 238.

<sup>66</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 476; Eren, **Borçlar Genel**, s. 660; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 18; Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 82; Tiftik, s. 48-49; Çağlayan Aksoy, s. 156; Widmer/Wessner, s. 95; Deschenaux/Tercier, s. 41-42; Fellmann, **Widerrechtlichkeit**, s. 474; Rey, N. 670; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 33c; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 31; Müller, **CHK-OR**, Art. 41, N. 43; Hans Merz, **Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem**, Ausgewählte Abhandlungen zum Privat und Kartellrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1977, s. 363; Wolfgang Portmann, “Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?”, Schweizerische Juristen Zeitung, Band 93, Heft 14, Schulthess, Zürich, 1997, s. 274.

<sup>67</sup> Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 408.

<sup>68</sup> Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 408; Deschenaux/Tercier, s. 42-43; Oftinger/Stark, § 4, N. 1.

Sübjektif teori izin verilmemiş her davranışı hukuka aykırı olarak nitelendirirken, objektif teori yasaklanmamış her davranışın hukuka uygun olduğunu savunmaktadır<sup>69</sup>. Bu nedenle teoriler ispat külfeti noktasında ayrılmaktadır<sup>70</sup>.

İki teori arasındaki bir diğer fark, objektif teorinin hukuken korunan değerler arasında (mutlak haklar-diğer hak ve menfaatler şeklinde) ayırım yapmasıdır<sup>71</sup>. Bu ayırma bağı olarak objektif hukuka aykırılık teorisini savunanlar arasında davranışın mı yoksa sonucun mu hukuka aykırılığının benimseneceği noktasında görüş ayrılığı bulunmaktadır<sup>72</sup>. Türk-İsviçre Hukukunda baskın görüş, mutlak hakların ihlali açısından sonucun hukuka aykırılığını kabul etmektedir<sup>73</sup>. Mutlak hak dışındaki hakların ihlalinde ise özel bir koruma normunun varlığını ve zarar gören kişinin/değerin bu normun kapsamına girmesini aramaktadır<sup>74</sup>.

### c. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi

Son yıllarda doktrinde bazı yazarlar, objektif ve sübjektif teorilerin eksik yanlarından yola çıkarak üçüncü hukuka aykırılık teorisi şeklinde adlandırılan yeni bir

<sup>69</sup> Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 33f.

<sup>70</sup> Rey, N. 681a; Gabriel, N. 359; Cartier, N. 14, 35; Franz Werro, “**Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR**”, ZSR 116, I. Halbband, 1997, s. 365.

<sup>71</sup> Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 408; Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2. 91; Çağlayan Aksoy, s. 161; Kurtulan, s. 472; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 35; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 31; Gabriel, N. 228; Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004, s. 14-15.

<sup>72</sup> Çalışmamızın kapsamını aşan bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 51; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 101.1 vd.; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 25-26; Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.91 vd.; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 408 vd.; Kırca, s. 15 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 162 vd.; Kurtulan, s. 473 vd.; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 104, dn. 364. Bu görüşler arasındaki temel farkın, salt malvarlığı zararlarının tazminine olanak sağlanması noktasında ortaya çıkacağı yönünde: Çağlayan Aksoy, s. 179-180.

<sup>73</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 21; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 51; Eren, **Borçlar Genel**, s. 660-661; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 90; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 35; Werro, **Sorgfaltspflichtverletzung**, 358; Gabriel, N. 245; Cartier, N. 88; Widmer/Wessner, s. 95; Merz, **Die Widerrechtlichkeit**, s. 364.

<sup>74</sup> Bu doğrultuda normun koruma amacı kuramı gelişmiştir. İhlal edilen hukuk kuralının koruma kapsamı ile ihlal edilen menfaat arasında bulunması gereken ilişki hukuka aykırılık bağı olarak adlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **Haksız Fiil**, s. 25 vd.; Fikret Eren, “**Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi**”, Prof. Dr. Murat Koloğlu’ya 80. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1975, s. 468; Haluk Tandoğan, “**Hukuka Aykırılık Bağı**”, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980, s. 5 vd.

yaklaşım ortaya koymuşlardır<sup>75</sup>. Bu yaklaşımı savunan yazarlar, objektif teoriyi yalnızca mutlak hakların ihlalinde tazminata olanak tanıdığı, önemli diğer pek çok zarar açısından yetersiz kaldığı; sübjektif teoriyi ise tazminatın kapsamını aşırı genişleterek zarar veren aleyhine genel bir sorumluluk karinesi yarattığından bahisle eleştirmektedir<sup>76</sup>. Teoriyi savunan yazarlarca hukuka aykırılık, “*genel bir davranış yükümlülüğünün ihlali*” anlamına gelmektedir<sup>77</sup>. Böylelikle objektif hukuka aykırılık teorisi çerçevesinde tazmin edilemeyen, salt malvarlığı zararlarının tazminine olanak sağlanmaktadır<sup>78</sup>. Ayrıca sadece mutlak hakkın ihlali yeterli görülmemekte, davranışın genel davranış yükümünü ihlal etmesi aranmaktadır. Ancak bu teori de sorumluluğun sınırlarını belirsiz kıldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir<sup>79</sup>.

## 2. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller

Hukuka aykırılık unsuruna ilişkin değinilmesi gereken, bir diğer husus Kanunun deyiimiyle hukuka aykırılığı kaldırان hallerdir<sup>80</sup>. Hukuka aykırılığı kaldırان hallere ilişkin düzenleme TBK m. 63-64’ün yanı sıra, kişiliğı haksız fiille yapılan saldırılara karşı koruyan MK m. 24’te yer almaktadır<sup>81</sup>. Hükümler uyarınca hukuka

<sup>75</sup> Werro, **Sorgfaltspflichtverletzung**, s. 346 vd.; Anton K. Schnyder/Wolfgang Portmann/Markus Müller-Chen, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2013, s. 59-60; Beat Schönenberger, “**Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie**”, HAVE, 1/2004, s. 6.

<sup>76</sup> Portmann, s. 273; Werro, **Sorgfaltspflichtverletzung**, s. 366; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 60.

<sup>77</sup> Werro, **Sorgfaltspflichtverletzung**, s. 346 vd.; Schönenberger, s. 6.

<sup>78</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 60; Schönenberger, s. 7; Werro, **Sorgfaltspflichtverletzung**, s. 366 vd; Portmann, s. 477.

<sup>79</sup> Manuel Jaun, **Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung**, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, s. 479-480.

<sup>80</sup> Hukuka aykırılığı kaldırان haller doktrinde hukuk uygunluk sebepleri olarak da anılmaktadır. Bu yönde bkz. von Tuhr/Peter, s. 417 vd.; Oftinger/Stark, § 4, N. 45 vd.; Deschenaux/Tercier, s. 68, 73; Rey, N. 757 vd.; Keller/Gabi-Bolliger, s. 46 vd.; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 39; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 60 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Cilt II**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 3, N. 32 vd.; Selim Kaneti, “**Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk**”, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 143 vd. Fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinden sonra, bazı sebeplerin varlığı nedeniyle hukuka uygun hale gelmeyeceğı; bu sebeplerin varlığında fiilin baştan itibaren hukuka uygun kabul edileceğı dolayısıyla da bahsedilen sebeplere hukuka aykırılığı kaldırان haller değil “hukuka uygunluk sebepleri” denilmesi gerektiğı yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 678; Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.112; Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 238. Fikrimizce “hukuka uygunluk sebepleri” ya da “hukuka aykırılığı kaldırان haller” yerine “hukuka aykırılığın ileri sürülmesini engelleyen haller” ifadesi kullanılmalıdır; ancak çalışmamızda kanundaki terime sadık kalmıştır.

<sup>81</sup> MK m. 24/II’de belirtilen nedenler TBK m. 63-64’ten farklı değildir; hükümde kişilik hakkının ihlalinde sıklıkla gündeme gelebilecek olanlar sayılmıştır.

aykırılığı kaldıran haller kanunun verdiği yetki, zarar görenin geçerli rızası, üstün nitelikli özel ya da kamusal yarar, haklı savunma (meşru müdafaa), hakkını kendi gücü ile koruma ve zorunluluk (ıztırar) halidir<sup>82</sup>. Belirtilen bu sebeplerin varlığında kural olarak sorumluluk ortadan kalkar; ancak zorunluluk halinde sorumluluk hâkimin takdirine bağlı kılınır<sup>83</sup>.

### 3. Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Hukuka Aykırılık

#### a. Genel Olarak

Başlık altında yanıtlanması gereken sorulardan ilki, sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluktaki hukuka aykırılığın yeknesak kavramlar olup olmadığıdır<sup>84</sup>. Doktrinde bir görüşe göre ayırım yapılmaksızın her iki alan açısından hukuka aykırılık kavramı yeknesaktır<sup>85</sup>. Bu yaklaşım, genel davranış kurallarına aykırılık ile karşılaştırılan (nisbi) kurala aykırılık farkını göz ardı etmektedir. Katıldığımız diğer görüş uyarınca hukuka aykırılığı, yeknesak olmaktan çok düalist (iki yönlü) bir kavram olarak değerlendirmek gerekir<sup>86</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığa esas teşkil eden davranış yasakları mutlak ve objektifken, sözleşmesel sorumluluktaki davranış yasakları nisbi ve sübjektiftir<sup>87</sup>. Nitekim her sözleşme ilişkisinde taraflar, belirledikleri davranış yükümlerine uygun davranmayı; sözleşmede karşılaştırılmayan noktalarda iradelerini tamamlayan yedek hukuk kurallarına uymayı taahhüt ederler. Tarafların kanunu<sup>88</sup>

<sup>82</sup> Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 30 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 679 vd.; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 118 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 52 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 485 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.112 vd.; Valentin Landmann, **Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 1975, s. 21 vd.

<sup>83</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 496; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 485 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 37; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 83; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 130; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 369 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 689; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 3, N. 32 vd.; Kaneti, **Hukuka Uygunluk**, s. 144 vd.; von Tuhr/Peter, s. 417 vd.; Deschenaux/Tercier, s. 68, 73; Rey, N. 757 vd.; Keller/Gabi-Bolliger, s. 48; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 60; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 248.

<sup>84</sup> Jäggi, s. 183-184; Cuendet, N. 328 vd.

<sup>85</sup> Merz, **Die Widerrechtlichkeit**, s. 306.

<sup>86</sup> Jäggi, s. 183; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 276.

<sup>87</sup> Jäggi, s. 184 vd.

<sup>88</sup> Taraf iradelerinin somutlaştığı sözleşmeler, Fransız Medeni Kanunu m. 1134'te "*tarafların kanunu*" olarak nitelendirilmiştir.

niteliğindeki sözleşmede belirlenen davranış kuralının ihlali, hukuka aykırılık teşkil eder; başka deyişle hukuka aykırılık unsurunun anlamı ve sınırları baştan bellidir<sup>89</sup>.

Karşılıklı-birbirine uygun iradeleriyle kurdukları hukuki işlem taraflar arasında özel bağ yaratır ve sözleşmede kararlaştırılan davranışa (borca) uygun hareket etmekle yükümlü kılar<sup>90</sup>. Bu bağlamda her borca aykırılık esasen hukuka aykırılık oluşturur. Kuşkusuz, sözleşmesel borç ilişkisinde borçların yanı sıra alacak hakları, yenilik doğuran haklar, külfetler ya da def'iler de bulunur; ancak sözleşmeye aykırılık borçlara ilişkindir<sup>91</sup>. Zarar gören alacaklının borca aykırılığı ortaya koyması, hukuka aykırılık unsurunun ispatı için yeterlidir.

Sözleşme dışı sorumlulukta incelenen hukuka aykırılık teorileri ve salt malvarlığı zararlarının tazmini konusunda yaşanan tartışmalar sözleşmesel sorumlulukta gündeme gelmez. Hatta sözleşmeden doğan sorumluluğun birincil işlevi, salt malvarlığı zararlarının tazminidir<sup>92</sup>. Nitekim sözleşmeden doğan sorumluluk, tarafların ifaya ilişkin menfaatlerini korur; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminini hedef alır<sup>93</sup>.

İrdelenmesi gereken sorulardan ikincisi, özensiz davranışın hukuka aykırılıktaki yeridir. Tarafların sözleşme özgürlüğü sınırları içinde belirledikleri iradi kurala uygun hareket etme yükümlüğü açısından, özensiz davranış önem taşır. Özensiz davranış, borca aykırılığa yol açar. Bu yönüyle özen, hukuka aykırılığı ortaya koyan objektif bir ölçüttür<sup>94</sup>. Diğer yönden ise özen, borca aykırı davranışın iradesini yansıtır ve kusurla yakından ilgilidir. Başka deyişle kusur açısından özen kavramı, subjektif bir ölçüt niteliğindedir<sup>95</sup>.

<sup>89</sup> Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 277; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1188-1192, 1218.

<sup>90</sup> İhlal edilen de aslında sözleşme ilişkisi değil sözleşmeden doğan borçlardır. Aynı yönde: Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1218; Cuendet, N. 14-15; Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 86.

<sup>91</sup> Cuendet, N. 13-15, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1218-1222; Demirsatan, s. 86.

<sup>92</sup> Kırca, s. 21; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 335; Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.80. Ayrıca bkz. § 2, I, C, 4, d.

<sup>93</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 3, N. 2.80; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1155; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1207, N. 1245.

<sup>94</sup> Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 277.

<sup>95</sup> Özen ölçütüne, kusur başlığı altında (§ 2, I, D, 1) tekrar değinilecektir.

Borçlunun gerekli özeni gösterip göstermediği kanun ve sözleşme hükümleri çerçevesinde, benzer işlerde kabul edilmiş davranışlar ve dürüstlük kuralı göz önünde tutularak, somut olayın özelliklerine göre fakat objektif olarak belirlenecektir<sup>96</sup>. Bununla birlikte, kanun bazı hallerde gösterilecek özeni, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*) olarak sübjektif bir esasa tâbi tutmuştur (örneğin TBK m. 628). Bu ölçü çoğunlukla, borçlunun objektif olarak kusurlu sayılacakken sübjektif olarak kusurlu sayılmamasına yol açar<sup>97</sup>.

#### **b. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Hallerin Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Görünümü**

Sözleşme dışı sorumlulukta hukuka aykırılığı kaldırان hallerin, sözleşmesel sorumluluk alanındaki etkisi incelenmesi gereken bir diğer konudur. Katıldığımız görüş uyarınca hukuka aykırılığı kaldırان sebepler, aynı işlevi sözleşmeden doğan sorumlulukta da taşınalıdır<sup>98</sup>. Yasal düzenlemenin, mutlak haklara müdahaleye izin verdiği koşullarda, bir tarafın diğerinin nisbi haklarını ihlal etmesi evleviyetle sorumluluğu kaldırmalıdır.

Kişinin kendisini korumaya yönelik davranışı hem haksız fiil hem borca aykırılık oluşturabilir; ancak hukuka aykırılığı kaldırان sebeplerden biri varsa zarar gören tazminat talebinde bulunamaz. Örneğin bir dağ turunda, tırmanış esnasında paniğe kapılan ve tur rehberine saldıran turist, rehberin kendisini savunması ile yaralanırsa sözleşmeden ya da haksız fiilden doğan bir tazminat talebine sahip değildir<sup>99</sup>.

Sadece sözleşme ilişkisini ihlal ederek kendisini (çıkarını) koruyan kişi açısından da bu ihlal, TBK m. 63-64'ün koşullarını taşıyorsa, hukuka aykırılığı ortadan kaldırان sebep oluşturabilir. Örneğin araba kiralama işi ile uğraşan bir şirket yetkilisi,

<sup>96</sup> Bu yönde: Yarg. 13. HD, 14.10.1974, 2637/2492 (YKD. 1976/1, s. 79).

<sup>97</sup> Bu hükümlerden de esinlenerek, bütün borç ihlallerinde, borç ilişkisi kurulurken alacaklının bilmesi gereken borçlunun sübjektif özellikleri dikkate alınarak kusurlu bulunup bulunmadığına karar verilmesi, genellikle benimsenen görüştür: Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 417; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 813; Eren, **Borçlar Genel**, s. 652-653; Oser/Schönenberger, Art. 99, N. 31; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, zweiter Band**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1974, s. 115.

<sup>98</sup> Aynı yönde Brunner, N. 349; Landmann, s. 128.

<sup>99</sup> Farklı örnekler için bkz. Brunner, N. 349-351.

kiraladığı arabanın anahtarlarını teslim almaya gelen sarhoş sürücüye teslimden kaçınabilir. Bu durumda şirket yetkilisi, eşyaya gelebilecek hasardan korunmak için sözleşmeyi ihlal etmiştir. Şirket yetkilisinin üstün nitelikli özel yararı, borç ilişkisini ihlal eden anahtarı teslim etmeme davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.

Hukuka aykırılığı kaldıran hallere ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılıktaki uygulama alanı, haksız fiillere göre daha dardır. Çünkü, kanun koyucu pek çok hükümde alacaklıya özel yetkiler tanımıştır<sup>100</sup>. Böylelikle alacaklı, aslında sözleşmeye aykırılık teşkil edecek davranışından sorumlu tutulmamaktadır. Örneğin ifa sırası belirlenmemiş karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, karşı edim yerine getirilmediği veya en azından ifası önerilmediği sürece kendi *edimini ifa etmekten kaçınabilir* (TBK m. 97). Aynı şekilde, karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü nedeniyle hakkı tehlikeye düşen alacaklı, karşı edimin ifası güvence altına alınana kadar kendi edimini ifa etmeyebilir (TBK m. 98). Her iki durumda da kendi edimini ifa etmekten kaçınan alacaklı, hukuka aykırılığı kaldıran başkaca bir sebebe ihtiyaç duyulmaksızın temerrüde düşmemekte, kanunun verdiği yetkiden yararlanmaktadır.

Bir başka örnek MK m. 950-953'te düzenlenen hapis hakkında karşımıza çıkmaktadır. Alacaklı, borçlunun rızası ile zilyedi olduğu taşınırı ya da kıymetli evrakı, kanunda aranan diğer koşulların da varlığı halinde alacağı ödenene kadar elinde tutabilir; borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda bunların paraya çevrilmesini isteyebilir<sup>101</sup>.

Benzer şekilde TBK m. 306, kiracının, uygun sürede giderilmeyen ayıbı kiraya veren hesabına gidertebileceğini ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebileceğini belirterek hakkını bizzat elde etmesine olanak tanır. Ancak kanun

---

<sup>100</sup> Sözleşmesel sorumluluk alanında, hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerden kanunun tanıdığı yetki geniş yer tutmakta; çoğu kez diğer sebeplerin varlığına gerek kalmamaktadır.

<sup>101</sup> Hapis hakkıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgehan Çetiner, **Hapis Hakkı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 24 vd.; Cem Dinar, **Türk Medeni Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 5 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.1043; Haluk Nami Nomer/M. Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku Cilt: II- Rehin Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 114; A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 681; Kadir Emre Gökyayla, **“Hapis Hakkının Haksız Kullanılmasından Doğan Zararın Tazmini”**, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 75, Mart 2009, s. 1-2.

koyucu, kiraya verene, ödeme yapmayan kiracıyı güç kullanarak evden çıkarması veya kira bedelini zorla alması yetkilerini tanınmadığından, bu tür davranışlar TBK m. 63-64'te öngörülen diğer şartları taşımıyorsa hukuka aykırı olacaktır.

Sözleşme taraflarından birinin, sadakat yükümlülüğü kapsamındaki sır saklama borcunu, üstün nitelikli kamusal yarar gereği ihlal etmesinde de sözleşmeye aykırılık ortadan kalkmaktadır. Özellikle bankacılık, tedavi ve avukatlık sözleşmelerinde, banka-müşteri, hekim-hasta, avukat-müvekkil arasındaki vekâlet ilişkisinin niteliği gereği sır saklama yükümlülüğü doğar<sup>102</sup>. İdari makamların önünde veya mahkemede ifade verme, dosya sunma, bilgi paylaşma gibi yasal zorunluluklar ise sır saklama yükümlüğünün ihlal edilmesine yol açmaktadır. Buna rağmen, üstün nitelikli kamu yararı ve kanunun tanıdığı yetki sözleşmeye aykırılığın ileri sürülmesini engeller.

Hukuka aykırılığı kaldıran hallerden bir diğeri de “zarar görenin rızası”dır. Zarar görenin rızası kavramı, tazminatın belirlenmesi başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir<sup>103</sup>. Ancak çalışmanın bu aşamasında genel hatları ile değinmek yarar sağlayacaktır.

Rıza, gerekli ehliyet ve yetki şartlarını taşıyan kişinin, üzerinde tasarruf edebileceği hukuki değerlerine yapılan müdahaleleri kabul etmesi, onaylamasıdır<sup>104</sup>. Sözleşmeden doğan borç ilişkisi ve borçlar üzerinde kişi serbestçe tasarruf imkanına sahip olduğundan, geçerli rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır<sup>105</sup>. Diğer bir deyişle

---

<sup>102</sup> Bankaların sır saklama yükümlüğüne dair esaslar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesinde, hekimin sır saklama yükümlülüğü Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 4'te, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20'de ve Türkiye'nin de taraf olduğu, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi m. 10'da, avukatların sır saklama yükümlülüğü ise 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 36'da düzenlenmektedir.

<sup>103</sup> Bkz. § 3, I, B, 2.

<sup>104</sup> Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 5-7, 26. Rızanın açık veya örtülü şekilde gösterilmesi geçerliğini etkileyebilir. Kanunun özellikle açık rıza aramadığı hallerde, örtülü rıza yeterlidir.

Kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği hukuki değerleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kudret Ayiter, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953, s. 119; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 95, 124, 200.

<sup>105</sup> Gösterilen rıza, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir değere ilişkinse davranışın sözleşmeye aykırılığı devam eder; fakat rıza tazminattan indirim sebebi oluşturur. Geçersiz rızanın haksız fiilden doğan sorumlulukta tazminattan indirim sebebi oluşturduğu yönünde: Tiftik, s. 387,

zarar görenin geçerli rızası, sözleşmeye aykırılığı ve dolayısıyla tazminat talebini engeller.

Sözleşmesel sorumluluk alanında verilen rıza bizi, gereği gibi ifanın unsurları açısından farklı noktalara ulaştıracaktır. Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin taraflarına, zamanına, yerine, konusuna, miktar ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir biçimde yerine getirilmesidir<sup>106</sup>. Her bir unsura aykırılık açısından rıza, farklı kurumların uygulama alanı bulmasına yol açacaktır. Örneğin sözleşmeye aykırılık borcun konusuna ilişkinse buna gösterilen rıza (içeriğine göre) aliud ifayı-ifa yerine/ifa uğruna edimi-edimi değiştirme yetkisi tanınmasını; borcun ifa edileceği zamana ilişkinse erteleme (tecil) anlaşmasını gündeme getirecektir. Aynı şekilde gösterilen rızanın içeriği, ibra ya da borcun yenilenmesi anlamına gelebilir. Fakat ulaştığımız noktada geçerli rızanın, sözleşmeye aykırılığın ileri sürülmesini kural olarak engelleyeceğini ifade edebiliriz.

#### 4. Sözleşmeye Aykırılığın Ortaya Çıktığı Haller

Sözleşmelerde beklenti, verilen sözün tutulması ve borç ilişkisinin ifa ya da ifa yerini tutan bir olgu ile sona erdirilmesidir<sup>107</sup>. Ancak bazen, bu sonucun gerçekleşmesini engelleyen sebepler ortaya çıkabilir. Bu sebepler doktrinde, “ifa

---

Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 321; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Borçlar Genel**, s. 490; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 45; Ekici Şahin, s. 113, 214 vd.

<sup>106</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1166; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 43.

<sup>107</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1021; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 1, N. 1; Belen, **Kısa Şerh**, s. 157-158; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Borçlar Genel**, s. 758; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 663; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 41; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 673; Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 203; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969, s. 3.

engelleri”<sup>108</sup>, “borca aykırılık halleri”<sup>109</sup>, “sözleşme ihlali”<sup>110</sup>, “ifa ihlalleri”<sup>111</sup>, “kötü ifa”<sup>112</sup>, “ifa etmeme halleri”<sup>113</sup> gibi farklı adlarla anılmaktadır<sup>114</sup>.

“İfa engeli” kavramı, alacaklı temerrüdü kenar başlığı altındaki TBK m. 111’de karşımıza çıksa da doktrinde genel kabul gördüğü üzere, ifanın başarıya ulaşmasını engelleyen olguların tümünü niteleyen bir üst başlıktır; alacaklı ve/veya borçludan kaynaklanan sebeplerle ifanın gerçekleşmemesinden işlem temelini çökmesine kadar uzanan geniş bir yelpaze oluşturur<sup>115</sup>. Çalışmamızda ise TBK m. 114/II hükmünde de yer verilen “sözleşmeye aykırılık” kavramı kullanılacaktır<sup>116</sup>. Kavramın, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin temel kuralın kaleme alındığı TBK m. 112<sup>117</sup> ve yapma/yapmama borçlarına ilişkin TBK m. 113 ile birlikte incelenmesi zorunludur.

Borç ilişkisinin pasif süjesi borçlu göz önüne alınarak düzenlenen “Borcun İfa Edilmemesi” kenar başlıklı TBK m. 112’nin, EBK’daki karşılığı m. 96’dır. Bu

<sup>108</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 1 vd.; Detlev W. Belling/Herdem Belen, **“Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması”**, Legal Hukuk Dergisi, No: 46, Ekim 2006, s. 3025.

<sup>109</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 804 vd.; Belen, **Kısa Şerh**, s. 257-258; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 851-852; H. Tamer İnal, **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 263 vd.

<sup>110</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1218-1222.

<sup>111</sup> Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 211 vd.

<sup>112</sup> Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 106 vd.

<sup>113</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1453 vd.

<sup>114</sup> Doktrinde bazı yazarlar, bu terimlerin aynı hukuki durumu nitelediğini ve birbirleri yerine kullanılabileceğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 851. Eren, sözleşmeye aykırılık ve sözleşmesel sorumluluk terimlerinin eş anlamlı olduğunu belirtmektedir (Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148). Karş. Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, N. 558-559. Katıldığımız görüş ise kavramların birbiri yerine kullanılamayacağını, kapsam farklılıkları bulunduğu ifade etmektedir. Örneğin ifa engelinin, ifa etmemeden daha kapsamlı olduğu yönünde bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 1; Demirsatan, s. 87; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 13.

<sup>115</sup> Bu yönde bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 1 vd.; Rona Serozan, **“Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”**, İÜMHAD, Cilt: 15, Sayı: 18, Yıl: 1990, s. 28 vd.; Yeşim M. Atamer, **“İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”**, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 217; Ulrich Huber, **Leistungstörungen, Band I**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, § 1, N. 1.

<sup>116</sup> Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu Art. 99/III’ün Almanca metninde “*vertragswidrige Verhalten*” (sözleşmeye aykırı davranış); Fransızca metninde “*effets de la faute contractuelle*” (sözleşmesel kusurun hükümleri) terimleri kullanılmıştır.

<sup>117</sup> Belirtmek gerekir ki TBK m. 112, tamamlayıcı bir yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan tarafların anlaşması ile değiştirilebilir. Bu yönde bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 6; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 275.

hükümde yer alan “*Alacaklı hakkını kısmen ya da tamamen istifa edemediği takdirde...*” ifadesi, sözleşmeye aykırılığın sadece imkânsızlık-temerrüt ayrımıyla irdelenmesine yol açmış; bunlar dışında kalan ihlallerin hükmün kapsamına girip girmediği uzun süre tartışılmıştır<sup>118</sup>. Ancak TBK m. 112’de, EBK m. 96’dan farklı olarak “*borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi*” tamlaması kullanılmıştır<sup>119</sup>. Bu bağlamda hüküm, ilk planda ifa imkânsızlığıyla temerrüdü ve ayrıca doktrinde tartışmalı olmakla birlikte katıldığımız görüş uyarınca sözleşmenin müspet ihlalini içine almaktadır<sup>120</sup>. Bununla birlikte doktrinde, TBK m. 112’nin sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırılık ve yaratılan güvenin boşa çıkarılması hallerinde de uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir<sup>121</sup>.

Sözleşmesel sorumlulukta uygulanacak yaptırımın tespiti, öncelikle borçlunun davranışının kategorize edilmesine; başka deyişle, ihlalin hangi sözleşmeye aykırılık halini oluşturduğunun belirlenmesine bağlıdır<sup>122</sup>. Bu doğrultuda, farklı hükümlerde somut bazı sözleşmeye aykırılık hallerine yer verilen, özel ve genel hükümlerde farklı düzenlemelerin yapıldığı, yeknesaklıktan uzak Türk Borçlar Kanunu sistematigi doktrinde eleştirilmektedir<sup>123</sup>. Bunun yerine tek bir sözleşmeye aykırılık başlığı altında

<sup>118</sup> Doktrinde bazı yazarlar, hükmün lafzına uygun olarak, sadece imkânsızlık ve temerrüdü sözleşmeye aykırılık kapsamına almayı, sözleşmenin müspet ihlalini haksız fiile dahil etmeyi önermişlerdir. Bu husus sözleşmesel sorumluluk-haksız fiil sorumluluğu sınırını çizmeye ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, **Kötü İfa**, s. 68; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1221-1222; von Tuhr/Escher, s. 107.

<sup>119</sup> Böylelikle hüküm, OR Art. 97 ile paralel hale getirilmiştir.

<sup>120</sup> Sözleşmenin müspet ihlalinin TBK m. 112 kapsamında ele alınabileceği yönünde bkz. Aral, **Kötü İfa**, s. 69; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 400; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 805, 812; Belen, **Kısa Şerh**, s. 257; Wiegand, **BSK-OR**, Art 97, N. 2; von Tuhr/Escher, s. 107; Schwenzler, s. 485; Sözleşmenin müspet ihlalinin doğrudan TBK m. 112’ye bağlanamayacağı, MK m. 2/I, TBK m. 112 ve 117 ile ayıp hükümlerinden toplu hukuki kıyas yapılması gerektiği yönünde bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 18, N. 6-7. Bu tür ihlallerde TBK m. 112’nin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 66-67.

<sup>121</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 1-4; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1558; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 395, 400; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1219-1222; Belen, **Kısa Şerh**, s. 257; Wiegand, **BSK-OR**, Art 97, N. 3 vd.

<sup>122</sup> Serozan, **Yürürlükteki İfa Engelleri**, s. 28-32; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 218-219, 224; Ayşe Havutçu, “**İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2011, s. 320; Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 314-316.

<sup>123</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 13; Havutçu, **İfa Engelleri**, s. 320; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 218-219; Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 314-316; Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 115-116.

uygulanacak yaptırımların belirlenmesinin, her bir sözleşme türü açısından da genel düzenlemeye atıf yapılmasının daha anlaşılır ve tutarlı olacağı ifade edilmektedir<sup>124</sup>.

Aşağıda borçlunun sözleşmesel sorumluluğunun sebebini oluşturan sözleşmeye aykırılık halleri ana hatları ile incelenecektir.

#### a. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık

Türk Borçlar Kanunu'nun hem genel hem özel hükümlerinde<sup>125</sup> karşımıza çıkan imkânsızlık kavramının tanımına kanunda yer verilmemiştir<sup>126</sup>. En genel ifadeyle imkânsızlık, borçlanılan edimin geçerli şekilde doğmasını veya ifa edilmesini sürekli, kesin ve objektif olarak engelleyen fiili ya da hukuki durumdur<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Avrupa'da bazı kuruluşlar, "soft law instruments" olarak adlandırılan model kanun niteliğinde metinler hazırlayarak borçlar hukuku ve özellikle sözleşmeler hukuku alanında yeknesak düzenlemeler yapmaya çalışmaktadır. Bu çalışmaların en önemlileri *Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler* (Principles of International Commercial Contracts-PICC), *Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri* (Principles of European Contract Law- PECL) ve *Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları-Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak*'tır (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference-DCFR).

*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*'nda (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods-CISG) benimsenen ifa engelleri sisteminden esinlenilerek hazırlanan söz konusu metinlerde, sözleşmeye aykırılık hallerinin tümü "ifa etmeme" kavramında birleştirilmiş; ifa engeli türlerine göre ayırım yapılmamıştır. Bu metinlerin etkisi ile Almanya'da 1 Ocak 2002'de kapsamlı değişikliklere yol açan bir reform kanunu yürürlüğe girmiş; borçlunun sorumluluğunu borçlu temerrüdü-imkânsızlık çerçevesinde ele alan BGB'de köklü değişiklikler olmuştur. Reform kanunu ile ifa engelleri, "yükümlülüğe aykırılık" ve bunun sonuçları temelinde şekillenmiştir (BGB § 280). Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 218; Belling/Belen, s. 3029 vd.; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 97-109, N. 1.

Uluslararası sözleşme hukuku birleştirme çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eylem Apaydın, **"Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi"**, Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 201 vd.

<sup>125</sup> Genel hükümlerde m. 27, 112, 136, 137, 182'de; özel hükümlerde m. 456, 485, 500, 617, 639'da imkânsızlığa ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki TBK m. 112'de, m. 136'dan farklı olarak imkânsızlık kavramının anılmamasının temelinde, hükmün yalnızca hiç ifa etmemeyi değil, borca uygun ifa etmemeyi de düzenlemesinin bulunduğu yönünde bkz. Wolfgang Wiegand, **"Die Leistungsstörungen Teil 1: Die Nichterfüllung"**, recht 1983, s. 2.

<sup>126</sup> Kavramların anlamı zamanla ve çağın gereklerine göre değişebileceğinden kanunda tanım yapılmamasının yerinde bir tercih olduğu yönünde: Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 88. İmkânsızlık kavramının herkesçe bilindiği varsayılarak, kanunda tanımlanmadığını yönünde: Vedat Buz, **"Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması"**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 1, Yıl: 1994, s. 23.

<sup>127</sup> Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 14, N. 1 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 787 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 371,1157; İnan/Yücel, s. 639; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 146; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 403-404, 998; Aral, **Kötü İfa**, s. 69 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 183 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 30, s. 459 vd.; Gündoğdu, s. 82 vd.; Brox/Walker, s. 150; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,

İmkânsızlık, doktrinde çeşitli ayrımlar altında incelenmekte ve her bir ayrım açısından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır<sup>128</sup>. Bu ayrımlardan ilki imkansızlığın ortaya çıktığı zaman yönünden yapılanıdır. Edim, sözleşme kurulmadan önce veya kurulduğu anda imkânsız ise başlangıçtaki; sözleşme kurulduğu anda mümkünken sonradan imkânsız hale gelmişse sonraki imkânsızlıktan söz edilir<sup>129</sup>.

Doktrinde hayli tartışmalı bir konu olan sübjektif-objektif imkânsızlık ayrımına göre, sözleşmede kararlaştırılan edimi sadece o borçlu yerine getiremiyorsa, fakat üçüncü bir kişinin ifayı gerçekleştirmesi mümkünse sübjektif imkansızlıktan söz edilir<sup>130</sup>. Edimi hiç kimse yerine getiremiyorsa imkânsızlık objektiftir<sup>131</sup>. Sübjektif imkansızlığın tanımında anılan “ifayı yerine getirmesi mümkün üçüncü kişilerin” kimler olabileceği ya da bu kişilerde aranacak kriterler hakkında kapsamlı tartışmalar

---

25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 137; Leyla Müjde Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 29 vd.; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 503; Bilge Umar, **Borçluya İsnat Olunamayan İmkânsızlık Sebebiyle Ademi İfa**, Adalet Dergisi, Sayı: 9-10, Ankara, 1961, s. 971; Erzan Erzurumluoğlu, **Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1970, s. 9-10; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 7-9; Mustafa Dural, **“İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”**, BATİDER, Cilt VII, Sayı: 1, Yıl: Haziran 1973, s. 11 vd.; Zekeriya Kürşat, **“İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”**, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 754; Seçkin Topuz/Ferhat Canbolat, **“Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”**, AÜHFD, Cilt 57, Sayı: 3, Yıl: 2008, s. 675-676, Erişim Adresi: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-topuz-canbolat.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2019.

<sup>128</sup> Aşağıda açıklananlar dışında doktrinde imkansızlığa ilişkin tam-kısmi, sürekli-geçici, maddi (mantiki)-hukuki-normatif-ekonomik, mutlak-nispi gibi birçok ayrım bulunmaktadır. Farklı hukuki sonuçlara bağlanmış bu imkansızlık alt başlıklarının hepsini incelemek çalışmamızın kapsamını aşacağından, konumuz açısından önem taşıyan kavramların açıklanması ile yetinilmiştir.

<sup>129</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 372; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 787; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1462; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 14, N. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 403, 999; Topuz/Canbolat, s. 675; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 30, s. 459; Erzurumluoğlu, s. 10; Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 75; Dural, **İmkânsızlık Kavramı**, s. 9; M. Tufan Öğüz, **“İfa İmkânsızlığı”**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Cilt II, Editörler: Doç. Dr. Herdem Belen, Av. İsmail Altay, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 327.

<sup>130</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 294, N. 1462 ve özellikle dn. 1656. Yargıtay da aynı tanıımı benimsemektedir. Yarg. 14. HD., 15.2.2012, E. 2012/1016, K. 2012/2058: “...Şayet ifa imkânsızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil herkes için söz konusu ise buna objektif imkânsızlık yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da sübjektif imkânsızlık denilmektedir...”. Aynı yönde Yarg. 14. HD., 5.10.2006, E. 2006/7776, K. 2006/10511 (Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com.tr>).

<sup>131</sup> Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey/Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008, § 24, N. 2558; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 114; Schwenger, s. 461.

bulunmaktadır<sup>132</sup>. Pek çok çelişkiyi barındıran bu ayırım, bazı yazarlarca tamamen reddedilmektedir<sup>133</sup>. Ancak baskın görüş bu ayırımı kabul etmekle birlikte, sübjektif imkânsızlığın borcu sona erdiren bir durum olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır<sup>134</sup>.

Başlangıçtaki objektif imkânsızlık TBK m. 27 uyarınca hukuki işlemin kesin hükümsüzlüğüne yol açar, geçerli bir borç doğmaz<sup>135</sup>. Bunun aksine başlangıçtaki sübjektif imkânsızlıkta borç doğar ve TBK m. 112'nin kıyasen uygulanmasıyla borçlu ifa etmemeden sorumlu tutulur<sup>136</sup>. Sonraki imkânsızlık bakımından imkânsızlığın objektif veya sübjektif olmasının önemi yoktur<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> Özellikle ifayı gerçekleştirebileceği varsayılan üçüncü kişinin borçlusuyla aynı koşullarda ve konumda bulunması gerekip gerekmediği noktasında farklı görüşler mevcuttur. Benzer şekilde objektif imkânsızlık tanımında geçen, “*ifanın hiç kimse tarafından yerine getirilememesinden*” ne anlaşılması gerektiği konusunda da pek çok görüş ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rudolf Hans Barth, **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung**, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1958, s. 36 vd.

<sup>133</sup> Sübjektif imkânsızlık yerine borçlunun ekonomik ve kişisel güçsüzlüğü ifadesinin kullanılması gerektiği ve bu durumun imkânsızlık olarak nitelendirilemeyeceği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 373. Sübjektif imkânsızlık şeklinde nitelendirilen hallerde, aslında alacaklının TBK m. 113 veya TBK m. 117 vd. hükümlerine başvurabileceği, dolayısıyla bu kavrama gerek olmadığı yönünde: Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 30, N. 1492. Sübjektif imkânsızlığın aslında borçlunun ifa güçsüzlüğünü ifade ettiği yönünde: Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 787.

<sup>134</sup> Sübjektif imkânsızlıkta borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde: Altunkaya, s. 118; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 1964, s. 390; Şirin Aydıncık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 36-37, 178. Sübjektif ve objektif imkânsızlığın aynı hukuki sonuçları doğuracağı yönünde: Barth, s. 38-39.; von Tuhr/Escher, s. 94.

<sup>135</sup> Ögüz, **İfa İmkansızlığı**, s. 327; Schwenger, s. 463; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, s. 231. Bu durumda borçlunun culpa in contrahendo veya garanti sorumluluğunun gündeme gelebileceği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 1261; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 266-267; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 148; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 289, N. 1462. Ancak Serozan, günümüzde ulusal ve uluslararası pek çok hukuk kaynağında başlangıçtaki imkansızlığın kesin hükümsüzlük sebebi sayılmadığını vurgulayarak TBK m. 112 ve 136'nın kıyasen burada da uygulanabileceğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 14, N. 17 vd.

<sup>136</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 404; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 789; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1462; Altunkaya, s. 110, 158; Oser/Schönenberger, Art. 20, N. 3; Schwenger, s. 465-466; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 294; Wiegand, **BSK-OR**, Art 97, N. 12. Borçlunun sözleşmeyi yaparken edimi ifa edemeyeceğini öngörememesi nedeniyle sorumlu tutulmaması halinde TBK m. 136 (OR Art. 119) uyarınca borcundan kurtulacağı yönünde: Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, § 24, N. 2574. Başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığın muacceliyet tarihinde devam etmesi halinde, borçlunun olumlu zararı tazmin etmek zorunda kalacağı yönünde: Barth, s. 17; von Tuhr/Peter, s. 263.

<sup>137</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1465; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 396; von Tuhr/Escher, s. 94; Oser/Schönenberger, Art. 97, N. 3. TBK m. 136'nın kapsamına yalnızca objektif sonraki imkânsızlığın gireceği yönünde: Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 89.

Sonraki imkânsızlık ise borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur<sup>138</sup>. Doktrindeki baskın görüşe göre, borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise borç sona ermez; asli edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alır (TBK m. 112)<sup>139</sup>. Ancak borçlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu değilse, tarafların borçları sona erer ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir (TBK m. 136)<sup>140</sup>. Azınlıktaki görüş ise borçlu sorumlu olsun ya da olmasın ifası imkânsızlaşan borcun sona ereceğini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca borçlunun sorumlu olup olmaması sadece tazminat yükümlülüğü açısından önem taşımaktadır<sup>141</sup>.

## b. Temerrüt

Tıpkı imkânsızlık gibi Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmayan temerrüt, borcun ifasındaki gecikmeyi anlatan olumsuz bir hukuki durumdur<sup>142</sup>. TBK m. 117

<sup>138</sup> Edimin imkânsızlığına yol açan sebeplerin borçluya isnat edilip edilemeyeceği borçlunun sorumluluğunu belirler. Doktrinde imkânsızlık, kusurlu-kusursuz ifa imkânsızlığı olarak da adlandırılmaktadır; fakat kusur ifadesi yerinde değildir. Nitekim bazı durumlarda borçlu kusuru bulunmasa da imkânsızlıktan sorumlu olabilmektedir. Yargıtay da imkânsızlığın kusur durumuna göre değil, sorumluluk esasına göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. YHGK, 28.02.2018, E. 2017/533, K. 2018/410; YHGK, 28.09.2011, E. 2011/528, K. 2011/571. Aynı yönde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1470, dn. 1670; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1443; Ögüz, **İfa İmkânsızlığı**, s. 328.

<sup>139</sup> Borç sona ermediğinden tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı kendi edimini yerine getirmek zorundadır. Ayrıca alacağa bağlı tüm teminatlar ve fer'i haklar varlığını sürdürmeye devam eder. İmkânsızlaşan borçla ilgili def'i ve itirazlar tazminat borcu bakımından da ileri sürülebilir; işlemeye başlamış zamanaşımı devam eder. Aynı yönde bkz. Ögüz, **İfa İmkânsızlığı**, Eren, **Borçlar Genel**, s. 1157-1158; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 157-158; von Tuhr/Escher, s. 104.

<sup>140</sup> Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 381-382; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 1010-1011; Tunçomağ, s. 796-797; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1444 vd.

<sup>141</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1472 vd.; M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 144-145. Konuyla ilgili Yargıtay kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay eski tarihli kararlarında birinci görüşü savunmaktadır; daha yeni tarihli kararlarında ise ikinci görüşü savunmaktadır: Yarg. 15. HD., 12.06.2014, E. 2014 / 1821, K. 2014 / 4114.

<sup>142</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1498; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 903 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 468-469; İnan, s. 484; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 911 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 25, N. 1275; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1213 vd.; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 1 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 261 vd.; Belen, **Kısa Şerh**, s. 278; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 192; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 867 vd.; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 476; Aral, **Kötü İfa**, s. 72; von Tuhr/Escher, s. 135; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, § 26, N. 2655-2656; Halil Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlunun Temerrüdü**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 1-2; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1992, s. 15; Haydar Elgin, **"Borçlunun Temerrüdü ve Şartları"**, Adalet Dergisi, Yıl: 1977, Sayı: 3, s. 7; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, 1995, s. 23 vd.; Herdem Belen, **"Borçlunun Temerrüdü"**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Cilt I, Editörler: Doç. Dr. Herdem Belen, Av. İsmail Altay, İstanbul Barosu

uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi için ifası mümkün, muaccel bir borç olmalı<sup>143</sup> ve borçluya ihtarda bulunulmalıdır<sup>144</sup>. Ayrıca borçlunun, borcu ifa etmemede haklı bir sebebi bulunmamalı ve alacaklı ifayı kabule hazır olmalıdır. Hükümden anlaşıldığı üzere, borçlunun yalnızca ifada gecikmesi temerrüt için yeterli değildir. Diğer deyişle borcun ifasındaki her gecikme temerrüt oluşturmaz; temerrüt, kanunda aranan diğer şartların da gerçekleşmesiyle ortaya çıkan adı konulmuş (nitelikli) bir borca aykırılık halidir<sup>145</sup>.

Türk-İsviçre Hukuklarında kabul edilen objektif temerrüt teorisi uyarınca, temerrüde düşmede borçlunun kusuru önem taşımaz<sup>146</sup>. Elinde olmayan nedenlerle borcun varlığını ya da vadesini bilmeyen borçlu da temerrüde düşebilir<sup>147</sup>. Kusur, temerrüdün sonuçları açısından önemlidir<sup>148</sup>. Alacaklının temerrüde düşen borçludan

---

Yayınları İstanbul, 2014, s. 412; Mahmut Kizir, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 60 vd.

<sup>143</sup> Borçlunun temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması gerekir. Muacceliyet, alacaklının ifayı talep ve dava edebileceği anın gelmesidir. Edimin ne zaman muaccel olacağı tarafların anlaşmasıyla, hukuki işlemin mahiyetine göre veya kanun hükmü ile belirlenmiş olabilir. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1504 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 470; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 912-913; Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 410; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 25, N. 1280; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 867-868; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 186; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1216; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 3; Belen, **Temerrüt**, s. 412.

<sup>144</sup> Türk Borçlar Kanunu borçlunun temerrüde düşmesi için borcun muaccel olmasını yeterli görmemiş kural olarak borçluya yapılacak ihtarı aramıştır. İhtar hukuki işlem benzeri fiildir. İhtara gerek olmayan haller TBK m. 117/II'de düzenlenmiştir. Muacceliyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Melek Bilgin Yüce, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 15 vd.

<sup>145</sup> Serozan'ın deyişiyle "*borçlu temerrüdü, yalnızca bir geciktirme olmayıp nitelikli bir direniştir*", Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 3.

<sup>146</sup> Barlas, s. 17; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1533; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 480; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 919; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 25, N. 1289; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 877-878; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 186.20; Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 410; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1213; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 4; Belen, **Temerrüt**, s. 414. Ancak TTK m. 1530/II hükmü temerrüde düşmede kusurun rolü bakımından farklı görüşler ileri sürülmesine yol açmıştır. Hükümde yer alan "*borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı haller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.*" şeklindeki ifadenin anlamı tartışmalıdır. Bir görüş, temerrüde düşmede kusur aramayan Türk Borçlar Kanunu sisteminden farklı olarak, bu hükümde kusur şartının getirildiğini ifade etmektedir. Diğer görüş ise, borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamayacağı halleri gecikmenin alacaklıdan kaynaklandığı durumlarla sınırlandırmaktadır. TTK m. 1530 hükmü ve doktrindeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Ayan, "**6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü**", DEÜHFD, Cilt: 12, Özel Sayı, Yıl: 2010, s. 717 vd.; Yeşim M. Atamer/Gül Okutan Nilsson, "**Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı**", BATİDER, Cilt: 29, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 31 vd.

<sup>147</sup> Örneğin, bütün araştırmalarına rağmen mirasbırakanın terekesindeki borcun varlığını öğrenemeyen mirasçı (borçlu), kusuru bulunmasa da temerrüde düşebilir.

<sup>148</sup> Bu nedenle doktrinde temerrüdün kusura bağlı olan-olmayan sonuçlarını ayırımı yapılmaktadır.

aynen ifayı istemesi, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme varsa ifadan vazgeçtiğini bildirmesi ya da sözleşmeden dönmesi, para borcu söz konusuysa temerrüt faizi talep etmesi temerrüdün kusura bağlı olmayan sonuçlarıdır. Buna karşılık borçlunun beklenmedik halden sorumlu olması, alacaklının gecikme tazminatı veya karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde olumlu-olumsuz zararın tazmini, para borçlarında temerrüt faizini aşan zararın tazmini talepleri temerrüdün kusura bağlı sonuçlarıdır.

### c. Sözleşmenin Müspet (Olumlu) İhlâli

Köklü değişiklikler içeren ve 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren reform yasasından önce, BGB’de sözleşmeye aykırılık, imkânsızlık ve temerrüt ayrımıyla düzenlenmiş; ayıp ise satım, kira ve eser sözleşmeleri açısından özel hükümlerde kaleme alınmıştı. Bu hükümlerin kapsamına girmeyen ancak uygulamada sıkça karşılaşılan sözleşmeye aykırılık hallerini ifade etmek üzere bir terime ihtiyaç duyulmuş ve Hermann Staub tarafından “sözleşmenin (akdin) müspet ihlali” kavramı ortaya atılmıştır<sup>149</sup>.

Borçlu temerrüdü ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık dışında kalan sözleşmeye aykırılıkları tek çatı altında toplayan sözleşmenin müspet ihlali bu yönüyle ikincil nitelik taşımaktadır<sup>150</sup>. Bu noktada sözleşmenin müspet ihlali kavramının kapsamı tespit edilmelidir.

Bir borç ilişkisinde, asli ve yan edim yükümlülüklerinin yanı sıra davranış yükümlülükleri de bulunmaktadır<sup>151</sup>. Asli ve yan edim yükümlülüklerinin kaynağını

<sup>149</sup> Hermann Staub, “Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen”, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, I. Guttentag Verlagsbuchhandlung, G.M.b.H., Berlin, 1902, s. 29 vd. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 47; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 97/109, N. 4, N. 25; Koller, **Obligationenrecht**, s. 771; Schwenzer, s. 484-485; Furrer/Wey, **CHK-OR**, Art. 97, N. 49 vd.

<sup>150</sup> Christian Mock, **Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung**, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006, s. 7.

<sup>151</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 14 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 30 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 211-212; Rona Serozan, “**Culpa In Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 1968, s. 117-118; Kırca, s. 145-146, 155 vd.; Cem Baygın, “**Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması**”, Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 354 vd.; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 45 vd.; Heinrich Stoll, **Die Lehre von den Leistungsstörungen**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1936, s. 26 vd.; Claus-Wilhelm

taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi oluştururken, davranış yükümlülüklerinin dayanağı dürüstlük kuralıdır (MK m. 2/I)<sup>152</sup>. Yan edim yükümlülükleri, asli edimin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesine (ifa çıkarına) hizmet eder. Davranış yükümlülükleri ise, birbirleriyle güven ilişki içine giren tarafları her türlü zarardan uzak tutmayı hedefler<sup>153</sup>. Diğer bir ifadeyle edim yükümlülükleri tarafların alışveriş (malvarlığı) çıkarına ilişkinen, davranış yükümlülükleri mevcut hukuki değerlerinin korunmasıyla ilgilidir<sup>154</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde sözleşmenin müspet ihlalinin kapsamına asli edim yükümlülüklerinin ayıplı (kötü) ifası<sup>155</sup>, ayıplı ifa sayılamayacak yan edim yükümlülüklerine aykırılıklar<sup>156</sup> ve davranış (koruma) yükümlülüklerine aykırılıklar girmektedir<sup>157</sup>.

Reform Kanunu öncesi Alman Hukukunda, sözleşmenin müspet ihlalinin varlığında borçlu temerrüdü hükümlerinin (BGB § 286, § 326) kıyasen

---

Canaris, “Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, JuristenZeitung 20, Nr. 15/16, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1965, s. 476-477; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band-Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, s. 104 vd. Doktrinde bu yükümlülükleri ifade etmek üzere kullanılan terimlerde birlik bulunmamaktadır. Örneğin Oğuzman/Öz, asli edim yükümlülüğü dışında doğan tüm yükümlülükleri yan borç olarak nitelendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 16, N. 1541 ve özellikle dn. 1777.

<sup>152</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 2; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 117.

<sup>153</sup> BGB 241/II ile yasal düzenlemeye kavuşan davranış yükümlülükleri, sözleşme taraflarının birbirlerinin ve bazı hallerde üçüncü kişilerin kişi ve malvarlıklarını koruması gereğini ifade etmektedir. Bu yönüyle davranış yükümlülükleri, sözleşmenin müspet ihlalinin yanı sıra culpa in contrahendo’nun ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin de kaynağını oluşturur. Davranış yükümlülüklerine aykırılık esasen haksız fiil niteliği taşısa da avantajlı yönlerinden (ispat yükü, zamanaşımı süresi gibi) yararlanabilmek amacıyla sözleşmesel sorumluluğun içinde ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 1 vd.; Nil Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, On İli Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 59 vd.

<sup>154</sup> Bir sözleşmede yan edim ve davranış yükümlülüklerini her zaman kolaylıkla ayırt edilemeyebilir. Örneğin kullanımı tehlikeli ve zor olan bir makinenin satışında, kullanma kılavuzunun alıcıya teslimi hem yan edim hem davranış yükümlülüğüdür. Davranış yükümlülükleri, tarafların anlaşması ya da kanun hükmü gereği yan edim yükümlülüğü haline gelebilir; bunun en önemli sonucu ise, talep ve dava edilebilir hâle gelmeleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Canaris, **JZ**, s. 477; Larenz, **Schuldrechts**, s. 12; 105 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 117-118.

<sup>155</sup> Örneğin klavyesi bozuk bir bilgisayarın ya da frenleri tutmayan bir arabanın satışında asli edimin ayıplı ifası söz konusudur. Aynı yönde bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 11, N. 10; Mock, s. 15; Josef Esser/Eike Schmidt, **Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band I, Teilband 2**, 8. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, s. 155.

<sup>156</sup> Bir doktorun yanlış teşhis ve tedavisinin, satılan malın kullanma kılavuzundaki bilgilerin yanlışlığının ayıplı ifa sayılamayacak yan edim yükümlülüklerinin ihlali olduğu yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 18, N. 4; Esser/Schmidt, s. 155-156; Mock, s. 16.

<sup>157</sup> Esser/Schmidt, s. 157; Mock, s. 17 vd.

uygulanabileceği<sup>158</sup>, ifa yerine olumlu zararın giderilmesiyle sözleşmenin sona erdirilebileceği yönünde istikrarlı bir içtihat gelişmişti<sup>159</sup>. Reform sonrası ise tüm sözleşmeye aykırılık halleri BGB § 280’de “*yükümlülüğe aykırılık (Pflichtverletzung)*” başlığı altında genel bir hükümle düzenlendiğinden, sözleşmenin müspet ihlali kavramı önemini kaybetmiştir<sup>160</sup>.

Türk-İsviçre Hukuklarında, reform öncesi BGB’den farklı olarak, borçlunun sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm (TBK m. 112, OR Art. 97) bulunduğundan, sözleşmenin müspet ihlali kavramının gerekliliği tartışılmıştır<sup>161</sup>. TBK m. 112’de öngörülen ve sözleşmenin müspet ihlali halinde de uygulanacak yaptırım, olumlu zararın giderilmesidir<sup>162</sup>. Ancak doktrinde bazı yazarlar, sözleşmenin müspet ihlali halinde sözleşmeden dönme, fesih hatta aynen ifa yaptırımlarının da uygulanabileceği kabul etmektedir<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> Konuya ilişkin Alman İmparatorluk Mahkemesinin 6 Mart 1903 tarihli kararı ve devamında gelişen istikrarlı içtihat için bkz. Staub, s. 31 vd.; Mock, s. 4, 10; Hans Peter Glöckner, **Positive Vertragsverletzung**, Die Geburt des Rechtinstituts, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2006, s. 32, 73.

<sup>159</sup> Sözleşmenin müspet ihlali halinde borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanmasına ilişkin istikrarlı içtihat sonucu, adeta bir örf ve âdet hukuku kuralının oluştuğu yönünde: U. Huber, s. 80.

<sup>160</sup> Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 234; M. Serkan Ergüne, “**Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları**”, İÜHFM, Cilt: 62 Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 352 vd.; Rona Serozan, “**Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 58, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 233.

<sup>161</sup> İmkânsızlık ve temerrüt dışındaki ihlallerin gereği gibi ifa etmemenin (TBK m. 112) kapsamına girdiği, reform öncesi Alman Hukukundakine benzer bir kanun boşluğu bulunmadığı, bu nedenle sözleşmenin müspet ihlali kavramına gerek olmadığı yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1542-1543; Aral, **Kötü İfa**, s. 104; Öz, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 112, s. 1035 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1166; von Tuhr/Escher, s. 105 ve özellikle dn. 79; Alfred Koller, “**Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen**”, AJP, 12/1992, s. 1485 vd.

<sup>162</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 402; Olivier Chapuis, “**Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?**”, AJP 2005, Heft 6, s. 654.

<sup>163</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 827; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 471-472; Serozan, **Yürürlükteki İfa Engelleri**, s. 36. Federal Mahkeme de sözleşmenin müspet ihlali halinde, sözleşmeden dönmeyen ya da feshin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koller, **Positive Vertragsverletzungen**, s. 1489 vd. İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa ilişkin yakın tarihli bir kararında (21.7.2015, 4A-101/2015) ise, alacaklının sözleşmeyi sona erdirmek için borçlu temerrüdü hükümlerine kıyasen başvurabileceğini belirtmiştir. Gerekçe olarak, borçlusu sonraki imkânsızlığa sebep olmuş alacaklı ile borçlusu temerrüde düşmüş alacaklıya farklı davranılmasının adaletsiz sonuçlara yol açtığı belirtilmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Murat Develioğlu, “**21 Temmuz 2015 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Işığında Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlığın Sonuçları**”, GSÜHFD, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 166 vd.

#### **d. Sözleşme Öncesi Davranış Yükümüne Aykırılıktan ve Yaratılan Güveni Boşa Çıkarmadan Dolayı Sorumluluk**

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, bir araya gelen taraflar sözleşmeyi yapma ya da yapmama konusunda kural olarak serbesttirler<sup>164</sup>. Bununla birlikte, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sırasında güven esasına dayanan bir ilişki kurulur<sup>165</sup>. Geleneksel sorumluluk hukuku kuralları, tarafları bu görüşmeler sırasında birbirlerine verebilecekleri zararlara karşı korumadığından, güven sorumluluğu, culpa in contrahendo ve edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramları geliştirilmiştir. Birbiri ile iç içe geçen bu kavramlar aslen MK m. 2’de kaynağını bulmaktadır.

Güven sorumluluğu, hukuki bir sonucun gerçekleşmesi için başkalarının kararlarını ve davranışlarını etkileyecek şekilde güven oluşturan kişinin, uyandırdığı bu güvenin sonradan boşa çıkmasından dolayı sorumlu tutulmasıdır<sup>166</sup>. Sözleşme

<sup>164</sup> Sözleşme serbestisi ve bazı istisnai hallerde gündeme gelen sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 81, N. 572-584; Eren, *Borçlar Genel*, s. 341 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, § 41, N. 1; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 11-113; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 365; Reisoğlu, s. 133; Antalya, *Cilt V/1*, 1, s. 125; von Tuhr/Peter, s. 278; Brox/Walker, s. 30; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 19; İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 19; Hasan Erman, “*Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, *İÜHFM*, Cilt: 38, Sayı: 1-4, Yıl: 2011, s. 603; Hasan Ayrancı, “*Sözleşme Kurma Zorunluluğu*”, *AÜHFD*, Cilt: 52, Sayı: 3, Yıl: 2003, s. 234; H. Kübra Ercoşkun Şenol, “*Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27*”, *İÜHFM*, Cilt: 74, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 709-710; Ece Baş Süzel, “*Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu*”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 167, Yıl: Temmuz 2018, s. 9-10; Övgü Sıla Kayam, *Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 59, dn. 208-209; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Zehnte Auflage, De Gruyter Lehrbuch, Berlin-New York, 2006, s. 70; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1988, s. 90.

<sup>165</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 975; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 19, N. 1 vd.; Aral, *Kötü İfa*, s. 118; Kırca, s. 137 vd., Gürpınar, s. 218; Canaris, *JZ*, s. 476 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 119 vd.; Pelin Işıntan, *Sözleşme Müzakereleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 17 vd. Güven sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1971, s. 9 vd.; Eugen Bucher, “*Die Obligations-Entstehungsgründe ausserhalb von Verträgen und Delikten*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 25 vd.; Niklaus Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, Universitätsverlag, Freiburg, 1999, N. 232.

<sup>166</sup> Güven sorumluluğu, sonuçları bakımından, hukuki görünüşe güven (olumlu güven korunması) ve fiili görünüşe güven (olumsuz güven korunması) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 135-136; Lüchinger, N. 806; Bucher, *Verträgen und Delikten*, s. 42 vd.; Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, s. 439 vd.; M. Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 47 vd.; Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 31;

öncesi kusurlu davranıştan sorumluluk anlamına gelen culpa in contrahendo ise güven sorumluluğunun en somut örneklerinden biridir<sup>167</sup>.

Güven sorumluluğu ve culpa in contrahendoyu tamamlayan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi<sup>168</sup> uyarınca, hukuki işlem yapmak üzere<sup>169</sup> temasa geçen kişiler, aralarında kurulan güven ilişkisi sonucu birbirlerinin gerek malvarlığı gerekse şahısvarlığı değerlerini etkileme olanağı kazanırlar. Bu nedenle de hem karşı tarafı hem etki alanlarındaki üçüncü kişileri her türlü zarardan koruyacak şekilde davranma yükümlülüğü altına girerler<sup>170</sup>. Böylelikle somut edim yükümleri içermeyen,

---

Hermann Eichler, **Die Rechtslehre vom Vertrauen**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1950, s. 1 vd.; A. Kramer/Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Verlag Stämpfli & AG, Bern, 1986, N. 150. Kaynağını Alman hukukunda bulan güven sorumluluğu esasen, sözleşmenin tarafı olmayan fakat yarattığı güven ortamı ile sözleşme görüşmelerini etkileyen üçüncü kişilerin sorumluluğuna ilişkindir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 3.

<sup>167</sup> Anımsamak gerekir ki güven sorumluluğu, sadece sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin olan culpa in contrahendo'dan ibaret değildir; sözleşmenin ifasını ve sonraki süreçteki davranış yükümlülüklerini de kapsayan bir üst kavramdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 137.

<sup>168</sup> Türk-İsviçre hukuklarında da kabul gören edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi BGB § 241/II ve § 311/II-III hükümleriyle pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Hüküm hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kırca, s. 175; Brox/Walker, s. 24, 63 vd.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 2, N. 28 vd.; Volker Emmerich, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§241-432**, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2007, § 311, N. 50 vd.

<sup>169</sup> Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ortaya çıkması için, temasa geçen tarafların hukuki işlem kurma amacı taşımasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmıştır. İşlemsel temas görüşü, borca aykırılık hükümlerinin haksız fiil hükümlerini etkisizleştirecek kadar genişletilmemesi gereğinden hareketle, (henüz gerçek anlamda sözleşme görüşmeleri başlamamış olsa bile) sadece hukuki işlem kurma amacıyla temasa geçen kişiler arasında edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kurulacağını kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 142; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 113; Kırca, s. 169 vd.; Baygın, s. 357; Larenz, **Schuldrechts**, s. 109-110; Lühinger, N. 367; Canaris, **JZ**, s. 478-479; Canaris, **Die Vertrauenshaftung**, s. 442 vd.; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989, s. 278-279; Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil (özellikle culpa in contrahendo-sözleşmenin görüşülmesinde kusur- ve olumsuz zarar)**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988, s. 109 vd.; Emmerich, **Münchener Kommentar-BGB**, § 311, N. 68. Kocayusufpaşaoğlu, işlemsel teması “*alışveriş (iş) ilişkisini hazırlayıcı sosyal temas*” olarak adlandırmaktadır: Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 12. Bir başka görüş ise sözleşme görüşmelerinin varlığından bağımsız olarak, bütünlük menfaatinin her halde korunması gereğinden hareketle salt sosyal teması yeterli görmüştür. Bu yönde bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 1; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 18-20; İlhan Uluhan, “**Culpa in Contrahendo Üstüne**”, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan Cilt: 1, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1982, s. 287-289, 304-305. İşlemsel teması esasına dayanan BGB § 311/II-III hükmü karşısında Alman Hukukunda artık, salt sosyal temasın yeterli olduğu görüşü kabul görmemektedir.

<sup>170</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 138; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 8 vd.; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 1 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 3 vd.; Serozan, **Yürürlükteki İfa Engelleri**, s. 39; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 28 vd.;

kaynağını MK m. 2 (ZGB Art. 2, BGB § 242)'de bulan bir borç ilişkisi doğar<sup>171</sup>. Sözün özü, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, geçerli sözleşme kurulması şartından bağımsız<sup>172</sup>, hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş sosyal ve ekonomik ilişkilerden kaynaklanan davranış yükümlülüklerini ifade etmektedir. Aynen ifası talep ve dava edilemeyen bu davranış yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranan kişi, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini ihlal ettiğinden, haksız fiil yerine borca aykırılık hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmektedir<sup>173</sup>. Nitekim sözleşme görüşmesine başlayan kişiler arasındaki güven ilişkisi, birbirlerine karşı daha yoğun bir dikkat ve özen gösterilmesini gerektirmektedir<sup>174</sup>.

#### e. Yapma ve Yapmama Borcuna Aykırı Davranış

Edim, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır; diğer deyişle borcun konusudur<sup>175</sup>. Borçlunun davranış yükümlülüğü,

---

Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 118-119; Ulsan, s. 299; Kırca, s. 142 vd.; Larenz, **Schuldrechts**, s. 104 vd.; Canaris, **JZ**, s. 475-482; Canaris, **Die Vertrauenshaftung**, s. 539; Nihat Yavuz, “**Culpa in Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları**”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1-2, Yıl: 2002, s. 75 vd.

<sup>171</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 138 vd; Eren, **Borçlar Genel**, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 8 vd.; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 114; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 2, N. 31.

<sup>172</sup> Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, geçerli bir sözleşmenin hiç kurulmadığı veya sonradan ortadan kalktığı durumlarda, taraflara haksız fiil yerine borca aykırılık hükümlerine dayanabilme olanağı sağlamaktadır. Bu bağlamda doktrinde, geçerli bir sözleşmenin kurulması halinde edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin akıbeti tartışılmıştır. Katıldığımız görüş uyarınca, geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla oluşan borç ilişkisi hem edim hem davranış yükümlülüklerini içinde barındırır. Ancak edim yükümünün sona ermesinden sonra koruma yükümlüklerini (culpa post pactum perfectum) içeren kanuni bir borç ilişkisinin devam etmesi mümkündür. Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 17; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 6; Serozan, **Yürürlükteki İfa Engelleri**, s. 41-42; Eren, **Borçlar Genel**, s. 45; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 212; Kutlu Sungurbey, s. 113-114; Larenz, **Schuldrechts**, s. 117-120.

<sup>173</sup> Taraflar, en geç sözleşme görüşmelerinin başladığı anda yapacakları bir sözleşme ile TBK m. 115 uyarınca culpa in contrahendo sorumluluğunu sınırlandırabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Galip Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 85 vd.; Emmerich, **Münchener Kommentar-BGB**, § 311, N. 256.

<sup>174</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 1; Ulsan, s. 302-304; İnan, s. 885-886; Kutlu Sungurbey, s. 102; Kırca, s. 143-144; Larenz, **Schuldrechts**, s. 105.

<sup>175</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 23-25; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 3, N. 6; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 19, N. 1006-1010; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 8; Eren, **Borçlar Genel**, s. 287-293; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 5 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 9; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 18; von Tuhr, s. 45; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 59; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 75.

Roma Hukukundan günümüze ulaşan ayrımla verme (dare), yapma (facere) ya da yapmama (non facere) şeklinde ortaya çıkar<sup>176</sup>.

Yapma edimi, borçlunun bedensel ya da zihinsel çabasıyla (bir şeyin teslimi hariç) fiili ya da hukuki bir değişiklik meydana getirmesidir<sup>177</sup>. Türk Hukukunda alacaklı, yerine getirilmemiş bir yapma borcunun borçlusuna kural olarak ifa davası açabilir<sup>178</sup>; ardından aynen ifaya ilişkin ilamı icraya koyabilir. Bu aşamada borçlu, ilama uygun olarak borcunu yerine getirirse uyuşmazlık son bulacaktır. İlama rağmen borçlu, yapma borcunun ifasından kaçınırsa TBK m. 113 ve İİK m. 30 hükümleri uygulanır<sup>179</sup>. Hükümlerin yapma borcunun aynen ifasını mı sağladıkları yoksa tazminat hükmü mü oldukları hususu doktrinde tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş TBK m. 113'ün ve İİK m. 30'un yapma edimlerine özgü cebri icra hükümleri oldukları ve aynen ifayı sağladıkları yönündedir<sup>180</sup>. Katıldığımız diğer görüş ise hükümlerin, alacaklının uğradığı zararın tazminini özel olarak düzenlediği yönündedir<sup>181</sup>. İİK m. 30 ve TBK m. 113, borçlunun yapma borcunu ifa etmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararın, masrafı borçludan alınarak işin başkasına gördürülmesi şeklinde giderileceğini düzenlemektedir; bu ise yapma ediminin cebri icrası değil tazminat niteliğindedir<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 23-25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 9; von Tuhr, s. 45; Ayan, **Borçlar Genel**, s. 114; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 59.

<sup>177</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 6; Aydınçık, s. 7; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 19, N. 1000. Eser, vekalet, hizmet gibi iş görme borcu doğuran sözleşmeler yapma edimleri içerdiğinden, doktrinde yapma edimlerine iş görme edimleri de denilmektedir. Bu yönde bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1153.

<sup>178</sup> MK m. 600 hükmü dışında yapma borcunun aynen ifasının talep edilmesini sınırlayan herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Buna karşın Fransız Hukukunda (CC 1142) yapma ve yapmama edimlerinde aynen ifa talebine yer verilmemiş, yalnızca tazminat yaptırımı öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınçık, s. 38-39.

<sup>179</sup> Borçlu bu ilama uygun hareket etmezse İİK m. 30 ve m. 343 uyarınca işlem yapılır.

<sup>180</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 921; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 784 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1153-1154; von Tuhr/Escher, s. 90 vd.; Weber, **BK-OR**, Art. 98, N. 46; Oser/Schönenberger, Art. 98, N. 1.

<sup>181</sup> TBK m. 113 hükmünün “*Giderim Borcu*” başlığı altında düzenlendiğine dikkat çeken ve kanun sistematüğini de göz önünde bulunduran görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1413; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 55, dn. 17, s. 158, dn. 26; Ögüz, **İfa İmkânsızlığı**, s. 331; Oğuzman, **İş Akdinin Feshi**, s. 144; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, **Cilt II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 66.

<sup>182</sup> Katıldığımız bu görüş, imkânsızlığın borçlu değil, alacaklı açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Alacaklının herhangi bir sebeple ifayı elde edemeyeceği bütün durumları imkânsızlık olarak nitelendirir. Bu kabulün en önemli sonucu, borçlunun edimi yerine getirebilecekken açıkça ifa etmeyeceğini belirttiği durumlarda ortaya çıkar. Yapma borcunun borçludan zorla elde edilmesi Roma

Yapma borçları içinde yer alan irade beyanında bulunma borcunda ise mahkeme hükmünün irade beyanının yerine geçerek sonuç doğuracağı kabul edilmektedir<sup>183</sup>. İrade beyanına mahkûmiyet hükmünün, beyan yerine geçeceği kabul edilirse cebri icraya gerek kalmayacaktır. Aksi halde ise yine bir yapma borcu bulunduğundan cebri icra gerçekleştirilemeyecek, alacaklı tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır.

Kaçınma ya da katlanma şeklinde ortaya çıkan yapmama borcunda borçlu, hakkını kullanmaktan veya bir eylemi yapmaktan vazgeçmeyi borçlanmaktadır. Yapmama borcunda borçlu, ihlâl oluşturan bir davranışta bulunmadığı sürece uyuşmazlık doğmayacaktır<sup>184</sup>. Buna karşın yapmama borcuna aykırı davranış imkânsızlık yaratacağından alacaklı ifa davası açamaz, cebri icraya başvuramaz; sadece uğradığı zararın tazminini talep edebilir (TBK m. 113/II)<sup>185</sup>. Ayrıca alacaklı yapmama borcuna aykırılıktan doğan sonucun bertaraf edilmesi mümkünse bunu da talep edebilir (TBK m. 113/III).

---

hukukundan bu yana geçerli olan “*Nemo praecise cogi potest ad factum* (kimse bir eyleme veya tutuma zorlanamaz)” ilkesi gereği mümkün değildir; sadece tazminat istenebilir.

<sup>183</sup> Almanya ve İsviçre Usul Kanunlarında mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğine ilişkin açık hüküm olmasına karşın, Hukuk Muhakemeleri Kanununda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu, özellikle ön sözleşme niteliğindeki taşınmaz satış vaadi noktasında oldukça tartışmalıdır. Yargıtay, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan asıl sözleşmeyi yapmaya ilişkin borcun ihlali üzerine, hâkimin sadece asıl sözleşmenin kurulmasına değil, MK m. 716 uyarınca mülkiyetin geçmesine de karar verebileceğini kabul etmiştir: YİBK. 25.10.1971, 1/2 (RG. 12.3.1971, Sayı: 14040). Aynı yönde: Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 695; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 246; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 170. Taşınmaz satış vaadini ön sözleşme değil asıl sözleşme kabul ettiği için tek davada MK m. 716 uyarınca hüküm verilebileceği görüşünde: İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1963, s. 9 vd. Hâkimin ancak tapuda satış sözleşmesi yapılması için gereken irade beyanı yerine geçen bir karar verebileceği, ancak satıcı tescili talepten kaçınırsa, tekrar mahkemeye başvurularak MK m. 716 uyarınca yeni karar verilmesi isteneceği görüşünde: Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, N. 1477; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1239. Federal mahkeme de bu iki aşamalı dava sistemini kabul etmektedir: BGE 97 II 48.

<sup>184</sup> Yapmama borçlarında alacaklı, borçlunun borca aykırı davrandığını ispat etmek zorundadır. Zira bir kimsenin bir şeyi yapmadığının ispatı istenemez.

<sup>185</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1528. Buna rağmen TBK m. 113/I gibi TBK m. 113/II’yi de cebri icra hükmü olarak kabul eden baskın görüş, yapmama borçlarının ihlali üzerine ifa davası açılabileceğini savunmaktadır: Eren, **Borçlar Genel**, s. 1154; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 785; Oser/Schönenberger, Art. 98, N. 15; Hermann Becker, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1945, Art. 98, N. 15.

#### **f. Öncelenmiş Borca Aykırılık (Borca Aykırı Davranılacağına Önceden Belli Olması)**

Türk Borçlar Kanunu m. 112 ve devamı hükümlerinde, borçlunun muaccel bir borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının hakları düzenlenmiştir. Vadeden (muacceliyetten) önce borçlunun borcunu ifa etmekten haksız ve kesin olarak kaçınması şeklinde tanımlanabilecek “öncelenmiş borca aykırılık” ise Türk Borçlar Kanununda hüküm altına alınmamıştır<sup>186</sup>. Mevcut hukuki düzenleme gereği alacaklının vadeye kadar beklemesi, ardından TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurması gerekmektedir. Ancak özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının kendi edimini daha önceki bir tarihte ifa etmesi gerekiyorsa, vadeye kadar beklemek onun açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Türk Hukukunda öncelenmiş borca aykırılık ve alacaklının derhal korunma ihtiyacı konusunda bilinçli susma değil bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmektedir<sup>187</sup>.

<sup>186</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 401; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1563, 1566; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 18, N. 8-9; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1073; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 245; Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 314-316; Kurt, Sonraki İmkânsızlık, s. 48, dn. 48; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 315, 318; Başak Başoğlu, “**Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları**”, İÜHFM, Cilt: 66, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 287 vd.; Emre Cumalıoğlu, **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal (Anticipatory Breach-Antizipierter Vertragsbruch, Borcun Vadede İfa Edilmeyeceğinin Öngörülebilmesi ve Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 13 vd.; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “**Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı**”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 169170, Yıl: 2018, s. 203 vd.; Dilşah Buşra Kartal/Pınar Öğün, “**TBK m. 473/I Hükümü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi**”, Sorumluluk Hukuku Seminerleri-2016, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 231-232; Selin Sert/Ali Hulki Cihan, “**Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi**”, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, ERÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 911-912; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, “**Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması**”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Yıl: Mart-Nisan 2019, s. 887 vd. Anglo-Sakson ve Alman hukuk sistemleri ile CISG ve diğer uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde, öncelenmiş borca aykırılığın, asli edim yükümlülüğüne ilişkin gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesinden de doğabileceği belirtilmektedir. Başka deyişle borçlu ifa etmeme veya sözleşmeyle bağlı olmama iradesi taşımasa bile gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi de öncelenmiş borca aykırılık oluşturabilir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Heinz Weidt, **Antizipierter Vertragsbruch**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008, s. 127 vd. Türk hukukunda ise bu olasılık, ifa imkânsızlığı, aşırı ifa güçlüğü veya ifa güçsüzlüğü hükümlerinin uygulama alanında yer almaktadır.

<sup>187</sup> Başoğlu, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**, s. 287; Kartal/Öğün, s. 234; Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**, s. 909. Türk Borçlar Kanununun bazı hükümlerinde (m. 97,98, 332, 390, 436, 500) ifanın tehlikeye düşmesi karşısında alacaklıyı koruyucu düzenlemeler yapılmıştır. Alacaklıya, alacağının vadesinden önce harekete geçme imkânı tanıyan hüküm ise eser sözleşmesine özgü TBK m. 473’tür; ancak öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin BGB § 323/IV gibi genel bir hüküm bulunmamaktadır.

Borca aykırı davranılacağına vadeden önce belli olması sorunu ilk kez İngiliz Hukukunda, 1853 tarihli Hochster v De la Tour<sup>188</sup> kararında tartışılmış, böylelikle Anglo-Sakson Hukukunda “*anticipatory breach*” kavramı ortaya çıkmıştır<sup>189</sup>. Ardından pek çok uluslararası hukuk uyumlaştırma metninde bu kavram hüküm altına alınmıştır (CISG m. 71-72; UNIDROIT m. 7.3.3 vd.; PECL m. 8:105 vd.); Alman Hukukunda da 1.1.2002’de yürürlüğe giren Reform Kanunuyla BGB § 323/IV’te somut bir düzenlemeye kavuşturulmuştur<sup>190</sup>. Türkiye’nin de taraf olduğu CISG m. 71’in Resmî Gazete’de yayımlanan metni “*Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar*” şeklinde tercüme edilmiştir<sup>191</sup>. Bu tercüme eleştirilmiş, yerine “*öncelenmiş borca aykırılık*” ifadesi önerilerek doktrinde çoğunlukla kullanılmaya başlanmıştır<sup>192</sup>.

<sup>188</sup> Hochster v De la Tour (1853) 2E&B 678, 118 ER 922 (QB). Karar için bkz. Charles Mitchell/Paul Mitchell, *Landmark Cases in the Law Contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, s. 135 vd.

<sup>189</sup> Cumalıoğlu, s. 13 vd.; Weidt, s. 51 vd.

<sup>190</sup> BGB § 323/IV: “*Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.*” (“*Sözleşmeden dönme koşullarının gerçekleşeceği açıksa alacaklı, alacağı muaccel olmadan önce sözleşmeden dönebilir.*”). Hükmün gerekçesinde CISG m. 71-72’nin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir. Gerekçe için bkz. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundestagsdrucksache, 14/6040, s. 186, Erişim Adresi: <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf>

<sup>191</sup> CISG m. 71: “(1) Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir. (2) Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulursa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir. (3) Malların gönderilmesinden önce veya sonra sözleşmenin ifasını askıya alan taraf, askıya alma keyfiyetini derhal karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır.”.

CISG m. 72: “(1) Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikâr ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. (2) Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır.” Erişim Adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm>

<sup>192</sup> Atamer, *İfa Engelleri Hukuku*, s. 245; Başoğlu, *Öncelenmiş Borca Aykırılık*, s. 288; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 18, N. 8; Sanlı, *Sözleşme Hukuku*, s. 175; Kartal/Öğün, s. 230 vd.; Kabaklıoğlu Arslanyürek, *Öncelenmiş Borca Aykırılık*, s. 887; Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 410, dn. 694. Farklı adlandırmalar için bkz. Pınar Altınok Ormancı, *Zararı Azaltma Külfeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 140, 208-209, 234 (*sözleşmenin öncelenmiş ihlali*); Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1562 vd. (*borca aykırı davranılacağına önceden belli olması*); Antalya, *Cilt V/1*, 3, s. 401 (*arzulanan sözleşmenin çökmesi*); Vedat Buz, “*Borçların İfası ve İfa Edilmemesi*”, Türk Borçlar

Öncelenmiş borca aykırılıkta hangi hükümlerin uygulanacağı oldukça tartışmalıdır. Katıldığımız görüş borçlu temerrüdü<sup>193</sup>, bir başka görüş ise ifa imkânsızlığı<sup>194</sup> hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunur. Doktrindeki baskın görüş öncelenmiş borca aykırılığın, sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>195</sup>. Ayrıca ilke kıyası yapılarak mevcut boşluğun doldurulması gerektiği yönünde de görüş bulunmaktadır<sup>196</sup>.

Bütün bu tartışmalar, öncelenmiş borca aykırılığın yasal bir düzenlemeye kavuşturulmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır. BGB § 323/IV hükmü başta olmak üzere karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler, İsviçre Federal Mahkemesi

---

Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İncoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 111 (*sözleşmenin vadeden önce ihlali*).

<sup>193</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1172; Ayan, **Borçlar Genel**, s. 327; Demirsatan, s. 101; Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 465, dn. 499; Sert/Cihan, s. 915 vd.; Altınok Ormanlı, s. 209, dn. 730; Koller, **Obligationenrecht**, § 55, N. 3, 106. Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesinin güncel kararlarında da bu görüş benimsenmektedir. Bkz. Yarg. 23. HD, 28.4.2016, E. 2014/10974, K. 2016/2722, Erişim Adresi: [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); BGER, 23.6.2004, 4C.58/2004, E. 3.3; BGE 110 II 141-143; BGE 69 II 243-244, Erişim Adresi: <https://app.legalis.ch/legalis/index.seam>

Belirtmek gerekir ki borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 123 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması için tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunmalıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ve belirleyici unsuru sinallagma ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Albayrak, **İfa Güçsüzlüğü (TBK m. 98)**, T.C. Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2018, s. 18 vd.

<sup>194</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1574. İfa imkansızlığını borçlu değil alacaklı açısından değerlendiren bu görüş, cebri icrası mümkün olan ve olmayan borçlar arasında ayırım yapmaktadır. Cebri icrası mümkün olan borçlarda, alacaklının muacceliyete kadar beklemesi, ardından cebri icra yoluna başvurmaları gerekir. Cebri icrası mümkün olmayan borçların ifa edilmeyeceğinin vadeden önce anlaşılması üzerine ise imkânsızlık gündeme gelecektir.

<sup>195</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 401; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 974-975; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 18, N. 8-9; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 318; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 401-402; Oser/Schönenberger, Art. 97-109, N. 17; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 59; Schwenger, N. 67.09, 68.10a; Barth, s. 11. Sözleşmenin müspet ihlali nitelendirmesini yapan yazarlar arasında öncelenmiş borca aykırılığın sonuçları bakımından görüş birliği bulunmamaktadır. Sözleşmenin müspet ihlalinin dönme, fesih ve aynen ifa yaptırımlarına olanak tanıyıp tanımadığı noktasında farklı yaklaşım benimseyen yazarlar, öncelenmiş borca aykırılık açısından da farklı sonuçlar öngörmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başoğlu, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**, s. 296-297; Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**, s. 907-908. Öncelenmiş borca aykırılığı sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren, alacaklıya ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini imkanlarını tanıyan görüş ile borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri süren görüş pratikte aynı sonuçları doğurmaktadır; fark kuramsaldır. Aynı yönde bkz. Carl Decurtins, **Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Dissertation, Zürich, 1956, s. 73.

<sup>196</sup> İlke kıyası kanunda yer alan kurallardan genel ve ortak bir ilke yaratılarak kanun boşluğunun doldurulmasıdır. Öncelenmiş borca aykırılıkta ilke kıyası gerektiği, bunun için de TBK m. 98, 332,390,436,473,500; MK m. 2 ve CISG m. 71-72'den yola çıkılacağı yönünde: Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**, s. 907-908.

içtihatları ve uluslararası hukuk uyumlaştırması metinleri bu konuda yol gösterici olabilecektir.

### C. Zarar

Zarar, ilk kez milattan önce 3. yüzyılda Lex Aquilia’da tanımlanarak Roma Hukukundan günümüze ulaşmış bir kavramdır<sup>197</sup>. Hukuk düzeni günlük hayatta meydana gelen tüm zararlarla ilgilenmez. Önem taşıyan, hukuken korunan bir menfaatin zarar görmesidir<sup>198</sup>. Bu bağlamda hukuken koruma altına alınmış hangi değerlerin ihlalinin zarar oluşturacağı tespit edilmeli, ardından zarar miktarı hesaplanmalıdır.

Çalışmamızın bu aşamasında tazminatın sebebinin ve üst sınırını teşkil eden zarar kavramı, maddi zarar çerçevesinde ele alınacak ve maddi zararın hesaplanması incelenecektir; manevi zarar ise çalışma kapsamımızın dışındadır.

#### 1. Zarar Kavramı

Sorumluluk hukukunun temel kavramlarından biri olan zarar gerek İsviçre gerek Türk Borçlar Kanunu’nda, haksız fiilden ya da sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde tanımlanmamıştır<sup>199</sup>. Kanun koyucu, ortaya çıkabilecek tüm

<sup>197</sup> Topuz, **Maddi Zarar**, s. 31; Fatma Tülay Karakaş/Özlem Söğütü Erişgin, “**Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi**”, BATİDER, Cilt: XXIII, Sayı: 4, Yıl: 2006, s. 157; Pervin Somer, **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar**, Derin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 12 vd.; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 17 vd.

<sup>198</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 547; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 133; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 31-32.

<sup>199</sup> Aynı şekilde BGB’de de zararın tanımına yer verilmemiştir. Buna karşın Avusturya Medeni Kanunu § 1293’te zarar tanımlanmıştır: “*Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Recht oder seiner Person zugefügt worden ist*” (zarar, bir kişinin malvarlığında veya haklarında ya da şahsında oluşan her türlü eksilme, kayıptır). Hükümdeki zarar tanımının eleştirisi için bkz. Lüchinger, N. 39.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilk halinde de (m. 50) zarar tanımı yer almaktaydı: “*Zarar, maddi veya manevi olabilir. /Maddi zarar, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktır. /Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de maddi zarardır. /Manevi zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenmelidir*”. Eleştiriler sonucu hüküm isabetle Tasarıdan çıkartılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.turkhukukurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/17-turk-borclar-tasarisi-kanunu.html>.

Avrupa özel hukukunda, sözleşme hukukunun yanı sıra haksız fiil hukukunda da uyumlaştırma çalışmaları yapılmaktadır. Bu bağlamda Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları (PETL) önem taşıyan bir çalışmadır. PETL m. 2.101’de “*Zarar, hukuken korunan bir menfaatin maddi ya da manevi değerinde azalma yaratacak şekilde zedelenmesini gerekli kılar*” şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. PETL hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reinhard Zimmermann, **Principles of European Contract Law**

durumları kapsayan bir zarar tanımı yapmanın mümkün olmadığını göz önünde bulundurarak, bilinçli şekilde kavramı tanımlamaktan kaçınmıştır<sup>200</sup>. Böylelikle değişen ve gelişen ihtiyaçlara göre zarar kavramının tanımlanması, anlamının belirlenmesi doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır<sup>201</sup>.

Zarar kelime anlamı itibariyle bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonucu ifade etmektedir<sup>202</sup>. Hukuki açıdan ise zarar, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen rıza dışı eksilmedir<sup>203</sup>. Ekonomik ve hukuki değerlendirmenin birlikte yapılmasını zorunlu kılan zarar unsurunun odağında, malvarlığı kavramı yer alır. Bu

---

**and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact**, Tort and Insurance Law Yearbook/European Tort Law-2003, Ed: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger, SpringerWienNewYork, Vienne, 2004, s. 30 vd. İlkelerin Türkçe tercümesi için erişim adresi: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/299/PETLTurkish.pdf>.

<sup>200</sup> Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 133-134; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 40-41; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 5; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 7-8; Jäggi, s. 181-182; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 6, N. 251; Esser/Schmidt, s. 179; Zafer Zeytin, **Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı**, BATİDER, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 1999, s. 75; Peter Schlechtriem, “**Schadenersatz und Schadensbegriff**”, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Heft 2, C.H. Beck’s Verlag, München, 1997, s. 233-235, 239; Gottfried Schiemann, **Neues allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?**, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, s. 259; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, **Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Band I, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, s. 26; Ernst Wolf, “**Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis**”, Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976, s. 545; Peter Gauch/Justin Sweet, “**Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden**”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Verlag, Zürich, 1989, s. 117 vd.; Heinrich Honsell/Friedrich Harrer, “**Schaden und Schadensberechnung**”, Juristische Schulung, 1991, s. 442-443.

<sup>201</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.201; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 8; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 343; Eren, **Borçlar Genel**, s. 589; Tiftik, s. 51.

<sup>202</sup> <http://sozluk.gov.tr/>

<sup>203</sup> Aynı yönde zarar tanımları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 545; Eren, **Borçlar Genel**, s. 589; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 9; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 31 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.201; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 63; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 113; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 471; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 386; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1209; Deschenaux/Tercier, s. 19; Schwarz, s. 122-123; von Büren, s. 42; von Tuhr/Peter, s. 83-84; Rey, N. 151; Larenz, **Schuldrechts**, s. 426; Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 45-46; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht, Band I**, sechste, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 64; Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, **Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 307. Ayrıca bkz. YHGK, 05.07.2000, E. 2000/2-1072, K. 2000/1124. Doktrindeki diğer zarar tanımları için bkz. von Tuhr, s. 76; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “**Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat**”, Prof. Dr. Ebül’ula Mardin’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 743; Rona Serozan, “**Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Editör: Prof. Dr. Turhan Esener, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 70; Eylem Apaydın, “**Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Fiil Sorumluluğunda Bir Zarar Kalemi Olarak Zararı Önleme Masrafları**”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: Aralık 2020, s. 222.

nedenle öncelikle malvarlığının ne anlama geldiği ve nelerin malvarlığı değeri sayıldığı belirlenmelidir<sup>204</sup>.

Malvarlığı, kişinin para ile ölçülebilen hukuki değerlerini ifade eden bir bütündür; aktif ve pasiften oluşur<sup>205</sup>. Aynı haklar, alacak hakları, mali yönleriyle fikri ve sınai haklar, maddi yönüyle yenilik doğuran haklar yanında kişinin ekonomik geleceği, çalışma ve faaliyetleri ile elde edeceği gelir ihtimali de malvarlığının aktifindeki değerler arasındadır<sup>206</sup>.

Doktrinde, sorumluluk hukuku açısından malvarlığının geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>207</sup>. Bu doğrultuda bir nesnenin kullanımıyla elde edilen rahatlığın, sahip olunan boş zamanların, tatil yapma olanağının, eşyanın sürüm değerinin azalmasının, çalışmayan kişinin işgücü kaybının ya da ekonomik nitelikli fırsatların malvarlığı unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır.

Zarardan bahsedebilmek için gerçekleşmiş ya da ileride gerçekleşecek malvarlığı eksilmesinin<sup>208</sup> irade dışı olması gerekir<sup>209</sup>. Buna karşılık, örneğin

<sup>204</sup> Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 360 vd.; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 7.

<sup>205</sup> Malvarlığı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 45; Eren, **Borçlar Genel**, s. 590; Belen/Ercan Çitaklayım, s. 213; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 47; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.203; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 300-301; Dural/Sarı, s. 172; Oğuzman/Barlas, N. 474; Oftinger/Stark, § 2, N. 5, Larenz, **Schuldrechts**, s. 480; Nuşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 97-98; Herdem Belen, **“Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı: 2014/I, s. 97; Christian Huber, **Fragen der Schadensberechnung**, 2. unveränderte Auflage, MANZ Verlag, Wien, 1995, s. 645; Jürgen Brinker, **Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz**, Duncker&Humblot, Berlin, 1982, s. 180.

<sup>206</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 590; Oftinger/Stark, § 2, N. 5 vd., Larenz, **Schuldrechts**, s. 426.

<sup>207</sup> Zarar görenin malvarlığındaki eksilmeyi (farkı) esas alan zarar tanımının bugünün ihtiyaçlarını karşılamadığı gerekçesi ise maddi zarar kavramı esnetilmek istenmektedir. Ancak zarar kavramının esnetilmesinin sorumluluğu da genişleteceği endişesi ile maddi zarar tanımı revize edilmemektedir. Bu yönde bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 592; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 49-50; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 46 vd.

<sup>208</sup> Tazmin edilecek zararı parasal olarak hesaplanabilen kayıplarla sınırlamanın, tatmin edici olmayan sonuçlara yol açabileceği yönünde bkz. Lüchinger, N. 41. Gerçekten bazen malvarlığında bir azalma meydana gelmese de hak konusundaki değişim zarar olarak nitelendirilebilir. Örneğin bir boyacı, arabayı malikinin rızası dışında istemediği renge boyarsa, arabanın değerinde azalma gerçekleşmese de bu değişiklik zarar olarak nitelendirilebilir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 7; von Tuhr/Peter, s. 115 vd.; Gottfried Schiemann, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)**, Neubearbeitung, Sellier- de Gruyter, Berlin, 2005, § 249, N. 3 vd.

<sup>209</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 115; Eren, **Borçlar Genel**, s. 594; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 51-52; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 9; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 60; Deschenaux/Tercier, s. 20; von Tuhr, s. 77.

sözleşmeyle borç altına giren ya da bir hakkını devreden kişinin malvarlığındaki azalma, rızasına dayandığından zarar niteliğinde değildir<sup>210</sup>. Belirtmek gerekir ki kişinin yapmak zorunda kaldığı harcamalar, rızası dışında ortaya çıkan bazı ihtiyaçların giderilmesine yönelikse zarar teşkil eder. Örneğin tedavi masrafları irade ile yapılsa da zarar gören bu masrafları yapmayı önceden planlamadığından, ihtiyaç ve zorunluluklar nedeniyle yaptığından zarar niteliğindedir<sup>211</sup>. Ayrıca, kişinin iradesinin aldatma ya da korkutma ile sakatlanması sonucu, normalde yapmayacağı bir harcamada bulunması da zarar niteliğindedir<sup>212</sup>. Belirli bir amaç doğrultusunda masraf yapılmış, ancak zarar verenin kusurlu davranışı nedeniyle arzu edilen amaca ulaşılamamışsa bu masraflar da zarar kapsamında değerlendirilir<sup>213</sup>.

Türk Hukukunda zarar, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar sadece maddi, geniş anlamda zarar ise hem maddi hem manevi zararı ifade etmektedir<sup>214</sup>. TBK m. 50-51, tazminatın belirlenmesi için öncelikle

<sup>210</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 594; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 115; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 51-52; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 9; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 61; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.203. Bununla birlikte bazı yazarlara göre, hak sahibinin rızasına dayanan eksilmeler de hukuki açıdan zarardır; ancak bunlar tazminat yükümlülüğüne yol açmazlar. Bu yönde bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 5; Oftinger/Stark, § 2, N. 8.

<sup>211</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 446; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 115; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 9-10; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 61-62; von Tuhr/Peter, s. 84; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 4, N. 1. Nomer, baskın görüşün aksine yapılan masrafları değil, vücutta meydana gelen olumsuz yöndeki değişiklikleri zarar olarak kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 6, 48. Belirtmek gerekir ki hukuka aykırı bir fiil sonucu yaralanan ve lüks bir hastanede tedavi gören kişinin normal tedavi giderleri, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen zarardır. Ancak normalin üzerindeki tedavi giderleri zarar olarak nitelenemez. Bu yönde bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 595; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 62.

<sup>212</sup> von Tuhr/Peter, s. 84; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 10; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 62.

<sup>213</sup> Beklentinin gerçekleşmemesi nedeniyle boşa giden masrafların tazmini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 68-69; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 21-22; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.213; von Tuhr/Peter, s. 84; Lange/Schiemann, s. 255-258; Esser/Schmidt, s. 194 vd.; Larenz, **Schuldrechts**, s. 503; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 178; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, § 10, N. 20; Hartmut Oetker, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil § 241-432, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2003, § 249, N. 46 vd. Sözleşmeden doğan sorumlulukta boşuna yapılmış masrafların tazmini konusunda karşı. BGB § 284.

<sup>214</sup> Velidedeoğlu, s. 743; İnan, s. 286; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 547-548; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 63; Eren, **Borçlar Genel**, s. 590; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 135, 207; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 344; Tiftik, s. 51; Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarımla**, 4. Bası, Der Yayınları, İstanbul 1986, s. 85-87; Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958, s. 456- 457; Teoman Akünal, **Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977, s. 43; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 75-76.

zararın tespit edilmesi esasına dayanır<sup>215</sup>. Tazminatın gerekçesi, maddi açıdan hesaplanabilen (para ile ölçülebilen) zarardır; şahsi menfaatlerin ihlali malvarlığında bir eksilmeye yol açmadıkça kanuni açıdan zarar değildir<sup>216</sup>. Bu nedenle Türk-İsviçre Hukuklarında, zarar kavramıyla kastedilen aslen maddi zarardır<sup>217</sup>. Manevi zarar ise kendisine özgü yapısı nedeniyle ayrı değerlendirilmekte olup çalışmamız kapsamı dışındadır<sup>218</sup>.

## 2. Zararın Tespiti

Zarar, hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturduğundan öncelikle zarar miktarının tespit edilmesi gerekmektedir<sup>219</sup>. Zararın tespiti için malvarlığının iki durumu karşılaştırılır: Olumsuz değişikliğe yol açan olay sonrası malvarlığının (fiili)

<sup>215</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 261; Akünel, s. 16; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 11; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 33, 261.

<sup>216</sup> von Tuhr, s. 76; Serozan, **Manevi Tazminat**, s. 70; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 11; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 32.

<sup>217</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp, **Borçlar Genel**, s. 548; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 116; Eren, **Borçlar Genel**, s. 590; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 11; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 159; Schwenger, s. 76-77; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 16; Mehmet Ünal, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD, Sayı: 1, Cilt: 35, Yıl: 1978, s. 398-399, Erişim Adresi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2942.pdf>; Max Keller/Carole Schmied-Syz, **Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen**, 5. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2001, s. 12.

Alman Hukukunda (BGB § 249) ise zarar kavramı, manevi zararı da kapsayacak şekilde -geniş anlamıyla- kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı**, s. 75 vd.; Lange/Schiemann, s. 50. Aynı şekilde Avusturya Medeni Kanunu § 1293'teki tanımdan zarar kavramının manevi zararı da içerdiği anlaşılmaktadır.

Maddi zarar (malvarlığı zararı) kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lange/Schiemann, s. 50 vd.; von Büren, s. 42 vd.; Wolf, s. 545 vd.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 6, N. 252; Karl Larenz, “Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht”, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1965, s. 489; Brigitte Keuk, **Vermögensschaden und Interesse**, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1972, s. 9 vd.; Erwin Deutsch, “Der Ersatz des reinen Vermögensschadens”, Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1995, s. 79-83; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 24 vd.

<sup>218</sup> Manevi zarar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp, **Borçlar Genel**, s. 548, 655 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 707 vd.; von Tuhr/Peter, s. 83 vd.; Rey, N. 155 vd., Schwenger, s. 88; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 10, N. 5-6; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmeneger, **Band II**, N. 2652; Oftinger/Stark, § 2, N. 2-7; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 74-75; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 149; Becker, **BK-OR**, Art. 41, N. 6-8, Art. 97, N. 26.

<sup>219</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 255; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp, **Borçlar Genel**, s. 583.

durumu ile bu olay gerçekleşmeseydi arz edeceği (farazi) durum. İkisi arasındaki aleyhe fark, uğranılan zararı ifade eder<sup>220</sup>.

Doktrinde tartışmalı konulardan biri, zararın tespiti için yapılan bu karşılaştırmada hangi kıstasların esas alınacağıdır<sup>221</sup>. Konu ile ilgili ortaya konulan ve genel kabul gören iki teoriye değinilmesi yarar sağlayacaktır<sup>222</sup>.

#### a. Fark Teorisi

Mommsen tarafından 19. yüzyılda ileri sürülen ve zarar kavramının geleneksel tanımı olarak benimsenen fark teorisi (die Differenztheorie) uyarınca zarar, malvarlığının zarar verici olay sonrası fiili durumu ile bu olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktan ibarettir<sup>223</sup>. Teori, Alman Hukukunda olduğu gibi Türk-İsviçre Hukuklarında da baskındır<sup>224</sup>.

<sup>220</sup> BGB § 249'da ifadesini bulan bu formüle göre, zarardan sorumlu kişi tazmini gereken durum gerçekleşmeseydi, mevcut olacak hali sağlamak zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Furrer/Müller-Chen, s. 285-286; Keller/Schmied-Syz, s. 12; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 9.

<sup>221</sup> Tartışmalar için bkz. Lange/Schiemann, s. 27 vd.; Schlechtriem, s. 244 vd.; Honsell/Harrer, s. 442-443.

<sup>222</sup> Diğer teorilere ilişkin olarak bkz. Lange/Schiemann, s. 26 vd.; Ulrich Magnus, **Schaden und Ersatz**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1987, s. 11 vd.

<sup>223</sup> Friedrich Mommsen, **Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse**, Braunschweig, Schwetschke, 1855, s. 3 vd. Fark teorisinin ortaya çıkışına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Schieman, s. 260 vd.

<sup>224</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 446; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 548; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 64; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1299; Eren, **Borçlar Genel**, s. 592; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.207; Akünel, s. 56 vd.; Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı**, s. 77, 83-84; Lange/Schiemann, s. 43-44; Larenz, **Schuldrechts**, s. 480 vd.; Oftinger/Stark, § 2, N. 9; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2653-2655; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 341; Guhl/Koller/Schnyder/Druet, § 10, N. 18, 34; Schieman, s. 259 vd.; von Büren, s. 42-43; Schlechtriem, s. 244; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 6, N. 255-259; von Tuhr/Peter, s. 84; Rey, N. 151; Schwenzer, s. 79; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht, Band II**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1998, s. 26; Hans Merz, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Erster Teilband**, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Frankfurt am Main, 1984, s. 186-187; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 151-153; Becker, **BK-OR**, Art. 41, N. 6; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 70b.

Yargıtay, fark teorisini kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 3. HD., 5.12.2013, E. 2013/15096, K. 2013/17392; Yarg. 3. HD., 26.09.2013, E. 2013/10373, K. 2013/13378; Yarg. 18. HD., 22.02.2016, E. 2015/19159, K. 2016/2796; Yarg. 18. HD., 18.01.2016, E. 2015/20929, K. 2016/567; Yarg. 3. HD., 3.10.2013, E. 2013/10749, K. 2013/13816; Yarg. 4. HD., 04.07.1983, E. 1983/6006, K. 1983/6724; Yarg. 4. HD., 22.12.1988, E. 1988/7637, K. 1988/10964; Yarg. 13. HD. 12.7.2004, E. 2004/3108, K. 2004/11101. İsviçre Federal Mahkemesi de zararın tanımında fark teorisinden hareket etmektedir: BGE 104 II 199; 115 II 475 vd.; 116 II 441 vd.; 127 III 76. Mahkeme kararlarında fark teorisi sıkça vurgulansa da somut uyumsuzluklarda, zarar görenin tüm malvarlığının değil zarara uğrayan münferit değerlerin dikkate alındığı yönünde bkz. Rey, N. 169; Keller/Gabi-Bollinger, s. 9; Lühinger, N. 84-91; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 152; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 70 b.

Fark teorisinde, zarar verici olaydan etkilenen hak konusunun objektif ya da sübjektif değeri yerine malvarlığı bütün olarak ele alınmakta, soyut bir değerlendirme yapılmaktadır<sup>225</sup>. Bu nedenle fark teorisine, zarar verici olaydan önceki durumu tesis etmeyi amaçlayan aynen tazmini açıklamakta yetersiz kaldığı eleştirisi yöneltilmektedir<sup>226</sup>. Farazi nedenselliğin ve yansıma zararın (üçüncü kişinin zararının) fark teorisi çerçevesinde açıklanamaması da yöneltilen bir diğer eleştiridir<sup>227</sup>.

Bu teoriye göre zarar hesaplanırken, olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanı sıra meydana getirdiği yararlar da dikkate alınır. Böylelikle elde edilen menfaatler düşülür, başka deyişle denkleştirme yapılır<sup>228</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar, zarar görenin tüm malvarlığı esas alındığından, zarar verici olaydan etkilenmeyen değerlerin de hesaba katılması riski bulunduğu belirterek fark teorisini eleştirmekte; yapılan soyut değerlendirmenin denkleştirme kurumunun bağımsızlığını ortadan kaldıracığı ifade etmektedirler<sup>229</sup>. Ayrıca fark teorisinin manevi zararların hesaplanmasında uygulanamayacağı belirtilmektedir<sup>230</sup>.

<sup>225</sup> Mommsen, s. 134; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 15; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 273-274. Fark teorisi zararı bir bütün olarak ele aldığından, “doğrudan zarar-dolaylı zarar”, “fiili zarar-yoksun kalınan kar” gibi alt ayrımlara gerek kalmadığı yönünde: Akünel, s. 52-53.

<sup>226</sup> Ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Akünel, s. 58 vd.; Lange/Schiemann, s. 29 vd.; Schieman, s. 264; 267; Tiftik, s. 51.

<sup>227</sup> Schieman, s. 265; Keuk, s. 43-51; Robert Neuner, “**Interesse und Vermögensschaden**”, AcP 133, Heft 3, Mohr Siebeck, 1931, s. 290, 296.

<sup>228</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1323; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 265 vd.; Larenz, **Schuldrechts**, s. 530; Oftinger/Stark, § 6, N. 49 vd. Denkleştirme ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. § 2, I, C, 6.

<sup>229</sup> Fark teorisine yöneltile eleştiriler ve açıklamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16; Akünel, s. 53 vd.; Keuk, s. 20 vd.; Lange/Schiemann, s. 29; Paul Oertmann, **Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht**, I. Guttentag Verlagbuchhandlung G.m.b.H., Berlin 1901, s. 5-8, Albrecht Zeuner, “**Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden**”, AcP 163, Heft 4, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1964, s. 380 vd.

<sup>230</sup> Lange/Schiemann, s. 29; Zeuner, s. 380. Fark teorisinin manevi zararlar hakkında uygulanması ile ilgili bkz. Mommsen, s. 17-18.

## b. Mübadele (Somut Zarar) Teorisi

Doktrinde benimsenen diğer teori, mübadele (die konkrete Schandenstheorie) teorisidir. Buna göre zarar, kişinin sahip olduğu maddi ya da manevi bir değerde oluşan eksilme veya değişiklikler yüzünden meydana gelen somut kayıptır<sup>231</sup>.

Zararın belirlenmesi için tüm malvarlığı değil sadece ihlale uğrayan hak konusu varlık ve ondaki eksilme-değişiklik dikkate alınır<sup>232</sup>. Başka deyişle zarar verici olay sonrası hak konusu varlığın içinde bulunduğu fiil durum ile bu olay gerçekleşmeseydi bulunacağı farazi durum arasındaki fark uğranılan zarardır. Fark teorisinde olduğu gibi burada da iki durum karşılaştırılmaktadır. Ancak karşılaştırmada esas alınan unsur tüm malvarlığı değil, somut bir değerdir<sup>233</sup>. Mübadele (somut zarar) teorisi, daha basit ve eski bir yöntem olsa da kâr mahrumiyeti ya da üçüncü kişilere karşı borç altına girme şeklinde ortaya çıkan malvarlığı zararını açıklamaktan uzaktır<sup>234</sup>.

Katıldığımız görüş uyarınca, iki teori zarar kavramını farklı açılardan ele almakta ve birbirlerini dışlamamakta, aksine tamamlamaktadır<sup>235</sup>. Nitekim BGB § 249 da bu sonucu desteklemektedir<sup>236</sup>. Teorilerin farkı tazminatın türü noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>237</sup>. Mübadele teorisi aynen tazmine, fark teorisi ise nakden tazmine hizmet

<sup>231</sup> Benzer tanımlar için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 18; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 276-277; Zeuner, s. 381; Oertmann, s. 5; Keuk, s. 13; Heinrich Honsell, **“Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht”**, Juristische Schulung, 1973, s. 69-70.

<sup>232</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 15-16; Akünel, s. 53-60; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 19; Lange/Schiemann, s. 29; Oertmann, s. 7; Lüchinger, N. 15-17, 112; Honsell, **Herkunft und Kritik**, s. 69-75; Wolf, s. 577-578; Zeuner, s. 380; Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 15.

<sup>233</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 19; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 277; Magnus, s. 11 vd.

<sup>234</sup> Lange/Schiemann, s. 29.

<sup>235</sup> Mommsen, s. 13; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 21-22; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 277-278. İsviçre sorumluluk hukukunda revizyon çalışmalarında zararın hesaplanmasına ilişkin fark teorisi kabul edilmiş ancak diğer teorilerin de tamamlayıcı olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Schlechtriem, s. 234.

<sup>236</sup> BGB § 249’da zararın tespiti için malvarlığının fiili ve farazi durumu arasında yapılacak karşılaştırmada hangi kriterin kullanılacağını bilinçli olarak belirtilmemiştir. Böylelikle karşılaşılan uyumsuzlukta, fark teorisi gereği tüm malvarlığı ya da somut zarar teorisi uyarınca münferit hak konusu esas alınabilecektir. Aynı yönde bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 22; Wolf, s. 546; Honsell/Harrer, s. 442 vd.; Honsell, **Herkunft und Kritik**, s. 70; Lange/Schiemann, s. 28.

<sup>237</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 20; Zeuner, s. 383 vd.; Lüchinger, N. 81-83.

etmektedir<sup>238</sup>. Zarar verici olaydan sadece malvarlığındaki belirli bir değer etkilendiyse, örneğin sadece kişinin cep telefonu hasara uğradıysa, fark teorisinin uygulanmasına gerek yoktur<sup>239</sup>. Ancak belirli bir malvarlığı değerine zarar veren olay, malvarlığının bütününe de olumsuz etkileyebilir. Örneğin borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle alacaklının, üçüncü kişiye karşı bir borç altına girmesi halinde başta belli bir değere yönelen ihlal, tüm malvarlığını etkilemektedir<sup>240</sup>. Böyle bir durumda, zararın tespiti için fark teorisinin uygulanması gerekmektedir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararının tazmin edilmesini isteyen alacaklı, bu iki teori çerçevesinde zararının hesaplanmasını talep edebilecektir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu satış ve eser sözleşmeleri açısından fark teorisi çerçevesinde özel hesaplama metotları da öngörmüştür. Satış sözleşmesinde alıcı ya da satıcının temerrüdü halinde, somut veya soyut metoda göre zarar hesaplanabilir (TBK m. 213, m. 236). Benzer şekilde eser sözleşmesinde TBK m. 484, yüklenicinin zararının nasıl hesaplanacağına ilişkin toplama ve kesinti metotlarını hüküm altına almaktadır<sup>241</sup>.

### 3. Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukta Zarar Kavramı

Zarar hem haksız fiilden hem sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsurlarındandır<sup>242</sup>. Ancak zararın tanımını yapmaktan kaçınan kanun koyucu, haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumlulukta zarar kavramının yeknesak olup olmadığını da açıklamamıştır. TBK m. 114/II atfı sözleşmeden doğan zararın ve tazminatın belirlenmesi için bizi haksız fiil hükümlerine yönlendirmektedir (TBK m. 50 vd.). Bu hükümler incelendiğinde her iki alanda geçerli ortak bir zarar tanımının bulunduğu söylenebilecektir<sup>243</sup>. Ancak sözleşmeden doğan sorumlulukta, haksız

<sup>238</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 20-21; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 277; Lange/Schiemann, s. 29, 43 vd.; Honsell/Harrer, s. 442 vd.

<sup>239</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16; Lange/Schiemann, s. 43.

<sup>240</sup> Merz, **Obligationenrecht**, s. 187; Larenz, **Schuldrechts**, s. 481-482.

<sup>241</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 140 vd.; Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 220.

<sup>242</sup> Zararın, sorumluluğun kurucu unsuru olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 4. HD., 19.03.2015, E. 2014/16354, K. 2015/3377: "... davacının malvarlığında eksilme olmadığından bir zarara uğramadığı, yani davalının tazminat borcu doğmadığı sonucuna varılarak istemin reddi...".

<sup>243</sup> Antalya, **Cilt V/1**, 3, s. 380; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 8; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2879. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 87 II 291), "Für den Umfang der Ersatzpflicht verweist OR 99 III auf die Bestimmungen über die Haftung aus unerlaubter Handlung. Diese Bestimmungen sind insbesondere anwendbar für die

fiillerden farklı olarak taraflar arasında kurulan yoğun ve somut güven ilişkisi nedeniyle, olumlu-olumsuz menfaatler gündeme gelmektedir<sup>244</sup>. Bu menfaatler, sözleşmenin istenilen içerikte kurulması ya da ifa edilmesine ilişkin olup ihlali halinde olumlu-olumsuz zarar ortaya çıkar<sup>245</sup>. Sözleşmesel sorumlulukta hangi zararların tazmin edileceği ihlal edilen menfaatin türüne göre belirlenmektedir. Haksız fiil sorumluluğunda ise hem böyle bir güven ilişkisi hem de menfaat beklenen ifa bulunmadığından olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapılmaz<sup>246</sup>. Dolayısıyla sözleşme ve haksız fiil hukukunda ortak olan zarar kavramı, sözleşmesel sorumlulukta olumlu-olumsuz zararı kapsayacak şekilde genişlemektedir<sup>247</sup>.

#### 4. Maddi Zarar Türleri

Doktrinde maddi zarar kavramı çeşitli açılardan ayrımlara tabi tutulmaktadır<sup>248</sup>; aşağıda kısaca bu ayrımlar incelenecektir. Öncelikle hem haksız fiil hem sözleşme hukuku alanında ortak zarar türlerine değinilecek, daha sonra ise sadece sözleşme hukukunda karşımıza çıkan olumlu-olumsuz zarar kavramları açıklanacaktır.

---

*Umschreibung des Begriffs des Schadens. (Tazminat yükümlülüğünün kapsamı hakkında, Art. 99/III haksız fiilden sorumluluğa ilişkin hükümlere atıfta bulunmaktadır. Bu hükümler özellikle zararın tanımı için de geçerlidir.)*” şeklindeki ifadeyle OR Art. 99/III atfının zararın tanımında da uygulanacağını belirtmiştir.

<sup>244</sup> Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumlulukta zarar kavramının ortak/farklı yönlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Brunner, N. 149 vd.; Cuendet, N. 473; Oser/Schönenberger, Art. 97, N. 10 vd.

<sup>245</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 26 vd.; von Tuhr/Peter, s. 86-87; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 10, N. 48 vd.; Lange/Schiemann, s. 63-64; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 341 vd.; Rudolf von Jhering, **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts**, 4. Band, 1861, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Verlag Gehlen, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1969, s. 18; Dieter Medicus, **Id Quod Interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes**, Böhlau Verlag, Köln, 1962, s. 312.

<sup>246</sup> Saymen/Elbir, s. 461-462; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 474; Ataay, s. 90; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 4, N. 8-10; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 855-856; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1265; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 122; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 36-37; Schwarz, s. 124; von Tuhr/Peter, s. 86; von Büren, s. 80; Medicus, s. 312-313; Keller/Gabi-Bolliger, s. 8; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 342; Lange/Schiemann, s. 67; Schwenger, s. 94; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 10, N. 48; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 125. Ancak, Alman doktrininde Fikentscher, haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde olumsuz zarardan bahsetmektedir. Bkz. Wolfgang Fikentscher, **Schuldrecht**, 9. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997, § 50, N. 460.

<sup>247</sup> Brunner, N. 149-150.

<sup>248</sup> Bu ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 559 vd.; Tiftik, s. 52 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 64 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 119 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.231 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 387 vd.; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 53 vd.; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 63 vd.; Oftinger/Stark, § 2, N. 10 vd.; Keller/Schmied-Syz, s. 6 vd.; von Tuhr/Peter, s. 100 vd.

### a. Fiili Zarar-Yoksun Kalınan Kâr

Malvarlığındaki irade dışı eksilme, aktiflerin azalması veya pasiflerin artması şeklindeyse fiili zarar (damnum emergens); aktiflerin artmasına ya da pasiflerin azalmasına engel olma şeklindeyse yoksun kalınan kâr (kâr mahrumiyeti -lucrum cessans) olarak adlandırılır<sup>249</sup>.

Fiili zarar, malvarlığının net miktarının ve değerinin azalmasıdır<sup>250</sup>. Örneğin, üzerinde aynı hak bulunan bir malın yok edilmesi veya hasara uğratılması, vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle yapılan bakım ve tedavi masrafları, üçüncü kişinin aldatması sonucu yüklenilen borç, sözleşmenin geçerliğine ilişkin güvenin boşa çıkması nedeniyle amacına ulaşamamış masraflar (sözleşmenin kurulması için yapılan noter masrafı gibi) veya geciken bir ifa sebebiyle üçüncü kişiye ödenen cezai şart fiili zarar niteliğindedir<sup>251</sup>. Fiili zarar, malvarlığının aktifinde bir azalma<sup>252</sup> veya pasifinde bir artış<sup>253</sup> şeklinde gerçekleşebilir.

Yoksun kalınan kâr ise hayatın olağan akışına göre malvarlığında gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir artışın, zarar verici olay sonucu kısmen veya tamamen elde edilememesiyle oluşan zarardır<sup>254</sup>. Malvarlığının mevcut durumunda değişiklik olmamakla birlikte, muhtemel bir menfaat kaçırılmaktadır<sup>255</sup>. Yoksun kalınan kâr, aktifin artmasının veya pasifin azalmasının engellenmesi şeklinde ortaya

<sup>249</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 559; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1284; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 120-121; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595-596; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.231-2.232; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 84; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 64; Oftinger/Stark, § 2, N. 10; Keller/Schmied-Syz, s. 6 vd.; von Tuhr/Peter, s. 100.

<sup>250</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 447; Ataay, s. 88; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 559; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 120; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 394; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 84; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 39 vd.; Oftinger/Stark, § 2, N. 19; Keller/Schmied-Syz, s. 14; Schwenger, s. 87 vd. Fiili zarar, efektif zarar olarak da anılmaktadır: Schwarz, s. 123.

<sup>251</sup> Diğer fiili zarar örnekleri için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1284; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 85; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 41; Karahasan, **Cilt I**, s. 86 vd.

<sup>252</sup> Yarg. 4. HD, 02.10.1986, E. 6103, K. 6707, karar için bkz. Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 78, dn. 49.

<sup>253</sup> von Tuhr, s. 78; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 85; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 65. Yarg. 4. HD, 30.12.1964, E. 869, K. 6358.

<sup>254</sup> Keller/Schmied-Syz, s. 15; Schwenger, s. 81; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1285; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 121; Eren, **Borçlar Genel**, s. 596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 561; von Tuhr, s. 78; Schwarz, s. 138-139. Bu yönde: YHGK, 12.06.1996, E. 1996/11-372, K. 1996/485.

<sup>255</sup> Velidedeoğlu, s. 743-744; Schwarz, s. 138-139; Somer, s. 61; Tahiroğlu, s. 75.

çıkabilir<sup>256</sup>. Örneğin yaralandığı için çalışamayan kişinin ücret alamaması, sakat kalan kişinin azalan çalışma gücü nedeniyle eski kazancını elde edememesi, taksisi hasara uğrayan şoförün aracın tamiri süresince çalışamaması<sup>257</sup>, zamanında teslim edilmeyen bir malı yüksek fiyata bir başkasına satma olanağının kaçırılması<sup>258</sup>, TTK m. 56/I-d çerçevesinde haksız rekabet sebebiyle uğranılan zararlar, yaralanan kişinin bir fiyat indirimi için başvuru süresini kaçırmaması yoksun kalınan kâr niteliğindedir<sup>259</sup>.

Zarar görenin, yoksun kalınan kâr çerçevesinde maddi zararının tazminini isteyebilmesi için iki koşul aranır. İlk koşul, muhtemel kazancın hukuka ve ahlâka uygun şekilde elde edilebilecek olmasıdır<sup>260</sup>. Örneğin yaralandığı için hırsızlık yapamayacak kişi, yoksun kalınan kârı bulundugunu ileri sürerek tazminat talep edemez. İkinci koşul, kazancın elde edilmesinin kuvvetle muhtemel olmasıdır<sup>261</sup>. Zarar gören önce zarar verici olay gerçekleşmeseydi belli bir kazanç elde etmiş olacağını, sonra da olayın bu kazancı engellediğini ispatlamalıdır (MK m. 6)<sup>262</sup>. Elde edilecek kazanç ile zarar veren olay arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>263</sup>.

<sup>256</sup> Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 79-80; Ataay, s. 89; Keller/Schmied-Syz, s. 15; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 6, N. 276. Ayrıca bkz. BGE 50 II 381; 63 II 280; 80 IV 243; 82 II 401.

<sup>257</sup> Sürekli kullanılan bir şeyin hasar görmesi veya yok olması sebebiyle kâr mahrumiyeti, bu şeyin tamir edilmesi ya da yenisinin alınması için geçecek makul süreye göre hesaplanacaktır. Malın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle önemli bir satış olanağı kaçırıldıysa, kâr bir defada elde edileceğinden ayrıca kâr mahrumiyeti süresi hesaplanmayacağı yönünde bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 68.

<sup>258</sup> Yarg. 11. HD, 16.06.1997, E. 1997/4268, K. 1997/4712; Yarg. 15. HD, 27.04.2006, E. 2005/2929, K. 2006/2493.

<sup>259</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 65; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 79-81.

<sup>260</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 66; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1289; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 87; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 62; Eren, **Borçlar Genel**, s. 597.

<sup>261</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 66; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 87; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 62.

<sup>262</sup> Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD, 23.02.2004, E. 2003/7032, K. 2004/1586. Bununla birlikte MK m. 6'da öngörülen davacının iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kuralı mutlak değildir. Kanuni ya da fiili karinelerin varlığı halinde, davacının zararını ispat etmesi beklenmez. Bu yönde bkz. YHGK 21.4.1982, E. 1979/4-1528, K. 1982/412; Yarg. 13. HD, 27.5.2002, E. 2002/3966, K. 2002/6178. Ayrıntılı bilgi için bkz. Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 87; Cevdet Yavuz, "**Fransa'da İspat Külfeti ile İlgili Son İçtihat Gelişmeleri**", Yargıtay Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Yıl: 1983, s. 31; Bilge Umar/Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980, s. 60 vd.

<sup>263</sup> Kişi yoksun kaldığı kâr ile başka kazançlar elde edeceğini ileri sürse de bu dolaylı kazançlar, uygun nedensellik bağı bulunmadığından kural olarak tazminata konu edilemez. Bu yönde bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 66-67; YHGK, 06.05.1983, E. 1983/9-237, K. 1983/478.

Fiili zarar somut olarak ortaya çıkmışken, yoksun kalınan kâr farazi bir nedenselliğe ve sürece dayanır<sup>264</sup>. Varsayımlara dayanan bu süreci ve zararı kanıtlamak fiili zarara oranla daha zordur<sup>265</sup>. Yargıtay, TBK m. 50/II uyarınca yoksun kalınan kâr miktarını hâkimin belirleyeceğini, bunu yaparken de hayatın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulunduracağını belirtmiştir<sup>266</sup>. Hâkim, kâr mahrumiyetini tespit ederken geniş yorumlardan kaçınmalıdır. BGB § 252’de de aynı esas vurgulanmış, başka bir kanıtı gerek duymadan olayların olağan akışına göre beklenebilen kârın dikkate alınacağını belirtilmiştir<sup>267</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki fiili zarar ile yoksun kalınan kârın belirlenmesi için yapılacak karşılaştırmada, esas alınacak ölçütler birbirinden farklıdır. Fiili zararı belirlerken, malvarlığının zarar verici olay öncesindeki ve sonrasındaki durumu karşılaştırılır<sup>268</sup>. Yoksun kalınan kârda ise malvarlığının zarar verici olay öncesindeki durumu ile zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı farazi durum karşılaştırılır<sup>269</sup>.

#### **b. Doğrudan-Dolaylı-Yansıma Zarar**

Doğrudan zarar, bir kimsenin maruz kaldığı hukuka aykırı fiil yüzünden, araya eklenen başka bir neden olmaksızın uğradığı zarardır<sup>270</sup>. Hukuka aykırı fiilin zarar görene verdiği doğrudan zarara bağlı olarak, eklenen bir sebeple ortaya çıkan zarar ise dolaylı (dolayısıyla) zarardır<sup>271</sup>. Ayrımın temelini oluşturan uygun illiyet ve hukuka

<sup>264</sup> Schwarz, s. 139-140; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 46; von Tuhr, s. 92; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 147.

<sup>265</sup> von Tuhr, s. 93-94.

<sup>266</sup> Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD, 23.02.2004, E. 2003/7032, K. 2004/1586 (Kazancı).

<sup>267</sup> Velidedeoğlu, s. 754-755. Yüksek miktarda kârdan yoksun kaldığını ileri süren ve bunun elde edilmesi için gerekli tedbirleri aldığını ispatlayan zarar gören, bu kârın tazminini talep edebilmelidir. Tandoğan verdiği örnekte, evin yanmadan önce çok yüksek bedelle kiraya verildiğinin ve bir gün sonra sözleşme yapılacağını ispatlanması halinde bu zararın tazmin edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 66.

<sup>268</sup> Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 77; Keller/Schmied-Syz, s. 14.

<sup>269</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 596-597; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 308; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 43; Honsell, **Herkunft und Kritik**, s. 70; Oftinger/Stark, § 2, N. 11; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 70e. Benzer ifadeler için bkz. Yarg. 4. HD, 17.10.1977, E. 8891, K. 9687 (Bu karar için bkz. Karahasan, **Cilt I**, s. 79, dn. 54).

<sup>270</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 126; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 71 vd.; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 93; Çakırca, s. 67; Eren, **Borçlar Genel**, s. 598; Keller, **Band I**, s. 57; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 96; Martin A. Kessler: **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, Art. 41, N. 7.

<sup>271</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 126; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 4, N. 15 vd.; Çakırca, s. 68; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 23; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 82; Kadir Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 59; Haluk Tandoğan,

aykırılık bağı kuramlarıdır<sup>272</sup>. Zarar veren, fiilin tüm sonuçlarından değil, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine uygun, ihlal edilen normun koruma amacı içinde kalan sonuçlarından sorumludur<sup>273</sup>.

Doğrudan-dolaylı zarar ayırımı, zarara uğrayan kişiler açısından değil, zarar verici olay ile sonuçları bakımından yapılmaktadır<sup>274</sup>. Örneğin yaralanan bir kimsenin tedavi masrafları doğrudan zararken, çalışamaması nedeniyle ortaya çıkan kâr mahrumiyeti ya da gittiği hastanede yapılan yanlış tedavi yüzünden uzvunu kaybetmesi dolaylı zarardır<sup>275</sup>. Aynı şekilde kaza yapan kamyonun tamir masrafları doğrudan zarar, aracın piyasa değerinin düşmesi ya da taşınması gereken yükler taşınmadığı için yük sahiplerine ödenecek tazminat dolaylı zarardır.

Dolaylı zarar, fiilin doğrudan zarara göre daha uzak sonuçlarıdır; bu uzaklık zamansal olarak ya da araya başka sebeplerin girmesi şeklinde karşımıza çıkabilir<sup>276</sup>.

**Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 8-9.

<sup>272</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 564-565; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 126; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 72-73; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 149-150; Çakırca, s. 67; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 22-23; Keller/Schmied-Syz, s. 16; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 6, N. 320 vd.; Schwenger, s. 93. Buna karşılık doktrinde, dolaylı zararların tazmininin pozitif hukuk ve hukuk politikasının amacına bağlı olduğu da belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Ernst A. Kramer, “**Noch einmal, Zum Problem des “mittelbaren” Schadens**”, Zeitschrift für Verkehrsrecht 19, 1974, s. 130.

<sup>273</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 565-566; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 10. İhlal edilen normun koruma alanına girmeyen kişiler, zarara uğrasalar dahi tazminat talebinde bulunamazlar. Yargıtay bir kararında (Yarg. 4. HD, 08.01.1979, E. 1978/13144, K. 1979/38), “*sözleşme dışı ve sözleşmeye dayanan sorumluluk hallerinde, olaydan uzak veya yakın zarar gören herkesin tazminat taleplerinin kabul edilemeyeceğini, haksız fiil neticesinde doğrudan doğruya zarara uğrayan kimsenin hem doğrudan hem de dolaylı zararlarının tazmin edilebileceğini, fakat dolaylı zararların, zarara sebep olan fiille uygun illiyet bağı içinde olması gerektiğini*” vurgulamıştır. Aynı kararda Yargıtay, dolaylı zarar görenlerin sınırlandırılması gerektiğini, aksi takdirde zarar verenin altından kalkamayacağı bir tazminat yükü ile karşılaşacağını belirtmiştir. Bu bağlamda hukuka aykırılık bağının araştırılması gerektiğine dikkat çekilmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). Yine bazı Yargıtay kararlarında dolaylı zarar kavramının “*hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören kişi dışındaki üçüncü kişilerin uğradıkları zararı*” ifade etmek üzere kullanıldığı da görülmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD, 13.3.1978, E. 1977/5312, K. 1978/3193. Burada dolaylı zarar kavramı ile yansıma zarar kastedilmekte olup böyle bir kullanım kavram karmaşasına yol açtığından fikrimizce yerinde değildir.

<sup>274</sup> Sözleşme dışı sorumlulukta doğrudan-dolaylı zarar ayrımının belirgin bir sınırı olmadığı ve pratik ihtiyaçlara vermediği yönünde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 70; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 94. Alman Medeni Kanununda doğrudan-dolaylı zarar ayrımı yer almamaktadır; fakat TBK m. 217/b.4, 229/b.3, 627’de bu ayrıma hala yer verilmektedir.

<sup>275</sup> Benzer örnekler için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 126; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 70-71; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 150; Çakırca, s. 67; Rey, s. 77.

<sup>276</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 23; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 10-11; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 70.

Zarar gören doğrudan zararlarının ve yeterli illiyet mevcut ise dolaylı zararlarının tazminini talep edebilir<sup>277</sup>.

Yansıma zarar, bir kimsenin maruz kaldığı hukuka aykırı fiil nedeniyle başka birinin uğradığı zarardır<sup>278</sup>. Kural olarak üçüncü kişiler yansıma zararlarının tazminini talep edemezler; nitekim fiil ile üçüncü kişilerin zararı arasında genellikle hukuka aykırılık bağı bulunmaz<sup>279</sup>. Yansıma zararın tazmini sadece kanunda öngörülen hallerde istenebilir<sup>280</sup>. Söz gelimi hukuka aykırı fiil sonucu ölen kişinin eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalmaları sonucu oluşan zarar, yansıma zarardır ve kanunda özel olarak düzenlendiğinden tazmini talep edilebilir (TBK m. 53/b.3, m. 55)<sup>281</sup>. Kişinin ölümü nedeniyle işvereni bir süre yerine çalışacak işçi bulamaz, üretim yavaşlar ya da durursa işverenin uğradığı zarar da yansıma zarardır. Ancak bu zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunsa da hukuka aykırılık bağı bulunmadığından tazmini istenemez<sup>282</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi sözleşmesel sorumlulukta da üçüncü kişinin yansıma zarara uğraması mümkündür. Fakat nisbilik ilkesi gereği, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin ihlal edilen borç ilişkisi nedeniyle uğradıkları zararlarının sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazmini kural olarak mümkün değildir<sup>283</sup>. Başka deyişle ihlal edilen borç ilişkisi nedeniyle zarara uğrayan

<sup>277</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 565-566; Eren, **Borçlar Genel**, s. 599; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 70; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 150; Çakırca, s. 66-67; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 75, 84.

<sup>278</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 127; Çakırca, s. 69; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 1 vd.; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 98; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 85; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 86 vd.; Rey, s. 81; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 24-25; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, s. 144-145; Kessler, **BSK-OR**, Art. 41, N. 8; Çağlar Özel, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, Cilt: 50, Sayı:4, Yıl: 2001, s. 81 vd.; Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2019, N. 1873.

<sup>279</sup> Yansıma zararlarda mutlak veya nisbi bir hakkın ihlali hukuka aykırılık bağı açısından önemlidir. Hukuka aykırılık bağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 50 vd.; Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 5 vd.

<sup>280</sup> Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 61.

<sup>281</sup> Destekten yoksun kalmanın, tazmini istenebilen yansıma zarar olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 65; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 98, 102-103.

<sup>282</sup> Farklı örnekler için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 50-51.

<sup>283</sup> Üçüncü kişinin zararının tazmini bu hususun sözleşmede özel olarak kararlaştırılması halinde ise mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, s. 69 vd. Sözleşmenin nisbiligi ve buna bağlı alacaklının menfaati ilkelerinin hukuki işlem güvenliğini koruduğu ve sözleşme sorumluluğunun belirsiz bir şekilde genişletilmesine engel olduğu yönünde: Tandoğan,

üçüncü kişi, koşulları varsa ancak haksız fiil hükümleri çerçevesinde bu zararının tazminini talep edebilir<sup>284</sup>. Bu durum, gün geçtikçe karmaşıklaşan ekonomik ilişkiler nedeniyle edime veya sözleşme taraflarına yakınlığı artan üçüncü kişiler açısından adaletsiz sonuçlar doğurabileceğinden çeşitli çözümler aranmıştır<sup>285</sup>. Sözleşmesel sorumlulukta yansıma zararın tazmin edilememesi sorununun aşılması için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve üçüncü kişinin zararını tazmin kurumları gündeme gelmektedir<sup>286</sup>.

### c. Mevcut-Müstakbel-Muhtemel Zarar

Bu ayrım, zararın ortaya çıkma anı esas alınarak yapılmaktadır<sup>287</sup>. Mevcut zararlar, zararın hesaplandığı tarihe kadar ortaya çıkmış olanlardır<sup>288</sup>. Bu tarihte henüz gerçekleşmemiş fakat başka bir unsurun eklenmesi gerekmeksizin, olayların olağan akışına göre doğması beklenenler ise gelecekteki (müstakbel) zararlardır<sup>289</sup>. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar (TBK m. 54/b.4) ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğrayacakları zararlar (MK m. 53/b. 3) müstakbel zarar niteliğindedir<sup>290</sup>. Müstakbel zarar miktarını ispat etmek genellikle mümkün

---

**Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 20 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 60; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 23; Kırca, s. 32 vd.; Roland Keller, **Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts**, Zürich Universität Dissertation, 2004, s. 129-131.

<sup>284</sup> Üçüncü kişinin zararı salt malvarlığı zararı niteliğindeyse, hukuka aykırılık unsuru bulunmadığından, haksız fiil hükümleri çerçevesinde de tazminat talep edemeyecektir.

<sup>285</sup> Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 116; Yeşim M. Atamer, “**Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini**”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1-2, Yıl: 1996, s. 107, Erişim Adresi: <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergi/65> ; Rona Serozan, “**Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimleri**”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya’ya Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 716.

<sup>286</sup> Bkz. § 2, II, C, 3.

<sup>287</sup> Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 159; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 89; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 108.

<sup>288</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 131; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 88; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 108; Çakırca, s. 31.

<sup>289</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 131; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 89; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 108-109; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 159; Çakırca, s. 31.

<sup>290</sup> Özellikle çalışma gücünü kaybeden ev kadınlarının, kendisine ve ailesine gerekli bakımı sağlayamaması nedeniyle uğradıkları kayıpların müstakbel zarar çerçevesinde belirlenmesi oldukça zordur. Buna karşın belli bir işi ve kazancı olan kişiler açısından müstakbel zararın hesaplanması nispeten daha kolaydır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Tülay Karakaş, “**Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi**”, AÜHFD, Cilt: 55, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 143 vd.

değildir. Bu nedenle hâkim, müstakbel zararı, TBK m. 50/II çerçevesinde somut olayın özellikleri ve hayatın olağan akışına göre takdir edecektir<sup>291</sup>.

Muhtemel zarar ise, henüz gerçekleşmemiş eklenecek bir riskin varlığı halinde doğma ihtimali bulunan zarardır<sup>292</sup>. Örneğin ağır yaralı bir kişinin ölme riskine bağlı, doğma ihtimali bulunan zararlar böyledir. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini gündeme gelmez<sup>293</sup>.

#### **d. Kişiyeye İlişkin Zarar-Eşyaya Verilen Hasardan Doğan Zarar-Salt Malvarlığı Zararı**

Kişinin malvarlığı, maddi ve manevi bütünlüğünün ihlaliyle ya da eşyaya verilen hasarlar sonucu eksilmiş olabilir. Başka deyişle zarar, hukuka aykırı fiilin doğrudan malvarlığına yönelmesiyle doğabileceği gibi kişilik haklarının ya da beden bütünlüğünün ihlaliyle de ortaya çıkabilir<sup>294</sup>.

Türk-İsviçre Hukuklarında, vücut bütünlüğü, hayat, özgürlük gibi değerlerin para ile ölçülmesi mümkün değildir<sup>295</sup>. Bununla birlikte, bu değerlere yapılan tecavüzler malvarlığında bir eksilmeye de yol açıyorsa maddi zarar gündeme gelmektedir<sup>296</sup>. Örneğin vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin tedavi masrafları ve çalışma gücünün kaybından doğan eksilmeler maddi zarar niteliği taşır<sup>297</sup>. Buna karşılık vücut bütünlüğünün ihlali, malvarlığında eksilmeye sebep olmamışsa maddi zarardan söz edilemeyecek koşulları varsa manevi zararın tazmini talep edilecektir<sup>298</sup>. Söz gelimi, bedeninde sabit iz kalan kişi, malvarlığında bir azalma meydana gelmediği

<sup>291</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 131; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 92-93; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 109; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 159-160; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 158 vd.

<sup>292</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 132; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 92-93; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 160.

<sup>293</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 132.

<sup>294</sup> Lange/Schiemann, s. 307; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 15.

<sup>295</sup> Roma Hukuku'ndan gelen insan bedenine paha biçilemeyeceği kuralına ilişkin bkz. Topuz, **Maddi Zarar**, s. 294, 304.

<sup>296</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 15-16; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, s. 143; Eren, **Borçlar Genel**, s. 597; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 66.

<sup>297</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 558-559; Lange/Schiemann, s. 307; § 4, I, A.

<sup>298</sup> Ancak bu anlayıştan zamanla uzaklaşılmıştır. Vücut bütünlüğü zedelenen kişinin malvarlığında ve kazancında bir azalma olmasa bile, aynı kazancı elde etmek için daha fazla güç harcadığını göz önünde bulunduran yargı organları, fazladan sarf edilen efor ölçüsünde EBK döneminde de maddi zarara hükmetmekteydi. Artık bu içtihatlar yasal bir temele dayanmaktadır; EBK m. 46/I'den farklı şekilde TBK m. 54/b. 3, çalışma gücünün azalması nedeniyle uğranan kayıpları, malvarlığında eksilmeye yol açmasa da tazmin edilebilir zarar kalemi olarak düzenlemiştir. Maddi zarar kavramının genişlemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 68 vd.

sürece maddi zarara uğramış sayılmaz<sup>299</sup>. Ancak, kendisine haksız şekilde suç isnat edilen kişi işini kaybederse, ortaya hem maddi hem manevi zarar çıkacaktır<sup>300</sup>.

Eşyaya verilen hasar sonucu doğan zararlar, eşyanın ekonomik değerinin azalması, tamamen ortadan kalkması ya da tamir masrafı değerini aşacak şekilde eşyanın telef olması ile ortaya çıkar<sup>301</sup>. Eşyaya verilen hasar, zararın kaynağını; bu hasar sonucu malvarlığında oluşan kayıp ise maddi zararı ifade eder<sup>302</sup>.

Hasara uğrayan eşyanın tamir ile eski haline getirilmesi mümkünse maddi zarar, tamir için yapılan masraflardan oluşur. Tamire rağmen eşya eski haline getirilemiyorsa, tamir masraflarına ek olarak o eşyanın ticari değer kaybı da dikkate alınır<sup>303</sup>. Zarar görenin eşyanın değerinin daha fazla düşmesini ya da telef olmasını önlemek için yaptığı masraflar, eşyanın kullanılamaması nedeniyle uğranılan kazanç kayıpları ve tamir sırasında eşdeğerde başka bir eşya kiralaması da tazmini gereken zararlardandır<sup>304</sup>.

Eşyanın tamiri mümkün değilse, aşırı masraf gerektiriyorsa veya tamirden sonra zarar görenden onu kullanması beklenemeyecekse, hâkim yenisinin temini için gereken meblağın ödenmesine karar verebilir; hasarlı eşya ise zarar verene bırakılır<sup>305</sup>. Kullanılması sonucu zamanla değer kaybına uğrayan bir eşya telef olmuşsa, eskime ve yıpranma durumu (amortisman) da göz önünde bulundurularak zarar tespit edilir<sup>306</sup>.

---

<sup>299</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s.16-17; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 164-165.

<sup>300</sup> Ataay, s. 90

<sup>301</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 69; Eren, **Borçlar Genel**, s. 597; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 77; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, s. 143; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 20-21; Keller/Schmied-Syz, s. 18. Değer kaybı belirlenirken doktrinde hüküm tarihi, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadında ise haksız fiilin işlendiği tarih esas alınmaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD, 23.12.1982, E. 7190, K. 11637.

<sup>302</sup> Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 74.

<sup>303</sup> Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 74. Doktrinde, zarar görenin eşyayı kendisinin tamir etmesinin ya da tamir ettirmeden kullanmaya devam etmesinin zararın belirlenmesinde rol oynamayacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 281; von Tuhr/Escher, s. 115 vd., Schwenzer, s. 123.

<sup>304</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 282; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 75; Keller/Schmied-Syz, s. 20.

<sup>305</sup> von Tuhr/Escher, s. 118-119; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 281.

<sup>306</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 278-279; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 77-78; Schwenzer, s. 124; Oftinger/Stark, § 6, N. 370; Yarg. 4. HD, 17.10.2000, E. 2000/7478, K. 2000/8849.

Eşyalar malikleri için genellikle maddi değerlerinin yanında manevi bir değer de arz ederler. Manevi sebeplerle zarar görenin eşyaya özel olarak verdiği değer kural olarak maddi zararın belirlenmesinde dikkate alınmaz<sup>307</sup>. Örneğin piyasa değeri bulunmayan aile fotoğrafları ya da mektuplar hatıra niteliği taşıdığından ancak manevi tazminata konu olabilirler<sup>308</sup>. Buna karşın, eşyanın sahibi için ifade ettiği manevi değer başkaları için de aynı ise, bu durum eşyanın piyasa değerine etki ederek zararın hesaplanmasında göz önünde tutulabilir<sup>309</sup>. Örneğin tarihi açıdan önemli kişilere ait eşyaların manevi değeri, piyasa değerini önemli ölçüde etkileyebilmektedir.

Salt malvarlığı zararı ise ne olduğundan ziyade ne olmadığından yola çıkılarak tanımlanmaktadır. Kişiye verilen zararların ve eşyanın uğradığı hasardan doğan zararların dışında kalanlar bu kapsamda yer almaktadır<sup>310</sup>. Başka deyişle salt malvarlığı zararlarında ne ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali ne de eşyanın hasara uğraması söz konusudur; sadece malvarlığında bir eksilme oluşmaktadır. Türk-İsviçre Hukukunda hâkim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre haksız fiilde hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için kişilerin mutlak hakların ihlali gerekmektedir<sup>311</sup>. Salt malvarlığı zararlarında ise mutlak hak ihlali söz konusu olmadığından hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için özel bir koruma normunun ihlali aranmaktadır<sup>312</sup>. Çoğu zaman özel bir koruma normunun ihlalinin bahsedilemediğinden salt malvarlığı zararlarının haksız fiilden doğan sorumluluk çerçevesinden tazmini mümkün olmamaktadır. Buna karşın sözleşmeden doğan sorumluluğun temel amacı tarafların aralarında yarattıkları hukuki düzene aykırılık halinde ortaya çıkan zararın giderilmesidir. Sözleşmede belirlenen kurallara aykırılık, hukuka aykırılığın ortaya

<sup>307</sup> Keller/Schmied-Syz, s. 95; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 13-14; von Tuhr, s. 109.

<sup>308</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 276-277; Tunçomağ, s. 466; von Tuhr, s. 109.

<sup>309</sup> Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 79-80.

<sup>310</sup> Çağlayan Aksoy, s. 10 vd.; Kırca, s. 9; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.251; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 101 vd.; Gürpınar, s. 89 vd.; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 380 vd.; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 85; Keller/Gabi-Bolliger, s. 40; Heinrich Honsell, **“Der Ersatz reiner Vermögensschäden in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung”**, Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, herausgegeben von Thomas Rauscher/Heinz-Peter Mansel, Sellier, München, 2001, s. 484 vd. Salt malvarlığı zararı yerine, “saf malvarlığı zararı”, “diğer zararlar”, “diğer malvarlığı zararı”, “dar anlamda malvarlığı zararı”, “birinci dereceden malvarlığı zararı” veya sadece “malvarlığı zararı” terimleri de kullanılmaktadır. Anglo-Amerikan Hukukunda ise “purely economic loss” olarak ifade edilmektedir.

<sup>311</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 669; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 51; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 101.1; Kırca, s. 36; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.254.

<sup>312</sup> Kırca, s. 36.

çıkması için yeterlidir. Bu bağlamda sözleşmesel sorumlulukta salt malvarlığı zararlarının tazmin edileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır<sup>313</sup>.

Haksız fiilden doğan sorumlulukta, salt malvarlığı zararlarının tazminine karşı çıkan görüşlerin temelinde, tazminat taleplerinin hem zarar gören sayısı hem zarar miktarı açısından sınırsız hale gelebileceği çekincesi yer almaktadır<sup>314</sup>. Başka deyişle salt malvarlığı zararına uğrayan kişi sayısının çokluğu ve zarar miktarının fail bakımından öngörülemez kadar yüksek tutarlara ulaşması riski, bu zararların haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazmininde tartışma yaratmaktadır<sup>315</sup>. Sözleşmesel sorumlulukta ise borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin varlığı bu çekinceyi ortadan kaldırmaktadır.

#### e. Normatif Zarar

Alman Hukukunda ortaya atılan normatif zarar kavramı, somut olay adaletini sağlama amacıyla geleneksel malvarlığı ve maddi zarar tanımlarının kapsamını genişletmektedir<sup>316</sup>. İktisadi değil hukuki bir değerlendirmeye varlığı tespit edilen

<sup>313</sup> Kırca, s. 21; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 335; Honsell, **Ersatz**, s. 487; Selin Özden, “**Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları**”, BATİDER, Cilt: XXVI, Sayı: 3, Yıl: 2010, s. 92; Helmut Koziol, “**Recovery for Economic Loss in the European Union**”, Arizona Law Review Vol. 48, No. 4, s. 879.

<sup>314</sup> Çağlayan Aksoy, s. 15-16; Özden, s. 95; Koziol, s. 875.

<sup>315</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.251 vd.; Özden, s. 95.

<sup>316</sup> Türk Hukuku’nda, “*hükmi zarar*” olarak da anılan normatif zarar kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1293-1294; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 123-125; Eren, **Borçlar Genel**, s. 592-593; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 548-558; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.208 vd.; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 152; Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı**, s. 77 vd.; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 49-50; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 7; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 290, dn. 102; Lange/Schiemann, s. 35 vd.; Larenz, **Schuldrechts**, s. 426 vd.; Brinker, s. 185; Huber, s. 645-646; Neuner, s. 277; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2852 vd.; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 157 vd.; Elif Aydın Özdemir, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 38 vd.; Fatma Tülay Karakaş, **Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2004, s. 44 vd.; Haluk Burcuoğlu, “**Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması**”, DÜHFD, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 1984, s. 163-173; Rona Serozan, “**Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**”, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, (Zürich und Bern 1980’dan ayrı bası), Schulthess Verlag, Zürich, 1981, s. 447-497; Alfons Bürge, “**Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung**”, Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992, s. 413-432; Heinrich Honsell, “**Differenztheorie und normativer Schadensbegriff**”, Festschrift 50 Jahre schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 255 vd.

normatif zarar kavramı, ticarileştirme, ihtiyaç ve beklentinin boşa çıkması teorileriyle açıklanmaya çalışılmıştır<sup>317</sup>.

Malvarlığında matematiksel bir eksilme (fark) olmasa bile tazmini gereken değerleri ifade eden normatif zarar kavramının, Türk-İsviçre Hukuklarında fazla kabul görmediği belirtilmektedir<sup>318</sup>. Bu durum, manevi zararın nakden tazminine ilişkin BGB § 253'teki gibi bir sınırlamanın<sup>319</sup> Türk-İsviçre Hukuklarında bulunmamasıyla ve normatif zarar olarak nitelendirilen kalemlerin çoğunun manevi tazminat talebine konu edilmesiyle açıklanmaktadır<sup>320</sup>. Ayrıca malvarlığı değeri olarak nelerin normatif zarar kavramı içinde yer alacağının önceden bilinmemesinin, hukuka duyulan güveni sarsacağı ileri sürülmüştür<sup>321</sup>. Ancak mevzuatımızdaki son gelişmeler ışığında, normatif zarar niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılan boşa geçen tatil zamanının, beklentinin gerçekleşmemesi nedeniyle boşa giden masrafların, eşyanın kullanım

<sup>317</sup> Ticarileştirme teorisi (Kommerzialisierungstheorie) uyarınca, para karşılığı temin edilebilen unsurlar malvarlığının içinde yer alır ve ihlal edilmeleri halinde maddi zarar oluşur. İhtiyaç teorisine (Bedarfstheorie) göre ise zarardan söz edebilmek için malvarlığında eksilme meydana gelmesi gerekmez; bir masraf yapma ihtiyacının ortaya çıkması yeterlidir. Beklentinin boşa çıkması (Frustrationstheorie) teorisi uyarınca, belirli bir amaca ulaşmak için yapılan masraflar, buna engel olunması durumunda birer zarar kalemi teşkil eder. Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karakaş, **Normatif Zarar**, s. 45 vd.; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 18 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2856-2857; Schwenzer, N. 14.06; Ş. Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 91 vd.

<sup>318</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 16 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 548-558; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 125; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 152; Büyüksağış, **Maddi Tazminat**, s. 49-50; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 13; Aydın Özdemir, s. 41; Çakırca, s. 22. Almanya haricinde Kıta Avrupası hukukunda, teori kapsamında öne sürülen tazminat talepleri temkinli şekilde değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christian von Bar (Ed.), **Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another**, Oxford University Press, 2009, s. 359 vd.

<sup>319</sup> 2002'de yapılan kanun değişikliği ile BGB § 253 yeniden düzenlenmiş, manevi tazminatın sadece kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceği kuralı tekrarlanmıştır. Hükme eklenen ikinci fıkrada kişinin beden bütünlüğü, sağlığı, özgürlüğü veya cinsel tercihleri konusunda karar verme hakkının ihlalinde manevi tazminat talep edilebileceği belirtilmiştir. Başka deyişle BGB § 253 uyarınca kişinin sağlığı, özgürlüğü veya cinsel tercihleri sebebiyle maruz kaldığı manevi zararlar dışındakiler, özel bir hüküm yoksa kural olarak tazminat talebine konu teşkil etmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, s. 32-33; Schiemann, **Staudinger**, § 253, N. 1.

<sup>320</sup> Örneğin Yargıtay, Hac yolculuğundan dönerken kaybolan bagajdaki hediyelik eşyaların kullanım imkanından yoksun kalınmasını manevi zarar olarak nitelendirmiştir (Yarg. 11 HD., 12.11.2001., 5985/8861). Aynı şekilde yurt dışına opera, bale gibi gösterileri izlemeye giden kişinin kaybolan bagajındaki eşyaları kullanma imkanının kaybını, kişilik değerlerinin ihlali olarak nitelendirilip manevi tazminata hükmetmiştir (YHGK, 12.12.2001, 11-1161/1152). Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 30 vd; Genç Arıdemir, s. 168-169.

<sup>321</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 24; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 290-292; Oftinger/Stark, § 2 N. 57.

olanağından yoksunluk veya sürüm değerinin azalmasının ve çalışmayan kişinin işgücü kaybının tazminine kısaca değinmek gerekmektedir.

### **(1) Boşa harcanan tatil zamanı**

Normatif zarar kapsamında ele alınan tartışmalı konulardan biri TKHK m. 51/VIII ile mevzuatımıza giren boşa harcanan tatil zamanıdır. Kanun koyucu hükümde, paket tur düzenleyicisinin sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan<sup>322</sup> sorumlu olduğunu belirttiikten sonra, boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edilebileceğini eklemiştir. Görüş birliğine varılamayan husus, paket tur sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sonucu boşa harcanan (beklenen yararın elde edilemediği) tatil zamanının ekonomik bir değer taşıyıp taşımadığı; başka deyişle normatif zarar niteliğinde olup olmadığıdır<sup>323</sup>. Bir görüş hükmün normatif zararın tazminine imkân verdiğini savunurken<sup>324</sup>, diğeri kişilik hakkı ihlalinin aranmayacağı manevi alana ilişkin bir yaptırım düzenlediğini ileri sürmektedir<sup>325</sup>. Doktrinde bir başka görüş ise

<sup>322</sup> Hükümdeki her türlü zarardan sorumluluk ibaresi, katıldığımız görüş uyarınca hem maddi hem manevi zararın istenebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yönde: Feyza Eren Sayın, **Paket Tur Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 253; Aydın Zevkliler, **“Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”**, Prof. Dr. M. İlhan Uluslan’a Armağan, C. III, Ankara, 2016, s. 802; Kadir Erk Pekmez, **Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 127-128. Bu ifadenin doğrudan zararların yanı sıra dolaylı zararların da tazminine olanak sağladığı yönünde: Murat Topuz, **“Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat”**, 5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 294; Ömer Çınar, **“Paket Tur Sözleşmeleri”**, Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editör Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 845.

<sup>323</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem Büyüksağış, **“Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olmasının Hukuki Niteliği: Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım”**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I, GSÜHFD, 2004, s. 203 vd.; Fatma Tülay Karakaş, **“Tatilde Dinlenme Olanağından Yoksun Kalınması”**, BATİDER, Cilt: 23, Sayı: 4, Yıl: 2006, s. 183 vd. Belirtmek gerekir ki bir haksız fiil sonucu tatilin yapılamaması durumunda bilet, otel rezervasyon bedeli gibi harcamaların maddi tazminat talebine konu olabileceği Türk hukukunda zaten kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 558. Boşa geçen tatil zamanı için öngörülen düzenlemenin sadece sözleşmesel sorumluluk alanına ilişkin olduğu yönünde: Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 95.

<sup>324</sup> Topuz, **Normatif Zarar**, s. 298; Sezer Çabri, **6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 849-850; Ebru Ceylan, **6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Düzenlemeler**, Leges Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 108.

<sup>325</sup> TBK m. 58 uyarınca manevi tazminat talep edebilmek için bir kişilik hakkı ihlali bulunmalıdır. Ancak dinlenme imkânı kişinin, kişiliğini geliştirme hakkının parçası olarak kabul edilirse ayrıca bir ihlal aranması gerekmeyecektir. Bu yönde bkz. Zevkliler, s. 817-819; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.217-2.217; Yeşim M. Atamer, **“Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 6/C’nin Revizyonuna İlişkin**

hükümün, zararın varlığı şartından bağımsız bir ödeme yaptırımı teşkil ettiğini belirtmektedir<sup>326</sup>.

Normatif zarar teorisinin ortaya atıldığı Alman Hukukunda da boşa harcanan tatil zamanı ile ilgili benzer tartışmalar sürmektedir. BGB § 651 (f)<sup>327</sup> yürürlüğe girmeden önce, manevi zararın nakden tazminine ilişkin sınırlama nedeniyle, haksız fiil ya da borca aykırı davranış sonucu boşa geçen tatil zamanının maddi zarar oluşturduğu kabul edilmekteydi<sup>328</sup>. 1979’da yürürlüğe giren BGB § 651(f)’nin boşa harcanan tatil zamanını açıkça maddi ya da manevi zarar olarak nitelendirmemesi görüş ayrılıklarının devamına yol açmışsa da Federal Mahkeme, hükümün manevi tazminat olanağı sağladığı yönünde içtihat geliştirmiştir<sup>329</sup>. Benzer şekilde Paket Tur ve Paket Tura Bağlı Seyahat Sözleşmelerine İlişkin 2015 Tarihli Avrupa Birliği Yönergesi’nin<sup>330</sup> Başlangıç Kısmı 34. paragrafında, paket tur sözleşmelerinin esaslı ihlali halinde manevi tazminat talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir<sup>331</sup>. TKHK

---

**Teklifler**”, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, Editör: M. Murat İnceoğlu, Cilt: II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 98.

<sup>326</sup> Mehmet Oğuz Vuraloğlu, **Borçlar Hukukunda Zararın Varlığı Şartından Bağımsız Ödeme Yaptırımları**, T.C. Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 43.

<sup>327</sup> Hüküm, 01.07.2018’de yürürlüğe giren BGB § 651n ile yürürlükten kalkmıştır.

<sup>328</sup> Burada kıstas, tatilden umulan yararın önemli ölçüde boşa çıkması olarak ifade edilmekte, bunun dışındaki memnuniyetsizliklerin ise koşulları varsa manevi zarar niteliği taşıyacağı belirtilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 30 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 555 vd.; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249 N. 93 vd.; Wolfgang Grunsky, **“Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden”**, NJW 1975, Heft 14, s. 609 vd. Boşa geçen tatil zamanının maddi zarar niteliği taşımadığı yönünde: Roberto, N. 742 vd., BGE 115 II 474.

<sup>329</sup> Bu yönde: BGH NJW 1983. Karar hakkında bilgi için bkz. Huber, s. 210-211; Wolf-Dietrich Walker, **“Die Entschädigung für Immaterielle Schäden Nach Deutschem Zivilrecht-Grundlagen und Aktuelle Probleme”**, Prof. Dr. M. İlhan Uluhan’a Armağan, Cilt III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 748. BGB § 651f’deki talebin niteliği hakkındaki görüşler için bkz. Zafer Zeytin, **“Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi- III Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı”**, BATİDER, Cilt: 22, Sayı: 1, Yıl: 2003, s. 191.

<sup>330</sup> Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament And of the Council of 25 November 2015 on Package Travel and Linked Travel Arrangements, Erişim Adresi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2302>

<sup>331</sup> 1990 Tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin AB Yönergesinde açıklık bulunmasa da genel kabul boşa geçen tatil zamanı için manevi tazminat talep edilebileceği yönündeydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sayın, s. 261-262; Hacı Can, **Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 225. Boşa geçen tatil zamanının manevi zarar niteliği taşıdığı yönünde 2002 tarihli Avrupa Adalet Divanı kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0168> Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, 12.3.2002, C-168/00. Türkiye’de tatil yaparken gıda zehirlenmesi geçiren on yaşındaki Leitner’in ailesinin, tatillerinin umdukları gibi güzel geçmemesinden dolayı uğradıkları manevi zararın tazmini yönünde karar verilmiştir.

m. 51/VIII yürürlüğe girmeden önce hukukumuzda da söz konusu zararın manevi yönünün ağır bastığı ve koşulları varsa manevi tazminat talebinde bulunulabileceği çoğunlukla kabul edilmekteydi<sup>332</sup>.

Çalışmamız kapsamında yaptığımız içtihat taramasında TKHK m. 51/VIII'e ilişkin bir Yargıtay kararı tespit edilememiştir. Ancak uygulamada, zenginleşme aracı olarak kullanılabileceği çekincesiyle manevi tazminat taleplerine temkinli yaklaşıldığından, bu hükümle ilgili de benzer bir yaklaşım sergileneceğini öngörmek mümkündür.

## **(2) Beklentinin gerçekleşmemesi nedeniyle boşa giden masraflar**

Normatif zararı açıklamaya yönelik boşa çıkma teorisine göre, her masraf belirli bir amaçla yapılır. Amaca ulaşılması engellenirse, iradi olarak yapılan bu masraflar anlamsızlaşarak zarar teşkil eder<sup>333</sup>. Klasik zarar tanımına göre malvarlığındaki eksilme, haksız fiil ya da borca aykırılık gerçekleştikten sonra irade dışında meydana gelmelidir. Bu doğrultuda boşa çıkma teorisi, harcamaların ihlalden önce yapılması, iradi olması, ihlal ile harcamalar arasında nedensellik bağı bulunmaması gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>334</sup>.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini haksız fiilden sorumluluk alanında özellikle zarar görenin zararın ortaya çıkmasını engellemek için yaptığı masraflar ve nedensellik bağı çerçevesinde tartışılmıştır. Haksız fiil sorumluluğunda, sözleşmeden doğan sorumlulukta olduğu gibi borç ilişkisinin tarafları arasında bir güven ilişkisi de bulunmadığından boşa giden masrafların tazminine tereddütle yaklaşılmıştır<sup>335</sup>.

<sup>332</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 548; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 31. Boşa geçen tatil zamanının başlı başına zarar teşkil etmediği; ancak kişinin çalışma verimliliği düşer ve buna bağlı bir maddi kayıp olursa tazmin edilebileceği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 558.

<sup>333</sup> Burcuoğlu, s. 172; Aydın Özdemir, s. 36 vd.; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 21; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 47 vd.; Keller/Gabi-Bolliger, s. 9; Oftinger/Stark, § 6, N. 376; Memet Erdem Aybay, **Bir Tazminat Türü Olarak: Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 134 vd.

<sup>334</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 21; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmeneger, **Band II**, N. 2862; Oftinger/Stark, § 6, N. 376; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 83; Honsell, **Differenztheorie**, s. 267-268.

<sup>335</sup> Tazmin edilebilir zararın sınırları belirlenirken zarar görenin zarar verenden haklı ve makul beklentisinin derecesinin önem taşıdığı, taraflar arasındaki ilişki tesadüfi olduğu ölçüde bu beklenti seviyesinin azalacağı yönünde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 120 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.216; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 22; Aybay, s. 136. Benzer şekilde, bazı harcamaların hayatın

Sözleşmesel sorumlulukta boşuna yapılmış masrafların tazmini, 2002’de yürürlüğe giren BGB § 284 ile Alman Hukukunda yasal düzenlemeye kavuşmuştur<sup>336</sup>. Hükümde alacaklının, edimin ifa edileceğine güvenerek hakkaniyet sınırları içinde yaptığı, ancak borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle anlamsızlaşan masraflarının tazmini düzenlenmiştir<sup>337</sup>. Türk Borçlar Kanunu’nun pek çok maddesinde gider ya da masraf kavramına rastlanmaktadır<sup>338</sup>. Buna rağmen geleneksel tasnifte nerede yer aldığı tespit edilemediğinden ve tazminatla zenginleşme riski barındırdığından BGB § 284 benzeri bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu’nda bulunmamaktadır<sup>339</sup>.

### (3) *Eşyanın kullanım olanağından yoksunluk veya sürüm değerinin azalması*

Normatif zarar teorisi, eşyaların maddi varlıklarının yanı sıra kullanım olanaklarının da başlı başına bir malvarlığı değeri olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, fark teorisinin aksine, kullanım olanağından yoksun kalan eşya yerine fiili bir harcama yapılmasa da zarar mevcuttur ve tazmini istenebilecektir<sup>340</sup>. Konuyla ilgili klasik örnek, hasara uğrayan otomobilinin tamir süresi boyunca aracını kullanma olanağından mahrum kalan kişinin, bunu telafi etmek amacıyla harcama yapmaması

---

olağan akışı içerisinde gerçekleşmesi riski bulunduğu ve bunlara herkesin kendisinin katlanması gerektiği yönünde: Honsell/Isenring/Kessler, § 8, N. 55.

<sup>336</sup> Bir masrafın haksız fiil sonucu anlamsızlaşması hükmün kapsamında değildir. BGB § 284’ün temelinde yer alan verimlilik karinesi ve boş çıkma teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay, s. 69 vd.; Lüchinger, N. 466-467; Gündüz, s. 339-340. BGB § 284, ifa yerine tazminat talebinin (ifa çıkarının) alternatifi olarak alacaklıya sunulmuştur ve sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi söz konusu değildir.

<sup>337</sup> Hükmün uygulama alanı bulması için aranan şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay, s. 76 vd. Boşa giden masrafların tazminine ilişkin hükmün tanıdığı talep hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Boşa giden masrafların olumlu zarar kapsamında yer aldığı yönünde: Beate Gsell, “**Aufwendungsersatz nach § 284**”, NJW 2006, Heft 3, s. 125-127; olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde: Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2016, N. 969; normatif zarar alanında incelenmesi gerektiği yönünde: Serozan, **İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 5a. Katıldığımız görüş uyarınca, her biriyle örtüşen yönleri olmakla birlikte boşa giden masrafların tazmini kendine özgü bir tazminat türüdür. Bu yönde bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 316, 321; Gündüz, s. 341-342.

<sup>338</sup> Türk Borçlar Kanunu’nda gider kavramının geçtiği maddelerden bazıları: m. 9, 53, 54, 80, 107, 108; masraf kavramının geçtiği maddelerden bazıları: m. 113, 227, 291, 373, 416.

<sup>339</sup> Türk doktrininde Aybay, boşa giden masrafların tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve şöyle bir hüküm önerisinde bulunmuştur: “*Borcun ifa edileceğine güvenen alacaklı, birtakım masraflar yapmışsa, borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesi üzerine, amaçsız kalan bu masraflarının tazminini borçludan talep edebilir. Borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat ile masraf tazmini aynı zamanda talep edilemez. Borçlunun, borç gereği gibi ifa edilseydi bile masrafların amacına ulaşamayacağını ispatlaması halinde, masraf tazminine izin verilmez.*” (Aybay, s. 152).

<sup>340</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Tendenzen zur Normativierung**, s. 447 vd., 462 vd.; Burcuoğlu, s. 163 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 123-124; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 60 vd.

durumudur. Fark teorisine göre, zarar görenin otomobil kiralaması ya da taksi kullanması halinde yaptığı bu harcamalar zarar olarak kabul edilecekken, ulaşımını yaya olarak sağlaması durumunda bir zarardan söz edilemeyecektir<sup>341</sup>. Normatif zarar teorisine göre ise, kişi ulaşımını yaya olarak sağlasa da aracını kullanım olanağından yoksun kalmasına karşılık bir bedel talep edebilecektir<sup>342</sup>. Doktrinde bu yaklaşımın, özellikle ikame masraf yapamayacak durumdaki kişiler için daha adil bir sonuç doğurduğu belirtilmektedir<sup>343</sup>. Alman Federal Mahkemesi de kullanım olanağından yoksunluğun hissedilebilir olması şartıyla, maddi zararın varlığını kabul etmektedir<sup>344</sup>. Buna karşılık Yargıtay, sadece gerçek anlamda bir zararın varlığı durumunda tazminat yükümlülüğü doğacağı görüşünü benimsemiştir<sup>345</sup>.

Normatif zarar kapsamında eşyanın maddi varlığı ve kullanım değeri gibi bir de sürüm değeri bulunduğu ifade edilmiştir. Bu değer azalmasının da tazmin edilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>346</sup>. Bir otomobilin kaza sonrası tamir edilse bile, kaza geçirmemiş benzerlerine oranla daha düşük fiyattan alıcı bulması, sürüm değerine ilişkin başlıca örneklerdendir. Hukukumuzda gerek doktrin gerekse Yargıtay, sürüm

<sup>341</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 18; Oftinger/Stark, § 6, N. 371 vd.

<sup>342</sup> Serozan, **Tendenzen zur Normativierung**, s. 466; Burcuoğlu, s. 164; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 18-19 ve özellikle dn. 66; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 79; Joachim Ströfer, **Schadensersatz und Kommerzialisierung**, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 70, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, s. 61 vd. Tamir sürecinde malikin otomobili kullanamayacak derecede hasta olması, başka deyişle kullanma olanağının bulunmaması halinde zarardan söz edilemeyeceği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 551-552; Burcuoğlu, s. 165; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 18.

<sup>343</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16 N. 7; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 124 dn. 102; Burcuoğlu, s. 168-169. Doktrinde Burcuoğlu, MK m. 995'in varlığını dayanak göstererek eşyanın kullanım olanağından yoksunluğun zarar teşkil etmesinin hukuk sistemimize yabancı olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, kötüniyetli zilyedin elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında öngörülen tazminat borcunun doğumu için hak sahibinin zararının mevcut ya da doğacak olması şartı aranmaz. Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Burcuoğlu, s. 171. MK m. 995'in istisnai bir nitelik taşıdığı yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 125 dn. 104.

<sup>344</sup> Alman uygulamasında, eşyanın kullanım olanağından yoksunluk durumunda tazminata hükmedilen örnekler ve kararlar için bkz. Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 62-63.

<sup>345</sup> Yarg. 20. HD, 21.1.2019, E. 2018/4491, K. 2019/262; Yarg. 21. HD, 22.3.2018, E. 2016/7030, K. 2018/2144.

<sup>346</sup> Serozan, **Tendenzen zur Normativierung**, s. 466-467; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 549-550; Roberto, N. 687 vd.; Zeuner, s. 387-389; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 53 vd.

değerinin normatif zarar teşkil edip etmediği tartışmasına girmeksizin bu azalmayı fiili zarar olarak kabul etmektedir<sup>347</sup>.

#### (4) Çalışmayan kişinin iş gücü kaybı

Normatif zarar teorisine göre, kişinin işgücüyü elde ettiği ücret (karşılık) değil, soyut olarak işgücü bir malvarlığı değeridir ve kaybı halinde tazmini istenebilir<sup>348</sup>. Oysa fark teorisi uyarınca, tazminata hükmedilebilmesi için işgücü kaybı yeterli olmayıp, bu kayıp nedeniyle malvarlığında eksilme gerçekleşmesi gerekir<sup>349</sup>. Konunun en önemli örneği, çalışmayan eşin uğradığı zarar nedeniyle ev işlerini göremez hale gelmesidir. Alman ve İsviçre Hukuklarında ev işleri zararı (Haushaltschaden) olarak adlandırılan kavramın normatif zarar niteliği taşıdığı, ev işleri ücret karşılığı üçüncü kişiye yaptırılsa da tazmininin istenebileceği kabul edilmektedir<sup>350</sup>.

Türk Hukukunda da çalışmayan kişinin işgücü kaybı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur<sup>351</sup>. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş, özellikle ev işlerini yapan eşin işgücü kaybı halinde malvarlığında eksilme meydana gelmediği gerekçesiyle zararın bulunmadığının söylenemeyeceğini; maddi zarar kalemlerinin düzenlendiği TBK m. 54/I, b. 3 hükmünün ifadesinin de bu yönde olmadığını belirtir<sup>352</sup>. Görüş uyarınca TBK m. 54/I, b. 3'te çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplardan bahsedilmektedir. Başka deyişle hükümde ele alınan çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesi yüzünden gelir elde etme imkanında

<sup>347</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 345; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 550; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 301; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.219. Yarg. 4. HD, 18.12.2018, E. 2017/5071, K. 2018/8097; Yarg. 4. HD, 15.11.2018, E. 2016/11140, K. 2018/7026; Yarg. 13. HD, 25.10.2017, E. 2015/22631, K. 2017/10174.

<sup>348</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.221; Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 54, N. 25; Karakaş, **Ev Kadını**, s. 146, 148; Dieter Medicus/Jens Petersen, **Bürgerliches Recht**, 25. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2015, N. 836.

<sup>349</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 2.222.

<sup>350</sup> Gauch/Schluep/Emmenegger, **Band II**, N. 2854; Oftinger/Stark, § 6, N. 157; Roberto, N. 626, 730. Ev işlerini yapamaz hale gelen eşin tazminat talebinin kabul edildiği ilk karar olarak bkz. BGHZ 38, 55 = NJW 1962, s. 2248. Aynı yönde BGHZ 50, 304 = NJW 1968, s. 1823; BGE 132 III 321; BGE 99 II 224; BGE 108 II 437; BGE 127 III 405.

<sup>351</sup> Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karakaş, **Ev Kadını**, s. 151-152.

<sup>352</sup> Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 54, N. 25. Bu görüşün aksine, iş göremez hale gelinmekle beraber malvarlığı eksilmesi bulunmuyorsa zararın varlığından bahsedilemeyeceği yönündeki görüşü için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 29.

meydana gelen olumsuz değişiklik değildir. Uygulamada Yargıtay, malvarlığında fark teorisine göre hesaplanabilen bir zarar oluşup oluşmadığı tartışmasına girmeksizin çalışmayan eşin işgücü kaybının tazmin edilebileceği esasını benimsemiştir<sup>353</sup>. Ayrıca Yargıtay, halihazırda bir işte çalışmadığı gibi ileride çalışması da mümkün olmayan emeklilerin de ev işlerini göremez hale gelmeleri durumunda tazminat istenebileceğini kabul etmektedir<sup>354</sup>.

Doktrinde, normatif zarar teorisinin sorumluluğun kapsamını çok genişletebileceği, malvarlığına hangi değerlerin dahil edileceği konusunda belirsizlik yaratacağı, tazminatı telafi amacından uzaklaştırıp cezalandırma amacına dönüştürebileceği gibi haklı çekinceler ifade edilmiştir<sup>355</sup>. Ayrıca hukuk sistemimizde manevi zararın tazmini genel bir hükümle (TBK m. 58) düzenlendiğinden normatif zarar teorisine gereksinimin azaldığı belirtilmiştir<sup>356</sup>. Tüm bu görüşler ve mevzuatımızdaki güncel gelişmeler ışığında ortaya çıkan sonuç, normatif zarar teorisinin bütünüyle kabulünün ya da reddinin doğru bir yaklaşım olmayacağıdır<sup>357</sup>.

#### f. Olumlu-Olumsuz Zarar

Sözleşmeden doğan sorumlulukta taraflar arasında kurulan yoğun güven ilişkisi nedeniyle, haksız fiil sorumluluğunda karşımıza çıkmayan olumlu-olumsuz

<sup>353</sup> Yarg. 17. HD, 17.5.2018, E. 2016/18089, K. 2018/5186; Yarg. 15. HD, 20.10.1975, E. 1975/3787, K. 1975/4103; Yarg. 4. HD, 13.10.2005, E. 2004/14559, K. 2005/10881; Yarg. 11. HD, 21.3.2005, E. 2004/6063, K. 2005/2500.

<sup>354</sup> Yarg. 19. HD, 3.10.1995, E. 1076, K. 7783; Yarg. 4. HD., 28.12.1998, E. 7858, K. 10906. Ancak öğrenciler ve işsiz kimseler açısından farklı sonuçlara ulaşılacağı yönünde: Karakaş, **Ev Kadını**, s. 146, 152.

<sup>355</sup> Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 291-292; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 19 dn. 67; Aydın Özdemir, s. 41, 46; Gauch/Schluep/Emmenegger, **Band II**, N. 2858-2859; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 70d.; Rona Serozan, **“Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler”**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (12-13 Mayıs 1979, Ankara), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980, s. 173-174. Aksi yönde bkz. İbrahim Gül, **“Türk Özel Hukukunda Tazminatın Caydırma İşlevinin Yetersizliği”**, BATİDER, Cilt: 33, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 108.

<sup>356</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 23.

<sup>357</sup> Normatif zarar teorisini kullanmak yerine, fark teorisinin uygulanmasında nasıl bir sorunla karşılaşıldığının tespit edilip buna somut uyumsuzluk bazında çözüm bulunması gerektiği yönünde: Oliver Brand, **Schadenersatzrecht**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2015, § 2, N. 12.

zarar ayrımı bulunmaktadır<sup>358</sup>. Bu başlık altında olumlu-olumsuz karar kavramları tanımlanıp uygulamada en sık karşılaşılan örneklerine değinilecektir.

### (1) *Olumlu zarar*

#### i. *Genel olarak*

Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu zedelenen menfaat, olumlu zarar olarak nitelendirilmektedir<sup>359</sup>. Diğer bir deyişle olumlu zararda hedef, ifadan beklenen menfaatinin korunmasıdır; bu nedenle olumsuz zararın aksine geçerli bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır<sup>360</sup>. Olumlu zararda borcun sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edileceğine yönelik, geniş anlamda bir güven ihlali söz konusudur<sup>361</sup>.

Olumlu zarar belirlenirken, alacaklının malvarlığının, sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı (farazi) durum ile ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle arz ettiği (fiili) durum karşılaştırılmaktadır<sup>362</sup>. Örneğin borçlu temerrüdü ya

<sup>358</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 26 vd.; von Tuhr/Peter, s. 86-87; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 10, N. 48 vd.; Lange/Schiemann, s. 63-64; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 341 vd.; von Jhering, s. 18; Medicus, s. 312.

<sup>359</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 71, 426; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 89; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 4, N. 8-10; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 474; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 925; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1266; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 855; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 55-57; Gündüz, s. 27; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2898; Schwenger, s. 94; von Jhering, s. 17-18; Lange/Schiemann, s. 63-64. YHGK, 05.07.2006 E. 2006/13-499 K. 2006/507. Olumlu zarara ifanın surrogatı da denilebileceği yönünde: Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 57; Gündüz, s. 27.

<sup>360</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1266 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 855; Havutçu, **Temerrüt**, s. 68; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 61; von Jhering, s. 17-18; von Tuhr, s. 82; Lüchinger, N. 214; Barth, s. 68; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2898; Max Keller, **Das Negative Interesse im Verhältnis zum Positiven Interesse**, Verlag H. R. Sauerländer&Co., Aarau, 1948, s. 4-5. Yarg. 13. HD, 25.05.1993, E. 1993/2905, K. 1993/4544: "...Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararın tazminine dair talep hakkı alır." Alman Hukukunda 2002 yılında yapılan reformla BGB § 275/I, § 311a/I-II, § 276/I hükümleri düzenlenmiş ve olumlu zararın sadece sözleşmenin geçerli olarak kurulması halinde doğabileceği kuralı değiştirilmiştir. Örneğin alacaklının, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığı bilen borçludan olumlu zararını istemesi olanağı getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lange/Schiemann, s. 65.

<sup>361</sup> Gündüz, s. 29; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 57; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 91; von Jhering, s. 18; Lüchinger, N. 193 vd.; Keller, s. 15-16; Lange/Schiemann, s. 66.

<sup>362</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1266; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1177; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 55-57; Havutçu, **Temerrüt**, s. 68; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 426; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 806; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 855; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 94; Gündüz, s. 26; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 86-87, Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2897-2898; von Tuhr/Peter, s. 99. Benzer bir ifade için bkz. Yarg. 13. HD, 25.05.1993, E. 1993/2905, K. 1993/4544.

da borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı söz konusuysa alacaklı aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteyebilir<sup>363</sup>.

## *ii. Olumlu zarar kalemleri*

Olumlu zarar olarak nitelendirilebilecek tüm malvarlığı eksilmelerini önceden tüketici şekilde saymak mümkün değildir<sup>364</sup>. Olumlu zarar kalemlerinden bazıları fiili zarar, bazıları yoksun kalınan kâr niteliğindedir. Bu başlık altında tazmini istenebilecek olumlu zarar kalemlerinden uygulamada en çok rastlananlar kısaca açıklanacaktır.

Olumlu zarar kalemlerinden ilki ifa edilmeyen edimin değeridir. Örneğin borçlu temerrüdünde alacaklı, ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ederse ifa edilmeyen edimin değeri olumlu zararı oluşturacaktır<sup>365</sup>. Buna karşın alacaklı, temerrüde düşen borçludan aynen ifa ve gecikme tazminatı istiyorsa, ifa edilmeyen edimin değeri göz önünde tutulmayacaktır.

Bir diğer olumlu zarar kalemi, alacaklının gereği gibi ifa yapılacağı beklentisiyle başka hukuki işlemlerde taraf olması sebebiyle oluşan zararlarıdır<sup>366</sup>. Örneğin borçlusunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacağına zamanında kavuşamayan kişinin, kendi alacaklısına temerrüt faizi, aşkın zarar, ceza koşulu ya da tazminat ödemek zorunda kalması halinde, uygun nedensellik bağı da kurulduğu ölçüde, yaptığı bu ödeme olumlu zarar oluşturacaktır<sup>367</sup>.

<sup>363</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 426-427; Velidedeoğlu, s. 744-745; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 56; Havutçu, **Temerrüt**, s. 68.

<sup>364</sup> Buz, **Temerrüt**, s. 243; Lüchinger, N. 265.

<sup>365</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 59; Havutçu, **Temerrüt**, s. 74; Gündüz, s. 348; Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 202.

<sup>366</sup> Aral, **Kötü İfa**, s. 163; Gündoğdu, s. 269.

<sup>367</sup> Barlas, s. 203; Oser/Schönenberger, Art. 103, N. 4; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 103, N. 6; Hakan Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 203; Leyla Müjde Kurt, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 210; Hasan Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 152; Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1975, s. 73. Belirtmek gerekir ki uygun nedensellik bağının varlığını, alacaklının ispat etmesi gerekir.

Sözleşmeye aykırılıkla uygun nedensellik bağı içindeki ikame alımlar veya borca aykırılık üzerine yeni bir sözleşme kurmak için yapılan masraflar da olumlu zarar teşkil edecektir<sup>368</sup>. Buna karşın edim yerine getirilseydi dahi alacaklının yapacak olduğu noter ödemesi, seyahat harcaması gibi ihlal edilen sözleşmeyi kurma masrafları olumlu zarar kapsamında değerlendirilmez; bunlara alacaklı katlanmak zorundadır<sup>369</sup>.

Uygulamada sıkça karşılaşılan, sözleşmeye aykırılık sonucu alacaklının kaçırdığı fırsatlar, söz gelimi sözleşmeye konu eşyayı kiraya vererek elde edebileceği kazanç, yoksun kalınan kâr niteliğindeki bir olumlu zarar kalemidir<sup>370</sup>. Buna karşılık sözleşmeye aykırılık sonrası, uyuşmazlığın çözümü için yapılan yargılama giderleri veya icra masrafları HMK m. 323 vd. uyarınca karşılandıkları ölçüde olumlu ya da olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamında yer almazlar<sup>371</sup>.

---

<sup>368</sup> Havutçu, **Temerrüt**, s. 74; Yıldız, s. 202. Aynı yönde bkz. YHGK., 29.06.2016, E. 2014/13-1169, K. 2016/863: “Dava, kiralananın ayıplı çıkması nedeniyle ödenen kira bedeli, depozito bedeli, ödenen komisyon bedeli ile kiralananın oturulmaması nedeniyle dava dışı otele ödenen konaklama bedelinin tahsili isteğine ilişkindir. Kural olarak, kiracı kusursuz olduğunu kanıtlayamayan kiraya veren davalılardan ödediği konaklama bedelinin kendisine ödenmesini isteyebilir. Bununla birlikte davacı kiracı, ikamet etmek üzere uygun bir yerin yeniden kiralınması konusunda gayret göstermek, böylece yeni bir ev kiralamak için kendisine düşen ödevi yapmak durumundadır. Bu durumda davacının zararı, kiralayanın kiralananı kullanıma hazır hale getirmedeği tarihten aynı koşullarla emsal bir dairenin kiralınması gereken tarihe kadar otele ödenen konaklama bedeli ile kira bedeli arasındaki farktan ibarettir. Ancak, davacının talep edebileceği miktar belirlenirken sadece dava dışı otele ödediği konaklama bedelinin dikkate alınması gerekir. Davacı, dava dışı otele ödenen konaklama bedeli dışındaki örneğin yemek ve sair etkinlikler için ödediği bedeli isteyemez. Zira, bu giderler kiralanan kullanıma hazır halde davacıya teslim edilmiş olsa dahi yapılacak giderlerdir”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Cahit Günel, **Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 267 vd.

<sup>369</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 60, dn. 202. Borç ifa edilseydi alacaklının yaptığı masrafları üçüncü bir kişiden elde edebileceği durumlarda, sözleşme yapma masraflarının da olumlu zarar kapsamında değerlendirilebileceği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 855, dn. 2.

<sup>370</sup> Sözleşmeyle elde edilecek kâr, o sözleşme için yapılan masrafların hesaba katılmasıyla ortaya çıktığından, olumlu zarar çerçevesinde kâr yoksunluğunun karşılandığı durumlarda, olumsuz zarar da çoğunlukla karşılanmış olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 71.

<sup>371</sup> Yargılama giderleri veya icra masraflarına kimin katlanacağı, usul hukuku hükümleriyle belirlenmekte ve hâkim re’sen karar vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 301; Lüchinger, N. 289; Ayrıca bkz. YHGK., 17.01.1990, E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, Sayı: 6, s. 793); YHGK., 07.04.2004, E. 2004/13-208, K. 2004/211 (YKD., 2004, Sayı: 10, s. 1499)

## (2) Olumsuz zarar

### i. Genel olarak

Olumsuz zarar, geçerli şekilde kurulacağına ya da hüküm ifade ettiğine güvenilen bir sözleşmenin hiç kurulmaması, hüküm ifade etmemesi veya hükümden düşmesi sebebiyle uğranılan zarardır<sup>372</sup>. Doktrinde kişinin, o sözleşmeyi<sup>373</sup> yapmasaydı hiç uğramayacağı zarar olarak tanımlanmakta; uyandırılan güvenin boşa çıkması esasına dayanmaktadır<sup>374</sup>. Buna göre, sözleşmenin yokluğunda, ehliyetsizlik, hukuka ve ahlaka aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, muvazaa ya da geçerlik şekline aykırılık hallerinde olumsuz zarar vardır. Ayrıca TBK m. 125/III'te, alacaklının sözleşmeden dönmesi borçlunun olumsuz zarardan sorumluluğuna yol açan bir neden olarak kabul edilmiştir<sup>375</sup>.

Olumsuz zarar belirlenirken sözleşmenin hüküm ifade etmesi veya kurulması durumunda malvarlığının arz edeceği (farazi) durum ile sözleşmenin hükümsüz olması

<sup>372</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 427; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 46; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1178; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1268; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 855; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 584; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 89; von Tuhr/Peter, s. 86-87; von Tuhr, s. 79; Lange/Schiemann, s. 64; Fikentscher/Heinemann, s. 306; Koller, **Obligationenrecht**, s. 144; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 109, N. 8; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2899; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 21; Oser/Schönenberger, Art. 39, N. 10.

<sup>373</sup> Olumsuz zararın sadece sözleşmelerde değil, tek taraflı borç ilişkilerinde de söz konusu olabileceği yönünde: Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 45, dn. 144. Yazar örnek olarak TBK m. 9/II düzenlemesini göstermektedir.

<sup>374</sup> Burada bahsedilen güven, sözleşmenin kurulacağına, geçerli olacağına ya da geçersizliğine rağmen ifa edileceğine ilişkindir. Her türlü güven ihlali, olumsuz zarar kapsamına dahil değildir. Örneğin zarar gören, yapılan sözleşme sebebiyle elde edeceğine inandığı kârın tazminini talep edemeyecektir. Bu yönde bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 44, 57; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1179; Velidedeoğlu, s. 744-745.

<sup>375</sup> Sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek tazminatın türü doktrinde oldukça tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 260. Sözleşmeden dönmeye olumsuz zararın tazmininin istenebileceği yönünde: Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 950 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1178-1179; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1270; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 194; Reisoğlu, s. 339 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 538, 540; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 505; Buz, **Temerrüt**, s. 240 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 39 vd., 284 vd.; von Tuhr/Escher, s. 156; Becker, **BK-OR**, Art. 109, N. 9; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 109, N. 8; Oser/Schönenberger, Art. 109, N. 7; Barth, s. 68; O. Işık Nazikioğlu, "Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü: Borçlar Kanununun (106-108) inci maddeleri hakkında bir tetkik", AÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1-2, Yıl: 1951, s. 684. Sözleşmeden dönmeye alacaklıya olumlu zararının tazminini talep imkanı tanınması yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 14 vd., § 17, N. 19 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 630 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 970-971; Weber, **BK-OR**, Art. 109, N. 24, 84.

veya kurulmaması nedeniyle içinde bulunduğu (fiili) durum karşılaştırılır<sup>376</sup>. Özellikle sözleşmenin kurulması, ifası ve karşı edimin kabulü için yapılan harcamalar, kaçırılan sözleşme teklifleri, başka bir sözleşmenin yerine getirilememesi dolayısıyla uğranılan zararlar ile dava masrafları olumsuz zarar kapsamına girer<sup>377</sup>. Güvenilen sözleşmedeki edimin sağlayacağı menfaat ise dikkate alınmaz; zira ortada geçerli bir sözleşme bulunmamaktadır<sup>378</sup>.

Türk-İsviçre Hukukunda olumsuz zararı tazmin yükümlüğü çeşitli hükümlerde karşımıza çıkmaktadır (örneğin TBK m. 35/I, 37/II, 39/II, 44/II, 47/I, 125/III); ancak olumsuz zararın en önemli kaynağı “*culpa in contrahendo*”dur<sup>379</sup>.

## ii. Olumsuz zarar kalemleri

Tıpkı olumlu zarar gibi olumsuz zarar kalemlerini de sınırlayıcı olarak saymak mümkün değildir. Bununla birlikte hükümsüz kalan sözleşmeyi kurmak için yapılan harcamalar (örneğin noter masrafları, seyahat ya da yazışma giderleri, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya ödenen ücretler) tipik olumsuz zarar kalemleridir<sup>380</sup>. Uyandırılan güvenin ihlaliyle uygun nedensellik bağı bulunan harcamalardan yalnızca gerekli olanlar olumsuz zarar teşkil eder<sup>381</sup>.

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın ifa ettiği edim<sup>382</sup>, kendi ediminin ya da karşı edimin ifası için yaptığı harcamalar (nakliye, devir, gümrük masrafları, malın sigortalanması gideri, kiralanan depo gibi) veya hükümsüz

<sup>376</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 71, 427; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1268; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1179; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 41, 293 vd.; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 89; Gündüz, s. 32; Keller, **Das Negative Interesse**, s. 6; Lüchinger, N. 320; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2899.

<sup>377</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 44-45; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 428; Buz, **Temerrüt**, s. 246 vd.

<sup>378</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 57; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1268; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 427; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 855.

<sup>379</sup> von Jhering, s. 7, 23 vd.

<sup>380</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 294 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 950 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1178-1179; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1268 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 505; Buz, **Temerrüt**, s. 240 vd.

<sup>381</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 295.

<sup>382</sup> Zarar görenin hükümsüz sözleşme çerçevesinde yerine getirdiği edimden sebepsiz zenginleşme talebi doğabilir ya da zarar veren ile aralarındaki sözleşme uyarınca bir talep hakkı bulunabilir. Ancak bu imkânlar, edimin değerinin olumsuz zarar olarak talep edilmesine engel değildir; burada taleplerin yarışması söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 298.

sözleşmenin tasfiyesi için yapılan masraflar, olumsuz zarar niteliğindedir<sup>383</sup>. Benzer şekilde yerine getirilen edimden elde edilecek yararlanmalar da (kira, faiz gibi hukuki ya da doğal ürünler) olumsuz zararın tazmini kapsamında istenebilecektir<sup>384</sup>.

Olumsuz zarar kapsamında yalnızca fiili zararlar değil yoksun kalınan kâr da yer almaktadır. Hüküm ifade edeceğine güvenilen sözleşme nedeniyle aynı veya daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması yoksun kalınan kâr niteliğinde olumsuz zarardır<sup>385</sup>.

Olumlu ve olumsuz zarar başlığı altında anımsanması gereken son husus, bu iki zararın birlikte tazmininin istenemeyeceğidir<sup>386</sup>. Nitekim bir kimse olumsuz zararını talep ediyorsa sözleşme hüküm ifade etmemektedir ve hüküm ifade etmeyen borcun ifasına ilişkin menfaatin tazmini istenemez<sup>387</sup>.

## 5. Zararın Tespitinde Esas Alınacak Tarih<sup>388</sup>

Zarar miktarının hangi tarihe göre belirleneceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Zarar verici olayın (haksız fiilin ya da sözleşmeye aykırılığın) meydana geldiği tarihin,

<sup>383</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 428; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 296 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1269-1270; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 288-289; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1179; Karahasan, **Cilt I**, s. 87; von Jhering, s. 20-21; von Tuhr/Peter, s. 87; von Tuhr/Escher, s. 156; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 342; Keller, **Das Negative Interesse**, s. 262; Lüchinger, N. 280-282; Weber, **BK-OR**, Art. 109, N. 88; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 109, Rn. 9; Schwarz, s. 317. Yarg. 15. HD., 25.09.2003, E. 2003/1040, K. 2003/4324; YHGK., 07.04.2004, E. 2004/13-208, K. 2004/211 (YKD, 2004, Sayı: 10, s. 1499); Yarg. 15. HD., 24.05.2004, E. 2004/1210, K. 2004/2834 (YKD., 2004, Sayı: 11, s. 1717-1718).

<sup>384</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 300; Kutlu Sungurbey, s. 147; Weber, **BK-OR**, Art. 109, N. 91.

<sup>385</sup> Kaçırılan daha elverişli teklif ile güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucu yeniden yapılmak zorunda kalınan sözleşmenin konusunun ya da miktarının aynı olması gerekmez. Ancak bu durumda, olumsuz zarar hesaplanırken doğrudan doğruya ikinci sözleşmede kararlaştırılan bedel değil, güvenilen sözleşme yüzünden kaçırılan elverişli fırsat ile ikinci sözleşmenin yapıldığı tarihte ilk sözleşme konusunun nitelik ve nicelik olarak ulaştığı bedel arasındaki fark dikkate alınır.

<sup>386</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1278; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 71 vd.; Lüchinger, N. 215-216; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 5a. Ancak Yargıtay, bazı kararlarında olumlu ve olumsuz zararların birlikte istenebileceği yönünde yanıltıcı ifadeler kullanmaktadır. Bu yönde bkz. YHGK, 28.09.1994, E. 1994/2-47, K. 1994/564; YHGK, 07.06.2000, E. 2000/2-959, K. 2000/972.

<sup>387</sup> Bununla birlikte bazı hükümsüzlük hallerinde kanun, olumsuz zarar aşan olumlu zararın tazmini için hâkime yetki vermektedir. Bu yönde bkz. TBK m. 35/II, m. 47/III.

<sup>388</sup> Bu başlık altında maddi hukuk açısından zararın belirlenmesinde esas alınacak tarih incelenmektedir. Usul hukuku açısından ise kural olarak hüküm anına kadar gerçekleşmiş olaylar hükme esas teşkil edeceği için, zararın hesaplanmasında hüküm anı esas alınır; ancak bu esas maddi hukuk açısından bağlayıcı değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 9 vd.

zarar görenin bu zararının giderilmesi amacıyla açtığı dava tarihinin veya hüküm tarihinin esas alınması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmüştür<sup>389</sup>.

Dayanağını TBK m. 75'te bulan baskın görüş, bedensel zararlarda hüküm tarihinin esas alınacağı, diğer zararlar açısından da aynı kuralın uygulanacağı yönündedir<sup>390</sup>. Özellikle eşyaya verilen hasar sonucu doğan zararın belirleneceği tarih konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur<sup>391</sup>. Hasar gören eşyanın hangi tarihteki değerinin esas alınacağı, zararın kapsamını doğru belirlemede büyük önem taşır; baskın görüş burada da hüküm tarihinin esas alınması yönündedir<sup>392</sup>. Ancak hüküm verilene kadar geçen zaman içinde eşyaların değerlerinde artma-azalma olabilir. Bu nedenle bir görüş, hasara uğrayan şeyin en yüksek değere ulaştığı tarihe göre zararın belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>393</sup>. Görüş, kişinin malını, en yüksek değere ulaştığı tarihte elinden çıkaracağı varsayımına dayanmaktadır<sup>394</sup>. Eğer zarar veren, zarar görenin söz konusu malı, en yüksek değere ulaştığında elden çıkarmayacağı veya çıkaramayacağını ispat edebilirse, bu an esas alınamaz. Hasara uğrayan şeyin değeri hüküm anına kadar düşmüşse, zarar verici olayın gerçekleştiği an veya davanın açıldığı tarih esas alınabilir.

<sup>389</sup> Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 9 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 823-825.

<sup>390</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 602, 867; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 263; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 459; Eren, **Borçlar Genel**, s. 824; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 264-265; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 351; Gündoğdu, s. 285; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 298; Brunner, s. 68; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 160; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, s. 153; Keller/Gabi-Bolliger, s. 68; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 42, N. 4; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 216; Honsell/Isenring/Kessler, § 8, N. 22. Belirtmek gerekir ki "hüküm tarihi" ifadesinden anlaşılması gereken "hüküm tarihine en yakın tarih"tir. Uygulamada zararı belirlemekle görevli bilirkişilerin, raporlarını yazdıkları zamanki piyasa değerini esas aldığı, hâkimin de bu doğrultuda karar verdiğine ilişkin Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 263, dn. 256. Nomer, usul hukuku açısından bu görüşte olmakla birlikte maddi hukuk yönünden zararın, malvarlığındaki eksilmenin gerçekleştiği anda meydana geldiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 9, 15 vd.

<sup>391</sup> Yarg. 19. HD, 29.11.1995, E. 1995/1147, K. 1995/10368. (Kazancı)

<sup>392</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 824; Oftinger/Stark, § 6, N. 19-20; Jacques Glarner, **Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung Unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen**, Dissertation, Bern, 1935, s. 48.

<sup>393</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 602; Akünel, s. 148.

<sup>394</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 602 ve özellikle dn. 21; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 263, dn. 257.

Bir diğer görüş, zararın tespitinde esas alınacak tarihe ilişkin tartışmanın TBK m. 117/II hükmüyle çözüme kavuşturulduğunu belirtmektedir<sup>395</sup>. Görüş uyarınca hüküm, haksız fiilin işlendiği anda temerrüt faizinin başlayacağını öngörmüştür; böylelikle de zararı belirlemede zararın doğum anının dikkate alınacağını kabul etmiştir<sup>396</sup>. Yargıtay'ın eğilimi de zararın gerçekleştiği anı esas alma ve o andan itibaren faiz yürütme yönündedir<sup>397</sup>. Ancak hüküm tarihinde henüz kesinleşmemiş (sonuçları devam eden) zararlarda, hükümden sonraki sürecin de dikkate alınması gerekebilir<sup>398</sup>. Bu doğrultuda hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir (TBK m. 75). Hükümün bedensel zararlar dışında kalan zararlar için kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır<sup>399</sup>.

Kanaatimizce zararın tespitinde esas alınacak zaman ile ilgili net bir kural koymak yerine her somut olay kendi içinde değerlendirilmeli ve en uygun çözüm bulunmalıdır. Bununla birlikte kural olarak TBK m. 117/II hükmünden hareketle edilebilecektir. Özellikle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, zarar miktarının belirleneceği an açısından sözleşmeye aykırılığın türü de büyük önem taşımaktadır. Örneğin ifa imkânsızlığında, borcun ifasının imkânsızlaştığı tarih esas alınmalıdır<sup>400</sup>. Sözleşmenin olumlu ihlali halinde, sözleşmenin ihlal edildiği tarih göz

<sup>395</sup> Demirsatan, s. 184-185. Aynı yaklaşımla Yarg. 4. HD, 19.11.1979, 10740/12706: “*Bilindiği gibi zarar haksız eylemin işlenmesinden önce mağdurun malvarlığının içinde bulunduğu durum ile eylemin işlenmesinden sonra malvarlığının içine düştüğü durum arasındaki farktan ibarettir. Bunun içindir ki bu farkın meydana gelmiş olduğu günde doğmuş olan zararın ödettirilmesi suretiyle, zararın meydana geldiği günde durum gözetilerek zararın giderilmesi gerekir.*”

<sup>396</sup> Hüküm anı dikkate alınıyor olsaydı, tazminat borcuna temerrüt faizi işletilmesine gerek kalmayacağı yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 333

<sup>397</sup> “*Haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararın giderilmiş sayılması için zarar doğduğu an tazminat ödenmiş olmalıdır; geciken ödeme zararı tam karşılamayacağından faiz yürütülür*”, Yarg. 4. HD, 13.3.1980, 1330/3257; Yarg. 4. HD., 16.11.1989, 4417/8810; Yarg. 4. HD. 19.10.1989, 3654/7938. Aynı yönde bkz. Yarg. 20. HD, 02.06.2016, E. 2016/7210, K. 2016/6253; YHGK, 11.10.2006, E. 2006/4-671, K. 2006/646; Yarg. 4. HD, 23.12.1982, E. 1982/7190, K. 1982/11637; Yarg. 3. HD, 4.4.2016, E. 2015/5682, K. 2016/5093; Yarg. 3. HD, 29.1.2014, E. 2013/16958, K. 2014/1113. Karş. İBBGK., 22.6.2018, E. 2016/5, K. 2018/6. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde bu faizin temerrüt faizi olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz. Barlas, s. 130-131; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 352 dn. 84. TBK m. 117/II temerrüt faizi olduğunu belirtmiş, tartışmaya yer kalmamıştır.

<sup>398</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 825; Keller/Schmied-Syz, s. 73.

<sup>399</sup> § 4, I, D.

<sup>400</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1319. İmkânsızlıkta da hüküm tarihinin dikkate alınması gerektiği yönünde: Gündoğdu, 286-287; Gündüz, s. 469.

önünde tutulmalıdır<sup>401</sup>. Borçlu temerrüdünde ise aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteniyorsa, temerrüt tarihinin, ifaya yönelik davanın açıldığı tarihin ya da hüküm tarihinin göz önünde tutulabileceğine yönelik görüşler bulunmaktadır<sup>402</sup>. Alacaklı aynen ifadan vazgeçip ortaya çıkan zararı talep ederse, alacaklının vazgeçme beyanını açıkladığı tarih dikkate alınmalıdır. Bu çözüm, sözleşmeden dönme halinde istenecek zararlara ilişkin olarak da uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle TBK m. 125'ten doğan hakkın kullanıldığı an dikkate alınacaktır<sup>403</sup>.

## 6. Zarar ve Yararın Denkleştirilmesi

Hukuka aykırı fiil, mağdura bir yandan zarar verirken diğer taraftan bazı ekonomik yararlar sağlamış olabilir. Belirlenen zarar miktarından, zarar görenin bu olay sonucu elde ettiği yararların düşülmesine yararlar zararın denkleştirilmesi denir<sup>404</sup>. Diğer bir ifadeyle denkleştirme, net zararın bulunması işlemidir<sup>405</sup>. Türk Borçlar Kanununda yarar ile zararın denkleştirilmesini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakta, denkleştirmeye ilişkin esaslar sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden çıkarılmaktadır<sup>406</sup>.

Denkleştirme, tazminatın hesaplanmasından önce yapılması gereken bir işlem, zararın tespiti ile ilgili bir olgudur<sup>407</sup>. Bu işlem yapılmaksızın tazminata hükmedilirse,

<sup>401</sup> Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2674-2675; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 345-346.

<sup>402</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwenzer, N. 66. 27.

<sup>403</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 502; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2675; Becker, **BK-OR**, Art. 107, N. 42.

<sup>404</sup> Akünel, s. 3; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1323; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 265 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 827; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 586; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 267; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 463; Honsell/Isenring/Kessler, § 8, N. 33.

<sup>405</sup> Akünel, s. 3 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 586; Eren, **Borçlar Genel**, s. 827; Keller/Schmied-Syz, s. 74; Koller, **Obligationenrecht**, s. 862.

<sup>406</sup> Ancak Türk Borçlar Kanununda ve diğer bazı kanunlarda mahsup yapılacağından bahseden hükümler mevcuttur. Örneğin TBK m. 76, m. 628.

<sup>407</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 327, dn. 97; Eren, **Borçlar Genel**, s. 828; Akünel, s. 141-142; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 589-590; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 300; Gündüz, s. 470; Koller, **Obligationenrecht**, s. 862-863; Keller/Schmied-Syz, s. 74. Tandoğan, uygulamada bu önemli olgunun dikkate alınmadığını, mahsup edilecek menfaatlerin zarardan değil, tazminat miktarından çıkarıldığını, bunun zarar görenin aleyhine bir durum olduğunu şu örnekle açıklamaktadır: “Elde edilen menfaat dikkate alınmadan, zararın miktarının 500 lira, mahsup edilecek menfaatin miktarının ise 100 lira olduğunu ve zarar görenin birlikte kusuru sebebiyle tazminattan %50 oranında tenkise gidileceği varsayalım. Eğer elde edilen menfaat zarardan çıkarılırsa gerçek zarar 400 lira olur. Bu değerden %50 tenkis edildiğinde zarar görene 200 lira tazminat ödenecektir. Diğer durumda

zarar gören tazminatın yanında zarar verici olay sonucu elde ettiği diğer yararları da muhafaza edecek, hukuka aykırı fiil sayesinde zenginleşmiş olacaktır<sup>408</sup>. Böyle bir durum ise sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ve tazminatın telafi amacı ile bağdaşmaz. O halde yarar ile zararın denkleştirilmesi, net zararın tespitine ilişkin zorunlu bir işlemdir<sup>409</sup>.

Denkleştirmeden bahsedebilmek için tazmini gereken zarar, doğmuş bir yarar ve zarar verici olay ile yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>410</sup>. Zarar verici olay ile yarar arasında uygun olmayan (rastlantısal-olağanüstü) nedensellik bulunması denkleştirmeye yol açmaz<sup>411</sup>. Ayrıca tarafların iradesi, işin niteliği ve/veya kanun hükmü denkleştirmeye engel olmamalıdır<sup>412</sup>. Örneğin TBK m. 55/I destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararları hesaplanmasında “*kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri*<sup>413</sup> ile ifa amacı taşımayan ödemeleri<sup>414</sup>” denkleştirme dışı tutmuştur<sup>415</sup>. Aynı şekilde kaza geçirip yaralanan kişi için toplanan

---

*tazminatın miktarı 500 liradan %50 tenkiste bulunulacak geriye kalan 250 liralık değerden menfaat çıkarıldığında, zarar görene 150 lira ödenecektir*” (Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 272).

<sup>408</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 265; Eren, **Borçlar Genel**, s. 827; Koller, **Obligationenrecht**, s. 863.

<sup>409</sup> Koller, **Obligationenrecht**, s. 863.

<sup>410</sup> Akünel, s. 94 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 831; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 587-588; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 42, N. 8; Brehm, **BK-OR**, Art. 42, N. 31; Keller/Schmied-Syz, s. 74; Schwarz, s. 141; Mommsen, s. 3 vd., 192-193.

<sup>411</sup> Doktrinde bazı yazarlar yararlar zararın aynı ve tek bir olaydan doğmasını ararken bazıları uygun nedenselliğin yeterli olduğunu savunmaktadır. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akünel, s. 94 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 268-269; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 328; Keller/Schmied-Syz, s. 74.

<sup>412</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 269; Eren, **Borçlar Genel**, s. 832. Eğer elde edilen yarar, zarar görenin ticari yeteneği ya da özel gayretleri sonucu oluşmuşsa, bu yararlar denkleştirmeye konu olmayacaktır. Enflasyon sebebiyle, sözleşmeye konu olan şeyin değerindeki artışların da denkleştirmeye konu olmayacağı yönünde: Buz, **Temerrüt**, s. 274.

<sup>413</sup> Burada bahsedilen, ödemeyi yapan sosyal güvenlik kurumunun sorumluya rücu edemeyeceği miktarlardır. TBK m. 55 uyarınca destekten yoksun kalma ve bedensel zararlarda, ancak ödeme yapan kurumların kanunen faile rücu edebileceği miktarlar zarardan mahsup edilebilecektir.

<sup>414</sup> İfa amacını taşımayan ödemeler, üçüncü kişilerce mağdura yardım ve iyilik saikiyle yapılan karşılıksız kazandırmalardır. “İfa amacı taşımayan ödemeler” ifadesinin yanlış olduğu yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 272.

<sup>415</sup> TBK m. 55’ten önce de sadece destekten yoksun kalma ve bedensel zararlar için değil her türlü zarar için aynı çözüm benimsenmekteydi ve bu durum uygun nedensellik bağının yokluğu ile açıklanmaktaydı. Bu yönde bkz. Akünel, s. 181; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 273; YHGK, 3.12.1986, 4740/1014. Destekten yoksun kalma tazminatında tartışmalı bir husus da tazminat talep edene kalan mirastır. Destekten yoksun kalma tazminatında, tazminat isteyen kişiye destekten kalacak mirasın denkleştirilmesi gerektiği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 644-645; mahsup edilmemesi görüşünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 834; mirasın kendisinin değil erken düşmesinden doğan yararın bulunarak denkleştirilmesi yönünde: von Büren, s. 79. Belki de uzun yıllar yaşayacak ve miras mallarını arttıracak iken erken ölüm sonucu bu imkânı kaybetmiş olabilir. Bu takdirde mirasın hiçbir suretle mahsubu söz konusu olmayacağı yönünde: Keller/Gabi-Bolliger, s. 71;

bağışlar denkleştirilmez; çünkü yararlar zarar verici fiil arasında uygun nedensellik bağı yoktur<sup>416</sup>. Yine maddi değer arz etmeyen sırf manevi nitelikteki bir yarar, niteliği gereği denkleştirmeye konu olamaz<sup>417</sup>.

Doktrinde tartışılan bir diğer husus, zarar görenin alacağı sigorta tazminatının denkleştirmeye konu olup olmayacağıdır. Burada önem taşıyan nokta, sigortacının zarar görene ödediği sigorta bedeli için ona halef olup olmadığı, sorumlu kişiye rücu hakkı bulunup bulunmadığıdır. Mal sigortalarında sigortacı, ödediği sigorta bedeli oranında zarar görene halef olur ve bu miktarı zarar verene (sorumlu kişiye) rücu eder<sup>418</sup>. Zarar gören, zarar verenden sadece sigorta bedeli ile karşılanmayan zararın tazminini ister ve ödenen sigorta tazminatı “yarar” niteliğinde olmadığından denkleştirmeye tabi değildir<sup>419</sup>. Ancak zarar gören, sigortacıya başvurmaksızın tüm zararın tazmini için zarar verene dava açarsa, sigorta alacağı denkleştirmeye tabi tutulur<sup>420</sup>. Şahıs sigortalarında (meblağ ya da can sigortaları) ise sigortacı, ödeme yaptığı sigortalının haklarına halef olmadığından sigorta tazminatı denkleştirmeye tabi değildir<sup>421</sup>. Nitekim burada sigortacının ödediği tazminat, zarar görenin verdiği primin karşılığıdır<sup>422</sup>. Kaza sigortalarında da zarar görene hem zararını haksız fiil sorumlusuna tazmin ettirme hem de sigorta bedelini alma hakkının tanınmaktadır; denkleştirme söz konusu değildir<sup>423</sup>.

---

Akünel, s. 191; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 271 vd. İsviçre Federal Mahkemesi, mirasın değerinin değil, mirasın gelirinin dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. BGE 95 II 411. Yargıtay da bu görüştedir: Yarg. 15. HD, 23.1.1976, 4826/248. Destekten ya da başka birinden zarar görene kalan mirasın, bağlanan dul veya yetim maaşının destek ihtiyacını azalttığı ya da kaldırdığı oranda dikkate alınacağı, ancak burada denkleştirmenin değil zararın gerçekleşmesine ilişkin bir sorunun bulunduğu yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 273.

<sup>416</sup> Nitekim bu yardımı yapanların amacı zarar verene değil, zarar görene kazanç sağlamaktır. Eren, **Borçlar Genel**, s. 832; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 272-273; Rey, N. 215; Keller/Gabi-Bolliger, s. 73; Brehm, **BK-OR**, Art. 42, N. 39.

<sup>417</sup> Akünel, s. 61 vd.

<sup>418</sup> Emine Yazıcıoğlu/Zehra Şeker Öğüz, **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 85, 194; Hacı Can, **Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 255. Zarar görenin hem sigortacıya hem zarar verene karşı seçimlik bir talep hakkı bulunduğu, ikisinden birine başvuru halinde diğerine olan talep hakkının düşeceği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 835.

<sup>419</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 269; Eren, **Borçlar Genel**, s. 835.

<sup>420</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 269.

<sup>421</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 836; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 270; Akünel, s. 177;

<sup>422</sup> Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz, s. 194; Can, **Sigorta**, s. 269, 371; Akünel, s. 177; Eren, **Borçlar Genel**, s. 836.

<sup>423</sup> Zarar gören hem sigorta şirketinden sigorta tazminatını hem zarar verenden zararın tazminini ayrı ayrı talep edebilir. Bu nedenle taleplerin yarışması değil yığılmasının bulunduğu yönünde: Eren,

Zarar ve yararın miktarının belirlenmesinde aynı tarih esas alınmalıdır<sup>424</sup>. Denkleştirmenin kapsamına bu tarihte fiilen gerçekleşmiş olan yararlar ile gerçekleşmesi normal olarak beklenenler dahildir<sup>425</sup>. Zarar görenin elde ettiği menfaat, malvarlığının aktifinde azalma, pasifinde artma ya da aktifteki azalmanın veya pasifteki artmasının önlenmesi şeklinde olabilir<sup>426</sup>.

Denkleştirme, yararın zarar miktarından düşülmesi şeklinde yapılabileceği gibi, zarar miktarının aynen korunup yararın, zarar verene bırakılmasıyla (aynen denkleştirme) yoluyla da gerçekleşebilir<sup>427</sup>. Örneğin yıkılan binanın değeri tamamen tazmin ettirilip maddi değer taşıyan enkaz zarar verene bırakılabilir.

Denkleştirilecek yararın varlığını ve miktarını davalı iddia ve ispat etmelidir. Bununla birlikte yararın varlığı dava dosyasından anlaşılıyorsa denkleştirme hâkim tarafından re'sen uygulanır; dolayısıyla denkleştirme bir itiraz niteliği taşır<sup>428</sup>. Yarar miktarının ispat edilmesinin zarar verenden beklen(e)mediği durumlarda hâkim bu miktarı TBK m. 50/II'ye kıyasen, olayların olağan akışını dikkate alarak belirler<sup>429</sup>.

Denkleştirme, zararın belirlenmesine ilişkin genel bir kural olduğundan gerek haksız fiil sorumluluğunda gerekse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulama alanı bulur<sup>430</sup>.

---

**Borçlar Genel**, s. 837; Akünal, s. 69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 615. 6762 sayılı TTK m. 1338'de sorumlu şahıs "*sigorta ettirenin sigortası nazara alınmaksızın bütün zarar ve ziyarı tazmin ettirmekle mükellef tutulur*" ifadesi yer almaktaydı. 6102 sayılı TTK'da bu maddenin karşılığı yoksa da aynı sonuca varılacağı yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 270. Uygulamada zorunlu veya ihtiyari trafik sigortasından veya kaskodan alınan ödemelerin zarardan değil tazminattan indirileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 592.

<sup>424</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 329; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 275.

<sup>425</sup> Buz, **Temerrüt**, s. 273; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 328; Akünal, s. 62; Eren, **Borçlar Genel**, s. 830-831.

<sup>426</sup> Keller/Schmied-Syz, s. 74; Akünal, s. 62; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 328; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 266.

<sup>427</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 274; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 328, dn. 100; Eren, **Borçlar Genel**, s. 829; von Büren, s. 79.

<sup>428</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 276; Akünal, s. 133-135; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 273; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 329; Eren, **Borçlar Genel**, s. 829.

<sup>429</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 276; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 329.

<sup>430</sup> Zararın denkleştirilmesi kuralının uygulama alanı ve benzer hukuki kurumlarla karşılaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akünal, s. 20 vd.

## 7. Zararın İspatı

İspat<sup>431</sup>, maddi hukuk ile usul hukukunun kesiştiği bir alan olduğundan zararın ispatını açıklarken konumuzla ilgili olduğu ölçüde bazı usul hukuku kavramlarına da değinilecektir. Nitekim ispatın konusunu maddi hukuk tayin ederken sınırlarını, kapsamını ve sonuçlarını usul hukuku belirlemektedir<sup>432</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 50/I uyarınca zarar gören, öncelikle zararın varlığını ve miktarını ispatlamalıdır<sup>433</sup>. Malvarlığında meydana gelen eksilmeyi en iyi bilen bizzat zarar gören olduğu düşüncesine dayanan bu hüküm, esasen MK m. 6'nın özel bir görünümüdür<sup>434</sup>.

Ya hep ya hiç ilkesine göre, ispat yükü altındaki zarar gören, zararını kesin olarak kanıtlayamazsa talebi reddedilir, tazminat alamaz. Söz konusu ispat kuralı, farklı bir düzenleme olmadığı sürece geçerlidir. Belirli bir davadaki basit ispat zorlukları, ispat külfetinde azalmaya ya da ispat yükünün tersine çevrilmesine neden olmaz. Ancak bazen zararın varlığının ve miktarının ispatı çok zor hatta imkânsız olabilmektedir. Zarar görenin, miktarını tam olarak ispatlayamadığı için tüm zarara katlanmak zorunda kalması adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Karşılaşılan ispat güçlüğü ya da imkânsızlığını aşma yollarından biri ispat ölçüsünün düşürülmesi ile ispat kolaylığı (Beweiserleichterung) sağlanmasıdır<sup>435</sup>.

<sup>431</sup> İspat, bir yargılama sürecinin sonuçlandırılması için tarafların iddia ve savunmalarının dayandığı vakıaların gerçekliği ya da doğruluğu konusunda hâkimde kanaat oluşturmak üzere yapılan ikna (inandırma) faaliyetidir. Benzer tanımlar için bkz. Umar/Yılmaz, s. 1-2; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 323; Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 9; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II**, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 613; Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 741; Oğuz Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 5; Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 27.

<sup>432</sup> Üstündağ, s. 613.

<sup>433</sup> Hüküm emredici nitelikte olmadığından tarafların anlaşarak ispat yükünü değiştirmeleri mümkündür.

<sup>434</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 261; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 256; Eren, **Borçlar Genel**, s. 822; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 4.9; Brehm, **BK-OR**, Art. 42, N. 9, 48. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 213/III ve m. 236/III'e göre, satılan borsaya kayıtlıysa veya piyasa fiyatı bulunuyorsa, alacaklı zararını ispat yükü altında değildir.

<sup>435</sup> Tom Frey, **Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR**, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 278, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, N. 32 vd., Erişim Adresi: <https://www.swisslex.ch/de/>

İspat ölçüsü (Beweismass), varlığı ya da yokluğu iddia edilen vakıanın hangi hallerde ispatlanmış sayılacağına ilişkin hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesini belirten bir kavramdır<sup>436</sup>. TBK m. 50/I’ın istisnası olan TBK m. 50/II, zararı kesin bir şekilde ispatlayamasa bile, kanaat oluşturan delillere dayanan zarar görenin tazminat istemesine imkân tanımaktadır. Başka deyişle TBK m. 50/II, zarar gören için ispat ölçüsünü düşürerek ispat kolaylığı sağlayan bir hükümdür ve “*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*” şeklinde kaleme alınmıştır<sup>437</sup>. Hüküm, “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” ayırımında “Sorumluluk” üst başlığı altında düzenlenmektedir. Ancak TBK m. 114/II’nin atfıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerinde de zararın ispatı noktasında doğrudan uygulanacaktır (Örneğin TBK m. 227/II, 475/II)<sup>438</sup>.

Uygulama açısından büyük önem taşımaya rağmen, hükmün içeriği ve kapsamı konusunda belirsizlikler bulunmaktadır. Hükümde sadece zararın miktarını belirlemeden bahsedilse de zararın varlığının tespit edilmesi de evleviyetle uygulama alanı içindedir<sup>439</sup>. Ancak bu halde de zarar görenin, zararın varlığına ilişkin düşük bir

<sup>436</sup> Atalay, s. 37-38; Albayrak, **Yaklaşık İspat**, s. 38; Tanrıver, s. 409, 774; Kâmil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 39, 66; Ahmet Başözen, **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 112; Reinhard Greger, **Beweis und Wahrscheinlichkeit**, Carl Heymanss Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, s. 8; Gerhard Walter, **Frei Beweiswürdigung**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1979, s. 5; Hanns Prütting, **Gegenwartsprobleme der Beweislast**, Verlag C.H. Beck, München 1983, s. 58.

<sup>437</sup> Mevcut doktrin ve Federal Mahkeme'nin içtihadına aykırı olarak, Berger-Steiner ve Walter ispat ölçüsündeki azalmanın Art. 42/II'ye değil, hâkimin hukuk yaratmasına dayandığını iddia etmektedir. Bkz. Isabelle Berger-Steiner, **Das Beweismass im Privatrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008, s. 299-303; Hans Peter Walter, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung Art. 1-9 ZGB**, Bern 2012, Art. 8, N. 142. Oysa hâkimin hükmü yorumlaması ile hukuk yaratması farklı şeylerdir. Hukuk yaratma ancak yasal bir metnin yorumunun bittiği (yetmediği) yerde başlar. Gerek OR Art. 42 gerek TBK m. 50/II yorumlandığında ispat kolaylığı sağladığı görülmektedir.

<sup>438</sup> Fikrimizce ispat ölçüsünü düşürerek ispat kolaylığı sağlayan bu hükmün, ispat güçlüklerinin yaşandığı pek çok konuda kıyasen uygulanması mümkündür. Örneğin işçinin fazla mesaisinin ya da bir mülkün belirli bir zamandaki değerinin ispatında TBK m. 50/II göz önünde tutulabilir.

<sup>439</sup> Aynı yönde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 261. İsviçre doktrininde de OR Art. 42/II’nin hem zararın ortaya çıkması hem kapsamının belirlenmesinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Federal Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, hüküm hem zararın varlığı hem de kapsamı (miktarı) için geçerlidir. Bu yönde bkz. 14.12.2011, E. 2.2 BG 4A.383/2011; E. 2.2; BGE 122 III 219, E. 3a. Uygulamada genellikle, ispat zorluklarının esasen zararın varlığına ilişkin değil miktarına (kapsamına) ilişkin olduğu görülmektedir. Örneğin yoksun kalan kârda, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybında ya da ticari itibar kaybında, zararın varlığı ispat edilse de miktarının ispatı oldukça güç hatta imkânsızdır.

olasılığa dayanması mümkün değildir. Zarar gören, zararın hem varlığı hem miktarı konusunda kanaat verici tüm olay ve olguları hâkime sunmak zorundadır<sup>440</sup>.

Hâkimin TBK m. 50/II uyarınca takdir yetkisini kullanarak zarar miktarını belirlemesi için öncelikle zarar görenin uğradığı zararı ispat etmesi çok güç ya da imkânsız olmalı veya ispat faaliyeti makul olmayan sonuçlara yol açmalıdır<sup>441</sup>. Örneğin ispat, fahiş (aşırı) gider yapılmasını gerekiyorsa, kişilik haklarını ya da ticari sırların ihlali<sup>442</sup> riski taşıyorsa veya zararın artmasına sebep olacaksa makul değildir; vakıayı ortaya koyacak deliller yok olmuşsa mümkün değildir.

Hâkim, belirli kriterleri göz önünde bulundurarak zarar miktarını takdir edecektir. Bu kriterler hükümde “olayların olağan akışı” ve “zarar görenin aldığı önlemler” şeklinde ifade edilmiştir.

Olayların olağan akışı ifadesi akla tecrübe kuralları ve fiili karinelerini getirir. Tecrübe kuralları, benzer olayların nasıl gerçekleştiğini ele alır ve en olası sonucunu soyut olarak ortaya koyar<sup>443</sup>. Fiili karineler, hâkim tarafından varlığı bilinen bir olaydan başka olayın varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasını sağlar<sup>444</sup>. Özetle hâkim, olayların olağan akışına ilişkin verileri tecrübe kuralları, istatistikler ve fiili karinelerden alarak serbestçe değerlendirir.

Hâkimin, “zarar görenin aldığı önlemleri” göz önünde tutacağı ifadesi ise akla “zararı azaltma külfetini” getirebilir<sup>445</sup>. Ancak doktrinde, bu ifadeyle kastedilenin “zarar azaltma külfeti” değil “ileride kazanç elde amacıyla yapılan faaliyetler” olduğu

<sup>440</sup> Bu durum aynı zamanda taraflarca getirilme ilkesinin de bir görünümüdür.

<sup>441</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de zararın ispatının makul veya mümkün olmadığı hallerde zarar görenin bu hükme (OR Art. 42) dayanabileceğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. BGE 133 III 153, E. 3.5.

<sup>442</sup> Örneğin alıcının yoksun kaldığı kârını tamamıyla açıklaması, sonraki satış işlemlerinde pazarlık ya da rekabet gücünü azaltabileceğinden hâkimin zararı takdir etmesini gerekebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 506, dn. 1649.

<sup>443</sup> Başözen, s. 159.

<sup>444</sup> Başözen, s. 69; Sema Taşpınar, “**Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü**”, AÜHFD, Cilt: 45, Sayı: 1, Yıl: 1996, s. 536.

<sup>445</sup> Zararın artmasını engelleyecek önlemler alınması, başka deyişle zararı azaltma külfeti, bu aşamada değil tazminatın belirlenmesi aşamasında TBK m. 52 çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Başka deyişle zarar görenin davranışı hem zararın tespitinde hem tazminatın indirilmesinde birden fazla kez dikkate alınarak zarar veren lehine indirim yol açılmamalıdır. Aynı yönde: Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 508. § 3, I, B, 3

belirtilmiştir<sup>446</sup>. Fikrimizce hükümden anlaşılması gereken şudur: Zarar gören hayatın olağan akışı içinde uğradığı zararları TBK m. 50/II’de sağlanan ispat kolaylığından faydalanarak talep edebilir. Burada ispat ölçüsü baskın ihtimaldir<sup>447</sup>. Hâkim gerçeğin değil ihtimali bir durumun ortaya konulması ile yetinmektedir. Başka deyişle hâkimde %51 oranında kanaat oluşturmak yeterli derecede ispattır<sup>448</sup>. Ancak olağanüstü (olayların olağan akışının dışında) bir kazanç beklentisinin zarara uğradığını ileri sürüyor ve tazminini istiyorsa, artık zarar görenin bu zararın gerçekleşmemesi için bazı önlemler aldığını ispatlaması gerekmektedir. Burada zarar gören düşürülmüş ispat ölçüsünden (ispat kolaylığından) faydalanamamalı, aldığı önlemleri tam ve kesin olarak ispat etmelidir<sup>449</sup>. Aksi halde zarar veren tam olarak ispatlanmamış istisnai bir kazancın tazmininden sorumlu tutulacak, sorumluluğun aşırı genişlemesi tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 50/II hem gerçekleşmiş ve ispatı güç zararlar hem gelecekte gerçekleşecek zararlar açısından uygulanabilir<sup>450</sup>. Çalışma gücünün kısmen ya da tamamen kaybının, destekten yoksun kalmanın ve yoksun kalınan kârın ispatı TBK m. 50/II’nin tipik uygulama örnekleridir<sup>451</sup>. Nitekim, örneğin bir küçüğün uzuv kaybı nedeniyle gelecekteki mesleğinde çalışma gücü kaybının kesin olarak hesaplanması mümkün değildir.

Zararın ispatının nispeten kolay olduğu fiili zararlardan farklı olarak yoksun kalınan kârda TBK m. 50/II sıklıkla uygulama alanı bulur. Türk Hukukunda tanımlanmamakla birlikte BGB § 252 uyarınca kâr yoksunluğu, olayların olağan

<sup>446</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 823; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 261; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 579 vd.; Tunçomağ, s. 295; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 66; Brehm, **BK-OR**, Art. 42, N. 56; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 42, N. 10.

<sup>447</sup> “Baskın (ağırlıklı) ihtimal” ispat ölçüsü, BGE 128 III 271, E. 2b/bb’de ilk kez OR Art. 42/II’ye açıkça atıfta bulunarak kullanılmıştır: “*wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen.*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Frey, N. 38.

<sup>448</sup> Frey, N. 49; BGER 4A\_397/2008 vom 23.09.2008, E. 4.1.

<sup>449</sup> OR Art. 42/II ve BGB § 252 de benzer şekilde yorumlanmakta, alışılmadık derecede yüksek kârların elde edilmesi için zarar görenin aldığı önlemleri tam ve kesin ispatlaması beklenmektedir. Bu yönde bkz. Frey, N. 65-66.

<sup>450</sup> Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 258, dn. 252; Eren, **Borçlar Genel**, s. 822-823. Karş. Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 4.14.

<sup>451</sup> Belirtmek gerekir ki hâkim bu zararların miktarını tespit ederken hem soyut ve istatistiki verileri hem de somut olayın verilerini dikkate alacaktır.

akışına veya durumun gereklerine, özellikle de alınan tedbirlere ve yapılan hazırlıklara göre olası, beklenen<sup>452</sup> bir kârın elde edilememesidir<sup>453</sup>. TBK m. 50/II çerçevesinde yoksun kalınan kârı belirlerken hâkimin, sözleşmeye aykırılık olmasaydı zarar görenin hayatın olağan akışı ve aldığı önlemler dahilinde hangi kazançları elde edebileceğini saptaması gerekmektedir<sup>454</sup>. Diğer deyişle, yoksun kalınan kârın belirlenmesinde abartılı kazanç iddialarına ve gerçekleşme ihtimali zayıf olan beklentilere itibar edilmemelidir<sup>455</sup>.

Farazi bir hesaplama dayanan yoksun kalınan kârın tespitinde, alacaklı lehine bazı karineler getirilerek ispat kolaylıkları sağlanmış olabilir. Bu durumda, alacaklının kazanç kaybına uğradığını veya miktarını ispatlaması gerekmeyecek, ispat yükü borçlunun üzerinde bulunacaktır<sup>456</sup>. Örneğin Yargıtay bazı kararlarında, alacağını hiç ya da gereği gibi elde edemeyen tacir alacaklının, bu alacağını büyük olasılıkla yatırıma dönüştüreceğinden hareketle kazanç kaybına uğradığını fiili bir karine olarak kabul etmiştir<sup>457</sup>.

## **D. Sözleşmeye (Borca) Aykırılıktan Sorumluluk**

### **1. Kural: Kusur Sorumluluğu**

Alacaklının, sözleşmeye aykırılık yüzünden uğradığı zararın tazminini borçludan talep edebilmesi için borçlunun sorumlu tutulabiliyor olması gerekir. Bu noktada sorumluluk hukukunun en önemli kavramlarından biri olan kusur gündeme

<sup>452</sup> Federal Mahkeme, 1956 tarihli BGE 82 II 401 kararında sert bir yaklaşımla “*alışılmış ve kesin olarak kazanç elde etme umudunu*” aramıştır. Ancak sonraki kararlarda yine sadece “*ihtimal dahilinde olan kazanç elde etme umudu*” göz önünde tutulmuştur. Bu yönde bkz. BGE 90 II 424.

<sup>453</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 65; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 85; Havutçu, **Temerrüt**, s. 130; Akıncı, s. 91; Albaş, s. 211; Önen, s. 82; Lüchinger, N. 153-156; Keuk, s. 166 vd. Belirtmek gerekir ki, hukuka uygun şekilde elde edilebilecek bir kazanç beklentisi olmalıdır. Alacaklının, hukuka ya da ahlaka aykırı bir yolla kazanç elde edilebileceği iddiasıyla yoksun kalınan kârını istemesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s. 207; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 87.

<sup>454</sup> Barlas, s. 206; Albaş, s. 209; Lüchinger, N. 153. Bu yönde Yarg. 4. HD., 17.10.1977, E. 88891, K. 9687 (Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 955-956).

<sup>455</sup> Örneğin, borçlu gecikmesizin ödemedede bulunsaydı, alacaklı bu parayla yarışı kazanacak atlara oynayacağını iddia edemez. Bu yönde bkz. Barlas, s. 206; Albaş, s. 210. Aynı doğrultuda: Yarg. 4. HD., 06.03.1958, E. 8762, K. 1191

<sup>456</sup> Barlas, s. 207; Albaş, s. 210.

<sup>457</sup> Yarg. 15. HD., 11.04.1979, E. 730, K. 805. (YKD, 1979, Cilt: 5, Sayı: 7, s. 1034). Yoksun kalınan kazancın varlığına ilişkin Yargıtay’ın karine öngörme yaklaşımı, her olayın kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gereğinden hareketle isabetli bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Barlas, s. 207-208; Albaş, s. 211-212.

gelir. Fransız Hukukundan farklı olarak Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında kusur, hukuka aykırılıktan bağımsız bir unsurdur<sup>458</sup>. Türk Borçlar Hukukunda kusura dayanan sorumluluk esastır (TBK m. 49, m. 112, 114); kusursuz sorumluluk halleri ise istisnai olup kanunda düzenlenmiştir<sup>459</sup>.

Kusur, kusura dayanan sorumlulukta kurucu unsurdur; kusursuz sorumlulukta ise varlığı halinde munzam kusur olarak dikkate alınır ve sorumluluğu ağırlaştırır<sup>460</sup>. Bunun yanında tazminatın belirlenmesinde ve indirilmesinde dikkate alınarak sorumluluğu sınırlandırır<sup>461</sup>. Hatta zarar gören veya üçüncü kişinin kusuru, bazı durumlarda zarar verenin sorumluluğunu dahi ortadan kaldırabilir. Bu önemli fonksiyonlarına rağmen zarar gibi kusur kavramı da Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış, bu iş doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır.

#### a. Kusurun Tanımı

Genel olarak kusur, hukuka aykırı fiil işleyen hukuken tasvip edilmeyen, kınanan bir irade ile hareket etmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>462</sup>. Doktrinde kusuru tanımlayabilmek ve zarar verenin kusurlu olup olmadığını belirleyebilmek amacıyla çeşitli teoriler ileri sürülmüştür<sup>463</sup>. Aşağıda bu teoriler genel hatları ile incelenecektir.

<sup>458</sup> Tiftik, s. 56; Kırca, s. 57; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.46 vd., Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 201; Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 123 vd.; Demircioğlu, **Culpa In Contrahendo**, s. 108-109, 285-286; Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 58. Karş. Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 98.

<sup>459</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 492; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 96; Tunçomağ, s. 439; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 18; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 411; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 309-310. İçtihatla kusursuz sorumluluk yaratılıp yaratılamayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 13 ve özellikle dn. 18.

<sup>460</sup> Tiftik, s. 55-56; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 317; Eren, **Borçlar Genel**, s. 646.

<sup>461</sup> Tiftik, s. 55; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 315; Eren, **Borçlar Genel**, s. 645.

<sup>462</sup> Farklı kusur tanımları için bkz. Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 67; Eren, **Borçlar Genel**, s. 643; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 403; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 153; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 45; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 492; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 439; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 477; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.19; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 103 vd.; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 88; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 114; Kaneti, **Kusur**, s. 40; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 7, N. 11 vd.; Becker, **BK-OR**, Art. 41, N. 92; Oser/Schönenberger, Art. 41, N. 65; Oftinger/Stark, § 5, N. 13; Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Haksız Eylem Kusuru**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1990, s. 3; Walter Fellmann, **“Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht”**, ZSR 106/I, 1987, s. 473-474.

<sup>463</sup> Belirtmek gerekir ki bu teoriler kusur türlerinden ihmale ilişkindir; kastta zarar veren bilerek ve isteyerek hareket ettiğinden daima sübjektif bir değerlendirme yapılmaktadır.

### (1) *Sübjektif kusur teorisi*

Sübjektif teoriye göre kusur, zarar verenin hukuk düzeninin yüklediği ödevlere uyma konusundaki irade eksikliği olup onun iradi ve zihni yapısı ile ilgilidir. Dolayısıyla kusurun tespitinde zarar verici fiilin gerçekleştiği anda zarar verenin içinde bulunduğu psikolojik durumu, bilgi ve yeteneği, eğitim düzeyi dikkate alınarak iradesi değerlendirilmelidir<sup>464</sup>. Bu teori, kusurun objektifleştirilmesinin kavramın niteliği ile bağdaşmayacağını, kusur olmadan kusura dayanan sorumluluk oluşturacağını ileri sürmektedir<sup>465</sup>.

### (2) *Objektif kusur teorisi*

Kusuru ahlâki değil toplumsal bir kavram olarak kabul eden objektif kusur teorisi, sübjektif tüm ölçütleri reddetmektedir; öyle ki zarar verenin ayırt etme gücü dahi aranmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu teoriye göre zarar veren, her halde tamamen objektif ve ayırt etme gücüne sahip bir üçüncü kişiyle kıyaslanmalıdır<sup>466</sup>. Bu teori çerçevesinde tam ehliyetsiz bir erginin ya da sınırlı ehliyetsiz bir küçüğün kusurlu olup olmadığı, tam ehliyetli bir erginle kıyaslanarak belirlenecektir. Objektif kusur teorisi Fransız haksız fiil hukukunda uygulanmaktadır<sup>467</sup>.

### (3) *Objektifleştirilmiş kusur teorisi*

Türk-İsviçre Hukukuna hâkim objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, iradenin kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken zarar verenin davranışı ile objektif bir örneğin davranışı karşılaştırılmalıdır<sup>468</sup>. Bu objektif örnek, zarar verenle aynı sosyal

<sup>464</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 154-155; Kaneti, *Hukuka Aykırılık*, s. 24, 29; Kaneti, *Kusur*, s. 53-54; Bosshard, s. 116; Fellmann, *Verschuldensbegriff*, s. 358, 365; Gulh/Koller/Schnyder/Druey, § 24, N. 43.

<sup>465</sup> Objektifleştirilmiş kusur teorisinin sözleşme sorumluluğunda kabul edilebileceği ancak haksız fiilin yapısına uymadığı yönünde: Fellmann, *Verschuldensbegriff*, s. 365.

<sup>466</sup> Koçhisarlıoğlu, *Haksız Eylem Kusuru*, s. 578, dn. 96 ve orada anılan yazarlar.

<sup>467</sup> Fransız Medeni Kanunu m. 414/II uyarınca bir kimsenin haksız fiil sorumluluğunun doğması için ayırt etme gücü aranmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 87-88.

<sup>468</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 50-54; Eren, *Borçlar Genel*, s. 644; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 406; Atamer, *Haksız Fiil*, s. 31; Koçhisarlıoğlu, *Haksız Eylem Kusuru*, s. 192-196; Tunçomağ, *Borçlar Genel*, s. 443; Antalya, *Cilt V/1,2*, s. 26; Demircioğlu, *Culpa In Contrahendo*, s. 251; Altınok Ormancı, s. 89; Schwarz, s. 112; Oftinger/Stark, § 5, N. 63 vd.; Huguenin, N. 1978; Kessler, *BSK-OR*, Art 41, N. 48a; Brehm, *BK-OR*, Art. 41, N. 169 vd.; Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 28 vd.

veya mesleki statüde, aynı şartlar altında makul, dürüst ve orta zekâlı bir insan tipidir<sup>469</sup>. Zarar verenin, objektif örneğin davranışından sapan davranışları kusur olarak değerlendirilir. Başka bir ifadeyle kusur değerlendirilirken zarar verenin sahip olduğu bireysel özellikler yerine, toplumda aynı konumdaki makul bir kişinin sahip olabileceği davranış esas alınmaktadır. Zarar verenin fiili işlerken içinde bulunduğu yorgunluk, üzüntü, dalgınlık vs. gibi subjektif durumları kusurun belirlenmesinde dikkate alınmaz. Göz önünde tutulacak tek subjektif durum zarar verenin ayırt etme gücüdür; bu da teoriyi objektif kusur teorisinden ayıran en önemli farktır.

#### (4) *Teorilerin değerlendirilmesi*

Kusur kavramını açıklayan bu üç teori, farklı ölçütlerden hareket ettiğinden hangisine üstünlük tanınacağı kusurun belirlenmesi noktasında önemlidir. Nitekim bir teoriye göre kusursuz kabul edilen zarar veren, diğerine göre kusurlu sayılabilir. Genellikle objektif teori benimsendiğinde zarar verenin sorumluluğu subjektif teoriye oranla ağırlaşır.

Her üç teori açısından da kusur, zararlı sonucun öngörülebilmesi ve bu sonuçtan kaçınma unsurundan oluşmaktadır. Ancak bu unsurlar objektif ve objektifleştirilmiş kusur teorilerinde örnek bir tipe, subjektif kusur teorisinde zarar verenin bireysel özelliklerine göre değerlendirildiğinden farklılık arz etmektedir.

Tarafımızca da benimsenen ağırlıklı görüş hem haksız fiilden hem sözleşmeden doğan sorumluluk açısından objektifleştirilmiş kusur teorisini kabul etmekte, ancak bu teorinin tek başına uygulanmasının isabetli olmayacağını vurgulamaktadır.

Özellikle sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun mutlak şekilde objektifleştirilmesi, borçlunun konumunun ve kişisel özelliklerinin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira çoğu zaman taraflar birbirlerinin bilgi, yetenek, uzmanlık vb.

---

<sup>469</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 31; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.20 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 50-54; Eren, **Borçlar Genel**, s. 592, 1184-1185; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 416; İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 28 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 443. YHGK, 10.12.2003, E. 2003/11-756, K. 2003/743. Zarar verenin davranışı makul, dürüst, orta zekâlı herhangi biriyle değil zarar verenle benzer koşullarda, uzmanlık ve bilgide üçüncü kişiyle kıyaslanacaktır.

niteliklerini dikkate alarak sözleşme ilişkisi içine girerler. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu TBK m. 400’de şu düzenlemeyi yapmıştır: “İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. /Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur”. Bu hükümle Türk Borçlar Kanunu, objektifleştirilmiş kusur teorisi yanında subjektif teorinin de dikkate alınması gerektiğini benimsemiştir. Hüküm, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüm sözleşmelere kıyasen uygulanmalıdır<sup>470</sup>. Aynı şekilde TBK m. 628/T’de gösterilmesi gereken özen, subjektif bir ölçüye tabi tutulmuştur<sup>471</sup>. Hükme göre “Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür”. Böylelikle borçlu, objektifleştirilmiş kusur teorisi çerçevesinde kusurlu sayılabilecekken kendi işlerinde daha az özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>472</sup>.

#### b. Kusurun Subjektif ve Objektif Unsurları

Doktrinde kusurun subjektif ve objektif olmak üzere iki unsuru bulunduğu ifade edilmektedir.

Kusurun subjektif unsuru, zarar verenin sorumluluk ehliyeti bulunmasına ilişkindir<sup>473</sup>. Zarar veren ile hukuka aykırı fiil arasındaki bağı sorumluluk ehliyeti kurar ve fiilin zarar verene isnat edilebilmesini sağlar. Fiil ehliyetinin bir görümü olan sorumluluk ehliyeti, zarar verenin ayırt etme gücüne bağlıdır (MK m. 15, 16/II)<sup>474</sup>. Diğer bir ifadeyle zarar vereni kusurlu kabul edebilmek için, ayırt etme gücüne sahip

<sup>470</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1185-1186; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 417; Aral, **Kötü İfa**, s. 177; Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 483.

<sup>471</sup> Buna karşılık, TTK m. 18/II’de “her tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi” esası getirilerek tacirler için özen ölçüsü ağırlaştırılmıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Etem Kara, “Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir”, DEÜHFD, Cilt: 19, Sayı:3, Yıl: 2017, s. 2127 vd.

<sup>472</sup> Oysa objektif teoride, borçlu bizzat kendi işlerinde gösterdiği özenin daha az olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktı.

<sup>473</sup> *Deliktsfähigkeit* kavramını karşılamak üzere Türk Hukukunda *sorumluluk ehliyeti* (Özsunay, s. 77); *haksız fiil ehliyeti* (Saymen/Elbir, s. 403), *kusur ehliyeti* (Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 439; Kaneti, **Kusur**, s. 50; Schwarz, s. 115) gibi çeşitli kavramlar kullanılmıştır.

<sup>474</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 439; Kaneti, **Kusur**, s. 50; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 167; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 180; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, N. 278.

olması gerekir. Ayırt etme gücü, kişinin davranışının sebeplerini-sonuçlarını anlayabilme ve buna uygun surette hareket edebilme yeteneğidir<sup>475</sup>. Kanunda düzenlenen istisnalar dışında (örneğin TBK m. 59, 65) ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin sorumluluk (kusur) ehliyeti de yoktur. Sorumluluk ehliyetinin varlığı için zarar verenin ayırt etme gücüne sahip olmasını gerekli ve yeterlidir; ayrıca ergin olması aranmaz<sup>476</sup>. Başka deyişle tam fiil ehliyetinin unsurlarına gerek bulunmamaktadır.

Kusurun objektif unsuru ise, zarar verenin sahip olduğu iradenin değerlendirilmesidir<sup>477</sup>. Bu noktada yukarıda açıkladığımız kusur teorileri devreye girerek zarar verenin iradesinin değerlendirilmesinde yol gösterir.

### c. Kusurun Tür ve Dereceleri

Sorumluluk hukukunda kast ve ihmal olmak üzere kusurun iki türü bulunduğu kabul edilmektedir<sup>478</sup>. Kast, zarar verenin hukuka aykırı sonucu bilmesi ve istemesi ya da kabullenmesidir<sup>479</sup>. Zarar veren öngördüğü hukuka aykırı sonucu istemişse

<sup>475</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 56-57; Kaneti, **Kusur**, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 159 vd. ve özellikle N. 177; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 9, N. 25-28; Mustafa Dural/M. Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, N. 316-317; Fahrettin Aral, “**Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu**”, BATİDER, Cilt: X, Sayı: 3, Yıl: 1980, s. 733; Zahit İmre, “**Gayrimümeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler**”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974, s. 340; İlhan Helvacı, “**Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), Cilt: 55, Sayı: 4, Yıl: 1997, s. 146; Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku- Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 229, 237; Elisabeth Meister-Oswald, **Haftpflicht für ausservertragliche Schädigungen durch Kinder**, Schulthess Verlag, Zürich, 1981, s. 26-27.

<sup>476</sup> Tüzel kişilerin sorumluluk ehliyetleri ise farklı bir düzenlemeye tabidir. MK m. 50 uyarınca organlarının kusuru, tüzel kişiye isnat edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 930 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 169-182.

<sup>477</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 646; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 169 vd.; Rey, N. 810 vd.; YHGK, 10.12.2003, E. 2003/11-756, K. 2003/743.

<sup>478</sup> Nomer, **Borçlar Genel**, N. 114; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 156 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 648; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 45-55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 493 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 404 vd.

<sup>479</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 46; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 70; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 158; Hatemi/Gökyayla, s. 146; Eren, **Borçlar Genel**, s. 649; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 405; Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 27, dn. 93; Saymen/Elbir, s. 393; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 493; Özsunay, s. 71; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.34; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 28 vd.; Honsell/Isenring/Kessler, § 6, N. 30; Roberto, N. 235; Schwenger, N. 22.12; Rey, N. 835; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 192; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 45.

doğrudan kast; sonucu istemese de bunun gerçekleşme ihtimalini kabullenmişse dolaylı kast söz konusudur<sup>480</sup>. İhmal ise zarar verenin hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bunun gerçekleşmemesi için yeteri derecede dikkat ve özen göstermemesidir<sup>481</sup>. İhmal, Roma Hukukundan gelen ayrımla ağır ve hafif ihmal başlıkları altında incelenmektedir. Ağır ihmal, benzer şartlardaki herkesin göstereceği dikkat ve özenin, zarar veren tarafından gösterilmemesi halidir. Başka deyişle aynı durumda olan kişilerin göstermesi gereken olağan ve makul özenin gösterilmemesidir. Hafif ihmal ise zarar verenin, kayda değer bir özen gösterse de kendisinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermemesidir<sup>482</sup>.

Kusurun türleri, derecelendirilmesi açısından önem taşımaktadır. Kusur dereceleri ağır kusur ve hafif kusurdur<sup>483</sup>. Dolaylı ya da doğrudan kast, bilinçli ihmal ve ağır ihmalin varlığında zarar veren ağır kusurludur. Buna karşın hafif ihmalin varlığında, hafif kusur söz konusudur. Başka deyişle ağır kusur, kasttan hafif ihmale kadar olan kusur türlerini ifade ederken hafif kusur hafif ihmali anlatır. Kusurun derecesi, başka deyişle ağır ya da hafif olması tazminatın belirlenmesi ve indirilmesi açısından önemlidir<sup>484</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, ağır ve hafif kusurun yanında ikisinin arasında bir ağırlığı ifade etmek üzere “orta kusur” (mittleres Verschulden) kavramı

<sup>480</sup> Zarar veren öngördüğü hukuka aykırı sonucun gerçekleşmeyeceği zannıyla hareket etmişse, dolaylı kast değil bilinçli ihmal söz konusudur. Uygulamada iki kusur türünün birbirinden ayırt edilmesi zordur. Ayrıntılı bilgi için Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 160; Antalya, *Cilt V/1, 2*, s. 37; Eren, *Borçlar Genel*, s. 655.

<sup>481</sup> Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 48; Nomer, *Maddi Tazminat*, s. 70; Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 159; Hatemi/Gökyayla, s. 147; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 494; Eren, *Borçlar Genel*, s. 651; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 405; Saymen/Elbir, s. 394; Özsunay, s. 71; Baysal, *Haksız Fiil*, § 2, N. 2.40; Antalya, *Cilt V/1, 2*, s. 30; Rey, N. 843; Schwenger, N. 22.15; Brehm, *BK-OR*, Art. 41, N. 197 vd.

<sup>482</sup> İhmal türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koşar, s. 191 vd.

<sup>483</sup> Kusur dereceleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Brehm, *BK-OR*, Art. 41, N. 191; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 404 vd.; Antalya, *Cilt V/1, 2*, s. 38-39. Aynı yönde Yarg. 4. HD, 13.09.1988, E. 1988/4147, K. 1988/7408: “Davalılar, kendi emniyetlerini sağlamak için demir parmaklık yaparken diğer kişilerin zarar görmemesi için ancak dikkatli kişilerin göstermesi gereken özeni göstermedikleri anlaşılmaktadır; bu nedenle olayda kusurlarının hafif olduğu kabul edilmelidir.”. Ancak bazı yazarlar Türk Borçlar Kanununda kast, ağır ihmal, hafif ihmal terimleri yerine ağır-hafif kusur ifadelerinin kullanılmasını eleştirmektedir. Bu yönde bkz. Yeşim M. Atamer, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 6, Yıl: Mayıs 2006, s. 10; Veysel Başpınar, “Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 227.

<sup>484</sup> Bkz. § 2, I, D, 1, c.

kullanılmaktadır<sup>485</sup>. Bu kullanıma Türk doktrini ve uygulamasında da rastlanmaktadır<sup>486</sup>. Ancak fikrimizce orta kusur şeklinde sınırları ve içeriği belirsiz yeni bir kavram yaratmak yerine, somut olaydaki kusuru ağır ya da hafif olarak nitelendirmek daha objektif değerlendirme sağlayacaktır; ayrıca tüm kusur türleri bu iki derece içinde sınıflandırılabilirdiğinden orta kusur kavramına kanaatimizce ihtiyaç yoktur<sup>487</sup>. Kaldı ki TBK m. 52/II de açık bir ifadeyle hafif kusurun göz önünde tutulacağını belirtmektedir.

Kusurun dereceleri incelenirken değinilmesi gereken noktalardan biri de kusurun sübjektif niteliğidir. Aynı davranış bir kimse için ağır kusur niteliğindeyken, başkası için hafif kusur oluşturabilir. Söz gelimi bir çocuğun davranışı hafif kusur olarak nitelendirilebilecekken aynı davranışı bir yetişkinin yapması ağır kusur teşkil edebilir. Önem taşıyan husus kişinin davranışının sonuçlarını öngörebilmesi ve kavrayabilmesidir.

#### **d. Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Kusurun Rolü**

Alacaklının tazminat talep edebilmesi için kural olarak borçlunun kusuru aransa da sözleşmesel sorumlulukta kusurun rolü konusunda kapsamlı tartışmalar mevcuttur. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta kusur unsuruna ilişkin üç sistem bulunmaktadır. Bunlar kusura dayanan sorumluluk sistemi, kusur aranmayan garanti sorumluluğu sistemi ve karma sistemdir<sup>488</sup>. Türk-İsviçre Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, kusur ilkesine dayanmaktadır<sup>489</sup>. Fakat bu

<sup>485</sup> BGE 100 II 332/338 sayılı kararda orta kusurun varlığı kabul edilmekte ve OR Art. 42 (TBK m. 51) uyarınca tazminatın indirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Kararlar için bkz. David Rüetschi, “*Aurea mediocritas- Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit*”, HAVE 2/2009, s. 137, 141. Orta kusurun kabul edilmesi gerektiği yönünde: Huguenin, N. 1988; Honsell/Isenring/Kessler, § 6, N. 24, 28.

<sup>486</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 72-73; Eren, **Borçlar Genel**, s. 655.

<sup>487</sup> Nitekim bu kavram hâkimi, ağır kusur-hafif kusur ayrımının ulaştırdığı noktadan farklı bir noktaya da ulaştırmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi orta kusur halinde de tazminattan indirim yapılacağını benimsemektedir. O halde orta kusur şeklinde yeni bir kavram yaratmak yerine ağır kusur olarak nitelendirilemeyecek durumları hafif kusur kategorisine alıp tazminattan indirim yapmak aynı sonucu sağlayacaktır. Aynı yönde bkz. Oftinger/Stark, § 5, N. 105.

<sup>488</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **CISG**, s. 313, dn. 163; Markus Müller-Chen, **Folgen der Vertragsverletzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 1999, s. 353 vd.; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 284.

<sup>489</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 874; Atamer, **CISG**, s. 312-313; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1327, 1338; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1181; Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 288; Aral, **Kötü İfa**, s. 176. Sözleşmesel sorumlulukta kusur ilkesinin istisnaları oldukça geniş uygulama alanına sahiptir; bu

ilkenin sadece tazminat sorumluluğu bakımından geçerli olduğu, sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklının başvurabileceği diğer seçeneklerde kusurun aranmadığı gözden kaçırılmamalıdır<sup>490</sup>.

Türk-İsviçre Hukukunda gerek haksız fiilden gerekse sözleşmeden doğan sorumlulukta kural olarak kusurun her tür ve derecesi, sorumluluğun kurulması için yeterlidir (TBK m. 49/I, m. 114/c. 1)<sup>491</sup>. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. Haksız fiiller açısından istisna, TBK m. 49/II’de düzenlenmiştir. Hükme göre ahlâka aykırı fiillerden sorumluluk için zarar verenin kastı aranmaktadır.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta ise istisnalar daha geniştir. Kanun koyucu bazı hükümlerde zararın, borçlunun kastı veya ağır kusuru ile doğmasını aramıştır. Örneğin TBK m. 294 uyarınca *“bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir”*. Aynı şekilde TBK m. 220’de: *“Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz”*; m. 225’te: *“Ağır kusurlu satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz”*; m. 477/I’de: *“Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder”* ifadeleri ile sorumluluk için ağır kusurun varlığı aranmıştır<sup>492</sup>. Keza sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliği için de kusurun derecesi önem taşımaktadır<sup>493</sup>. Bu istisnaların yanı sıra TBK m. 114/I’in *“İş*

---

nedenle pratikte common law ve Kıta Avrupası sistemi arasında büyük farklar olmadığı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Atamer, **CISG**, s. 313; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 4.

<sup>490</sup> Atamer, **CISG**, s. 313; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.17; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 4, § 16, N. 2. Karş. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 239 vd. Yazar, bu eserinde kusurun sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının bir şartı olarak aranması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>491</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1338; Eren, **Borçlar Genel**, s. 535; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 54, 416; Hatemi/Gökyayla, s. 139; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 496; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 404-405; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 118. Haksız fiillerde olduğu gibi sözleşmesel sorumlulukta da kusur hem sorumluluğun kurulması aşamasında hem tazminatın belirlenmesi aşamasında önem taşır. Sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminatın belirlenmesinde kusurun etkisi için bkz. § 2, I, D, 1, d.

<sup>492</sup> Söz konusu hükümlerin, borçlunun kusura bağlı sorumluluğunu daralttığı yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1348.

<sup>493</sup> Bkz. § 2, I, D, 3, b.

özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.” şeklindeki özel düzenlemesi de göz önünde bulundurulmalıdır.

#### e. Borçlunun Kusursuzluğunu İspatı

Haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumluluk arasında kusurun ispatı noktasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda zarar gören, zarar verenin kusurunu ispatla yükümlüdür (TBK m. 50/I). Bu hüküm, MK m. 6’da düzenlenen temel ispat kuralının tekrarı niteliğindedir. Ancak TBK m. 112’de borçlu aleyhine kusur karinesi getirilmiştir<sup>494</sup>. Hüküm uyarınca alacaklı, borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir; aksine borçlu, sorumluluktan kurtulmak için kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamak zorundadır<sup>495</sup>. Böyle bir değişikliğe gidilmesinin sebebi, borca aykırı davranışın genellikle borçlunun bilgi ve hakimiyet alanında gerçekleşmesinin yanı sıra sözleşmenin tarafları arasında yoğun ve özel güven ilişkisinin varlığıdır<sup>496</sup>. Başka deyişle kanun koyucu, borçlunun alacaklıya oranla edimin ifasını engelleyen olay ve olguları daha iyi bildiği düşüncesine

<sup>494</sup> Karine, “varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan, diğer olumlu veya olumsuz bir olayın, bir hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak veren kural” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım ve ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpınar, s. 533-572; Umar/Yılmaz, s. 169; Hakan Pekcanitez, **Medeni Usul Hukuku-Cilt 2**, On İki Levha Yayıncılık, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1663. TBK m.112’nin ispat yükünü özel olarak düzenlediği ve MK m. 6’daki genel kurala istisna oluşturduğu yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1328; Fatma Tülay Karakaş, “**Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar**”, AÜHFD, Cilt: 62, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 729-759; Esra Bahar Kaya, “**Sözleşmeye Aykırılıkta Kusur Karinesi**”, Sorumluluk Hukuku-Seminerler 2018, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 279 vd. Hükümün karine kavramı ile bağdaşmadığı, ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme de getirmediği yönünde: Cengiz Koçhisarlıoğlu, “**Karine ve Borçlar Kanununun 96. maddesindeki Kusur Karinesi**”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3, Yıl: Temmuz 1984, s. 281. TBK m. 112’nin borçlunun sorumluluk rejimini ağırlaştırdığı ve kusursuz sorumluluğa yakınlaştırdığı yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 4.

<sup>495</sup> Sözleşmesel sorumlulukta TBK m. 112 ile getirilen kusur karinesinin istisnaları mevcuttur. Örneğin cezai şart kararlaştırılan sözleşmelerde ceza tutarını aşan zararın tazmini istendiğinde TBK m. 180/II uyarınca, TBK m. 112’nin aksine, alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü tutulmuştur.

<sup>496</sup> Kusur karinesi ile alacaklıya tanınan bu avantajın temelinde Serozan’ın ifadesiyle, “sözleşme ilişkisinde haksız fiilin rastlantısal ve yüzeysel temasından farklı olarak özel ve yoğun bir güven bağlılığının varlığı yatar”, Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 2. Aynı yönde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 418; Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 337. Doktrinde, sonuç taahhüdü içermeyen borçlar (vasıta borçları) açısından kusur karinesinin bir anlam taşımadığı belirtilmiştir. Bu tür borçlarda, borca aykırılık özen yükümlülüğünün ihlali şeklinde olduğundan kusur unsuruyla iç içedir. Diğer bir deyişle borca aykırılık varsa kusur vardır; borçlu kusursuz ise özen yükümlülüğüne aykırı davranmamıştır ve tazminata konu olabilecek borca aykırı bir fiil bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 287, dn. 1000; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1197, Kaya, s. 288.

dayanarak ispat yükünün yerini değiştirmiştir. Bununla birlikte TBK m. 112 emredici nitelikte bir hüküm değildir; aksi taraflarca kararlaştırılabilir<sup>497</sup>.

Borçlu, sorumluluktan kurtulmak için sözleşmeye aykırılığın kendisine yüklenemeyecek, kendi etki alanında gerçekleşmeyen veya elinde olmayan sebeplerden doğduğunu ispat etmelidir<sup>498</sup>. Borçlu bunu ispat edemezse, aslında kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacaktır<sup>499</sup>.

Alacaklının veya üçüncü kişinin kusuru, beklenmeyen hal ve mücbir sebep borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayabilecek başlıca nedenlerdir<sup>500</sup>. Örneğin alacaklı temerrüdünde (TBK m. 106), alacaklının borçlunun sunduğu gereği gibi ifayı kabul etmemesi borçlunun kusur karinesinin aksini ispat etmesini sağlar.

Borçlu, kusursuzluğunu ancak objektif kusur ölçütleri uyarınca ispatlayabilecektir<sup>501</sup>. Başka deyişle borçlunun sözleşmeye aykırılığa yol açan kişisel özellikleri veya iradesi kusursuzluğunu ispat noktasında dikkate alınmayacaktır<sup>502</sup>. Bu

<sup>497</sup> Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 194. Sanlı, sözleşmelere ilişkin kanun hükümlerinin çoğunlukla yedek hukuk kuralı niteliğinde olmasını hukuk ve ekonomi doktrini çerçevesinde açıklamaktadır. Bu yaklaşım, sözleşme taraflarının ortak menfaatlerini en üst düzeyde düşünen ve en doğru belirlemeleri yapan kişilerin bizzat kendileri olacağından hareket etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 57. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu kusur sorumluluğunu garanti sorumluluğuna da çevirebilir. Bu yönde bkz. Schwenzer, N. 22.34.

<sup>498</sup> Reisoğlu, s. 357

<sup>499</sup> Borçlu aleyhine getirilen kusur karinesi, haksız fiil hükümleri yerine borca aykırılık hükümlerine başvurmayı daha elverişli kılan özelliklerin başında gelir. Aynı yönde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1429 vd.

<sup>500</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1345; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 460. Beklenmeyen hal ve mücbir sebep kavramları, Türk Hukuku dahil birçok hukuk sisteminin kanun metinlerinde ayrı şekilde düzenlenmiştir. Borcun ifasına engel olan ve borçluya ya da alacaklıya isnat edilemeyen olayları ifade eden bu iki kavram, kusursuzluğun ispatı açısından aynı önemdedir. Nitekim her iki kavram da kurtulmayı sağlar. Ancak tarafların anlaşması ya da kanun gereği, borçlunun beklenmeyen halden de sorumlu olduğu hallerde beklenmeyen hal ve mücbir sebep ayrımı önem taşır. Beklenmedik hal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 1000 vd.; Becker, **BK-OR**, Art. 97, N. 79. Mücbir sebep hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 201; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 1002 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 630-635; von Tuhr/Escher, s. 121; Oser/Schönenberger, Art. 487, N. 24; Özer Seliçi, **“Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, 1980, s. 61 vd., Yarg. 4. HD. 26.5.1981, 6973/7626; Yarg. 4. HD. 2.3.1981, 1208/2437; Yarg. 4. HD. 16.1.1981, 14802/217 (YKD. 1981/9, s. 111).

<sup>501</sup> Alman Hukukunda kusurun objektifleştirilmesi ile kusur ilkesinin oldukça gerilediği; borçlunun durumunda olan bir kişinin göstermesi gereken standart özen yükümlülüğüne göre kusurun değerlendirildiği yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 2.

<sup>502</sup> Örneğin hasta, doktorun objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmadığını ispat ederse, doktor kişisel özelliklerinden kaynaklanan durumları ileri sürerek kusursuzluğunu ispatlayamayacaktır. Buna

konuda borçlunun dayanabileceği tek sübjektif özelliği ayırt etme gücünün yokluğudur. Tam ehliyetsiz bir kişi, kusuru bulunmadığından borca aykırılıktan da sorumlu olmayacaktır<sup>503</sup>. Ayrıca borçlu, borcun varlığını bilmediğini ve bilmemesinin mazur görülebileceğini ispat ederse yine kusurlu olmadığı kabul edilir<sup>504</sup>. Borçlu, gerekli bütün özeni gösterdiğini<sup>505</sup> ispat ederek kusuru bulunmadığını ortaya koyabilir<sup>506</sup>.

Sonuç olarak, kusur unsurunun haksız fiil sorumluluğundaki mihenk taşı olma özelliğini gerek kusurun objektifleştirilmesi gerekse TBK m. 112’de getirilen kusur karinesi sonucu sözleşmesel sorumlulukta yitirdiği tespit edilmektedir<sup>507</sup>. Buna rağmen Türk-İsviçre Hukukunda hala kusura dayalı sorumluluk sistemi geçerliliğini koruduğundan, garanti sorumluluğuna oranla borçlunun borcunu ifa etmesini engelleyen hâllerin sınırı daha geniş yorumlanabilmektedir<sup>508</sup>.

---

karşın, borca aykırılığın elinde olmayan aksiliklerden (etki alanı dışında kalan) kaynaklandığını ispatlarsa kusursuz kabul edilebilecektir. Aynı yönde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 288.

<sup>503</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 278; Dural/Öğüz, N. 353 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1364, dn. 196. Borçlunun ediminin ifasının geçerli olması için işlem ehliyetine sahip olması gerekip gerekmediği ifanın hukuki niteliğinde benimsenecek görüşe göre değişir. İfanın sözleşme olduğunu savunan görüş ifanın geçerli olması için ayırt etme gücünün varlığını arayacakken ifanın maddi fiil olduğunu kabul eden görüş bunu aramayacaktır. İfanın hukuki niteliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. M. Murat İnceoğlu, “İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”, AÜHFD, 80. Yıl Armağanı, Cilt: 54, Sayı: 4, Yıl: 2005, s. 149-182. Hangi görüş kabul edilirse edilsin ayırt etme gücü yoksa borçlu kusursuz sayılacaktır.

<sup>504</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 420; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1092; von Tuhr/Escher, s. 116.

<sup>505</sup> Özen ölçüsü için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1339.

<sup>506</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 416; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 809; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1187; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 875 vd.; Becker, **BK-OR**, Art. 99, N. 5; Barth, s. 116 vd. Mesleki faaliyete ilişkin bir edimi taahhüt eden kişinin, bilgisinin ifa için yeterli olmadığını bilmesine rağmen borç altına girmesinin başlı başına özensiz davranış olduğu yönünde: Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 278 vd.

<sup>507</sup> Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 327; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 4, § 16, N. 2: “sonuçta sonraki ifa imkânsızlığından ötürü borçlunun sorumluluğu adeta kusurun varlığını gerektirmeyen bir garanti sorumluluğu halini almıştır. (...) Borçlu temerrüdünün de kusursuz bir sorumluluk olarak düzenlendiği düşünülürse borçlunun kusursuz sorumluluğunun giderek bir genel kurala dönüştüğü söylenebilir.”. Özellikle satım hukukunda ifa engellerinde kusura atfedilen önemin gerilediği yönünde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 286.

<sup>508</sup> Örneğin hastalık Türk-İsviçre Hukukunda borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen hâllerden biri olabilirken garanti sorumluluğunu kabul eden sistemlerde bu kabul edilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 325, 337; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 4.

## 2. Borçlunun Kusursuz Sorumluluğu

### a. Genel Olarak

Sözleşmeler hukuku alanında, haksız fiillerde olduğu gibi kusursuz sorumluluk hâlleri bulunmaktadır<sup>509</sup>. Kusuru bulunmamasına rağmen borçlunun sorumlu sayılması da ya kanun hükmüne veya tarafların anlaşmasına dayanır. Örneğin borçlu temerrüdü, kusurdan bağımsız bir sorumluluktur<sup>510</sup>. Benzer şekilde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu, kusura dayanmamaktadır (TBK m. 116)<sup>511</sup>. Para ve çeşit borçları ile ayıplı ifa halinde de borçlu kusursuz sorumludur<sup>512</sup>. Bütün bu hâllerde kusur unsuru önemini kaybetmekte, garanti sorumluluğuna dönüşmektedir<sup>513</sup>.

Kusuru bulunmasa bile borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olacağı hususunda tarafların anlaşmaları halinde, sorumluluk için kusur aranmayacaktır. Başka deyişle taraflar sözleşme ile borçlunun kusursuz sorumlu olacağını kararlaştırabilirler<sup>514</sup>. Borçlunun her türlü zarardan sorumluluğu hususundaki anlaşmalar için, kanun herhangi bir hüküm ve bu arada TBK m. 27 dışında herhangi bir sınır ama koymamıştır<sup>515</sup>. Fakat yapılan anlaşma dürüstlük kuralına aykırı düşmemelidir.

### b. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu m. 83 gereği borcun bizzat borçlu tarafından ifası kural değil istisnadır; dolayısıyla borçlunun ifada yardımcı kişilerden yararlanması mümkündür. Yardımcı kişi, borçlunun bilgi ve iradesine uygun olarak bir borcu ifa

---

<sup>509</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 285; Schwenger, N. 22.34-22.38; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1360 vd.

<sup>510</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 3.

<sup>511</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 2.

<sup>512</sup> Atamer, **CISG**, s. 313.

<sup>513</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 285; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 4, § 16, N. 2; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 325 vd.

<sup>514</sup> Cüneyt Pekmez, “**Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bir Bakış**”, TAAD, Sayı:21, Yıl:6 (Nisan 2015), s. 500, 513.

<sup>515</sup> Sorumluluğu ağırlaştıran anlaşmaların şekli hususunda da sorumsuzluk anlaşmaları bakımından belirttiğimiz esaslar uygulanmalıdır. Bu yönde Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1349, dn. 183; Pekmez, s. 514.

eden veya hakkı kullanan kimsedir<sup>516</sup>. Yardımcı kişi gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Ancak tüzel kişinin yüklendiği bir borcun ifa edilmesi ya da sahip olduğu hakkın kullanılması noktasında, organları yardımcı kişi değildir; organların fiili, tüzel kişinin fiilidir<sup>517</sup>.

Teknolojik gelişmeler ışığında, borcun ifasında kullanılan bilgisayar gibi elektronik aletler ve makinelerin ya da robotların yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır<sup>518</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca bu gibi cihazların yol açtığı zararlara, TBK m.116 kıyasen uygulanabilmelidir<sup>519</sup>. Kanuni temsilciler açısından da aynı tartışma devam etmektedir. BGB § 278’de kanuni temsilciler, fiillerinden sorumlu olunacak yardımcı kişiler kapsamına alınmışken Türk-İsviçre Hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>520</sup>. Baskın görüş, temsil olunanın, kanuni temsilcinin zarar doğuran fiillerinden TBK m. 116’nın kıyasen uygulanmasıyla sorumlu tutulması yönündedir<sup>521</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TBK m. 116 açısından

<sup>516</sup> Weber, **BK-OR**, Art. 101, N. 5; Wolf, s. 448; Larenz, s. 299; Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995, s. 104; Semih Yünlü, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 108; Karl Spiro, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Stämpfli & Cie. Verlag, Bern, 1984, s. 51 vd.

Yardımcı kişinin ifasının ya da hakkı kullanmasının borçlunun onayına dayanması zorunludur; aksi halde TBK m. 116 uygulanamaz. Aynı yönde: Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 104; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1373; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 892; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1196; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 6; Becker, **BK-OR**, Art. 101, N. 9 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 5 vd. Buna karşın gerçek vekâletsiz iş görmede (TBK m. 526-529), TBK m. 116 uyarınca sorumluluğun doğabileceği yönünde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 437.

<sup>517</sup> von Tuhr/Escher, s. 127; M. Tufan Ögüz, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 97. Fakat tüzel kişinin organları dışındaki personeli, ifası kendilerine bırakılan borçlar veya kullanılmasına katıldıkları haklar bakımından yardımcı kişidir. Bu yönde: Yarg. 4. HD, 1.11.1976, 6024/9292 (YKD. 1978/4, s. 533).

<sup>518</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sinan Sami Akkurt, “**Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 0, Sayı: 13, Yıl: 2019, s. 39 vd.; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 11; Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 108 vd. Ayrıca yardımcı kişinin tekel konumunda olması halinde TBK m. 116’nın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1372; Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 115 vd.; Yünlü, s. 140; von Tuhr/Escher, s. 126

<sup>519</sup> Aynı yönde: Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 108; Zafer Zeytin, “**İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk**”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 1429. Aksi yönde: Furrer/Wey, **CHK-OR**, Art. 101, N. 15.

<sup>520</sup> Wolf, s. 448; Esser/Schmidt, s. 105; Spiro, s. 172; Brox/Walker, s. 208, Fikentscher/Heinemann, s. 391-395.

<sup>521</sup> Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 272; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 552. Aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1379; von Tuhr/Escher, s. 127; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 60; Kahveci, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 116, N. 20; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 6.

borçlu ile yardımcı kişi arasındaki iç ilişkinin türü önemsizdir<sup>522</sup>. Başka deyişle yardımcı kişinin, borçlunun emri altında veya borçluya bir sözleşmeyle bağlı olup olmaması önem arz etmemektedir.

Borçlunun yardımcı kişi kullanarak etki alanını genişletmesi avantajına karşılık, TBK m. 116'da ağırlaştırılmış bir sorumluluk öngörülmüştür<sup>523</sup>. Nitekim TBK m. 66'nın aksine, yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk halinde borçlunun elinde bir kurtuluş kanıtı bulunmamaktadır. Borçlu, yardımcı kişiyi seçmede, ona emir ve talimat vermede, gözetim ve denetimde, iyi bir organizasyon sağlamada yeterli özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğumu için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki borçlu ile alacaklı arasında, yardımcı kişinin fiilinden önce, bir borç ilişkisinin bulunmasıdır<sup>524</sup>. İkinci koşul borcun ifasında yardımcı kişi kullanmanın mümkün olmasıdır. Borcun bizzat borçlu tarafından ifası gereken durumlarda, yardımcı kişi kullanılması borca aykırılık oluşturur. Bu halde borçlunun sorumluluğu TBK m. 112'den kaynaklanmaktadır<sup>525</sup>.

<sup>522</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1370; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 436-437; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1198; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 894-895; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 6; Spiro, s. 131-132; von Büren, s. 396. Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme bulunup bulunmaması, borçlunun ödediği tazminat için yardımcı kişiye rücu etmesi bakımından önemlidir.

<sup>523</sup> Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 104; Yünlü, s. 330; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 435; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 832; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 190; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1370; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1192; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 892; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 1 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 821-822; von Tuhr/Escher, s. 122 vd.; Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 194 vd.

<sup>524</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 435; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 834; Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 38 vd.; Yünlü, s. 63; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 101, N. 4; Weber, **BK-OR**, Art. 101, N. 18 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 4; Brox/ Walker, s. 208; Belirtmek gerekir ki culpa in contrahendo sorumluluğunu borca aykırılığa dayandıran görüş, yardımcı kişilerin sözleşme öncesi verdikleri zararlardan dolayı da TBK m. 116'nın uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu yönde bkz. Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 274 vd.; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s. 436; Hüseyin Hatemi, **Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Enstitüsünün Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu'ndan Ayrıbasım, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 139.

<sup>525</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 441; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1201; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 841; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 822; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1246; Kahveci, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 116, N. 25; Zeytin, **İfa Yardımcısı**, s. 1428; Wiegand, **BSK-OR**, Art.101, N. 18. Doktrinde bir görüş TBK m. 112'nin yanı sıra m. 116'nın uygulanmasına bir engel olmadığı, iki hükmün yarışacağı yönündedir: Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 110 vd.; Yünlü, s. 127.

Koşullardan diğeri, yardımcı kişinin fiili sonucu alacaklının zarara uğramasıdır<sup>526</sup>. Hangi zararların TBK m. 116 hükmünün uygulanmasını sağlayacağı ise oldukça tartışmalıdır. Bir görüş yardımcı kişinin zarar verici fiiliyle sözleşmenin ifası arasında işlevsel bir bağ bulunmasını ve bu fiilin borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine yol açmasını aramaktadır<sup>527</sup>. Başka bir görüş ise, işle doğrudan bağlantılı olsun veya olmasın, yardımcı kişinin alacaklıyla teması sırasında verdiği tüm zararlardan borçlunun sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır<sup>528</sup>.

Bir başka koşul borcun yardımcı kişi yerine bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi halinde borçlunun kusurlu sayılabilecek olmasıdır<sup>529</sup>. Borç bizzat borçlu tarafından ifa edilseydi, zarara yol açan fiilde borçlu kusurlu sayılmayacak ve sorumlu olmayacaksa, sırf yardımcı kişi kullandığı için de sorumlu tutulmamalıdır. Borçlu ancak bu hususu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Son koşul, yardımcı kişilerin fiilleri bakımından borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan anlaşma bulunmamasıdır.

### 3. Sorumluluk Rejiminin Sözleşmesel Olarak Değiştirilmesi

#### a. Genel Olarak

İrade serbestisi ilkesi gereği taraflar, kanunda öngörülen sözleşmesel sorumluluğa ilişkin kuralları değiştirebilirler. Örneğin zamanaşımı süresini uzatabilir, garanti sorumluluğu öngörebilir, sorumluluğu daraltabilir ya da kaldırabilirler. Başka deyişle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu genişletmek, daraltmak veya

<sup>526</sup> Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 170 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1241

<sup>527</sup> Görüş uyarınca yardımcı kişi alacaklıya mobilya teslim ederken vazo kırarsa borçlu TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulabilecekken, vazoyu çalarsa sorumlu tutulamaz.

<sup>528</sup> Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 189 vd.; Max Rümelin, **Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Objektiven Schadensersatzpflicht**, Mohr Siebeck Verlag, Freiburg und Leipzig, 1896, s. 88. Bu görüş uyarınca yardımcı kişi hem alacaklıya mobilya teslim ederken vazoyu kırdığında hem de vazoyu çaldığında borçlu TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulabilecektir.

<sup>529</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 444 vd.; Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 210 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 825-826; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1203; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1393 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 898 vd.; Kahveci, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 116, N. 27; Zeytin, **İfa Yardımcısı**, s. 1434; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 4; Weber, **BK-OR**, Art. 101, N. 133 vd.; Brox/Walker, s. 210; Oser/Schönenberger, Art. 101, N. 12; Barth, s. 137 vd.; Yarg. 11. HD. 17.1.1980 1/133 (YKD. 1980/9, s. 1246). Karş. Becker, **BK-OR**, Art. 101, N. 20; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 843.

kaldırmak kural olarak mümkündür. Türk Borçlar Kanunu sorumsuzluk anlaşmalarının arz ettiği önem nedeniyle m. 115'te konuyu düzenlemiştir.

### **b. Sorumsuzluk Anlaşması**

Sorumsuzluk anlaşması, borçlunun sözleşmeye aykırılıktan<sup>530</sup> kısmen ya da tamamen sorumlu tutulmamasını sağlar<sup>531</sup>. Taraflar başlangıçta sözleşmeye sorumluluğu daraltan/kaldıran kayıtlar (klozlar) ekleyebilecekleri gibi sözleşme yapıldıktan sonra fakat borca aykırılık gerçekleşmeden önce<sup>532</sup> ayrı bir sorumsuzluk anlaşması da düzenleyebilirler<sup>533</sup>.

Sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği başta MK m. 2, m. 23, TBK m. 26 ve 27 olmak üzere genel hükümlere ve TBK m. 115 ve 116'da sorumsuzluk anlaşmaları için öngörülmüş kurallara tabidir<sup>534</sup>. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun özel hükümlerinde (örneğin TBK m. 214/III, 221) ve başka kanunlarda da sorumluluğun daraltılması ya da kaldırılması anlaşmalarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

<sup>530</sup> Borca aykırı davranış aynı zamanda haksız fiil niteliğindeyse, sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğunu da sınırlayacağı yönünde: Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 538; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 21, N. 7; Oser/Schönenberger, Art. 41-61, N. 18. Haksız fiilden doğacak sorumluluk için önceden sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği yönünde: Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 113.

<sup>531</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 453 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1349 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1208; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 829; Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 7 vd.; Başalp, s. 5 vd.; Kahveci, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 115, N. 1 vd.; Ali Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s. 38.

<sup>532</sup> Borca aykırı davranılıp sorumluluk doğduktan sonra, sorumsuzluk anlaşması değil borçlunun tazminat yükümlülüğünü kaldırarak veya azaltarak sulh ya da ibra anlaşması yapılabilir; ayrıca böyle bir anlaşma her türlü kusuru kapsayacak şekilde yapılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 43 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 454; von Tuhr/Escher, s. 120; Barth, s. 122.

<sup>533</sup> Sorumsuzluk anlaşmasının herhangi bir şekle tabi olup olmadığı iki noktada tartışmalıdır. Birincisi asıl sözleşme kanunen şekle tabi ise, buna eklenen sorumsuzluk kaydının (klozunun) sözleşmenin sübjektif esaslı unsuru sayılıp sayılmayacağı ve şekle dahil edilmesinin gerekip gerekmediği hususudur. Sorumsuzluk kaydı sübjektif esaslı unsur niteliğinde ise, asıl sözleşmenin tabi olduğu şeklin kapsamında yer alması gerektiği yönünde: Başalp, s. 18 vd., 42.

İkincisi kanunen şekle tabi asıl sözleşmeden sonra yapılan sorumsuzluk anlaşmasının aynı şekle bağlı olup olmadığı konusudur. Şeklin amacı gereği, borç ilişkisini kuran sözleşme kanunen şekle tabi ise sonradan yapılan sorumsuzluk anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerektiği yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1349, dn. 1492. Borç ilişkisini kuran sözleşmenin kanunen şekle tabi olup olmamasından bağımsız sorumsuzluk anlaşmasının şekle bağlı olmadığı yönünde: Başalp, s. 39 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 454; Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, s. 43 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1210; von Tuhr/Escher, s. 120; Barth, s. 122. Sorumluluğu sınırlayan kayıtlar genel işlem koşulları içinde yer alıyorsa, geçerlilikleri konusunda TBK m. 21 de dikkate alınmalıdır.

<sup>534</sup> Karş. UNIDROIT m. 7.1.6, PECL m. 8:109, DCFR III-3:102.

Sorumsuzluk anlaşmaları, borçlunun kendi fiillerden (TBK m. 115) ya da yardımcı kişilerin fiillerinden (TBK m.116/II-III) doğan sorumluluğu daraltmaya veya kaldırmaya yönelik olabilir. Bu nedenle aşağıdaki iki ayrı başlık altında incelenecektir.

### ***(1) Borçlunun kendi fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması***

Türk Borçlar Kanunu m. 115/I gereği, borçlunun yalnızca hafif kusurunun varlığında sorumluluğunu daraltan veya kaldıran anlaşmalar geçerlidir<sup>535</sup>. Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağını öngören, tazminatı sınırlandıran ya da talep şartlarını ağırlaştıran sözleşme kaydı veya anlaşma ise kesin hükümsüzdür; ancak bu durum asıl sözleşmenin geçerliğini etkilemez<sup>536</sup>. Uygulamada sözleşmelere genellikle “*borçlunun hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağı*” şeklinde kayıtlar konulmaktadır. Bu kayıt sadece borçlunun hafif kusurunda sorumluluğunu kaldıracaktır<sup>537</sup>.

Sorumsuzluk anlaşmasının varlığında, TBK m. 112’deki kusur karinesinin amaca uygun yorumuyla, kusurun derecesini ispat yükü borçluda olmalıdır<sup>538</sup>. Başka deyişle sorumsuzluk anlaşmasından yararlanmak isteyen borçlu ağır kusurlu olmadığını ispat etmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 115, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz sayılacağı iki hal öngörmüştür<sup>539</sup>. Bunlar; alacaklının sorumsuzluk anlaşmasını kabul ettiği sırada borçlunun hizmetinde olması (TBK m. 115/II)<sup>540</sup> veya sorumluluğun kanun ya da yetkili makamlar

<sup>535</sup> Satım sözleşmesinde benzer düzenleme için bkz. TBK m. 214/III, m. 221.

<sup>536</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 456; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 885-886; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1350; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1211; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1270; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 832; von Tuhr/Escher, s. 119; Becker, **BK-OR**, Art. 100. N. 3; Oser/Schönenberger, Art. 100, N. 3. Borçlu sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlüğüne dayanarak asıl sözleşmeyi de geçersiz kılabilseydi kanun hükmünü dolanmış olurdu.

<sup>537</sup> Sözleşmeye, borçlunun borcu ifa edip etmemekle tamamen serbest olduğu anlamında bir kayıt konulmuşsa, burada sorumsuzluk anlaşması değil eksik borç bulunduğu yönünde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 454, von Tuhr/Escher, s. 119; Schwarz, s. 96.

<sup>538</sup> Sorumsuzluk anlaşmasının olası bir haksız fiil sorumluluğunu sınırlamak için yapılması halinde, zarar görenin, failin ağır kusurunu ispatlaması gerektiği yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1352.

<sup>539</sup> EBK m. 99’dan farklı olarak TBK m. 115, bu iki durumda hâkime takdir yetkisi tanımamıştır; hükümsüzlük kesindir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve “*takdiri butlan*” kavramı için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 885; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 21, N. 3. Belirtmek gerekir ki özel kanun hükümleri de sorumsuzluk anlaşmalarını sınırlandırılabilir. Örneğin: TTK m. 854, m. 1530/VI, KTK m. 111.

<sup>540</sup> Kanunkoyucu, sorumsuzluk anlaşmasını kabul ederken alacaklının baskı altında olmamasını amaçlamıştır. Aynı yönde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 457; Serozan, **İfa, İfa Engelleri**,

tarafından verilen izinle yürütülen bir hizmet, meslek ya da sanat faaliyetinden doğmasıdır (TBK m. 115/III)<sup>541</sup>.

## (2) *Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşması*

Yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması TBK m. 116/II ve III'te özel olarak düzenlenmiştir<sup>542</sup>. Hükme göre borçlunun, yardımcı kişinin ağır kusurundan dahi sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilmektedir<sup>543</sup>. Böylelikle borçlunun TBK m. 115'te karşılaştığı kusur derecesine göre geçerlilik sorunu, TBK m. 116/II bakımından ortaya çıkmamaktadır. TBK m. 116/III'te ise bir istisna getirilmiştir<sup>544</sup>. Buna göre, uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamın izniyle yürütülen bir faaliyette, yardımcı kişinin fiilinden borçlunun sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar hafif kusur için dahi geçersizdir<sup>545</sup>.

Belirtmek gerekir ki alacaklının borca aykırılık veya haksız fiil hükümleri çerçevesinde yardımcı kişiye de başvurabildiği durumlarda, yardımcı kişi hafif kusurlu bile olsa tarafı bulunmadığı sorumsuzluk anlaşmasına dayanamayacaktır<sup>546</sup>.

---

**Haksız Zenginleşme**, § 21, N. 3; von Tuhr/Escher, s. 119. TBK m. 115/II'deki hatalı ifade nedeniyle işveren aleyhine sorumsuzluk anlaşmalarının da geçersiz olacağı, bunun ise hükmün amacına uymadığı, madde metni düzeltilene dek örtülü bir boşluk bulunduğu kabul edilmesi gerektiği yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1354; Başalp, s. 368.

<sup>541</sup> Yargıtay içtihatları doktorların, mimarların, mühendislerin, avukatların, bankaların yaptıkları sorumsuzluk anlaşmalarının bu hükme tâbi olacağı yönündedir. Yarg. 11. HD., 8.3.1977, E. 866/K. 1033 (YKD., 1978, Sayı: 8, s.1327)

<sup>542</sup> Bu hükümlerin uygulanabilmesi için borcun ifasında yardımcı kullanmak borca aykırı olmamalıdır.

<sup>543</sup> Akman, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 75; Erten, s. 220; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 457-458; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1403; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1207; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 21 N. 8; Weber, **BK-OR**, Art. 101, N. 163; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 101 N. 16.

<sup>544</sup> TBK m. 116/III: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*"

<sup>545</sup> EBK m. 100/III'e göre ise, bu tür anlaşmalar hafif kusur için geçerli sayılıyordu. Ayrıca, EBK m. 100/II'den farklı olarak, hizmet sözleşmesi bakımından getirilen istisnaya TBK m. 116/III'te yer verilmemiştir.

<sup>546</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet, Hukuku**, s. 458; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 514- 515; von Tuhr/Escher, s. 130; Becker, **BK-OR**, Art. 101, N. 24. Kendisinden tazminat istenen zayıf konumdaki yardımcı kişinin de sorumsuzluk anlaşmasına dayanabileceği yönünde: Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 121, dn. 34, Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 22, N. 10, Akman, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 83 vd.

## E. Uygun Nedensellik Bağı

Sorumluluğun kurucu unsurlarından biri de hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında nedensellik (illiyet) bağı bulunmasıdır<sup>547</sup>. Türk Borçlar Kanunu diğer temel kavramlar gibi nedensellik bağına da tanımlanmamış, kavramın içeriği doktrindeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde belirlenmiştir<sup>548</sup>. Doktrinde, gerek kusura dayanan ve dayanmayan sorumlulukta gerekse ceza hukukunda kurucu unsur olan nedensellik bağının, aynı zamanda zararın kapsamını da belirlediği ifade edilmektedir<sup>549</sup>. Başka deyişle hukuka aykırı fiilden doğan zarar, bu fiilin sonucu olduğu ölçüde sorumluluğun kapsamındadır.

Nedensellik bağı, hukuk alanının en tartışmalı konularından biridir. Ancak çalışmamızın kapsamını aştığından bu tartışmalara yer verilmeyecek, kavram genel hatları ile doktrindeki hâkim görüşe değinilerek incelenip sözleşmeden doğan sorumluluktaki anlamı irdelenecektir.

### 1. Nedensellik Bağının Anlamı

En yalın ifade ile nedensellik, davranış ile zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisidir. Doğal (mantıki) nedensellik şeklinde adlandırılan bu ilişki “*davranış olmasaydı, zarar olmazdı*”<sup>550</sup> tümcesiyle ifade edilmektedir. Sınırsız olarak devam eden doğal nedensellik zincirindeki her olay, hukuki sorumluluğun kurulmasında dikkate alınırsa, adaletsiz sonuçlar ortaya çıkacaktır<sup>551</sup>. Örneğin katılacağı bir ihale öncesinde, restoranda yemek yerken garsonun dikkatsizliği ile üzerine yemek dökülen

<sup>547</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1255; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 138 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 71; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.263; İnal, s. 499, 507; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 266-277; Schwenger, s. 134-135; Larenz, **Schuldrecht**, s. 431 vd.; Keller/Schmied-Syz, s. 22; Keller/Gabi-Bollinger, s. 27; Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Kuramı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 1-2.

<sup>548</sup> Türk Borçlar Kanunu tasarı aşamasındayken m. 58/I’de uygun nedensellik bağı “*Yaşam deneyimlerine ve olayların olağan akışına göre, bir zarar belli bir fiilin beklenen uygun sonucu ise zarar ile fiil arasında nedensellik bağı vardır*” şeklinde tanımlanmıştır; ancak daha sonra yerinde bir yaklaşımla ifade kanun metninden çıkarılmıştır. Widmer/Wessner Tasarısında haksız fiilin diğer unsurlarına ilişkin tanıma yer verilmesine rağmen nedensellik bağı tanımlanmamıştır (m. 47).

<sup>549</sup> Türk-İsviçre Hukukunda tazminatın belirlenmesi ve sınırlandırılmasında kusur ögesinin mi nedensellik ögesinin mi daha baskın olduğu tartışılmıştır. Nedensellik bağına ağırlık veren görüş için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 38; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.265.

<sup>550</sup> Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 265-266.

<sup>551</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 72; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 267; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 137; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 572-573; Schwenger, s. 135; Rey, N. 522b; Keller/Schmied-Syz, s. 39; Larenz, **Schuldrecht**, s. 435.

kişi, üstünü değiştirmek zorunda kaldığı için bineceği taksiye yetişemez. Bindığı sonraki taksi kaza yaptığından ameliyata alınır, ihaleye katılamaz. Uzun tedavi sürecinin ardından ilgilenemediği işletmesi de iflas eder. Garsonun dikkatsiz (kusurlu) davranışı, gerçekleşen tüm olumsuzlukları başlatan nedendir. Görüldüğü üzere doğal nedensellik, sorumluluğun aşırı genişlemesine yol açar; bu da hakkaniyete aykırı ve adaletsizdir<sup>552</sup>. Bu nedenle doktrinde nedensellik bağının tespitine ve sınırlandırılmasına ilişkin çeşitli teoriler öne sürülmüştür<sup>553</sup>. Benimsenen teori çerçevesinde doğal nedensellik zinciri içindeki olaylardan bazıları, farklı yöntemlere göre seçilip sorumluluğun kurulmasında dikkate alınmaktadır<sup>554</sup>.

Özellikle ceza hukukunda gelişen ve kabul gören “şart teorisi”, büyük ölçüde doğal nedenselliğin hukuk alanındaki görünümüdür<sup>555</sup>. Var olmaması durumunda zararın gerçekleşmeyeceği her davranış “onsuz olmaz şart (zorunlu şart-*conditio sine qua non*)” niteliğindedir ve nedensellik bağı kurar<sup>556</sup>. Bu teoride zararlı sonucu ortaya çıkaran her şart, “şartların eşitliği ilkesi” doğrultusunda dikkate alınır; fakat, sadece kusurlu kişinin davranışıyla gerçekleşen şart sorumluluğu kurar<sup>557</sup>. Şart teorisini benimseyen yazarlar, sorumluluğu kusur unsuruyla sınırlandırır<sup>558</sup>. Teoriye yöneltlen en büyük eleştiri, sorumluluğu sınırlamada yetersiz kalması, kişinin davranışının en uzak sonuçlarından dahi sorumlu tutulmasına neden olmasıdır<sup>559</sup>.

<sup>552</sup> Türk Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun amacı, zarar görenin zararının giderilmesi olarak ifade edilmektedir. Bu amacın, zarar verenin sorumluluğunu sınırlandırmayı hedefleyen nedensellik bağı yönünden kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 314.

<sup>553</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 74.

<sup>554</sup> Richard Honig, **İllyet Nazariyesine Dair**, Çeviren: M. Yavuz Abadan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 2, Yıl: 1936, s. 172, Erişim Adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97154>.

<sup>555</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Uygun İllyet**, s. 27 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, 2. 270 vd.

<sup>556</sup> Eren, **Uygun İllyet**, s. 21; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 5, N. 6 vd.

<sup>557</sup> Şart teorisini savunan Kaneti’ye göre uygun nedensellik bağı teorisi neden-sonuç arasındaki ilişkiyi açıklayamaz; sadece kusurun değerlendirilmesi aşamasında kullanılabilir. Ayrıntılı bilgi için Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 21-23.

<sup>558</sup> Tandoğan, cezai sorumluluğun her zaman (zorunlu olarak) kusura dayandığını ve bu suretle sorumluluğu sınırlandırmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Oysa özel hukuk sorumluluğunda kusur her zaman zorunlu bir unsur değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 75, dn. 8; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 58.

<sup>559</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 74-75; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 136; Eren, **Borçlar Genel**, s. 611; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 572; karşı. Kunter, s. 154-155.

Şart teorisine getirilen eleştirilerden, çeşitli teoriler doğmuştur<sup>560</sup>. Ceza Hukukunun aksine Türk Borçlar Hukuku alanında genel kabul gören, uygun illiyet bağı teorisidir<sup>561</sup>. Von Bar'ın ileri sürdüğü ve von Kries tarafından geliştirilen teori uyarınca davranış, olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre meydana gelen zarara yol açmaya elverişli ise nedensellik bağı kurulmuştur<sup>562</sup>. Bir davranış, sonucun gerçekleşme olasılığını objektif olarak arttırıyorsa zararı doğurmaya elverişlidir<sup>563</sup>. Olayların olağan akışı ve hayat tecrübeleri dışındaki, beklenmedik (kendine özgü) sonuçlar, davranışla doğal nedensellik bağı bulursa da sorumluluğa yol açmayacaktır. Diğer bir ifadeyle kişi, davranışının tipik sonuçlarından sorumlu tutulurken atipik, olağanüstü veya tesadüfi şekilde ortaya çıkan zararlardan nedensellik bağı bulunmadığı için sorumlu olmayacaktır; böylelikle sorumluluk sınırlanmaktadır<sup>564</sup>.

Zararın öngörülebilirliği uygun nedensellik bağı teorisi açısından önem taşıyan bir unsurdur. Bu öngörünün hangi ölçütlere göre yapılacağı noktasında uygun nedensellik bağı teorisini savunanlar arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır<sup>565</sup>.

<sup>560</sup> Bu teoriler çeşitli açılardan yapılan ayrımlarla “son şart”, “denge”, “etkin şart”, “en etkin şart” şeklinde adlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Uygun İlliyet**, s. 35-47; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 74 vd. Örneğin İngiliz ve ABD Hukuklarında hâkim olan son şart teorisidir (proximate cause). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Joseph W. Glannon, **The Law of Torts**, Second Edition, Aspen Law and Business, 2000, s. 171 vd.

<sup>561</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 76; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 573; Eren, **Borçlar Genel**, s. 611 vd.; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 51 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 138 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.276 vd.; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s.186; Rey, N. 474, 522 vd.; Schwenger, s. 137; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, s. 68; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2715; Keller/Schmied-Syz, s. 40, 116; Keller/Gabi-Bollinger, s. 27; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 16 vd.; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 97, N. 41; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 222; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 120; Peter Gauch, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, *Recht*, 1996/6, s. 228; Walter Fellmann, “Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht”, *SJZ*, 91, 1995, s. 41 vd. İsviçre Hukukunda da uygun nedensellik bağının kabul gördüğü yönünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 123 III 110; 121 III 363; 107 II 266 vd.; 102 II 237; 101 II 69.

<sup>562</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 77; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 573; Eren, **Borçlar Genel**, s. 612; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 52; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 139; Keller/Gabi-Bollinger, s. 27; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Band II**, N. 2715; Schwenger, s. 137; Larenz, **Schuldrecht**, s. 436; Carl Ludwig von Bar, **Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, Besonders im Strafrechte**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871, s. 4.

<sup>563</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 60; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 43-44; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 310.

<sup>564</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 614; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 61; Gauch, s. 229; Roberto, N. 178 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Band II**, N. 2715.

<sup>565</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 85-97; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 52-57; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.279.

Sübjektif-önceden tahmin (ex ante) görüşü uyarınca, zarar verenin fiili işlediği sırada bilebileceği-öngörebileceği şartların dikkate alınması gerekir<sup>566</sup>. Sadece zarar verenin bakış açısının esas alındığı bu görüş, nedensellik bağı ve kusur ögesinin sınırlarını belirsizleştirdiğinden bahisle eleştirilmektedir<sup>567</sup>. Nitekim davranışının zarar doğurabileceğini bilen, öngörmesi gereken kişi aynı zamanda kusurludur<sup>568</sup>.

Zarar verenin sübjektif öngörüsünden uzaklaşılması gereğinden yola çıkılarak objektif tahmin görüşleri ileri sürülmüştür. Görüşlerden ilki “objektif önceden (ex ante) tahmin”dir. Görüş uyarınca uygun nedensellik tespit edilirken, azami dikkat ve özen sahibi (ideal) bir insanın, fiil işlendiği sırada bilebileceği ve bunlar dışında kalmakla birlikte zarar verenin varlığından haberdar olduğu şartlar dikkate alınmalıdır<sup>569</sup>.

Bugün Türk Hukukunda baskın görüş ise “*objektif sonradan (ex post) tahmin*”dir<sup>570</sup>. Ex post değerlendirmede hâkim, karar verdiği ana kadarki tüm koşulları dikkate alacaktır<sup>571</sup>. Diğer bir ifadeyle hâkim, sadece fiil işlendiği sırada bilinen-bilmesi gereken değil, sonradan ortaya çıksa da fiilin gerçekleşme anında var olan tüm şartları dikkate alacaktır<sup>572</sup>. Sadece zarar verenin öngörüsünden hareket eden sübjektif görüşün aksine objektif sonradan tahmin görüşü, makul ve ortalama (objektif) bir kişinin öngörüsünü dikkate alır. Ancak bu görüş de sonradan öğrenilen şartların da dikkate alınması sebebiyle sorumluluğu çok genişlettiğinden bahisle eleştirilmiş, uygun nedensellik bağı kuramını şart teorisine yaklaştırdığı ifade edilmiştir<sup>573</sup>.

<sup>566</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 52-53; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.280-2.281.

<sup>567</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 53.

<sup>568</sup> Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 119; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 52.

<sup>569</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 55, 59.

<sup>570</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 568; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 78; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 53 vd. Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir. Bu yönde bkz. YHGK. 24.6.1964, E. 1966/4-508, K. 481; Yarg. 4. HD. 5.11.1984, E. 6092, K. 8184.

<sup>571</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 53; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.282-2.283.

<sup>572</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 53.

<sup>573</sup> Doktrinde sonradan objektif tahmin görüşünün, dürüstlük kuralı ile sınırlandırılarak somut olaya uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu yönde bkz. Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 96-97; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 54-55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 575-576; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 142. Nedensellik bağının kurulmasından sonra dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.283 ve özellikle dn. 626. Teoriyi ortaya atan Rumelin’in “*hakkaniyet değişiklikleri*” adlandırmasıyla sonradan sorumluluğu sınırlandırdığı yönünde: Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 96-97.

Objektif tahmini esas alan görüşlerde zarar verenin sübjektif öngörüsü hesaba katılmayacağından kusur ögesinden nispeten uzaklaşmaktadır<sup>574</sup>. Ancak doktrinde uygun nedensellik bağı teorisinin, kusurdan soyutlanmasının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır<sup>575</sup>.

Baskın teori olmasına rağmen, uygun nedenselliğin her durumda tatmin edici sonuçlar vermediği doktrinde kabul edilmekte, özellikle yansıma zararlar ve kusursuz sorumluluk noktasında alternatif bazı teorilerle tamamlanmaya çalışılmaktadır<sup>576</sup>.

Bu noktada normun koruma amacı teorisine de kısaca değinmek gerekmektedir. Uygun nedensellik bağının, sorumluluğun sınırlandırılmasında yetersiz kalması normun koruma amacı teorisinin doğmasına yol açmıştır<sup>577</sup>. Bu teori, Türk Hukukunda ağırlıklı olarak hukuka aykırılığın tespitinde dikkate alınmakla birlikte, uygun nedensellik bağı açısından da göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir<sup>578</sup>. Teori uyarınca sorumluluğun varlığı ve sınırları tespit edilirken ihlal edilen normun kapsamına ve amacına bakılmalıdır<sup>579</sup>. Normun koruma amacının ve kapsamının belirlenmesi için o norm ile korunan kişi ve hukuki değerler tespit edilmelidir<sup>580</sup>. Bu durum “*Kimin-neyin, neye karşı korunduğu bulunmalıdır*” şeklinde

<sup>574</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 122. Zararın öngörülemezliği kusurdan bağımsız da düşünülebilir (örn. CISG m. 74). Öngörü ile kusur kavramının arasında bu kadar net bir paralellik bulunmamaktadır. Karşı görüş için bkz. Eren, **Uygun İlliyet**, s. 119.

<sup>575</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 67; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 163-164. Uygun nedensellik bağının sorumluluğun diğer unsurlarıyla karışıklığa yol açabileceği; bu nedenle “*gerçek illiyet bağı*”nın varlığının araştırılması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, § 5, N. 11 vd.

<sup>576</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 78; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 97 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 616; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 68-69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 574-575; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 142a. Yargı kararlarında, özellikle yansıma yolu ile uğranılan zararların tazmininde uygun nedensellik bağının tatmin edici sonuçlar vermediği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD., 25.2.1992, E. 12979, K. 2257; Yarg. 4. HD., 8.1.1979, E. 13144, K. 38; Yarg. 4. HD., 13.3.1978, E. 5312, K. 3193.

<sup>577</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 70 vd.; Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 7-9, 22 vd.; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 465; Yıldız Abik, **Normun Koruma Amacı Teorisi**, AÜHFD, Cilt: 59, Sayı: 3, Yıl: 2010, s. 432.

<sup>578</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 101 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.287; Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 9 vd. Uygun nedensellik bağı teorisinin yerini normun koruma amacının aldığı yönünde bkz. Roberto, N. 199 vd.

<sup>579</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 73; Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 5.

<sup>580</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 80 vd.

ifade edilmiştir<sup>581</sup>. Nedensellik bağı ve hukuka aykırılık unsurları birbirine karıştırılmamalıdır<sup>582</sup>.

Uygun nedenselliğin varlığını ispat yükü zarar görendedir<sup>583</sup>. Bir davranışın, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına göre ortaya çıkan zararı doğurmaya elverişli olup olmadığını başka deyişle uygun nedensellik bağının varlığını ise hâkim gerekçesiyle takdir edecektir (MK m. 4)<sup>584</sup>.

## 2. Uygun Nedensellik Bağının Kesilmesi<sup>585</sup>

Bir davranış, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına göre ortaya çıkan zararı doğurmaya baştan itibaren elverişli olmayabilir ya da sonradan gerçekleşen bir sebeple arka planda kalıp elverişsiz hale gelebilir. İlk durumda nedensellik bağının yokluğundan ikinci durumda ise nedensellik bağının kesilmesinden söz edilir<sup>586</sup>. Nedensellik bağının varlığı gibi kesilip kesilmediğini de hâkim takdir edecektir<sup>587</sup>.

Uygun nedensellik bağını kesebilecek durumlar mücbir sebep, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışdır<sup>588</sup>. Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına

<sup>581</sup> Atamer, **Haksız Fiil**, s. 92; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.287.

<sup>582</sup> Nomer, **Borçlar Genel**, N. 112.2.

<sup>583</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 580-581; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.297. Yarg. 4. HD., 27.2.2018, E. 2016/1410, K. 2018/1295: "... Davalılardan ...'nın eylemi ile ölüm sonucu arasında davalının tazminat sorumluluğunu gerektirecek şekilde uygun illiyet bağı bulunduğu kanıtlanamadığından adı geçen davalı yönünden davanın reddine karar verilmesi..."

<sup>584</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 567; İnal, s. 505; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.296; Cuendet, N. 305-306 Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2715; Roberto, N. 179; Rey, N. 525; Keller/Schmied-Syz, s. 40; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, s. 68; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 121; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 16; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 22; BGE 123 III 110 vd.; 121 III 363; 113 II 178; 107 II 243.

Yargı kararlarında genellikle, uygun nedenselliğin tespitine ilişkin gerekçelendirmenin yapılmadığı; zaman zaman da zararın kapsamının belirlenmemesi ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD. 30.09.2014 T., E. 2014/3598, K. 2014/12625; Yarg. 4. HD. 02.11.1993 T., E. 1992/7276, K. 1993/12397.

<sup>585</sup> Doktrinde nedensellik bağının kesilmesi ifadesinin yanlış ve çelişkili olduğu, nedenselliğin varlığının hem kabul edilip hem de reddedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ancak yerleşik bir terim haline geldiğinden kullanılmaya devam edildiği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 80; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.301; Brehm, **BK-OR**, Art. 41, N. 136. Çalışmamızda da aynı çekinceye katılarak, nedensellik bağının yokluğundan ayırt edebilmek için nedensellik bağının kesilmesi terimi kullanılmıştır.

<sup>586</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 627-628; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 171; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 568.

<sup>587</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.301.

<sup>588</sup> Nedensellik bağının kesilmesi açısından temel sorunun zarar gören ve zarar verenin risk alanlarının çizilmesi olduğu yönünde bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.302.

bu kavramlar ayrıntılı şekilde irdelenmeyecektir; ancak kısaca kavramlara değinmek yarar sağlayacaktır.

Nedensellik bağıını keserek zarar vereni sorumluluktan kurtaran mücbir sebep, tarafların etki alanı dışında gerçekleşen (harici)<sup>589</sup>, bir davranış normunun ya da borcun ihlaline kaçınılmaz şekilde yol açan (önlenmez) ve öngörülemez olağanüstü olaydır<sup>590</sup>. Doğal afetlerin ve salgın hastalıkların yanı sıra savaş, grev gibi geniş kitleleri etkileyen toplumsal olaylar da mücbir sebep örneği oluşturur.

Benzer şekilde zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışı, zararın münhasır sebebi haline gelmişse uygun nedensellik bağı kesilir. Başka deyişle nedensellik bağıını kesen zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı, zarar verenin fiilinin etkisini arka plana atacak (uzak kılacak) ölçüde ağır olmalıdır. Doktrinde nedensellik bağıını kesen zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışının kusurlu olmasının aranıp aranmayacağı tartışılmıştır. Baskın görüş, ancak zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru varsa nedensellik bağıının kesileceğini savunmaktadır<sup>591</sup>. Katıldığımız diğer görüş ise, nedensellik bağıının kesilmesi noktasında kusur değerlendirmesi yapılmaması gerektiğini savunmaktadır; zarar görenin-üçüncü kişinin davranışının, zararın inhisari sebebi olması gerekli ve yeterlidir<sup>592</sup>. Bu doğrultuda ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin ya da üçüncü kişinin nedensellik bağıını kesecek yoğunlukta (ağırlıkta) bir davranışta bulunması mümkündür.

<sup>589</sup> Mücbir sebep açısından haricilik unsurunun aranmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.308 ve dn. 691’de anılan yazarlar.

<sup>590</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1345; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.305; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 177; Eren, **Borçlar Genel**, s. 630; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 403; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 1002 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 464.

<sup>591</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 192; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 318; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 249; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 315; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 403; Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 227 vd.; Honsell/Isenring/Kessler, § 3, N. 41; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 41, N. 21; Brehm, **BK-OR**, Art. 44, N. 20 d. Ayrıca bkz. Yarg. 21. HD., 12.2.2007, E. 2006/19242, K. 2007/1779; Yarg. 7. HD. 29.6.2010, E. 2010/1276, K. 2010/4155, Erişim Adresi: [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). KTK m. 86’nın “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur” şeklindeki ifadesinden, hükmün baskın görüş etkisinde kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

<sup>592</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 160 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.313 vd.

Zarar görenin davranışı, nedensellik bağıını kesecek yoğunlukta değilse yine zarar verenin sorumluluğu söz konusudur; zarar görenin davranışı ise TBK m. 52/I uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir<sup>593</sup>.

Üçüncü kişinin davranışı zarar verenin fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmamışsa, zarar verenin sorumluluğu devam eder. Bu durumda üçüncü kişinin davranışı ile zarar arasında uygun nedensellik bağı varsa, birden çok zarar veren söz konusu olacağından müteselsil sorumluluk kuralları gündeme gelir (TBK m. 61 vd.)<sup>594</sup>. Zarar ile uygun nedensellik bağı kurulmayan üçüncü kişinin davranışı tazminattan indirim sebebi olarak ileri sürülemez; sadece zarar verenin kusurunun değerlendirilmesinde dikkate alınabilir (TBK m. 51/I)<sup>595</sup>.

### 3. Sözleşmeden Doğan Sorumlulukta Uygun Nedensellik Bağı

Sözleşme dışı sorumlulukta yapılan doğal nedensellik-uygun nedensellik ayrımı sözleşmesel sorumluluk bakımından da geçerlidir. Borca aykırı davranış, öncelikle, alacaklının uğradığı zararın doğması için zorunlu şart (condicio sine qua non) olmalıdır<sup>596</sup>. Başka deyişle, borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı zarar doğmayacaktı denilebilmelidir. Sorumluluğun doğması için ise doğal nedenselliğin nitelikli, diğer bir ifadeyle “uygun” olması gerekir. Bunun için de olayların olağan akışı ve hayat deneyimleri uyarınca, borca aykırı davranışın, gerçekleştiği an itibarıyla, söz konusu zararı doğurmaya uygun (elverişli) olup olmadığı konusunda objektif bir değerlendirme yapılır<sup>597</sup>.

<sup>593</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.321.

<sup>594</sup> Honsell/Isenring/Kessler, § 9, N. 20; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.320 vd.

<sup>595</sup> Doktrinde verilen bir örnekte, bisikletli A'nın yarattığı tehlikeli durum nedeniyle bisikletli B yanlış manevra yapıp C'ye çarpıyor. C'nin zarara uğraması ile A'nın davranışı arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu sonucuna varılırsa müteselsil sorumluluk kuralları devreye girecektir. Uygun nedenselliğin bulunmadığı sonucuna varılırsa (diğer şartlar da varsa) A'nın kusuru B'ninkini daha hafif göstereceğinden TBK m. 51/I kapsamında tazminat daha az takdir edilebilecektir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi üçüncü kişinin davranışının zarar verenin kusurunu daha hafif göstermesi halinde tazminattan indirim yapılmasını kabul etmektedir (BGE 64 II 308). Tazminattan indirim yapılmasının nedeni, üçüncü kişinin kusurunun varlığı değil zarar verenin kusurunun hafifliği olduğundan doktrinde bu karar eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 2.321.

<sup>596</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 568, 573; Eren, **Uygun İliyet Bağı**, s. 59; İnal, s. 508; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 430; Rey, N. 530, 532; Cuendet, N. 55, N. 304.

<sup>597</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1225.

Sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygun nedensellik bağı, sorumluluğu hem kurmakta hem sınırlandırmaktadır. Borçlunun, ancak borca aykırı davranışından doğan zararlardan sorumlu tutulabileceği TBK m. 112’de ifade edilmiştir<sup>598</sup>. Ancak, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kavram ve ilkelerin, sözleşmesel sorumlulukta farklılık arz edebileceği gözden kaçırılmamalıdır<sup>599</sup>. Bu doğrultuda sözleşmesel sorumlulukta uygun nedensellik bağının içeriği tarafların sözleşme kapsamında üstlendikleri yükümlülükler dikkate alınarak değerlendirilmelidir<sup>600</sup>. Uygun nedensellik bağının yanı sıra normun koruma amacı teorisine ve farklı hukuk sistemlerinde sözleşmeden doğan sorumluluğu sınırlandırmada yararlanılan öngörülebilirlik ilkesine değinmek yarar sağlayacaktır.

Özellikle Fransız ve İngiliz Hukuklarında, sözleşmesel sorumluluğun sınırlandırılmasında “öngörülebilirlik ilkesi” büyük önem taşımaktadır<sup>601</sup>. Öngörülebilirlik ilkesi uyarınca borçlu, ancak sözleşmenin kurulduğu anda öngördüğü veya öngörmesinin kendisinden beklendiği zararlardan sorumlu olur; atipik zararları tazmin etmekle yükümlü değildir<sup>602</sup>. Sözleşmeyi ihlal edenin öngördüğü zararlar subjektif ölçütten hareketle onun halihazırdaki bilgisini ifade etmektedir. Öngörmesi gereken zararlar ise hayatın olağan akışı, sözleşmenin hükümleri ve amacı, ticari

<sup>598</sup> Hükümde uygun nedensellik bağı unsuru “...*alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>599</sup> Örneğin sözleşmeye aykırılıkta uygun nedensellik bağının, haksız fiillerde karşılaşılan dolaylı-doğrudan zarar ayırımını kaldırdığı belirtilmektedir. Böylelikle borca aykırı davranışın uygun sonucu olan her zarar, doğrudan zarar niteliği taşıyacak ve borçlu tarafından tazmin edilmesi gerekecektir. Bu yönde bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1086.

<sup>600</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1226

<sup>601</sup> Borçlunun sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğunun kapsamı farklı hukuk sistemlerinde çeşitli ilkeler çerçevesinde sınırlandırılmaya çalışılmaktadır. Kaynağını Roma Hukukundan alan öngörülebilirlik ilkesi de bunlardan biridir. Öngörülebilirlik ilkesi ilk kez İngiltere’de 1854 yılında verilen Hadley v. Baxendale kararında ayrıntılı olarak değerlendirilmiş, ardından common law hukuk sistemi tarafından da benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Helvacı/Çisil Durgun Arslan, “**İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Yıl: Aralık 2019, s. 909; Tuba Birinci Uzun, “**CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması**”, DEÜHFD, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 151-192; Ayşe Elif Ulusu, **Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 68 vd.

<sup>602</sup> Helvacı/Durgun Arslan, s. 909-910; Birinci Uzun, **CISG**, s. 184; Ulusu, s. 70-73.

teamüller ve risk dağılımı gibi objektif ölçüte dayanan bilgiyi anlatmaktadır<sup>603</sup>. Öngörülebilirlik ilkesi, büyük ölçüde uygun nedensellik bağıyla (kısmen de kusurla) benzerlik taşımaktadır. Nitekim uygun nedensellik bağı teorisinde de ihlalin (davranışın), o türden bir zararı meydana getirme olasılığının değerlendirilmekte ve bu sırada olayların normal akışı, hayat tecrübeleri gibi objektif unsurlara başvurulmaktadır<sup>604</sup>. Ancak uygun nedensellik bağı teorisi ile öngörülebilirlik ilkesi özellikle uygulama alanı buldukları zaman açısından farklılık gösterirler. Uygun nedensellik bağının varlığına ilişkin değerlendirme, sözleşmeye aykırılık sonrasında yapılmaktadır. Öngörülebilirlik ilkesi ise sözleşmenin kurulması anından itibaren dikkate alınmaktadır<sup>605</sup>. Diğer deyişle sorumluluğu sınırlandırmayı amaçlayan iki kurum arasındaki fark zamansaldır.

Türk Hukuku açısından öngörülebilirlik ilkesiyle CISG m. 74'te karşılaşılmaktadır. Bir yandan garanti sorumluluğunu benimseyen diğer yandan tam tazmin ilkesini kabul eden CISG, sözleşmeyi ihlal eden tarafı ağır bir sorumluluk altına sokmaktadır<sup>606</sup>. Sorumluluğun kapsamını sınırlandırma noktasında ise, *“tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz”* ifadesiyle öngörülebilirlik ilkesine yer vermektedir<sup>607</sup>.

Öngörülebilirlik ilkesi, oluşabilecek ekonomik riskleri bilerek tarafların borç ilişkisine girmelerini sağlama, taraflar arasındaki bilgi asimetrisini azaltma, sözleşmenin ve ticari hayatın gerekleri dikkate alma konusunda oldukça etkindir. Türk Hukukunda sorumluluğun sınırlanmasında öngörülebilirlik ilkesi yerine kusur, uygun

---

<sup>603</sup> Uluşu, s. 116; Birinci Uzun, **CISG**, s. 184; Yavuz Dayıoğlu, **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlâli Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 120.

<sup>604</sup> Uluşu, s. 41, Birinci Uzun, **CISG**, s. 184.

<sup>605</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluşu, s. 142; Sir Guenter Treitel, **The Law of Contract**, 11th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, s. 976.

<sup>606</sup> Birinci Uzun, **CISG**, s. 159. CISG'ta sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağının tespitinde şart teorisinin uygulandığı, uygun nedensellik bağı teorisinin garanti sorumluluğu sistemiyle bağdaşmadığı yönünde: Atamer, **CISG**, s. 431, dn. 805; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 67 vd.

<sup>607</sup> Birinci Uzun, **CISG**, s. 159; Bilgehan Çetiner, **“TBK Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 58, Yıl: 2007, s. 3151.

nedensellik bağı ve normun koruma amacı teorilerinden yararlanılmaktadır. Ancak tarafların sorumluluklarının kapsamını belirlemede zaman zaman öngörülebilirlik ilkesinden de faydalanılabilir. Katıldığımız görüş uyarınca sözleşmesel sorumlulukta aranan öngörülebilirliğin ölçüsü, haksız fiillere kıyasen daha yüksek düzeyde olmalıdır<sup>608</sup>. Nitekim tamamen tesadüfi karşılaşmaların yaşandığı haksız fiillerden farklı biçimde sözleşmesel alanda taraflar, riskleri tartıp kendilerini koruyucu önlemleri alabilirler<sup>609</sup>. Bununla birlikte borçlu, gerçekleşmesi daha uzak riskleri de garanti edebilir. Böylelikle uygun nedenselliğin kapsamı da genişler.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta sorumluluğun kurulması ve sınırlandırılmasında uygun nedensellik bağının yanında normun koruma amacı teorisinden de yararlanılacaktır. Böylelikle normun ya da sözleşme hükmünün koruma amacına girmeyen tipik veya atipik rizikolar tazminat sorumluluğunun kapsamı dışında kalmaktadır<sup>610</sup>.

Sözleşmeye aykırılık, borçlunun aktif ya da pasif davranışıyla gerçekleşebilir. Özellikle yapmama şeklinde ortaya çıkan sözleşme aykırılıkta, uygun nedenselliğin içeriğinin tekrar belirlenmesi gerekir. Çünkü kural olarak hareketsiz kalma (yapmama), kendiliğinden zarara yol açan bir davranış değildir. Öncelikle yapmama, bir yapma yükümlülüğünün ihlali olmalıdır. Ardından farazi nedensellik bağı incelenir; belirlenmesi gereken olayların olağan akışı ve yaşam deneyimleri uyarınca hareketsiz kalma olmasaydı zararın önlenip önlenemeyeceğidir<sup>611</sup>. Eğer kişi hareketsiz kalmak yerine belli bir davranışta bulunsaydı zarar doğmayacak idiyse, yapmama ile zarar arasında nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>612</sup>.

Haksız fiiller alanında olduğu gibi, sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygun nedensellik bağı kesen sebepler mücbir sebep ve alacaklının ya da üçüncü kişinin

---

<sup>608</sup> Treitel, s. 967; Mindy Chen-Wishart, **Contract Law**, 5th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 541.

<sup>609</sup> Janet O'Sullivan, **O'Sullivan & Hilliard's The Law of Contract**, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford 2018, N. 16.67.

<sup>610</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 5; Ulusu, s. 48.

<sup>611</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1227.

<sup>612</sup> Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.137. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yapmama davranışları bakımından yorumları için bkz. BGE 115 II 440 vd.

davranışdır. Ancak haksız fiillerden farklı olarak sözleşmede taraflar, mücbir sebep teşkil eden durumlarda dahi borçlunun sorumlu tutulacağını kararlaştırabilirler. Borçlunun sorumluluğunu ağırlaştıran böylesi bir anlaşmanın geçerliği için TBK m. 27/I göz önünde bulundurulmalıdır. Benzer şekilde taraflar anlaşarak normalde mücbir sebep oluşturmayan bir durumu, TBK m. 115-116'ya aykırılık teşkil etmemek üzere bu kapsama dahil edebilmelidirler<sup>613</sup>.

Alacaklının davranışı, borçlunun borca aykırı davranışını geri planda bırakacak ve zarara tek başına yol açacak nitelikteyse nedensellik bağı kesilir; borçlu, bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulur. Fakat alacaklının davranışı, borçlununkiyle birlikte zararın doğumuna yol açıyorsa, hâkim tazminatı belirlerken (TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 52/I çerçevesinde) bu durumu dikkate alarak indirimde gidebilir<sup>614</sup>.

Nisbilik ilkesi gereği, borç ilişkisinden doğan hak ve borçlar yalnızca o ilişkinin taraflarını bağlar. Taraflar dışındaki kişiler, borç ilişkisine yabancılıklarını ifade edecek şekilde “üçüncü kişi” olarak adlandırılırlar. Üçüncü kişiler, alacaklıya karşı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden sorumlu değildirler. Bununla birlikte üçüncü kişinin davranışı, borçlunun borca aykırı davranışıyla zarar arasındaki uygun nedensellik bağına kesecek yoğunluğa eriştiyse, borçlunun sorumluluğu sona erer<sup>615</sup>. Üçüncü kişinin davranışı, zarar görenin davranışından farklı olarak, TBK m. 52'de tazminatta indirim sebepleri arasında düzenlenmemiştir. Buna rağmen, haksız fiillerde olduğu gibi sözleşmeye aykırılıkta da üçüncü kişinin davranışının TBK m. 51/I çerçevesinde tazminatın kapsamının belirlenmesinde dolaylı bir etkiye sahip olabileceği belirtilmektedir<sup>616</sup>.

## V. Sözleşmesel Sorumluluğun Sonuçları

Sözleşmesel sorumlulukta ihlalin türüne göre ortaya çıkacak sonuçlar değişmektedir. Belli bir edimin ifasını konu edinen borç ilişkilerinde alacaklı, imkânsızlık doğmadığı sürece gecikmiş ifayı; ifa imkansızlaşmışsa ya da gereği gibi

<sup>613</sup> Aksinin kabulü taraflardan birinin menfaatinin, hiçbir haklı sebep olmaksızın diğerinin menfaatine tercih edilmesi anlamına gelir.

<sup>614</sup> Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 187; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 816.

<sup>615</sup> Eren, **Uygun İlliyyet**, s. 202; Tiftik, s. 157; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 816.

<sup>616</sup> Tiftik, s. 159-160.

yerine getirilmemesi sonucu zarar doğmuşsa bu zararının tazminini talep ve dava edebilir. Devamında elde edeceği ilama dayanarak cebri icraya da başvurabilir. Ayrıca karşılıklı borç yükleyen sözleşmede, borçlu temerrüde düşerse TBK m. 125, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı da tanımaktadır. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinde sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlar aynen ifa (ifa davası ve cebri icra), tazminat davası, sözleşmeden dönmedir<sup>617</sup>.

## A. Aynen İfa

### 1. Genel Olarak

Türk-İsviçre Hukukunda, sözleşmeye aykırılık hâlinde, ifa mümkün olduğu sürece birincil talep aynen ifadır<sup>618</sup>. Başka deyişle ifa mümkün olduğu sürece alacaklının, ifa yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme hakkı

<sup>617</sup> Türk Borçlar Kanununda bu genel sonuçlar dışında, bazı özel borç ihlallerine özel sonuçlar bağlanmıştır. Örneğin satış sözleşmesinde ayıplı ifa üzerine “satılanı ayıpsız misli ile değiştirme” (TBK m. 227/I, b. 2), “ayıp oranında bedelden indirim isteme” (TBK. m. 227/I, b. 2) ve “onarım isteme” (TBK m. 227/I, b. 3) gibi. Benzer şekilde özel kanunlarda da sözleşmeye aykırılık halinde ortaya çıkacak sonuçlar özel hükümlerle düzenlenmektedir.

<sup>618</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1197; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 330-331; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 405; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 920; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 779; von Tuhr, s. 551; Başak Başoğlu, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 69; Ece Baş, “**Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu**”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı Özel, Yıl: 2013, s. 629 vd.

Aynen ifa talebinin Roma Hukukundan doğmadığına, esasen sözleşmeye bağlılık ilkesinin uzantısı olarak kilise hukukunda geliştiğine ilişkin bkz. Atamer, **CISG**, s. 363; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 7 vd.; Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması, BK m. 138-Aşırı İfa Güçlüğü**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 6 vd.

Sözleşme hukukundaki uyumlaştırma çalışmalarında da aynen ifa birincil talep olarak kabul edilmiştir. Bu yönde: PICC m. 7.2.2: “*Borçlunun para borcu dışındaki bir borcu ifa etmemesi durumunda, alacaklı aynen ifayı talep edebilir. Meğerki: a) Hukuki veya fiili imkânsızlık mevcut olsun; b) İfa veya ifanın cebren icrasını sağlayan yollar makul olmayan çaba veya masraf gerektirsin; c) Alacaklı ifayı başka bir şekilde, makul olarak, temin edebilecek durumda olsun; d) İfa, sıkı surette şahsa bağlı nitelikte olsun; e) Alacaklı, sözleşmeye aykırılığı öğrendikten veya öğrenebilecek durumda olduktan sonra makul bir süre içerisinde ifayı talep etmesin*”; PECL m. 9.102: “*(1) Para borcu dışında bir borcun alacaklısı, ayıplı bir ifanın giderilmesi de dahil olmak üzere aynen ifa talebinde bulunabilir. (2) Bununla birlikte, aşağıdaki hallerde aynen ifa talebinde bulunulamaz: (a) İfanın imkansız veya hukuka aykırı olması; (b) İfanın, borçlu için makul olmayan çaba ve masraf gerektirmesi, (c) İfanın, kişisel özelliklere veya kişisel ilişkilere dayanan bir hizmet veya iş gerektirmesi; (d) Alacaklının, makul olarak ifayı başka bir kaynaktan temin edebilecek olması. (3) Alacaklı, sözleşmeye aykırılığı öğrendikten veya öğrenebilecek durumda olduktan sonra makul bir süre içerisinde aynen ifa talebinde bulunmazsa, bu talebi düşer.*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **CISG**, s. 323; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 251; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 332 vd.

bulunmamaktadır<sup>619</sup>. Aynen ifa talebi sözleşmeye aykırılığın yaptırımını değil, sözleşmeye bağlılık ilkesinin uzantısı olarak değerlendirilmektedir; talebin kaynağı ise taraflar arasındaki sözleşmedir<sup>620</sup>. Türk Borçlar Kanununda tüm sözleşmeye aykırılık hallerinde geçerli bir aynen ifa talebi açıkça düzenlenmemiştir. Sadece TBK m. 125'te tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde “*alacaklı her zaman borcun ifasını ....isteme hakkına sahiptir*” ifadesiyle aynen ifayı talep imkanı belirtilmiştir<sup>621</sup>.

Common law sisteminde ise sözleşmeye aykırılığın asli (birincil) sonucu tazminattır<sup>622</sup>; aynen ifa talebi istisnai olup somut olayda tazminat yaptırımını yeterli ya da uygun değilse gündeme gelmektedir<sup>623</sup>. Kıta Avrupası sistemine dahil olan Türk Hukukunda ticari işler bakımından Common law’a benzer bir yaklaşım benimsenmiş; belirli vadeli ticari satışlarda satıcının temerrüdü halinde, alıcının ifadan vazgeçerek tazminat isteyeceği varsayımı kabul edilmiştir (TBK m. 212/II)<sup>624</sup>.

İfa mümkünken kural aynen ifanın birincil talep olması ise de bazı hallerde alacaklı sadece tazminat isteyebilir. Özellikle ifa için borçlunun katlanmak zorunda kalacağı masraf ve zararlar, alacaklının elde edeceği menfaate oranla oldukça fazlaysa ifayı istemek dürüstlük kuralına aykırı sayılmaktadır<sup>625</sup>.

<sup>619</sup> Fakat bir kanun hükmüyle ya da tarafların anlaşmasıyla alacaklıya ifa yerine tazminat isteme ya da sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olabilir. Alacaklı, bu yetkilerden birini kullandıktan sonra artık ifa talep edemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1223 vd.; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 71.

<sup>620</sup> Atamer, **CISG**, s. 320. Karş. YHGK 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240.

<sup>621</sup> Ayrıca doktrinde, TBK m. 113'te yapma ve yapmama borçlarına ilişkin aynen ifa talebinin düzenlendiği ileri sürülmektedir. TBK m. 113'ün aynen ifa yaptırımını düzenlediği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 921 vd. Hükümde düzenlenen tazminat talebi olduğu yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1203. Tartışmalar için bkz. Aydınçık, s. 59 vd.

<sup>622</sup> Bu farklılığın tarihsel nedeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **CISG**, s. 319 vd.; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 27 vd.

<sup>623</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 332.

<sup>624</sup> Atamer, **CISG**, s. 322, dn. 217. Bununla birlikte, common law sisteminden farklı olarak alıcı dilerse aynen ifa talebinde ısrar edebilir (TBK m. 212/III). Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 163; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72-73; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 61. Hâkim, alıcının aksi yönde istemine rağmen, TBK m. 212/II gereği tazminata hükmedemez. Atamer, **CISG**, s. 321.

<sup>625</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1224 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 399, 407; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1149; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 780; von Tuhr/Escher, s. 87; Becker, **BK-OR**, Art. 97, N. 108. Sözleşmeden doğan bazı yan borçların ihlali halinde de ifa dâvası açılmayıp asli borcun kötü ifası sebebiyle tazminat talep edilebileceği yönünde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 408; von Tuhr/Escher, s. 86-87; Becker, **BK-OR**, Art. 97, N. 104; Barth, s. 62-63.

Aynen ifa talebinin zararı arttırmama külfetine aykırılık nedeniyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı da tartışmalıdır<sup>626</sup>. Yargıtay, aynen ifa talebinin sınırlandırılmasına tereddütle yaklaşmaktadır; alacaklının zamanaşımı süresi boyunca her zaman ifayı ve gecikme tazminatını talep edebileceğini, bu davranışın zararı arttırmama külfetine aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir<sup>627</sup>.

Türk Hukukunda alacaklının, borçluyu aynen ifaya zorlaması kural olarak mümkündür; ancak bu zorlama güç kullanarak hakkın bizzat elde edilmesi şeklinde gerçekleştirilemez. Borçlunun aynen ifaya zorlanabilmesi, alacaklının borçlu aleyhine açacağı ifa davası ve cebri icra prosedürü ile olur.

## 2. İfa Davası ve Cebri İcra<sup>628</sup>

Alacaklı ifa davasında borçlunun ifaya (bir şeyi vermeye, yapmaya ya da yapmamaya) mahkûm edilmesini ister<sup>629</sup>. Kural olarak, ifası mümkün ve muaccel olan her türlü edim için ifa davası açılabilir; hatta alacaklının başvurabileceği yegâne yol budur<sup>630</sup>. İfa davasının açılabilmesi için borçlunun kusuru ya da temerrüde düşmüş olması aranmaz.

İfa davası sonucu verilen ilâma rağmen borçlu ifada bulunmazsa alacaklı cebri icra yoluna başvurabilecektir. İcra İflas Kanunuyla düzenlenen ve ifanın Devlet zoruyla sağlanması anlamı taşıyan cebri icra, çalışmamızın kapsamını aştığından incelenmeyecektir<sup>631</sup>. Ancak yapma ve yapmama borçlarına aykırılık başlığı altında

<sup>626</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 334; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 407-408. Aynen ifanın talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde, çoğunlukla aşırı ifa güçlüğü de bulunacağı, sorunun TBK m. 138'in uygulanması suretiyle çözülebileceği yönünde: Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 149 vd.

<sup>627</sup> YHGK 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240, Kararda hakkın kötüye kullanılmış sayılması için kastın varlığı aranmıştır.

<sup>628</sup> İfa davası ve cebri icra, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İcra İflas Kanununda düzenlenmiştir, TBK kapsamına alınmamıştır.

<sup>629</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1217 vd.

<sup>630</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 405; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 779; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1219; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148-1149; von Tuhr/Escher, s. 86; Oser/Schönenberger, Art. 97-109, N. 2.

<sup>631</sup> Taşınır ve taşınmaz malların cebri icrası konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1231 vd.

belirttiğimiz üzere, katıldığımız görüş uyarınca yapma ve yapmama borçlarının cebri icrası mümkün değildir<sup>632</sup>.

## B. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeden dönme, sözleşenlerden birinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasıdır<sup>633</sup>. Başka deyişle dönme beyanının muhataba ulaşmasıyla, sözleşme hiç kurulmamışçasına taraflar sözleşme öncesi konumlarına (status quo ante) gelirler<sup>634</sup>.

Türk Borçlar Kanununun genel ve özel hükümlerinde, pek çok maddede sözleşmeden dönme hakkına yer verilmiştir. Ancak sözleşmeden dönmeyi sonuçları sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 125/III’te düzenlenmiştir. Bu nedenle buradaki sonuçların niteliğine ters düşmedikçe diğer hükümlerde öngörülen dönme hakları için de geçerli olacağı kabul edilmektedir<sup>635</sup>. TBK m. 125/III gereği henüz ifa edilmemiş borçlar sona erer, ifa edilen edimlerin iadesi istenebilir<sup>636</sup>; bu sonuç borçlunun kusuruna bağlı değildir<sup>637</sup>. Edimler kural olarak aynen iade edilir. Aynen iade mümkün değilse baskın görüş edimin parasal değerinin iadeye konu olacağını kabul etmektedir<sup>638</sup>.

<sup>632</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1237 vd. Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 921; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1153-1154; von Tuhr/Escher, s. 89 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 98, N. 1.

<sup>633</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1435 vd.; Buz, **Temerrüt**, s. 78 vd.

<sup>634</sup> Hatemi/Gökyayla, § 26 N. 88; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 13 vd.; Buz, **Temerrüt**, s. 78; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1245; Antalya, *Cilt V/1,3*, s. 502-503; Esser/Schmidt, s. 313; Furrer/Wey, **CHK-OR**, Art. 109, N. 10; Becker, **BK-OR**, Art. 109, N. 4; Ali Ahmet Genç, **Satıcının Ayrıptan Doğan Sorumluluğunda Alıcının Dönme Hakkının Sınırları (TBK-TKHK-CISG)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 20-21.

<sup>635</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1437; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 32.

<sup>636</sup> Gerek TBK m. 125/III’ün lafzından gerekse kısmi ifanın yanması başlığını taşıyan TBK m. 181’den anlaşılacağı üzere ifa edilen edimlerin iadesi zorunlu değildir.

<sup>637</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1687.

<sup>638</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 25, N. 1321; Weber, **BK-OR**, Art. 109, N. 80; Becker, **BK-OR**, Art. 109, N. 5-6; Furrer/Wey, **CHK-OR**, Art. 109, N. 19. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönünde: Feyzioğlu, *Cilt II*, s. 263. Aynen iade yapılamamasının MK m. 2 bağlamında dönme engeli oluşturabileceği yönünde: Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1440; Weber, **BK-OR**, Art. 109, N. 36. BGB § 346’da niteliği gereği aynen iadesi mümkün olmayan, işlenen, devredilen, hasara uğrayan ya da yok olan edimler yerine değerlerinin iadeye konu olacağı açıkça düzenlenmiştir.

Dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi, verilen edimlerin iadesinin hangi hukuki temele dayanacağı ve dönme ile hangi tür tazminatın istenebileceği konuları doktrinde oldukça tartışmalıdır<sup>639</sup>.

Klasik görüşteki yazarların büyük çoğunluğu sözleşmeden dönmeyle hukuki ilişkinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini, iade borçlarının ise sebepsiz zenginleşmeye dayandığını kabul eder<sup>640</sup>. Bu görüş içindeki bir başka yaklaşım (aynı etkili dönme kuramı), dönülen sözleşme uyarınca yapılan sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin hükümsüzleşeceğini, verilen şeylerin iadesinin de aynı hakka dayanacağını savunur<sup>641</sup>.

Yeni dönme teorisi olarak adlandırılan bir başka görüş dönme beyanı üzerine sözleşmesel ilişkinin içerik değiştirerek devam ettiğini, sözleşmeden doğan borçların tersine döndüğünü, dolayısıyla iadenin sebepsiz zenginleşmeye değil sözleşmesel temele dayandığını kabul etmektedir<sup>642</sup>.

Yasal borç ilişkisi görüşü ise dönme beyanıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini, iade yükümünün ise doğrudan kanundan kaynaklandığını ileri sürmektedir<sup>643</sup>. Başka deyişle taraflar arasında tasfiyeye yönelik yasal bir borç ilişkisi kurulmaktadır.

<sup>639</sup> Dönme teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 510 vd.; Genç, s. 29 vd.; M. Turgut Öz, “**Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılması**”, MHAD, Sayı: 16, Yıl: 1985, s. 133 vd.

<sup>640</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 504; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 952, 1160; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 415; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1690, N. 1699; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 931; von Tuhr/Escher, s. 155-156; Oser/Schönenberger, Art. 109, N. 2, N.5. Klasik görüş uyarınca sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır.

<sup>641</sup> Buz, **Temerrüt**, s. 139 vd.; Öz, **Klasik Dönme Kuramı**, s. 141 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 40 vd.; Weber, **BK-OR**, Art. 109, N. 42. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönmesinde Yargıtay, yapılan tasarruf işlemlerinin hükümsüzleşeceğine bu doğrultuda arsa payı devirlerinin geçersiz sayılacağına karar vermektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 23. HD, 1.10.2015, E. 2015/4794, K. 2015/6182.

<sup>642</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 962 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1248; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 78 vd., 505 vd.; Esser/Schmidt, s. 281; Schwenger, s. 478; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 109, N. 5 vd.; Huguenin, N. 960. Yeni dönme görüşünü kabul etmekle birlikte iade konusunda sebepsiz zenginleşmeye de başvurulabileceği yönünde: Hatemi/Gökyayla, § 26 N. 92; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 14. İsviçre Federal Mahkemesinin güncel içtihadında da yeni dönme görüşü kabul edilmektedir: BGE 114 II 157 vd. Yeni dönme görüşü uyarınca sözleşmeden dönme, değiştirici yenilik doğuran bir haktır.

<sup>643</sup> Becker, **BK-OR**, Art. 109, N. 4.

Kabul edilen görüş çerçevesinde iade taleplerinin tabi olacağı zamanaşımı süresi farklılaşacaktır<sup>644</sup>.

### C. Tazminat Davası

#### 1. Genel Olarak

Tazmin kelimesinin çoğulu olan tazminat, uğranılan zararın bir başkası tarafından karşılanmasıdır<sup>645</sup>. Haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumlulukta tazminat yükümlülüğü, zararı doğuran olay hiç gerçekleşmeseydi, zarar görenin içinde bulunacağı farazi durumun sağlanması için para ya da başka bir şeyin zarar görene verilmesidir<sup>646</sup>. Tazminat borcu haksız fiillerde asli, sözleşmelerde ise ikincil (tali) bir nitelik taşımaktadır<sup>647</sup>.

Doktrindeki hâkim görüş uyarınca tazminatın amacı cezalandırma ya da önlemeden ziyade zararın telafisidir; bu amaç tazminatla zenginleşme yasağının da

<sup>644</sup> Klasik görüşte iade taleplerinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını kabul edilirse, TBK m. 82 gereği dönme beyanından itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Fakat sebebe bağlı hukuki işlemlerde dönmenin tasarruf işlemi hükümsüzleştirdiği, bu nedenle iadenin aynı hakka dayandığı kabul edilirse herhangi bir zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre söz konusu olmayacaktır. Yeni dönme ve yasal borç ilişkisi görüşlerinde ise iade talepleri TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1690-1699; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1245 vd. Sebepsiz zenginleşme kabul edildiği halde on yıllık zamanaşımını uygulayan bir karar için bkz. Yarg. 8. HD., 13.7.2010, 1575/3921 (Lexpera).

<sup>645</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>646</sup> Maddi tazminata ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 471-472; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 253; Tiftik, s. 61; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 221; Saymen/Elbir, s. 490; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 581; Ataay, s. 102; Serozan, **Manevi Tazminat**, s. 70; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 192 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 863; Larenz, s. 426-427; von Tuhr/Peter, s. 114; Schwarz, s. 121; Glarner, s. 6 vd.; Oftinger/Stark, § 2, N. 66.

<sup>647</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 337.

kaynağını oluşturmaktadır<sup>648</sup>. Zarar, hükmedilecek tazminatın üst sınırı oluşturduğundan<sup>649</sup> önce zararın ardından tazminatın miktarı belirlenmelidir<sup>650</sup>.

## 2. Maddi Tazminatın Ödenme Biçimi

Gerek haksız fiilden gerekse sözleşmeden doğan sorumlulukta tazminatın ödenme biçimini başka deyişle zararın aynen ya da nakden tazmini yolunu, TBK m. 51 uyarınca hâkim belirleyecektir<sup>651</sup>. Türk-İsviçre Hukukunda, aynen ve nakden

<sup>648</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 581; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 234-235; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 366; Eren, **Borçlar Genel**, s. 864; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 529; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 337; Schwarz, s. 120; von Tuhr/Peter, s. 114; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 8; Becker, **BK-OR**, Art. 97, N. 26; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 10, N. 5, N. 14; Lühinger, N. 34; Esser/Schmidt, s. 169 vd. Tazminatın cezalandırma, önleme, hakkın devam ettirilmesi amaçları taşıdığına ilişkin doktrinde öne sürülen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33-36; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 221 vd.; Lange/Schiemann, s. 9-13.

Türk Hukukunda tazminatın telafi amacı taşıdığı kabul edilse de zarar miktarını aşan tazminatın talep edilebilmesini öngören MK m. 25/III, MK m. 995/I, TBK m. 355/III, FSEK m. 68, m. 70/III, İŞK m. 17, RKHK m. 58/II gibi hükümler de mevcuttur. Bu hükümlerin teknik anlamda cezalandırıcı tazminat mı medeni hukuk cezası mı olduğu hususundaki tartışmalar için bkz. M. Tarık Güleriyüz/Ayça Zorluoğlu Yılmaz, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 141, Yıl: Mart-Nisan 2019, s. 339 vd.; Kadir Emre Gökyayla, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal Fikri ve Sinaî Haklar Dergisi, Cilt:8, Sayı: 30, Yıl: 2012, s. 8.

<sup>649</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 583; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 347; Topuz, **Maddi Zarar**, s. 47; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 454; Eren, **Borçlar Genel**, s. 863-864; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33 vd.; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 131.2; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 430; Gündüz, s. 24-25; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 339; Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 43. Bu yönde bkz. Yarg. 10. HD., 12.11.2012, E. 2012/21455, K. 2012/21185 (YKD., 2013/7, s. 1404); Yarg. 21. HD., 27.05.2008, E. 2007/24424, K. 2008/8071 (YKD., 2009/1, s. 120).

<sup>650</sup> Fark ya da somut zarar teorileri çerçevesinde zarar miktarının belirlenmesinden sonra kusurun ağırlığı, zarar görenin birlikte kusuru, zarardan sorumlu olanın zor duruma düşecek olması gibi somut olaydaki indirim sebepleri dikkate alınarak hâkim tarafından tazminat miktarı takdir edilir. “Meydana gelen zarar” ile “tazmin edilecek zarar” ayırımına dikkat edilmesi gerektiği yönünde: Akünal, s. 16; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 62 vd.; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 339; Schwenzer, s. 97; Lange/Schiemann, s. 534 vd.; Keller/Schmied-Syz, s. 99. Uygulamada zarar miktarının belirlenmesi ve tazminat miktarının takdiri aşamaları arasındaki ayırımın yeterince göz önünde tutulmadığı yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 1; Oftinger/Stark, § 2, N. 81, Roberto, s. 270-271.

<sup>651</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 351; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.9; Eren, **Borçlar Genel**, s. 777; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 132 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 529. Tazminatın ödenme şeklini belirleme konusunda hâkime tanınan takdir yetkisinin somut olayın özelliklerini göz önünde tutma imkanı vermekle birlikte bazı sakıncalara yol açabileceği yönünde: Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 341, dn. 123; von Tuhr/Peter, s. 114, dn. 2. Aynen tazmin ve nakden tazmin dışında kalan, kararın yayımlanması gibi tazmin yollarının da bulunduğu yönünde: Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 21. TBK m. 51, hâkimin tazminatın ödenme biçimini belirlerken de durumun gereğini ve kusurun ağırlığını dikkate alacağını düzenlenmektedir. Ancak bu noktada kusurun ağırlığının nasıl dikkate alındığına ilişkin bir içtihat bulunmamaktadır. Kusurun ağırlığının tazminat türünü belirlemek için uygun bir kriter olmadığı yönünde Brunner, N. 202 vd.

tazmin arasında bir öncelik sırası belirlenmemiştir<sup>652</sup>. Bununla birlikte farklı hukuk sistemlerinde aynen tazmine öncelik tanınsa da uygulamada aynen tazminin mümkün olmaması ya da icra aşamasında doğabilecek zorluklar nedeniyle daha çok nakden tazmine gidildiği görülmektedir<sup>653</sup>.

#### a. Aynen Tazmin

Zararın para ödenmesi dışında herhangi bir yolla giderilmesi aynen tazmindir<sup>654</sup>. Beden bütünlüğünün ihlali halinde aynen tazmin olanağı yoktur; buna karşın eşyaya gelen hasardan doğan zararlarda<sup>655</sup> ve çevre zararlarında aynen tazmin özel bir önem taşır<sup>656</sup>.

Zarar görenin aynen tazmin yönündeki talebi mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır; ancak hâkim tazminatın şekline ilişkin bu taleple bağlı değildir<sup>657</sup>.

<sup>652</sup> İlk fıkrasında aynen tazminin ikinci fıkrasında nakden tazminin düzenlendiği BGB § 249, aynen tazmine öncelik vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schiemann, **Staudinger**, § 249, N. 178; Schwenzer, N. 15.01. M. Serkan Ergüne, “**Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hâllere Genel Bir Bakış**”, İKÜHFD, Cilt: 5, Yıl: 2006, s. 31 vd. Fransız hukukunda da aynen-nakden tazmin seçenekleri arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığı yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.9, dn. 14. Buna karşın Anglo-Amerikan Hukukunda nakden tazmine öncelik tanındığına ilişkin: Roberto, s. 135.

<sup>653</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 342; Schiemann, **Staudinger**, § 249, N. 178, N. 217 vd. Yarg 1. HD., 24.06.1999, E. 1999/6483 K. 1999/6882: “Uyuşmazlığa çözüm getirmekle görevli bulunan yargıç tarafların durumuna ve olayın özelliğine bakarak en elverişli tazmin şeklini seçmek durumundadır. Kuşkusuz çoğu zaman tazmin parayla olacaktır. Fakat gerektiğinde aynen tazmin yoluna da gidilebilecektir...”.

<sup>654</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 253; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 351. Farklı tanımlar için bkz. Ergüne, **Aynen Tazmin**, s. 32; Tiftik, s. 63; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 132; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 581. Yarg. 13. HD., 07.12. 1981, E. 1981/7372, K. 1981/7937: “O nedenle, BK m. 43/I’e göre, hâkim, aynen giderime de hükmetmek yolunda takdir yetkisine sahip olduğundan, davacının zararı için aynen giderime hükmederek kira sözleşmesinin konusunu oluşturan dükkânın ona teslimine karar verebilir.”

<sup>655</sup> Eşyanın yenisiyle değiştirilmesi yoluyla aynen tazminde, yeni eşya eskisine göre daha değerli olduğundan zarardan fazlasına hükmedileceği, bu nedenle aynen tazmine gidilmemesi gerektiği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 582. Karş. Baysal, **Haksız Fiil**, § 1, N. 5.13.

<sup>656</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 362; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 43 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.14. Çevre zararlarında aynen tazminin mümkün olup olmadığı konusunda bkz. Schiemann, **Staudinger**, § 249, N. 187.

<sup>657</sup> Hâkimin sadece zarar görenin talep ettiği tazminat miktarı ile bağlı olduğu, taraflar tazminat türüne ilişkin anlaşma yapmadıkça aynen ya da nakden tazmin istemiyle bağlı olmadığı yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 353; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 49; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 552; Saymen/Elbir, s. 492.

Özellikle aynen tazmin oldukça zorsa hâkim, sahip olduğu takdir yetkisi uyarınca nakden tazmine ya da kısmen aynen, kısmen nakden tazmine karar verebilir<sup>658</sup>.

## b. Nakden Tazmin

Zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalmanın parayla karşılanması nakden tazmindir<sup>659</sup>. Uygulamada genellikle tazminattan indirim sebeplerinin dikkate alınabilmesi, cebri icra aşamasındaki kolaylık, zarar görenin ödenen miktarı kullanma serbestisi gibi gerekçelerle nakden tazmin tercih edilmektedir<sup>660</sup>. Özellikle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta kural nakden tazmin olsa da alacaklının çıkarı gözetilerek aynen tazmine de hükmedilebilmektedir. Örneğin zarar görenin ihlal edilen sözleşme nedeniyle üçüncü bir kişiye karşı üstlendiği borcun, zarar veren tarafından ifasına karar verilmesi aynen tazmin oluşturur<sup>661</sup>.

Nakden tazminde, hâkim tazminatın sermaye veya irat şeklinde ödenmesine karar verebilir<sup>662</sup>. Uygulamada genellikle sermaye şeklinde ödemeye karar

<sup>658</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 353; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 581; Ergüne, **Aynen Tazmin**, s. 32-22. Yarg. 11. HD., 24.01.2002, E. 2001/10707 K. 2002/420: “Dava, haksız eylemden kaynaklanmakta olup, davacı taraftan terditli olarak açtığı işbu davada öncelikle aynen tazmine, bunun mümkün olmaması halinde tespit edilecek bedele hükmedilmesi talebinde bulunmuştur. Terditli davalarda mahkemece, ilk önce asıl talep hakkında inceleme yapılacak, asıl talep yerinde görülmez ise o zaman yardımcı talebin incelenmesine geçilecektir. Dava konusu olayda davalıya ait ruhsatlı sahadan izinsiz olarak alınıp tüketilen kömürlerin yerine aynı evsafa kömür verilebilmesi mümkün bulunduğundan BK.nun 43 ncü maddesi hükmüne davacının asıl talebi olan aynen tazmin talebinde yasaya aykırılık söz konusu değildir. Davacı taraf bütün aşamalarda aynen tazminin mümkün bulunduğunu belirterek aynen tazmine hükümlenmesini istemiştir. Mahkemece aynen tazmine karar verilmesi ve icra aşamasında bunun mümkün bulunmaması halinde İİK.nun 24 ncü maddesi hükmüne göre kömürlerin takip tarihindeki değerinin tahsili istenebilecek olduğuna göre, mahkemece kömürlerin hükme yakın bir tarihteki bedelinin tahsiline hükmedilmesi temyiz edenin sıfatına ve davadaki öncelikli talep olan aynen tazmin talebinin mümkün olmasına göre, bozma nedeni yapılamaz.”

<sup>659</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 548. Aynen-nakden tazmin ayrımını, zarara uğrayan şeyin fiili durumunun mu yoksa malvarlığındaki değer eksilmesinin mi esas alınacağı sorusundan hareketle değerlendiren görüş için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 38. Bu görüş uyarınca eşyaya gelen hasardan doğan zararda, hâkim onarım masraflarının ya da yenisinin alınması için gerekli paranın ödenmesine hükmederse aynen tazmin gerçekleşmiş olacaktır. Aksi yönde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 352.

<sup>660</sup> Brunner, N. 203-204; Cuendet, N. 482, 489. Özellikle daha elverişli sözleşme yapma fırsatının kaçırılması şeklinde ortaya çıkan olumsuz zararların aynen tazmini mümkün olmadığı yönünde: Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 342.

<sup>661</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 342. Ergüne, culpa in contrahendo sorumluluğunda (örneğin, hile veya tehdit sonucu bir başkasına karşı borç altına girme gibi) bu yöntemden yararlanılabileceğini savunmaktadır. Aynı yönde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 254; von Tuhr/Peter, s. 115, dn. 4; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 250, N. 13. Bunun bir nakden tazmin yolu olduğu yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 41-42

<sup>662</sup> Özellikle gelecekteki zararların karşılanmasında tazminatın irat şeklindeki ödenmesinin daha uygun olduğu yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 582-583. Çalışma gücünün

verildiğinden, zarar görenin eline geçen toplu parayı işletebileceği; bu durumun tazminatın belirlenmesinde dikkate alınarak “iskonto haddine göre” indirim yapılması gerektiği öne sürülmüştür<sup>663</sup>.

### 3. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Tazminat Talep Edebilecek Kişiler

Sözleşmenin nisbiliği ilkesine göre, sözleşme sadece alacaklı ile borçlu arasındaki bir bağıdır; bu nedenle, kural olarak üçüncü kişiler üzerinde bir etkisi yoktur<sup>664</sup>. Dolayısıyla da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebilecek kişi, kural olarak zarara uğrayan alacaklıdır. Başka deyişle üçüncü kişiler, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine

---

kaybından ya da azalmasından doğan zararların ve destekten yoksun kalma zararlarının irat şeklinde ödenebileceği yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 204; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 356; Y. 4. HD, 27.11.1984, E. 1984/7883 K. 1984/8795: “*Bilindiği gibi gerek BK.nun 45. maddesinde düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatının, gerekse aynı Kanunun 46. maddesinde düzenlenen cismani zarara uğrama halinde hükmedilecek tazminatın, toptan ve sermaye şeklinde verilmesi mümkün olduğu gibi, aylık ve yıllık iratlar şeklinde tespiti de mümkündür. BK.nun 43. maddesiyle, bazı kanunlardan farklı olarak, bu konuda da kesin bir vaziyet almadan destekten yoksun kalma tazminatının veya cismani zarar halinde hükmedilecek tazminatın şeklinin tayinini hâkimin takdirine bırakmıştır.*”

Hâkimin tazminatın irat ya da sermaye şeklinde ödenmesine karar verirken zarar görenin tercihini dikkate alması gerektiği yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.19; İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki içtihadı için bkz. BGE 125 II 312.

<sup>663</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 581; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 205; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 129.5; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 358. YHGK, 21.3.1990, E. 1989/4-586 K. 1990/199: “*Bilindiği gibi iskonto oranının kabulü, tazminatın sermaye olarak belirlenmesinin bir sonucudur. Çünkü bu tür tazminat türünde, davacılar yıllar sonra elde edecekleri destek yardımını peşin sermaye olarak alma imkânını elde etmektedirler. Peşin ve sermaye olarak alınan bu miktardan bir indirimin yapılmadığı takdirde ise tazminat hukukunun, tazminatın hiçbir zaman zarardan fazla olamayacağı ilkesine ters bir durum meydana gelecek, tazminat zarar aşar durumuna girecektir. Sorun bu iskonto oranının ne olacağındadır. Bugün ilke genelinde mevduat faizlerinin vardığı düzey ve destek tazminatın belirlenmesine hâkim olan temel ilkeler göz önünde tutulduğunda, iskonto oranında denklik kuralı gereği ücret artış oranı gibi % 10 olması gerektiği görüşü, çoğunluk görüşü olarak belirlenmiştir.*” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise iskonto oranını %10 değil %5 olarak uygulamaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 10. HD, 13.11.2017, E. 2015/19507 K. 2017/7826. Aksi yönde bir uygulama için bkz. Yarg. 17. HD, 21.1.2016, E. 2014/25215, K. 2016/734. Yargıtay uygulamasındaki bu tutarsızlık tazminat hesaplaması yönünden hukuk güvenliğini tehdit eder niteliktedir. Yapılan artırımın ve indirimin hukuki dayanağı bulunmadığı, yanlış bir uygulama olduğu yönünde katıldığımız görüş için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.19.

<sup>664</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 60; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 23; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 96; Schwenzer, N. 4.06-4.07; Weber, **BK-OR**, Art. 97, N. 275, 277; von Tuhr/Escher, s. 236. Türk-İsviçre Hukuklarında sözleşmenin nisbiliğine dair açık hüküm bulunmaması da genel bir ilke olarak kabul edildiği yönünde: Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 85; von Tuhr/Escher, s. 237; Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 14. Alman Hukukunda ise sözleşmenin nisbiliği ilkesi, Alman Medeni Kanununun 241. Maddesine dayandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karabağ Bulut, s. 14.

göre tazminat talep edemeyecek; zararları doğmuşsa haksız fiilden sorumluluğu çerçevesinde tazminat isteyebileceklerdir.

Türk- İsviçre Borçlar Hukukuna hâkim olan sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu başlık altında, nisbilik ilkesinin istisnaları olan tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, üçüncü kişilere sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etme yetkisi tanınıp tanınmadığı incelenecektir<sup>665</sup>.

#### a. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Bir borç ilişkisinde borçlunun, sözleşme tarafı veya temsilcisi olmayan kişiye ifa ile yükümlü tutulduğu hallerde üçüncü kişi yararına sözleşme gündeme gelir<sup>666</sup>. Diğer bir ifadeyle, alacaklı (vaat ettiren) ve borçlu (vaat eden), ifa edilecek edimden üçüncü kişinin de (lehtarın) yararlanabileceğini kararlaştırmaktadırlar. Üçüncü kişi yararına sözleşme genellikle tarafların anlaşmasıyla ortaya çıksa da kanundan veya istisnaen tek taraflı bir hukuki işlemde doğması da mümkündür<sup>667</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 129'da (OR Art. 112) hüküm altına alınan üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişinin sahip olduğu yetkilere göre, iki farklı şekilde düzenlenebilir. İlkinde, üçüncü kişi (lehtar) borçluya (vaat edene) karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip değildir; sadece kendisine yapılacak ifayı kabul

<sup>665</sup> Türk Hukukunda her bir sözleşmeye aykırılık hali ve uygulanacak yaptırımlar farklı koşul ve sonuçlara tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte yaptırımlar genel itibariyle aynen ifa talebi, diğer seçimlik hakların kullanılması ve tazminattır. Üçüncü kişi yararına veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, sözleşmeye aykırılıktan doğan haklara kimin, ne ölçüde sahip olacağı ve bunları kime karşı kullanacağını tüm olasılıklar açısından değerlendirilmesi çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bu nedenle aşağıda yalnızca tazminat talebi açısından hak sahibi incelenecektir.

<sup>666</sup> Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 9; Ayşen Çilenti Konuralp, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 5; Yavuz Can Aslan, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 45-47; Dilşah Buşra Kartal, **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 5-6; Becker, **BK-OR**, Art. 112, N. 1; Huguenin, N. 1119; Fikentscher/Heinemann, 2017, s. 181; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 474; von Tuhr/Escher, s. 236-237. Yargıtay kararlarında da benzer tanımlara yer verilmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., 9.7.2018, E. 2016/13448, K. 2018/5013: "*Bir sözleşmede ifanın taraflarca üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırılmasına, üçüncü kişi yararına sözleşme denir.*"; Yarg. 13. HD., 26.6.1990, E. 1990/4646, K. 1990/4682 (Kazancı).

<sup>667</sup> Örneğin, hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettiren, sözleşme kurulduktan sonra tek taraflı irade beyanı ile lehtar tayin etme hakkını haizdir (TTK m. 1493). Ayrıntılı bilgi için bkz. Çilenti Konuralp, s. 29; Kartal, s. 61; Kemal Şenocak, **Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 47.

yetkisi bulunmaktadır. Esasen sözleşmenin nisbiliği ilkesine istisna oluşturmayan bu durum doktrinde “eksik üçüncü kişi yararına sözleşme” şeklinde ifade edilmektedir<sup>668</sup>. İkinci olasılıkta, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede, üçüncü kişinin bizzat borçluya yöneltebileceği bir alacak hakkı bulunmaktadır; nisbilik ilkesinin istisnası olan bu durum ise tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak anılmaktadır<sup>669</sup>. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafları alacaklı ile borçludur; üçüncü kişiye tanınan alacak hakkı dışında, sözleşme yine tarafları arasında hüküm ifade eder<sup>670</sup>.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece<sup>671</sup>, üçüncü kişi borçludan edimin ifasını ya da bu edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlarının tazminini talep edebilecektir<sup>672</sup>.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişinin alacak hakkının bulunmaması, sözleşmeye aykırılık noktasında önem kazanmaktadır. Asli edimi talep hakkı olmayan üçüncü kişinin, sözleşmeye aykırılıktan doğan talepleri (aynen ifa, tazminat veya diğer seçimlik haklara ilişkin talepler) ileri sürememesi esastır. Sözleşmeye aykırılıktan doğacak tüm talepleri ileri sürebilecek kişi, sözleşmenin tarafı

---

<sup>668</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 28 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 219-220; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1247 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1267; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 729-730; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 12; Çilenti Konuralp, s. 36; Kartal, s. 60; Aslan, s. 73; Schwenger, N. 86.08; von Tuhr, s. 716; Guhl/Koller/Schnyder/Druet, s. 172; von Büren, s. 180; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 476; Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 7; Huguenin, N. 1133; Rainer Gonzenbach/Corinne Zellweger-Gutknecht: **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, Art. 112, N. 13.

<sup>669</sup> Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 12; Çilenti Konuralp, s. 35; Kartal, s. 51-52; Aslan, s. 75 vd.; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 3, N. 4; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 220; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1261; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1273; von Tuhr, s. 717; von Büren, s. 181; von Tuhr/Escher, s. 237; Schwenger, N.86.07; Guhl/Koller/Schnyder/Druet, s. 174; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 474; Huguenin, N. 1137; Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 6; Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht, **BSK-OR**, Art. 112, N. 14.

<sup>670</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 30; Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 12; Çilenti Konuralp, s. 35; Kartal, s. 52; Aslan, s. 75-76.

<sup>671</sup> Eğer kanunun emredici bir hükmü gereği üçüncü kişiye alacak hakkı tanındıysa tarafların borca aykırılığa ilişkin aksi yöndeki anlaşmaları geçerli olmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kartal, s. 247; Patrick Krauskopf, **Der Vertrag zugunsten Dritter**, Universitätsverlag, Freiburg, 2000, N. 1025.

<sup>672</sup> Akyol, **Üçüncü Şahıs**, s. 211; Çilenti Konuralp, s. 129; Kartal, s. 245; Aslan, s. 136; Koller, **Genugtuung**, N. 374, 381; Schwenger, N. 86.25. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, gereği gibi yerine getirilmeyen bir edime ilişkin üçüncü kişinin ücretsiz onarım, ayıpsız misliyle değişim, kaim değeri talep etme veya sözleşmeden dönme gibi seçimlik hakları kullanıp kullanamayacağı ise tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kartal, s. 256 vd.

olan alacaklıdır; bu açıdan üçüncü kişi, alacaklıya ve onun iradesine bağımlıdır<sup>673</sup>. Üçüncü kişi, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle (maddi veya manevi) zarara uğrasa bile, ancak haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine başvurarak tazminat talep edebilecektir<sup>674</sup>. Doktrinde bazı yazarlar ise, üçüncü kişinin uğradığı zararların tazmini için haksız fiil hükümlerinin yeterli olmadığını, borçlu ile arasındaki sözleşmesel bağlantı<sup>675</sup> nedeniyle onun da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanabilmesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>676</sup>. Kanaatimizce bu görüş, yasal bir dayanaktan yoksundur<sup>677</sup>. TBK m. 129, üçüncü kişi yararına sözleşme türleri arasında ayırım yapmış; sadece tam üçüncü kişi yararına sözleşmeyi nisbilik ilkesinin istisnası olarak kabul etmiştir. Taraflar, üçüncü kişinin sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde korunmasını amaçlarsa, tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapabileceklerdir. Şu hâlde, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme yapıldıysa, üçüncü kişi koşulları gerçekleştiğinde haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edebilmelidir. Kural bu olmakla beraber, kesin bir ifadeyle üçüncü kişinin hiçbir talep hakkının olmadığını söylenmesi yerinde değildir. Nitekim, taraflar asli edim yönünden eksik; yan edimler veya sözleşmeye aykırılık yönünden tam üçüncü kişi yararına sözleşme düzenleyebilirler<sup>678</sup>.

Alacaklının borçludan, üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edip edemeyeceği sorusuna gerek eksik gerekse tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, çoğunlukla olumlu yanıt verilmektedir<sup>679</sup>. Şu durumda tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılıktan doğan zararının giderilmesini hem üçüncü kişi bizzat hem alacaklı üçüncü kişi lehine, borçludan talep edebilecektir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü

---

<sup>673</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1272; Kartal, s. 246; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 476; Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 7, N. 140; Huguenin, N. 1133; Oser/Schönenberger, Art. 112, N. 13.

<sup>674</sup> Kartal, s. 246-247; Becker, **BK-OR**, Art. 112, N. 23.

<sup>675</sup> Borçlu ile üçüncü kişi arasında sözleşmeye benzer ilişki bulunduğu yönünde: Krauskopf, N. 762 vd.

<sup>676</sup> Krauskopf, N. 762, 813; Koller, **Genugtuung**, N. 376; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 4014; Oftinger/Stark, s. 686.

<sup>677</sup> Aynı yönde: Genç Arıdemir, s. 238-239.

<sup>678</sup> Krauskopf, N. 1025.

<sup>679</sup> Öz, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 129, N. 52; Schlechtriem/SchmidtKessel, N. 729. Aksi yöndeki görüş ise üçüncü kişinin uğradığı (maddi veya manevi) zararın tazmininde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinden yararlanmak için alacaklıyı yetkili kılmanın kanuna uygun olmadığını savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Genç Arıdemir, s. 239-240; Oser/Schönenberger, Art. 112, N. 5; Koller, **Genugtuung**, N. 378.

kişinin sözleşmeye aykırılıktan doğan zararının giderilmesini alacaklı talep edebilecektir<sup>680</sup>.

### b. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan fakat sözleşmeye aykırılık sonucu zarar gören üçüncü kişilerin, edime yakınlıkları nedeniyle sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazminat talebinde bulunabilmesini sağlayan bir hukuki kurumdur<sup>681</sup>. Bu yönüyle, üçüncü kişi yararına sözleşmeye benzer şekilde nisbilik prensibine istisna getirmektedir<sup>682</sup>.

İlk olarak Alman Hukukunda ortaya çıkan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı, zamanla Türk-İsviçre Hukuklarında da kabul görmüştür<sup>683</sup>. Türk Hukukunda henüz yasal bir düzenlemesi bulunmayan kavram, içtihatlar ve doktrindeki görüşler çerçevesinde gelişmiştir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>684</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağı, kaynağını MK m. 2’de bulan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisidir<sup>685</sup>.

<sup>680</sup> Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht, **BSK-OR**, Art. 112, N. 13; Huguenin, N. 1122; von Tuhr/Escher, s. 237; Becker, **BK-OR**, Art. 112, N. 12. Üçüncü kişinin özel sözleşmesel ilişki nedeniyle, sözleşmeye aykırılık halinde borçluya başvurup uğradığı zararın tazminini talep edebileceği yönündeki görüş için bkz. Krauskopf, N. 813; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 4014.

<sup>681</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1274 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1279-1280; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 32 vd.; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, §19, N. 3; Akyol, **Üçüncü Şahıs** s. 51 vd.; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 5; Karabağ Bulut, s. 13; Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 87; Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht, **BSK-OR**, Art. 112, N. 22-23; Huguenin, N. 1148-1149; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 484-485.

<sup>682</sup> Karabağ Bulut, s. 13; Krauskopf, N. 99.

<sup>683</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 32; Karabağ Bulut, s. 14-15. İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunu açıkça kabul veya reddetmemekte, bazı uyumsuzluklarda üçüncü kişilerin zararlarını sözleşme hükümlerine göre tazmin edebilecekleri sonucuna varmaktadır. Bu konuda bkz. Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 87; Gonzenbach, **BSK-OR**, Art. 112, N. 23.

<sup>684</sup> Doktrindeki diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Karabağ Bulut, s. 25 vd.; Atamer, **Sözleşmesel Sorumluluk**, 108-114.

<sup>685</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 21; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 165; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 45; Karabağ Bulut, s. 94. Yargıtay da tüpgaz kararı olarak anılan YHGK, 6.5.1992, E. 1992/13-213, K. 1992/315 sayılı kararında bu görüşe katılmıştır: “...İşte koruma yükümleri sayesinde, borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile birtakım üçüncü kişiler arasında da hiçbir edim yükümü ihtiva etmeyen sadece koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi oluşur. Bir başka ifadeyle, söz konusu borç ilişkisi üçüncü şahıslar üzerinde tesir icra eden, üçüncü şahsı koruyucu

Belirtmek gerekir ki üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme her zaman değil, belirli şartların gerçekleşmesi halinde gündeme gelmektedir. İlk şart üçüncü kişinin sözleşmeden doğan edime yakın olmasıdır. İkinci şart, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının haklı bir menfaatinin bulunmasıdır. Ayrıca üçüncü kişinin edime yakınlığının ve alacaklının onun korunmasındaki menfaatinin borçlu tarafından öngörülebilir olması gerekir. Son olarak üçüncü kişinin korunma ihtiyacının olması gerekir<sup>686</sup>. Doktrinde belirtilen bu şartları taşıyan üçüncü kişiler, borçlunun koruma yükümlülüğüne aykırı davranması yüzünden zarara uğrarsa, kıyasen uygulanacak sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre (maddi veya manevi) tazminat talep edebileceklerdir<sup>687</sup>. Şartları taşımayanlar ise koşulları gerçekleştiğinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine dayanabileceklerdir<sup>688</sup>.

### c. Üçüncü Kişinin Zararını Tazmin

Tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan borcun ihlali nedeniyle, üçüncü kişinin gördüğü zararın, sözleşme hükümleri çerçevesinde tazmin edilmesini amaçlayan kurumlardan biri de üçüncü şahsın zararını tazmindir (drittschadensliquadition)<sup>689</sup>. Borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle esasen alacaklının zarara uğraması gerekirken bazen üçüncü bir kişi zarara uğramaktadır. Aslında, mutlak hakkı veya belirli bir hukuk normu tarafından korunan menfaati zarar gören üçüncü kişi, haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir. Ancak salt malvarlığı zararı doğmuşsa, üçüncü kişi bu zarara katlanmak zorunda kalmaktadır<sup>690</sup>. Zarara uğrayan üçüncü kişinin alacaklıya nazaran daha az korunması, hatta bazen zarara katlanmak zorunda kalması hakkaniyete aykırı bulunarak üçüncü şahsın zararını tazmin kurumu

---

*etki doğuran bir borç ilişkisidir ve bu borç ilişkisinin kaynağı MK. nun 2. maddesidir...*” (YKD, C. 18, S. 8, Ağustos 1992, s. 1176-1179, s. 1178). Ayrıca bkz. § 2, I, B, 4, d.

<sup>686</sup> Atamer, **Sözleşmesel Sorumluluk**, s. 115-118; Karabağ Bulut, s. 99 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 2, N. 37; Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht, **BSK-OR**, Art. 112, N. 22; Weber, **BK-OR**, Art. 112, N. 87.

<sup>687</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 42; Koller, **Genugtuung**, N. 385; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 3. Karş. Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N. 15-16.

<sup>688</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 35.

<sup>689</sup> Atamer, **Sözleşmesel Sorumluluk**, s. 120; Karabağ Bulut, s. 20; Krauskopf, N. 105.

<sup>690</sup> Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 147; Karabağ Bulut, s. 20-21; Larenz, **Schuldrechts**, s. 459-460.

geliştirilmiştir. Şu hâlde, üçüncü kişinin zararını tazmin kurumunun uygulama alanı bulunduğu hallerde, zarar gören ile talep hakkı sahibi özdeş değildir<sup>691</sup>.

Üçüncü şahsın zararını tazmin her durumda uygulama alanı bulmaz; doktrinde sadece belli hukuki problemlere hasredilmiştir<sup>692</sup>. Üçüncü kişinin zararını tazmin kurumunun gündeme geldiği hallerden biri dolaylı temsilde, temsil olunan kişinin kendi hesabına kurulan sözleşmeye aykırı davranılması nedeniyle zarar görmesidir<sup>693</sup>. Dolaylı temsilcinin açacağı dava, zarar şartı bulunmadığından; temsil olunanın açacağı dava ise sözleşmeye taraf olmadığından reddedilecektir. Bu sonuç, sözleşmeye aykırı davranan sözleşmenin sorumluluktan kurtulması gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracağından üçüncü kişinin zararını tazmin yoluna başvurulmaktadır<sup>694</sup>.

Bir başka örnek, mülkiyetin devrinden önce hasar ve yararın karşı tarafa geçtiği durumlarda, zarar verene karşı hasarı üstlenenin tazminat talebinde bulunabilmesidir<sup>695</sup>. TBK m. 208/III'e göre, alıcının isteği üzerine, satıcının malı ifa yerinden başka bir yere göndermek üzere taşıyıcıya teslim etmesiyle, hasar ve yarar alıcıya geçmektedir. Mülkiyet alıcıya geçmeden önce mal hasara uğradığında, satıcı kusuru bulunmuyorsa bundan sorumlu tutulamayacağından, zarara alıcı katlanacaktır<sup>696</sup>. Alıcı, sadece mülkiyetin kendisine devrine ilişkin alacak hakkına sahip olduğundan, zarar verenden uğradığı zararın tazminini talep edemeyecektir<sup>697</sup>. Öte yandan satıcı da malik olmasına rağmen, hasar geçtiği için zarara uğramamış

<sup>691</sup> Atamer, *Sözleşmesel Sorumluluk*, s. 120; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 862; Karabağ Bulut, s. 21; Larenz, *Schuldrechts*, s. 462 vd.

<sup>692</sup> Üçüncü kişinin zararını tazminin söz konusu olabileceği diğer haller için bkz. Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 128 vd.; Atamer, *Sözleşmesel Sorumluluk*, s. 121; Karabağ Bulut, s. 21; Christian Armbrüster, "Drittschäden und vertragliche Haftung", recht- Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1993, s. 86-87.

<sup>693</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 862; Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 129 vd.; Atamer, *Sözleşmesel Sorumluluk*, s. 121; Larenz, *Schuldrecht*, s. 465 vd.

<sup>694</sup> Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 132.

<sup>695</sup> Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 141; Atamer, *Sözleşmesel Sorumluluk*, s. 121; Karabağ Bulut, s. 21. Bu konuda doktrinde verilen tipik örnek, EBK m. 183'e göre hasar ve yararın satış sözleşmesinin kurulmasıyla alıcıya geçtiği hallerde, alıcının mülkiyet devredilmeden önce gerçekleşen zararın tazminini zarar verenden talep etmesiydi. Ancak TBK m. 208 satış sözleşmesinde hasar ve yararın geçişini kural olarak taşınırlarda zilyetliğin devri ve taşınmazlarda tescile bağladığından bu örneğin uygulama alanı kalmamıştır. TBK m. 208/III kapsamına giren hallerde ise bu imkân hala geçerlidir.

<sup>696</sup> Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 141.

<sup>697</sup> Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 141-142

olacak ve kendisi de tazminat talebinde bulunamayacaktır<sup>698</sup>. Bu halde, üçüncü kişinin zararını tazmin kurumu sayesinde alıcının uğradığı zararın tazmin edilmesi mümkün hale gelmektedir<sup>699</sup>.

## VI. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması

Zararın tazmini için birden çok sorumluluk sebebine dayanılabilmesi mümkündür<sup>700</sup>. Örneğin sorumluluk sebebi aynı anda hem haksız fiil hem sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir. Benzer şekilde davranış hem kusur sorumluluğu hem kusursuz sorumluluk ya da iki ayrı kusursuz sorumluluk hali oluşturabilir. Bu durumda zararın tazmini için nasıl bir talepte bulunulacağı, doktrinde yoğun şekilde eleştirilen ve uygulanabilirliği sorgulanan TBK m. 60'ta sebeplerin yarışması başlığıyla kaleme alınmıştır. Widmer/Wessner Tasarısı Art. 53'ten<sup>701</sup> esinlenilerek kaleme alınsa da TBK m. 60'ta geçen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ibaresi oldukça tartışmalı bir farklılık yaratmaktadır<sup>702</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33'te düzenlenen “hâkim, hukuku re'sen uygular (iura novit curia)” ilkesi gereği hâkim, tarafların dayandığı hukuki sebeple bağlı değildir. Eş deyişle hukuki nitelendirmeyi yaparak somut olayda hangi hukuk

<sup>698</sup> Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 142; Armbrüster, s. 86.

<sup>699</sup> Tazminat talebini alacaklının mı yoksa üçüncü kişinin mi ileri sürebileceği hususu doktrinde tartışmalıdır. İleri sürülen görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 324 vd., 342 vd.

<sup>700</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 823; Hatemi/Gökyayla, s. 281; Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 226; Öz, **Yenilikler**, s. 11; Vedat Buz, “**Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK md. 60 Üzerine Düşünceler**”, BATİDER, Cilt: XXIX, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 22 vd.; Burak Türk/Çiğdem Yılmaz, “**Türk Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması**”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 372 vd. Yarışma sorununu kanun hükmüyle çözmeye çalışmanın sakıncalarına ilişkin bkz. Buz, **TBK m. 60**, s. 30.

<sup>701</sup> “*Häufung von Haftungsgründen (Sorumlulukların Yarışması)*” başlıklı Tasarı Art. 53 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Ist eine Person für ein und denselben Schaden aus verschiedenen Haftungsgründen verantwortlich, so wendet das Gericht diejenigen Bestimmungen an, welche der geschädigten Person den bestmöglichen Ersatz verschaffen, es sei denn, das Gesetz erkläre ausdrücklich eine der Bestimmungen für ausschliesslich anwendbar*”. (Bir kişinin aynı zarardan sorumluluğu farklı nedenlere dayandırılabiliriyorsa, kanunda hükümlerden bazılarının münhasır uygulanacağı açıkça belirtilmedikçe, mahkeme zarar görene en uygun tazminat imkânı sağlayacak hükümleri uygular.”).

<sup>702</sup> Hükmün detaylı açıklaması ve eleştirisi için bkz. Buz, **TBK m. 60**, s. 22, 42 vd. Eleştirilerin yoğunlaştığı bir başka husus, Art. 53'ün Tasarıdaki diğer hükümlerle sistemsel bir bütünlük oluşturduğu; benzer düzenlemelere yer verilmeyen Türk Borçlar Kanununda ise m. 60'ın anlamsız ve işlevsiz olduğudur. Baysal, TBK m. 60 hükmünü “*müzede var olan klasik bir resmin üzerine boya atılması*” şeklinde betimlemiştir: Baysal, **Haksız Fiil**, § 7, N. 7.1, dn. 3.

kuralının uygulanacağını bulmak görev ve yetkisi hâkime aittir<sup>703</sup>. Ancak TBK m. 60 gereği sorumluluk sebeplerinin çokluğunda, hâkimin en iyi giderim imkânını sağlayan sebebe göre karar verebilmesi için “zarar görenin aksini istememiş olması”<sup>704</sup> gerekir. Eklenen bu ibare, zarar görenin hukuki sebebi nitelendirmesine sonuç bağladığından HMK m. 33 ile bağdaşmamaktadır<sup>705</sup>. Hükmün uygulanması noktasında doktrinde karşıt iki görüş bulunmaktadır. TBK m. 60’ın lafzını esas alan görüş uyarınca, zarar gören davasını dayandığı esas açıkça ve sınırlı şekilde belirlemişse, hâkim bunu kural olarak dikkate almak zorundadır<sup>706</sup>. Katıldığımız diğer görüş ise TBK m. 60’ın, “hâkim hukuku re’sen uygular” şeklindeki temel usul hukuku ilkesini etkisizleştiremeyeceğini ya da sınırlandıramayacağını, bu nedenle uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır<sup>707</sup>.

Bir olayın birden fazla hukuk kuralının uygulama alanına girmesi durumunda, kuralların birbiriyle ilişkisi taleplerin yığılması<sup>708</sup>, seçimlik yarışma<sup>709</sup>, talep temelleri

<sup>703</sup> Buz, **TBK m. 60**, s. 52-53; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 795; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1146 vd.; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, **Medeni Usul Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 89-90.

<sup>704</sup> “Zarar görenin aksini istememiş olması” şeklindeki ibare sorumluluk sebebinin belirlenmesine ilişkindir; zarar görenin talep sonucuna (tazminata) veya miktarına dair bir düzenleme değildir. Bu nedenle TBK m. 60, taleple bağıllık ilkesini (HMK m. 26) vurgulayan bir hüküm olarak nitelendirilemez. Bu yönde bkz. Buz, **TBK m. 60**, s. 51; Baysal, **Haksız Fiil**, § 7, N. 7.7; Muhammed Şamil Memiş/Çiğdem Yılmaz, “**Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi Kapsamında Sebeplerin Yarışması Hükmünün Değerlendirilmesi**”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 358 vd.

<sup>705</sup> Buz, **TBK m. 60**, s. 50-51; Baysal, **Haksız Fiil**, § 7, N. 7.5; Memiş/Yılmaz, s. 359-360.

<sup>706</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 828-830. Örneğin kiracı kiradığı evdeki fayansları kırmışsa, zarar gören hem haksız fiile hem borca aykırılığa dayanarak tazminat talep edebilecektir. Bu bağlamda zarar gören dava dilekçesinde sadece tazminat isteğinden söz etmişse, hâkim TBK m. 60 uyarınca somut olayda hangi hükümler zarar görenin daha lehine ise ona göre karar vermelidir. Ancak, zarar gören özellikle haksız fiil hükümlerine göre tazminat istediğini beyan etmişse, hâkim zarar gören için daha elverişli olduğunu belirlese de sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde karar veremez.

<sup>707</sup> Buz, **TBK m. 60**, s. 53; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 5, N. 60; Baysal, **Haksız Fiil**, § 7, N. 7.7; Memiş/Yılmaz, s. 363 vd.; Ece Baş Süzel, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Menfaat Devri Yaptırımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 247.

<sup>708</sup> Taleplerin yığılması (kümülatif yarışma), aynı olay (ya da olgu) sebebiyle ortaya çıkan farklı nitelikteki taleplerin bir arada ileri sürülebilmesini ifade etmektedir. Örneğin aynı olay hem maddi hem manevi zarara yol açıp TBK m. 49 ve m. 58’in birlikte uygulanmasını gerektirebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, § 5, N. 58; Buz, **TBK m. 60**, s. 24; Ömer Faruk Karacabey, “**Hakların Yarışması**”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, Yıl: 1980, s. 672.

<sup>709</sup> Seçimlik (alternatif) yarışma, aynı olay sebebiyle ortaya çıkan farklı nitelikteki haklardan sadece birinin hak sahibi tarafından kullanılmasıyla diğerlerinin tükenmesini ifade etmektedir. Örneğin ayıptan doğan haklardan birinin kullanılması ile diğerleri sona erer (TBK m. 227). Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, § 5, N. 59; Buz, **TBK m. 60**, s. 24; Karacabey, s. 670.

yarışması ve dışlama<sup>710</sup> şeklinde ortaya çıkabilir<sup>711</sup>. TBK m. 60 hükmünde “en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebinden” bahsedilmiş; başka deyişle talep temelleri yarışması ele alınmıştır<sup>712</sup>.

Talep temellerinin yarışmasının klasik örneği haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarının yarışmasıdır. Borçlunun zarar görenle arasındaki sözleşmeye aykırı davranışı, aynı zamanda genel bir davranış kuralının ihlali niteliğindeyse, aynı olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluk hem haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkacaktır<sup>713</sup>. Bu durumda yarışmanın varlığı doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>714</sup>. Belirtmek gerekir ki talep temelleri yarışmasında zarar yalnızca bir kere telafi edilecektir; diğer deyişle, aynı zarar farklı sebeplere dayanılarak iki kere tazmin ettiremeyecektir<sup>715</sup>. Aksinin kabulü, tazminatın telafi

<sup>710</sup> Dışlama, aynı olaya uygulanabilecek özel kuralın genel kuralı ya da yeni kuralın eski kuralı saf dışı bırakmasıdır. Bkz. Buz, **TBK m. 60**, s. 23.

<sup>711</sup> Serozan, **Medeni Hukuk**, § 5, N. 58 vd.; Buz, **TBK m. 60**, s. 23 vd. Antalya/Topuz, s. 584-589; Karacabey, s. 668.

<sup>712</sup> Serozan, **Medeni Hukuk**, § 5, N. 60; Doktrinde, talep temellerinin yarışıp yarışmadığını anlamak için öngörülen bir ölçüte göre nimet-külfet dengesine bakılmalı, sorumluluk gerekleri ağır ama sonuçları daha avantajlı kural ile sorumluluk gerekleri hafif ama sonuçları daha az avantajlı kuralın yarışacağı kabul edilmelidir: Baş Süzel, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 245-246.

<sup>713</sup> Örneğin hizmet sözleşmesinde işveren, işçiyi sağlığını bozucu şartlar altında çalışmaya zorlarsa ya da kira sözleşmesinde kiracı, kiraladığı evin fayanslarını kırarsa aynı durumla karşılaşılır. Bozuk bir gıda maddesinin satılmasında da hem satım sözleşmesinin ihlali hem de zehirlenen alıcıya karşı işlenen bir haksız fiil söz konusudur. Benzer örnekler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 980; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 531-532; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1264; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 68-69; Sema Çağa, **Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması, Ankara, 1973, s. 2; Kemal Tahir Gürsoy, **“Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”**, AÜHFD, Cilt: 31, Sayı: 1, Yıl: 1974, s. 150 vd.

<sup>714</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 826; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 980-981; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. s. 529-530, 537; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 202; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 23, N. 2 vd.; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 71; Çağa, s. 1-2; Yeliz Karan, **“Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Editör: Prof. Dr. Tufan Ögüz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 723; Yarg. 13. HD., 8.10.2015, E. 2015/6614, K. 2015/27247: *“Sözleşmeden doğan sorumluluk ile diğer sorumluluk sebeplerinin birlikte bulunması halinde hakların yarışması söz konusu olur.”* Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin, haksız fiile nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu; bu nedenle sözleşmeye aykırılığa dayanarak tazminat davası açılması imkânı varsa haksız fiile dayanarak tazminat davası açılmayacağı yönünde: von Tuhr/Escher, s. 109 vd. Fransız Hukukunda, sözleşmeye aykırılık aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa yalnızca haksız fiile dayanılabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 7, N. 7.13, dn. 31.

<sup>715</sup> Baş Süzel, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 245; Baysal, **Haksız Fiil**, § 7, N. 7.11; Karan, s. 726.

amacı taşınmasına ve zararın tazminat miktarının üst sınırını oluşturması esasına aykırıdır<sup>716</sup>.

Tazminat talebinin sözleşmeye aykırılığa veya haksız fiile dayandırılması arasında koşullar ve kapsam bakımından çeşitli farklılıklar bulunmakta; borca aykırılık hükümlerinin zarar görenin daha lehine olduğu ifade edilerek avantajlar şu dört başlık altında toplanmaktadır<sup>717</sup>.

1. Haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören failin kusurunu ispatla yükümlü olduğu halde (TBK m. 50/I); sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlu, sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispatlamak zorundadır (TBK m. 112)<sup>718</sup>. Buna karşın tazminat yükümlüsüne kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânının tanındığı kusursuz sorumluluk hallerinde, haksız fiil sorumluluğuna başvurmak zarar gören için daha avantajlı olacaktır. Zira sorumlu kişi için kurtuluş kanıtı getirmek çoğu kez kusursuzluğunu ispat etmekten daha zordur<sup>719</sup>.

2. Borca aykırılıktan doğan sorumlulukta borçlu, ifa yardımcısının eyleminden kusursuz olarak sorumludur<sup>720</sup>. TBK m. 116'daki yardımcı kişi kavramı, TBK m. 66'daki çalışan kavramından daha geniştir<sup>721</sup>.

3. Sözleşmeye aykırılık halinde öngörülen zamanaşımı süresi kural olarak on yıldır (TBK m. 146); haksız fiil sorumluluğunda ise kural olarak zarar görenin zararı ve

<sup>716</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 829; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 536-537; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1264; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 981; Hatemi/Gökyayla, s. 271-272; Çağa, s. 23; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 23, N. 2; Karahasan, *Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, s. 71; Deschenaux/Tercier, s. 220-222.

<sup>717</sup> Nomer, *Borçlar Genel*, N. 202.2 vd.; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 23, N. 2 vd.

<sup>718</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1342; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 982; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 533; Hatemi/Gökyayla, s. 323; Deschenaux/Tercier, s. 224

<sup>719</sup> Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 533; Çağa, s. 10.

<sup>720</sup> Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 22, N. 2 vd.; Baysal, *Haksız Fiil*, § 3, N. 3.61.

<sup>721</sup> Şenocak, *İfa Yardımcısı*, s. 136-139; Hatemi/Gökyayla, s. 265; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1265, Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 449-451; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Genel*, s. 901-903; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 636-637; Karahasan, *Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, s. 567-568; Çağa, s. 9-10; M. Tufan Ögüz, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından *Emir-Talimat Altında Çalışma*" ve *Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması*" Unsurları Hakkında Değerlendirme", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Editör: M. Tufan Ögüz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 840.

tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur (TBK m. 72/I)<sup>722</sup>.

4. Salt malvarlığı zararlarının haksız fiil sorumluluğuna göre tazmini çoğu zaman mümkün değildir; sözleşmeden doğan sorumluluğun birincil fonksiyonu ise mutlak hak ihlaline bağlı olmayan malvarlığı zararlarını tazmin etmektir<sup>723</sup>.

Zarar gören lehine tüm bu düzenlemelere karşın, sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun sorumluluğunu daraltan veya kaldıran anlaşmalar yapılabilmektedir (TBK m. 115). Sorumsuzluk anlaşmasıyla borçlunun sorumluluğunda yapılan sınırlamanın haksız fiil sorumluluğuna da yansımadağı hallerde, zarar gören için haksız fiil sorumluluğuna dayanmak daha elverişlidir<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 214 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 938 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 982; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 533. Sözleşmeye dayanan tazminat talebinin zamanaşımı süresi haksız fiile ilişkin olandan uzunca bir süre önce işlemeye başlamadağı, haksız fiilin tabi olduğı ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan uzun olmadığı veya somut olaydaki sözleşme için genel zamanaşımı süresinden daha kısa bir süre öngörülmediğı sürece sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmanın daha elverişli olduğı yönünde: Çağa, s. 14.

<sup>723</sup> Çağlayan Aksoy, s. 11-12; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.256; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1155; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1207, N. 1245.

<sup>724</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 886.



## İKİNCİ BÖLÜM

### SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUKTA TBK m. 114/II ATFI UYARINCA UYGULANMASI HUSUSUNDA TARTIŞMA BULUNMAYAN HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

#### I. Tazminatın Belirlenmesi

##### A. Genel Olarak

Tazminatın belirlenmesi, somut olayda zararın ortaya çıkmasına yol açan tüm etkenlerin değerlendirilerek riskin zarar sorumlusu (zarar veren) ve zarar gören arasında paylaştırılmasıdır. Başka deyişle tazminatın belirlenmesi, ortaya çıkan olumsuz duruma kimin, ne kadar katlanacağını tespit edildiği sorumluluğun paylaştırılması aşamasıdır<sup>1</sup>. Paylaşımın nasıl yapılacağı ise TBK m. 51 ve m. 52’de düzenlenmiştir. Bu başlık altında ilgili hükümler çerçevesinde sözleşmesel sorumlulukta tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar incelenecektir<sup>2</sup>.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde hem haksız fiilden hem sözleşmeden doğan sorumlulukta, zarar görenin, zarar verici eylem olmasaydı içinde bulunacağı duruma kavuşturulmasını öngören tam tazmin ilkesi geçerlidir<sup>3</sup>. Bu ilke gereği zarar miktarı, tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır<sup>4</sup>. Dolayısıyla önce üst sınır olan zararın (TBK

<sup>1</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.2; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 332.

<sup>2</sup> Tarafların sulh anlaşması ile tazminat miktarını tespit etmeleri çalışmamızın kapsamı dışındadır.

<sup>3</sup> Tam tazmin ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 63; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 76; Schiemann, **Staudinger**, § 249, N. 2. Türk Hukukunda tam tazmin ilkesinin kabul edildiği yönünde: YHGK, 30.5.2012, E. 2012/4-107, K. 2012/326; YHGK., 17.3.2010, E. 2010/4-130, K. 2010/161: “Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir. Bu düşünceden hareketle, Borçlar Kanunu’nda zararın kapsamının belirlenmesinde etkili iki hüküm mevcuttur. Bunlar, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 43 ve 44. maddelerinde yer alan hükümlerdir”. Türk-İsviçre Hukuklarının ya hep ya hiç çözümünü benimseyen Alman Hukukundan ayrıldığı belirtilmektedir. **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht I*, § 7, N. 11. Karş. BGB § 249/I: “Tazminatla sorumlu kişi, zararı tazmin sorumluluğu doğuran koşullar gerçekleşmemiş olsa idi mevcut bulunulacak durumu tekrar sağlamalıdır”.

<sup>4</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 583; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1408; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 347; Eren, **Borçlar Genel**, s. 863-864; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 63; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 315; Tiftik, s. 61; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 529; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 331-332; Becker, **BK-OR**, Art. 43, N. 2; Deschenaux/Tercier, s. 178; von Büren, s. 53. Bu kural, tazminat yükümlülüğünün temel amacının doğan zararın telafisi olduğunu da teyit

m. 50), ardından tazminatın miktarı belirlenir. Tam tazmin ilkesinin bir diğer sonucu, zarar verenin ilk planda zararın tamamından sorumlu olmasıdır<sup>5</sup>. Ancak zaman zaman zarar gören ya da bir başka dış etken zararın oluşmasına etki edebilir. Bu durumda hâkim, zarar verenin tazminat yükümlülüğünde indirime gidebilir; hatta tazminatı tamamen kaldırabilir.

Türk-İsviçre hukukunda zararın belirlenmesi aşamasında daha sınırlı olan hâkimin takdir yetkisi, tazminatın belirlenmesi hususunda oldukça genişlemiştir (TBK m. 50/II, 51, 52; MK m. 4)<sup>6</sup>. Yine de hâkimin, sadece sübjektif kanaatine göre ya da keyfi değerlendirme yaparak tazminat miktarını belirlemesi mümkün değildir<sup>7</sup>. Bu noktada, hâkimin tazminatı belirlerken hangi hususları dikkate alacağı sorusu yanıtlanmalıdır. TBK m. 51/I ve m. 52’de hâkimin, durumun gereği, kusurun derecesi, zarar görenin kusuru, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması gibi etkenleri dikkate alması gerektiği yönünde geniş kapsamlı ifadeler kullanılmıştır<sup>8</sup>. Kanun koyucu sınırlayıcı bir düzenleme yapmaktan kaçınmış, somut olayın özelliklerinin hâkim tarafından değerlendirilmesiyle tazminat miktarının tespit edilmesini amaçlamıştır<sup>9</sup>. Hâkim, tazminat yükümlülüğünde indirime gidilmesini

---

etmektedir. Aynı yönde bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 315; M. Murat İnceoğlu/Meliha Sermin Paksoy, “**Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m. 55)**”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 2, 8. Özel Sayı, Yıl: 2013, s. 1385.

<sup>5</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 63; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 315; Oftinger/Stark, § 7, N. 1. Belirtmek gerekir ki bazı sorumluluk halleri için miktar itibarıyla sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin sözleşmeden doğan sorumlulukta TBK m. 576/II: “*Bu sorumluluk, işletenlere veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin üç katını aşamaz.*”; m. 579/II: “*Ancak, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, saklananların her biri için alınan günlük saklama ücretinin on katını aşamaz.*” şeklinde miktar sınırı öngörmektedir.

<sup>6</sup> Hâkime tazminatın türünü ve miktarını belirleme konusunda tanınan takdir yetkisinin sınırlarının belli olup hâkimin sadece hakkaniyet düşüncesiyle hareket edemeyecektir. Hâkime ait takdir yetkisinin Yargıtay’ın denetimine tabi olduğu hususunda bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 95.

<sup>7</sup> Hâkimin tazminatın belirlenmesi aşamasında hakkaniyete dayanarak karar verebilme imkânının hayli sınırlı olduğu yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.26

<sup>8</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 97-98. Hâkimin dikkate alacağı özellikler bunlarla sınırlı değildir; somut olaya göre yenileri eklenebilir. Zarar verenle zarar gören arasında özel bir ilişki bulunmasının (örneğin tanıdık ya da akraba olmalarının) indirim sebebi teşkil edebileceği yönünde: Tiftik, s. 164; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 59. Kanaatimizce akrabalık ya da tanışıklık tek başına indirim için yeterli bir sebep değildir.

<sup>9</sup> Hâkimin somut olayın özelliklerine dayanarak indirim yaparken sadece TBK m. 51’i (EBK m. 43’ü) zikretmesinin yeterli olmadığı, olayın hangi özelliğini dikkate aldığını kararında belirtmesi gerektiği yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 67, 94; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 36.

haklı kılan ya da indirimi engelleyen her bir hususu re'sen dikkate almak, değerlendirmek ve bunlara kararında yer vermek zorundadır<sup>10</sup>.

Tazminatın kapsamı belirlenirken hangi hususların dikkate alınacağını tespit edebilmek için öncelikle TBK m. 51 ve m. 52 arasındaki ilişki incelenmelidir. TBK m. 51 “tazminatın belirlenmesi”, m. 52 “tazminatın indirilmesi” başlığını taşımaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki katıldığımız görüş uyarınca, zararın ve ardından tazminatın belirlenmesi aşamaları ile hüküm tesis edilmektedir; tazminat miktarının belirlenmesinden sonra indirildiği üçüncü bir aşama yoktur<sup>11</sup>. TBK m. 51/I’de yer alan “durumun gereği” ve “kusurun ağırlığı” da birer indirim sebebidir; iki hüküm bütün oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Başka deyişle iki hüküm de tazminatın belirlenmesine ve gerektiğinde indirilmesine ilişkindir; hâkimin tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulunduracağı tüm hususlar tek bir başlık altında toplanabilecekken kanunda yapılan ayırım yanıltıcıdır<sup>13</sup>. Bu gerekçe ile çalışmamızda kanun sistematigi izlenmemiş, konu “*tazminatın kapsamının (miktarının) belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar*” başlığı altında ele alınmıştır.

## **B. Tazminatın Kapsamının (Miktarının) Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar**

Hâkim tazminatın kapsamını belirlerken, somut olaydaki tüm unsurları göz önünde tutarak her birinin zarara katkısını tespit edip buna göre sorumluluğu

<sup>10</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 64-65; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 43, N. 7; von Tuhr/Peter, s. 111, dn. 18; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 47; Oftinger/Stark, § 7, N. 7. TBK m. 52/II'deki (EBK m. 44/II) halin hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağı hususunda bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 155.

<sup>11</sup> Aynı yönde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.22. Diğer deyişle tazminatın indirilmesi ile tazminatın zarar miktarının altında belirlenmesi ifade edilmektedir; yoksa tazminatın belirlenmesinden sonra indirildiği üçüncü bir aşama bulunmamaktadır.

<sup>12</sup> Aynı yönde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 60; Tiftik, s. 141; Brehm, **BK-OR**, Art. 43 N. 31; Schwenzer, N. 16.01; Honsell/Isering/Kessler, § 9, N. 4. Oğuzman/Öz (Cilt II, N. 366) ise olayın özelliklerinin dikkate alınmasına ilişkin TBK m. 51'in indirim esasını düzenlemediğini şu ifadelerle belirtmektedir: “*TBK m. 51’de yer alan, olayın özelliklerinin dikkate alınacağı esasının aslında bir indirim esası değildir. Fakat tazminatın üst sınırı zarar miktarı olduğu için, olayın özellikleri bu sınırın aşılmasına imkân vermeyeceği ve ancak sınırın altında bir tazminat tayininde etkili olacağından, olayın özellikleri indirim sebebi olarak inceleme konusu olmaktadır*”.

<sup>13</sup> Söz konusu yanıltıcı düzenlemenin temelinde İsviçre Borçlar Kanunu’nda değişiklik yapan 1905 tarihli Kanun Tasarısı yer almaktadır. Tasarıda, uygulamada sıkça rastlanan haller tazminattan indirim sebepleri olarak ayrı bir hükümde düzenlenmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 65-66.

paylaştıracaktır<sup>14</sup>. Bu aşamada dikkate alacağı kusurun ağırlığı, zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması ve durumun gereği gibi etkenleri aşağıda ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Katıldığımız görüş uyarınca gerek TBK m. 51/I gerekse m. 52/I'e dayanarak hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir<sup>15</sup>. Aksi yöndeki görüş ise hâkimin sadece TBK m. 52/I uyarınca tazminata hükmetmeme yetkisi bulunduğunu, m. 51/I'de kendisine böyle bir olanak tanınmadığını savunmaktadır<sup>16</sup>. Tazminatın tamamen kaldırılmasına karar verilmesi genellikle nedensellik bağı ile ilgilidir<sup>17</sup>. Önemle vurgulamak gerekir ki, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru ya da mücbir sebep illiyet bağına kesecek yoğunluktaysa, sorumluluk hiç doğmayacağından hâkimin tazminata hükmetmekten vazgeçmesi söz konusu değildir<sup>18</sup>.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin ayrı ve özel bir düzenleme bulunmadığından TBK m. 114/II atfıyla, TBK m. 51 ve m. 52 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır<sup>19</sup>. Ancak

<sup>14</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 94. Hükümlerde yer alan nedenler, risk paylaşımı anlayışı çerçevesinde, zarar verenin etki alanından kaynaklananlar, zarar görenin etki alanından kaynaklananlar ve diğer nedenler şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

<sup>15</sup> Aynı yönde: Yarg. 7. HD., 29.6.2010, E. 2010/1276, K. 2010/4155: “Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucunda, zarara hükmedilmesinden tamamen vazgeçilebilmesi için ortak kusurun etki ağırlığı çok yüksek olmalı, zarar verenin hukuka aykırı davranışı ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı tamamen kesilmemekle beraber, ikinci plana itilmeyi gerektiren, istisnai amaç hak ve adalete uygun hale gelmelidir”.

<sup>16</sup> Tiftik, s. 142. İsviçre uygulamasında bugüne kadar OR Art. 43/I'e dayanılarak tazminat yükümlülüğünün tamamen kaldırılması yoluna gidilmediği yönünde: Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 49, Art. 44, N. 55; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 43, N. 5.

<sup>17</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 37; Eren, **Borçlar Genel**, s. 868.

<sup>18</sup> Zarar görenin ağır kusuru uygun nedensellik bağına kesmiyorsa, bu kez zarar verenin sorumluluğu doğacaktır. Doktrinde belirtildiği üzere, sorumluluğun doğduğu kabul edildikten sonra zarar görenin kusuruna dayanarak TBK m. 52/I çerçevesinde hâkimin tazminata hükmetmekten vazgeçmesi ise oldukça düşük bir olasılıktır. İsviçre Federal Mahkemesinin, hâkimin isterse nedensellik bağına kesildiğinden isterse Art. 44/I (TBK m. 52/I) hükmünden yararlanarak tazminatın kaldırabileceği şeklindeki kararı da (BGE 92 I 538) bu sebeple isabetsiz bulunmaktadır. Kararın isabetli olmadığı hususunda bkz. Huber, s. 529; Brehm, **BK-OR**, Art. 44, N. 20; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 68; Tiftik, s. 133.

<sup>19</sup> Genç Arıdemir, s. 51; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 179. TBK m. 114/II'te yapılan bu atf konusunda en önemli tartışma, borca aykırılık hallerinde açıkça düzenlenmemiş olan manevi tazminat talepleri ile ilgilidir. Manevi tazminat taleplerinin bu atf kapsamına girdiği konusunda tereddüt edilmemesi gerektiği yönünde: Genç Arıdemir, s. 58 vd.; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 281; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 430 vd. YHGK, 12.6.1997, E. 1996/11-372, K. 1996/485; Yarg. 13. HD., 17.6.2002, E. 2002/5152, K. 2002/7213: “Davalı tarafın herhangi bir kaza olmaması için gerekli özeni gösterip önlemi almış olması, gerektiğinde görevli bulundurma, görevlinin bu gibi olaylarda çocuğu ikazdan öte alıp götürüp ailesine teslim etmesi, durumu onlara bildirmesi gerekir. Davacının çocuğuna

haksız fiil hükümlerinin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun ilkelerine ve yapısına aykırı düşmemek kaydıyla uygulanabileceği unutulmamalı, TBK m. 51 ve m. 52 açısından da bu husus gözetilmelidir<sup>20</sup>. Bu noktada sözleşmeye aykırılıkta, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak tek bir sonucun öngörülmediği anımsanmalıdır. Haksız fiil sorumluluğunun sonucu tazminat borcunun doğması iken, sözleşme aykırılıkta tazminat dışında ifa talebi, bedelin indirilmesi, sözleşmeden dönme gibi çeşitli yaptırımlar mevcuttur<sup>21</sup>. Başka deyişle tazminat talebi tek yaptırım olmadığından, sözleşmeye aykırılığın tüm sonuçları dikkate alınarak TBK m. 51-52'nin kıyasen uygulanması gerekmektedir<sup>22</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 51 “*durumun gereği*”nin dikkate alınacağını belirterek hâkime somut olayın özellikleri doğrultusunda tazminat miktarını belirleme yetkisi tanımıştır. Durumun gereği ifadesinin kapsamı oldukça geniştir. Esasen “durumun gereği” başlığı altında incelenebilecek bazı haller kusur ilkesinin tazminat hukukundaki tarihsel gelişimi ve önemi nedeniyle kanunda ayrıca belirtilmiş, çalışmamızda da ayrı başlıklarda incelenmiştir. Durumun gereği ifadesinin kapsamına girebilecek diğer haller ise en sonda ele alınmıştır.

## 1. Kusurun Ağırılığı

### a. Genel Olarak

Sorumluluğun doğması için kural olarak her tür kusur yeterlidir; kusurun derecesi önemli değildir<sup>23</sup>. Buna karşın tazminatın belirlenmesi aşamasında, kusurun

---

*sahip olmaması ve gerekli özeni göstermemesi Müterafik kusur olmakla birlikte bu husus davalı tarafın kusursuzluğu sonucunu ortaya çıkarmaz. (...) Davacı ile davalı taraf arasındaki akdi ilişki, davacının davalı şirkete ait tesislerde yemek yemeğe gitmesi sırasında küçük çocuğunun oyun parkında geçirdiği kazadan kaynaklanmaktadır.”*

<sup>20</sup> Hükümlerin kıyasen uygulanmasının nedeni haksız fiilden doğan sorumluluk ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk arasındaki sınırların koruma amacıyla açıklanmaktadır. Bu yönde bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 282; Genç Arıdemir, s. 50. Hükümleri kıyasen uygulamanın mekanik bir şekilde yapılmaması ve kanun koyucunun özel hâller için hüküm koyarken güttüğü amacın zedelenmemesi gereği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 853. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 96 II 192), eser sözleşmesinin özellikleri gereği, iş sahibine düşen ödeme yükümlülüklerinin Art. 43-44'ün (TBK m. 51-52) uygulanmasıyla hafifletilemeyeceğine hükmetmiştir.

<sup>21</sup> Bkz. § 2, II.

<sup>22</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 13, N. 12; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 282.

<sup>23</sup> Sözleşmeden doğan sorumlulukta ise bu konuda istisnalar tanınmıştır. Kanun koyucu bazı hükümlerde zararın, borçlunun kastı veya ağır kusuru ile doğmasını aramıştır. Bkz. § 2, I, D, 1, d.

derecesinin önem taşıdığı düşüncesi 19. yüzyılda hâkim görüş haline gelerek kanunlarda yer almaya başlamıştır<sup>24</sup>. Mehaz Kanunun etkisiyle TBK m. 51/I’de, tazminatın belirlenmesinde “*özellikle kusurun ağırlığının*” dikkate alınacağı vurgulanmıştır<sup>25</sup>. Kusurun ağırlığının nasıl ve ne ölçüde göz önünde tutulacağı, kusur derecesine göre hâkimin tazminatı zarar miktarının altına çekmek zorunda olup olmadığı ise tartışmalıdır<sup>26</sup>. Bu soruların yanıtlarını aramaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki, kusurun varlığını tespitte benimsediğimiz objektifleştirilmiş kusur teorisi, tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde tutulan kusur derecesi açısından da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla katıldığımız görüş çerçevesinde, haksız fiil sorumluluğunda kusurun ağırlığı kişinin sübjektif özelliklerine göre belirlenmeyecektir<sup>27</sup>.

Tazminatın belirlenmesinde kusur derecesine bakılmaksızın zarar vereni, zararın tümünü tazminle sorumlu tutan “*ya hep ya hiç (Alles oder Nichts)*” ilkesinin birebir uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğuracağı düşüncesinden hareketle doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s. 17, 44 vd.; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 70-71; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 370; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 316; von Jhering, s. 215; Oser/Schönenberger, Art. 43, N. 2.

<sup>25</sup> TBK m. 51 gerekçesi: “818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 43’üncü maddesinde yer verilmediği halde, Tasarının 51inci maddesinin birinci fıkrasında, haksız fiil sorumluluğunda kusurun özel bir önem taşıdığı belirtilmesi amacıyla “özellikle” sözcüğü kullanılmıştır”. Gerekçe için bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), s. 46, Erişim Adresi:

<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>. TBK m. 51’in, tam tazmin ilkesinin yansıması olan TBK m. 49’u hafifleten bir hüküm olduğu yönünde: Koşar, s. 220; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 24.

<sup>26</sup> Türk Hukukunda tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi eleştirilmiştir. Bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 316: “Tazminatın böylece kusurun ağırlığına göre kademelendirilmesi esas itibariyle onun mahiyetine ve gayesine uygun görünmemektedir. Zira tazminat bir ceza, bir misilleme değildir ve ancak cezalar kusurun ağırlığına göre değişir. Tazminatla mağdurun mamelekindeki eksilmenin telafisi gayesi güdülmektedir; bu eksilme kusurun ağırlığına göre değişmez.”. Aynı yönde Saymen/Elbir, s. 498: “Adalet bakımından bu doğru ise de teknik bakımdan zayıftır; zira tazminatın esasını kusur değil, fakat zarar teşkil eder. Kusuru nazara alarak tazminatı tayin etmek, mağdurun mamelekine değil, fakat failin hareket tarzına göre hükmetmek olur ki, böyle bir düşünce tazminat fıkriinden ayrılıp ceza fikrine yaklaşır.”.

<sup>27</sup> Aynı şekilde sübjektif kusur teorisini savunan yazarlar, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığını sübjektif ölçütlerle, başka deyişle zarar verenin özelliklerine göre değerlendirmektedir. Sorumluluğun doğumunda objektifleştirilmiş kusur teorisi kabul edilse de tazminat belirlenirken zarar verenin kişisel özelliklerinin dikkate alınabileceğine ilişkin Alman hukukundaki görüşün örnek alınabileceği yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 88, 96.

### (1) *Kusurun ağırlığı ile orantılı tazminatı savunan görüş*

Görüş uyarınca tazminat miktarı, matematiksel bir orantıyla zarar verenin kusurunun ağırlığına göre belirlenmelidir<sup>28</sup>. Zarar miktarından daha aşağıda tazminat belirlenmesini (tazminatın indirilmesini) engelleyen bir sebep bulunmadıkça hâkim, tazminatı zarar verenin kusurunun hafifliğiyle orantılı şekilde indirmek zorundadır<sup>29</sup>. Diğer deyişle hâkim, hafif kusura rağmen tazminatı zarar miktarının altında belirlememişse bunu gerekçelendirmek zorundadır<sup>30</sup>.

Orantılı tazminat görüşü, kusurun dereceleri konusunda farklı yaklaşımlar içermektedir. Bazı yazarlar ağır-hafif kusur ayrımı yaparak sadece hafif kusurun tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağını savunmaktadır. Başka bir yaklaşım ise orta kusurun varlığını kabul ederek, bu halde de tazminatın indirileceğini ileri sürmektedir<sup>31</sup>. Görüş, tazminatı cezalandırma işlevine yaklaştırdığından bahisle eleştirilmiştir<sup>32</sup>.

### (2) *Zarar görenin kusurunun varlığını dikkate alan görüş*

Bu görüş tazminat miktarının belirlenmesinde zarar verenin değil, zarar görenin kusurunun dikkate alınması gerektiği savunmaktadır<sup>33</sup>. Tazminatın amacı zarar görenin malvarlığını, zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı duruma getirmektir; bu nedenle esasen tüm zarar tazmin edilmelidir. Ancak zararın meydana gelmesinde zarar görenin de kusuru varsa, zarar verenin hafif kusuru tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayabilir<sup>34</sup>.

Hafif kusuru tazminattan indirim nedeni olarak kabul eden görüşler, hafif kusurlu zarar verenin ortaya çıkan büyük miktarda zarar nedeniyle yüksek tazminat

<sup>28</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 72; Tiftik, s. 88-89; Oftinger/Stark, § 7, N. 1.

<sup>29</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 72-75; Tiftik, s. 88-89.

<sup>30</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 75.

<sup>31</sup> Orta kusurun varlığında tazminat miktarında indirim yapılabileceği yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 73; Tiftik, s. 91-92.

<sup>32</sup> Roberto, N. 830.

<sup>33</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.40; Honsell/Isenring/Kessler, § 9, N. 3; Vito Roberto/Roman Schister, “**Leichtes Verschulden-kein Reduktionsgrund**”, HAVE, 4/2014, s. 432. Bu yönde: YHGK, 6.10.1970, E.1971/4-91, K. 1970/766.

<sup>34</sup> Roberto/Schister, s. 432. Baysal, bu yaklaşımın benimsenmesiyle kusur bahane edilerek hakkaniyete göre tazminat hesaplanmasının önüne geçileceği savunmaktadır: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.40.

borcu altına sokulmasının adaletsiz olduğunu belirtmektedir<sup>35</sup>. Zarar görenin kusurunun varlığını arayan bu görüş ise, böyle bir durumda zararın bir kısmına hiç kusuru olmayan zarar görenin katlanmasının daha büyük haksızlık olduğunu savunmaktadır<sup>36</sup>.

### (3) *Hafif kusurun dikkate alınabileceğini savunan görüş*

Türk-İsviçre Hukukunda ağırlıkla kabul edilen bu görüşte, esasen tam tazmin ilkesi benimsenmektedir<sup>37</sup>. Ancak, hafif kusur ile kusursuzluk arasındaki sınırın belirsizliğine işaret edilerek, bu ilkenin yumuşatılması ve zarar görenin hafif kusurunun varlığında tazminattan indirim yapılması gerektiği savunulmaktadır<sup>38</sup>. Görüş uyarınca hafif kusura rağmen hâkim, tazminat miktarında indirim yapmayabilir; çünkü kusurun derecesini dikkate almak hâkimin görevi olduğu kadar ona tanınan bir yetkidir<sup>39</sup>. Hâkim bu yetkisini nasıl kullanacağı konusunda serbesttir. Bu nedenle her zaman ağır kusurda en yüksek, hafif kusurda en düşük tazminat savından yola çıkmak yanlıştır<sup>40</sup>. Böyle bir yaklaşım, cezalandırma amacı taşımayan sorumluluk hukukunun mantığı ile de bağdaşmamaktadır. Başka deyişle, zarar verenin hafif kusurlu olduğu her durumda tazminattan indirim yapılacağı sonucuna varılamayacaktır.

### (4) *Görüşlerin değerlendirilmesi ve kanaatimiz*

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I, hâkimin takdir yetkisini hakkaniyete uygun şekilde kullanarak hüküm içi boşluğu doldurması gereken bir normdur. Hüküm, tazminatı belirlerken zarar verenin kusur derecesini dikkate alma konusunda hâkime bir görev ve yetki vermiştir; aksinin kabulü kanuna karşı yorum oluşturacaktır. Bu nedenle tazminat miktarının tayininde zarar verenin kusur derecesinin dikkate

<sup>35</sup> Oftinger/Stark, § 7, N. 11; Schwenger, N. 16.02.

<sup>36</sup> Roberto, N. 830.

<sup>37</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 369-370; Eren, **Borçlar Genel**, s. 865; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 316; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 591-592; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 478.

<sup>38</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 133 vd.; Oftinger/Stark, § 7 N. 11; Deschenaux/Tercier, § 28, N. 15, § 7, N. 32; İsviçre Federal Mahkemesi de zarar verenin hafif ihmalini tazminattan indirim nedeni olarak dikkate almaktadır. BGE 53 II 419, 430; BGE 59 II 364, 370; BGE 82 II 25 vd.; BGE 99 II 176, 181; BGE 100 II 332, 337. Orta kusurun da indirim sebebi olabileceği yönünde: Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 79; Eren, **Borçlar Genel**, s. 865; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 592.

<sup>39</sup> Görüşü, orantılı tazminat görüşünden ayıran nokta budur.

<sup>40</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 865; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 49.

alınmamasını ya da sadece zarar görenin de kusuru varsa göz önünde bulundurulmasını savunan görüşlere katılmamaktayız. TBK m. 51/I, hâkime kusurun derecesini dikkate alma noktasında direktif vermişse de indirim yapma zorunluluğu öngörmemiştir. Bu nedenle hafif kusurla orantılı bir indirim yapılmasını zorunlu kılan görüşe de katılmamaktayız. Hâkim, tazminatı belirlerken sadece kusurun derecesini değil, somut olayın tüm özelliklerini bir arada değerlendirecektir. Zarar verenin hafif kusuruna rağmen olayın diğer özellikleri tazminattan indirimi engelleyebilir.

Türk-İsviçre Hukukundaki baskın görüşe katılarak, öncelikle tam tazmin ilkesine sadık kalınması gerektiği, ancak somut olayın özellikleri çerçevesinde zarar veren hafif kusurluysa tazminattan indirim yapılabileceği kanaatindeyiz. Kusurun dereceleri başlığı altında belirttiğimiz üzere, ağır ve hafif kusur dışında orta kusur şeklinde bir kategori oluşturmaya gerek bulunmamaktadır. Hafif kusurun varlığında hâkim, tazminatı zarar miktarının ne kadar altına çekeceğini hakkaniyete göre belirleyecektir; mutlak bir orantı kurularak indirim yapılması zorunlu değildir.

#### **b. Kusursuz Sorumlulukta Kusur Derecesinin Tazminatın Belirlenmesine Etkisi**

Yalnız kusura dayanan sorumlulukta değil, kusursuz sorumlulukta da kusurun ağırlığı tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde tutulmaktadır<sup>41</sup>. Sorumluluğun doğumu için kusurun aranmadığı bu hallerde, zarar sorumlusunun munzam kusuru onun indirim sebeplerinden yararlanmasını engel olur veya yararlanma derecesini azaltır.

Bu başlık altında incelenmesi gereken hususlardan biri de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta kusur derecesinin tazminat miktarına etkisidir.

Yardımcı kişinin yol açtığı zarardan borçlunun sorumlu olacağı tazminat miktarı belirlenirken, borçlunun farazi kusuru derecelendirilir. Yardımcı kişi ağır kusurlu ise borçlu da ağır farazi kusurlu kabul edilecektir. Yardımcı kişi hafif kusurlu ise, zarar verici davranışı borçlu gerçekleştirseydi ağır kusurlu kabul edilip

---

<sup>41</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 596; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 7, 249; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 139 vd.; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 97.

edilmeyeceği incelenmelidir<sup>42</sup>. Yardımcı kişinin davranışını borçlu gerçekleştirseydi hafif kusurlu sayılacaksa, tazminat yükümlülüğünde indirimle gidilebilir.

Ayrıca yardımcı kişi kullanan borçlu, kendi sorumluluğu hangi esasa dayanıyorsa yardımcı kişinin davranışlarından da o esasa göre sorumlu tutulacaktır<sup>43</sup>. Örneğin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan borçlu, yardımcı kişinin davranışlarından da bu çerçevede sorumludur; yardımcı kişinin kusuru, munzam kusur olarak izafe edilecektir. Yardımcı kişinin davranışının borca aykırılık oluşturmadığını, kusurun bulunmadığını ya da hafif olduğunu ispat yükü borçludur<sup>44</sup>.

### **c. Sözleşmesel Sorumlulukta Kusur Derecesinin Tazminatın Belirlenmesine Etkisi**

Sözleşmesel alanda kusur ilkesine getirilen kapsamlı istisnalar nedeniyle, bu unsura atfedilen önem haksız fiil sorumluluğuna nazaran azalmaktadır. Kusurun hafifliğinin sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde indirim sebebi olarak dikkate alınmasına da ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Zira alacaklı, genellikle bir karşı edim yüklenerek bilgisini, uzmanlığını ya da yeteneğini göz önünde tuttuğu borçlu ile karşılıklı güvene dayalı borç ilişkisi kurar. Bu ilişkide özen yükümünü ihlal eden borçluyu hafif kusura dayanarak düşük tazminatla sorumlu tutmak borçlunun daha az özen göstermesine de yol açabilecektir.

Borçlu, borca aykırı davranıştan sakındığını, gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini, buna rağmen ihlalin gerçekleştiğini ispatladığında kusursuz kabul edilecek ve sorumluluğu doğmayacaktır. Kusursuzluğunu ispat edemeyen borçlu ise tazminatın indirilmesi için hafif kusurlu olduğunu kanıtlamalıdır<sup>45</sup>. Çoğu sözleşmeye aykırılık borçlunun bilinçli şekilde gereği gibi ifadan kaçınmasıyla gerçekleştiğinden ağır kusur mevcuttur<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 226.

<sup>43</sup> Şenocak, **İfa Yardımcısı**, s. 226

<sup>44</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 79 vd.

<sup>45</sup> Tazminatın miktarını belirlemede borçlunun hafif kusurunun yalnızca yoksun kalınan kâr bakımından dikkate alınabileceği yönünde: Gündoğdu, s. 259.

<sup>46</sup> Bu noktada ahde vefa ilkesini temel alan ve aynen ifanın birincil yaptırım kabul edildiği Türk Hukukuna yabancı bir kavram olan etkin ihlale de değinmek gerekir. Etkin ihlal teorisi, sözleşmeyi ihlalin, ifaya kıyasla ekonomik açıdan daha elverişli (kârlı) olduğu hallerde, sözleşmenin ihlal edilip

Edime etki edebilecek, ifa sürecini kontrolü altında tutan ve borca aykırılığı engelleyebilecek tarafın genellikle borçlu olduğu göz önünde tutulduğunda hangi olasılıklarda hafif kusurlu sayılacağı ise sorunsaldır. Doktrinde borca aykırılık riskini etkin şekilde azaltacak önlemlerin alınmaması ihmal olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda borçlu, ifa için elindeki olanakları veya gereken zamanı yanlış takdir ederse kusurlu kabul edilmektedir. Verilen örneklerde borçlunun, kış mevsiminde bina yapmayı taahhüt ediyorsa olumsuz hava koşullarını dikkate alması; başkasının nakliye araçlarından yararlanıyorsa o zamana kadarki tecrübelerine dayanarak ifa zamanını belirlemesi gerektiği aksi halde kusurlu sayılacağı belirtilmiştir. Ancak örneklere ilişkin kusur derecelendirmesi yapılmamıştır. Fikrimizce bu ve benzeri olasılıklar da borçlunun kusuru yanında öngörülebilirlik ilkesinin de dikkate alınması gerekmektedir.

## 2. Zararı Doğuran Fiile Razi Olma

### a. Genel Olarak

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olan zarar görenin rızası, Roma Hukukundan günümüze süregelen “*rıza gösterene karşı haksız fiil işlenmiş olmaz (volenti non fit injuria)*” ilkesine dayanmaktadır<sup>47</sup>. Kişiler kendi davranışlarıyla sahip oldukları hukuki değerleri etkileyebilecekleri gibi başkalarının müdahalesine de maruz kalabilirler. Bu müdahalelerin kabul edilmesi anlamına gelen rıza, gerekli koşulları taşıyorsa geçerlidir; sorumluluğun doğmasını engeller. Diğer bir söyleyişle,

---

tazminat ödenmesine izin verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Örneğin satıcı S, A1 ile bir malın 10 TL’ye satımı konusunda sözleşme kurmuş ancak ifadan önce A2 aynı mal için 15 TL teklif etmiş olsun. Satıcı S, yaptığı araştırmada A’nın, malı piyasadan 11 TL’ye alabileceğini, böylelikle ona ödemesi gereken tazminatın 1 TL olduğunu, zararı ödediğinde dahi A2 ile sözleşme yapmasının kâr getireceğini fark ederse sözleşmeyi ihlal etkindir. Teori, karşı tarafın durumunu kötüleştirmeden (örnekte A1’in zararını ödeyerek) kişinin kendi faydasını artırması mümkünse, kaynakların bu şekilde tahsis edilmesi gerektiği savunmaktadır. Etkin ihlal kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ece Baş, “**Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu**”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, İzmir 2013, s. 629 vd., Erişim Adresi: <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/16-Ece-BA%C5%9E.pdf>; Kerem Cem Sanlı, “**Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi?**”, BATİDER, Cilt: 30, Sayı: 3; Yıl: 2014, s. 99 vd. Teori gereği etkin sayılan ihlal, Türk Hukukunda ağır kusurlu davranışla sözleşmeye aykırılıktır.

<sup>47</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 489; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.118.

geçerli rıza, ihlal edilen hukuki değer ile ilgili herhangi bir hukuki talepte bulunmaya engel olur. Kural olarak hukuk düzeni kişileri, iradeleri hilafına korumaz<sup>48</sup>.

Belli bir konuda rızanın varlığından söz edebilmek için kurucu unsur olan irade beyanı aranır. Rıza hiç yoksa hukuka aykırılığı kaldıran hâlden ya da tazminattan indirim sebebinden bahsedilemez. Ayırt etme gücü olmayan kişinin rızası kural olarak herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz; sadece TBK m. 65 çerçevesinde dikkate alınabilir. Ayrıca rıza beyanı MK m. 23 ve TBK m. 26-27'daki sınırlamalara tabidir.

Emredici hükümlere aykırı olan ya da hukuki işlemlerde aranan diğer geçerlilik koşullarını taşımayan rıza, sorumluluğun doğmasını engellemese de tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır. TBK m. 52/I'de "*zarar görenin zarar doğuran fiile razı olması*" ifadesiyle de bu husus tekrar edilmiştir<sup>49</sup>. Rızanın indirim sebebi olarak kabul edilmesi, dayanağını dürüstlük kuralında (MK m. 2) bulmaktadır<sup>50</sup>. Çoğu durumda geçersiz de olsa rıza gösteren zarar görenin, uğradığı zarar için tam tazminat talep etmesinin dürüstlikle bağdaşmayacağı vurgulanmaktadır<sup>51</sup>. Benzer bir yaklaşımla, zarar görenin arzu ettiği bir şeyin gerçekleşmesi üzerine, bunu gerçekleştiren kimseden uğradığı zarar için tam tazminat talep etmesinin de dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Örneğin yıkılması planlanan duvarı bu arzudan habersiz bir kişinin yıkması halinde, malikin mevcut isteğinin indirim sebebi oluşturabileceği ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Ancak burada rızadan bahsetmek mümkün değildir; zarar görenin mevcut arzusunun sadece durumun gereği çerçevesinde (TBK m. 51/I) dikkate alınması mümkün olabilecektir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 243; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 489; Eren, **Borçlar Genel**, s. 564; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 31; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 57 vd.; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 102; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 463; Deschenaux/Tercier, s. 44.

<sup>49</sup> Geçersiz rızanın aslında zarar görenin kusurlu sayılmasına yol açan hallerden biri olduğu yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 101. TBK m. 52/I'de zarar görenin kusurunun yanında rızanın ayrıca zikredilmesi, rızanın her zaman hukuka aykırılığı engellemeyeceğini ve hukuka aykırılığı engellemeyen rızanın indirim sebebi teşkil edeceğini vurgulamak içindir. Aynı yönde bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 104.

<sup>50</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 105-106.

<sup>51</sup> Belirtmek gerekir ki korkutma ya da aldatma nedeniyle rıza gösteren ve geçersiz rızaya rağmen tam tazminat talep eden zarar görenin iradesinin sakatlanma sebebi de dikkate alınmalıdır.

<sup>52</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 106.

<sup>53</sup> Zarar görenin, zarar veren tarafından bilinmeyen arzusu ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığı için indirim sebebi olarak durumun gereği çerçevesinde de dikkate alınmayacağı yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.50.

Doktrindeki bazı yazarlar ve Yargıtay, geçersiz rızayı zarar görenin kusuru olarak nitelendirmektedir<sup>54</sup>. Katıldığımız görüş ise geçersiz rızayı zarar görenin kusuru değil bağımsız bir tazminattan indirim sebebi olarak kabul etmektedir<sup>55</sup>. Ayrıca TBK m. 52/I anlamında indirim nedeni sayılabilmesi için rıza ile zarar arasında uygun nedensellik bağının da bulunması gerekir<sup>56</sup>.

Geçersiz dahi olsa rızadan bahsedebilmek için, zarar görenin arzusunun zarar verene (muhataba), zarar doğuran fiilden önce ulaşması gerekir; aksi halde teknik anlamda rızadan bahsedilemez<sup>57</sup>.

Zarar görenin rızası başlığında incelenmesi gereken bir konu da kişinin tehlikeye atılması ya da zarar riskini üstlenmesidir. Kişinin bilinçli olarak bir riski üstlenmesinin ya da tehlikeye atılmasının sorumluluğun kurulması ve tazminatın belirlenmesi aşamalarında nasıl bir sonuç doğuracağı tartışmalıdır<sup>58</sup>. Öncelikle tehlikeye atılmanın ya da riski üstlenmenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden zarar görenin rızası içinde yer alıp almadığı tespit edilmelidir; zira bu tespit sorumluluğun doğup doğmadığını belirleyecektir. Katıldığımız görüş uyarınca kişinin riski üstlenmesi, özellikle beden bütünlüğü için tehlike arz eden hallerde zımni rıza olarak kabul edilmemelidir<sup>59</sup>. Örneğin bir boks maçında kişinin aldığı darbe ile beyin kanaması geçirmesinde zarar görenin rızasından söz edilemez. Fakat öngörülebilir bir riski göze alan ve gerekli önlemleri almayan zarar görenin birlikte kusurundan söz

<sup>54</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 321; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 490 vd.; Schwarz, s. 142 vd. Kişilik haklarına (MK m. 23) aykırılık nedeniyle geçersiz rızanın zarar görenin kusuru olarak nitelendirilebileceği, diğer hallerde ayrı bir indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiği yönünde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 45-46. Yarg. 17 HD., 24.6.2013, E. 2013/3815, K. 2013/9854.

<sup>55</sup> Tiftik, s. 386.

<sup>56</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 375.

<sup>57</sup> Zarar görenin fiilden sonraki rızasının tazminattan feragat, sulh anlaşması ya da ibra olarak nitelendirilebileceği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 490; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 69; Tiftik, s. 100; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 322; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 463.

<sup>58</sup> Tartışmanın odak noktasını riskli spor karşılaşmalarındaki yaralanmalar oluşturmaktadır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şeref Ertas/Hasan Petek, **Spor Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 311 vd.

<sup>59</sup> Tehlikeli bir spor karşılaşmasına katılmanın ilgili sporun kurallara uygun hareketleri bakımından rıza oluşturacağı ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıracacağı yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 109. Yaşam hakkını tehdit edebilecek bir spor karşılaşmasının kurallarına uymamanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.185-2.186

edilebilecektir<sup>60</sup>. Başka deyişle sorumluluk kurulacak ancak TBK m. 52/I uyarınca tazminat miktarı zararın altına çekilebilecektir.

Zarar görenin rızası ile ilgili bu genel açıklamalardan sonra alacaklının rızasının tazminata etkisi incelenmelidir.

#### **b. Alacaklının Zarara Rıza Olması**

Zarar görenin geçersiz rızasının tazminattan indirim sebebi kabul edilmesine ilişkin TBK m. 52/I hükmü, m. 114/II atfıyla sözleşmesel sorumlulukta da uygulama alanı bulacaktır. Sorumsuzluk anlaşmasıyla veya ibra sözleşmesiyle borçlunun sorumluluğunu daraltmak ya da kaldırmak mümkündür; bu nedenle ilk bakışta geçersiz rızanın indirim sebebi olarak ele alınmasının yararı tartışılabilir. Ancak temelde sorumluluğun sınırlanması amacı güden TBK m. 52/I'in sözleşmesel alanda uygulanmaması için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır<sup>61</sup>. Bu noktada yanıtlanması gereken soru, sözleşmesel sorumlulukta alacaklının rızasının hangi hallerde geçersiz olup tazminata nasıl etki edeceğidir.

Kişiler hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi kişilik hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları gibi başkalarının müdahalesine rıza da gösteremezler. Bu sorun özellikle haksız fiiller açısından gündeme gelse de alacaklının, kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecek sözleşmeye aykırı bir davranışa rıza göstermesinde de rızanın geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda borçlunun sorumluluğu devam etse de geçersiz rıza tazminattan indirime neden olabilecektir<sup>62</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyeceği bir hakka ilişkin verilen geçersiz bu rıza, tazminatın kaldırılmasını ya da çok cüzi bir

<sup>60</sup> Aynı yönde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, 2.186; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 214 vd.; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 113. Bkz. YHGK. 6.11.2013, E. 2013/4-364, K. 2013/1543.

<sup>61</sup> Sorumsuzluk anlaşması ve rıza arasındaki temel fark hukuki işlem için gerekli olan irade beyanı adedi açısından. Rıza tek taraflı bir hukuki işlemdir; zarar gören tek taraflı irade beyanı (karşı tarafın iradesi gerekmez) rızasını geri alabilir. Buna karşılık sorumsuzluk anlaşması, iki taraflı bir hukuki işlem olup ancak karşılıklı anlaşmayla hüküm ve sonuç doğurması engellenebilir. Ayrıca geçerli rıza, fiili tamamen hukuka uygun hale getirirken sorumsuzluk anlaşması fiilin hukuka (sözleşmeye) aykırılığına etki etmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, **Sorumluluk Anlaşması**, s. 22; Erten, s. 164.

<sup>62</sup> Kendi menfaatini düşünmeyen ve dikkatsiz şekilde davranan borçlunun zararın bir bölümüne katlanması gerektiği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 595.

miktara indirilmesini sağlayamamalıdır. Zira tazminat tamamen kaldırılır ya da asgari seviyede tutulursa, taraflar kanunu dolanmış olacaktır.

Alacaklının üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği, sadece malvarlığı etkileyecek nitelikte sözleşmeye aykırı bir davranışa rıza göstermesi halinde, rıza beyanı hukuki işlemler için aranan geçerlilik koşullarını taşıyorsa borçlunun sorumluluğunu kaldıracaktır. Buna karşın malvarlığı ihlaline ilişkin bu rıza geçersizse, borçlunun sorumluluğu devam etse de tazminat miktarında indirimle gidilebilecektir.

Geçersiz rızanın varlığı halinde geçersizliğe yol açan sebep de tazminattan indirim miktarı açısından dikkate alınmalıdır. Örneğin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz olan rıza tazminattan daha az indirim yapılmasını gerektirirken, alacaklının yanılarak verdiği rıza daha yüksek miktarda indirimi gerektirebilecektir.

Tazminattan indirim sebebi teşkil etmesi için geçersiz rıza ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>63</sup>. Ancak bu noktada geçersiz her rızanın tazminat indirimi sağlayıp sağlamayacağı sorusunu akla gelecektir. Fikrimizce rızanın geçersiz olduğu her durumda tazminatta indirimle gidilmesi, geçersiz rıza kavramını anlamsızlaştırma tehlikesi taşımaktadır<sup>64</sup>.

Rızanın geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanımı niteliği taşıyorsa, tazminattan indirimle gidilmemelidir. Alman Federal Mahkemesinin, 28 Mart 1972 tarihinde verdiği karara konu olayda, bedelde muvazaa yapan alıcı, daha sonra bu taşınmazı bir başkasına gerçek bedeliyle satmıştır<sup>65</sup>. İki satım arasındaki farktan dolayı vergi ödemesi gereken alıcının ilk satıcıya açtığı tazminat davası, alıcının da muvazaaya rızası bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme muvazaaya verilen rızanın sonradan geçersiz olduğunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olduğunu belirterek alıcının bireysel menfaati açısından rızayı geçerli kabul etmiştir.

---

<sup>63</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 375.

<sup>64</sup> Aksi yönde bkz. Tiftik, s. 387. Yazara göre bütün geçersizlik hallerinde rıza tazminattan indirim sebebidir.

<sup>65</sup> BGE 98 II 23. Erişim Adresi: <https://www.bger.ch/index.htm>

### 3. Zarar Görenin Kusuru

#### a. Genel Olarak

Sorumluluk hukuku açısından merkezi kavramlardan biri de zarar görendir. Zarar görenin davranışları zararın ortaya çıkmasında ya da doğmuş bir zararın artmasında rol oynayabilir. TBK m. 52/I, bu iki olasılığı da kapsayacak şekilde zarar görenin davranışlarının sonuçlarını düzenlemektedir.

Çalışmamızda, sorumluluğun kurulması ve tazminatın belirlenmesi aşamalarında zarar görenin etkisi, “zarar görenin kusuru” kavramı altında değerlendirilecektir. Doktrinde ve uygulamada zarar görenin kusurunu ifade etmek üzere müterafik kusur<sup>66</sup>, birlikte kusur<sup>67</sup>, ortak kusur<sup>68</sup>, bölüşük kusur<sup>69</sup> gibi farklı terimler kullanılmaktadır. Tüm bu ifadelerde geçen “kusur” kelimesi TBK m. 52/I’de yer almamaktadır. Bu nedenle doktrinde, zarar görenin davranışının teknik anlamda kusurlu sayılıp sayılamayacağı tartışması doğmuştur<sup>70</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca, zarar görenin kusurundan bahsedilmesi mümkündür; kişinin kusuruyla uğradığı zarardan sorumlu tutulmaması ise hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir<sup>71</sup>. Oysa kusur, hukuka aykırılıktan bağımsızdır. Kişinin davranışı hukuk düzeninin ondan beklediği makul özeni göstermeme şeklinde ise hukuka aykırılık bulunmasa da kusuru vardır<sup>72</sup>. Bu doğrultuda zarar görenin kusuru, makul bir kimsenin kendi menfaati gereği zarar görmemek için kaçınması gereken davranış olarak tanımlanmaktadır<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 594; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 318.

<sup>67</sup> Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 464; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 376 vd.

<sup>68</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 189; Eren, **Borçlar Genel**, s. 867; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 532; Andreas Furrer/Markus Müller-Chen/Bilgehan Çetiner, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 494.

<sup>69</sup> Yarg. 3. HD., 12.10.2011, E. 2011/14212, K. 2011/15332; Yarg. 4. HD., 23.3.2010, E. 2009/6763, K. 2010/3248.

<sup>70</sup> Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 31 vd.; Oftinger/Stark, § 5, N. 140.

<sup>71</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 33; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 201; Demircioğlu, **Culpa In Contrahendo**, s. 285-286; Gümüş, s. 58.

<sup>72</sup> Hukuka aykırılık yoksa kusurun da bulunmayacağı yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 86; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 595; Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s. 24; Eren, **Uygun İlliyet**, s. 189; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 464.

<sup>73</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 868; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 33, 105.

Zarar görenin, kusurlu davranışıyla doğumuna ya da artmasına katkıda bulunduğu zarar açısından sorumluluğu paylaşması, dürüstlük kuralı ve çelişik davranma yasağının gereğidir<sup>74</sup>. Doktrindeki baskın görüş, zarar görene, zararın doğumuna ve artmasına neden olan davranışlarda bulunmama şeklinde bir külfet yüklendiği yönündedir<sup>75</sup>.

## **b. Alacaklının Kusuru**

Aleyhine getirilen kusur karinesi uyarınca borçlu, kendi etki alanında gerçekleşmeyen veya elinde olmayan nedenlerle edimi ifa edemediğini ispatlamalıdır. Bunun için mücbir sebebe ya da üçüncü kusuruna dayanabileceği gibi alacaklının etki alanından kaynaklanan aksaklıkları da öne sürebilir.

Alacaklının etki alanından kaynaklanan aksaklıkların başında alacaklının kusuru gelir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta alacaklının kusuru konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından TBK m. 114/II atfıyla m. 52/I hükmü kıyasen uygulanacaktır<sup>76</sup>. Hükümdeki ayırmadan yola çıkılarak alacaklının kusuru, zararın doğmasında ve artmasında etkisi şeklinde iki başlık altında incelenecektir. İki başlık arasındaki temel fark zamansaldır<sup>77</sup>. Başka deyişle birlikte kusur zararın ortaya çıktığı ana ilişkinen zarar doğduktan sonra zararı arttırmama külfeti ortaya çıkar.

### **(1) Alacaklının zararın doğmasında etkili olması**

Alacaklının kusurlu davranışı, nedensellik zinciri içinde yer alarak zararın doğumuna yol açabilir. Bu durumda hâkim öncelikle alacaklının davranışının, borçlunun davranışı ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olup olmadığını inceleyecektir. Nedensellik bağının kesildiğinin kabul edilmesi için

<sup>74</sup> TBK m. 52/I'in dürüstlük kuralının sorumluluk hukukundaki özel bir görünümü olduğu yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, 5.56.

<sup>75</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 85; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.56; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 30.

<sup>76</sup> Y. 13. HD. 17.6.2002, E. 2002/5152, K. 2002/7213: "Davalı tarafın herhangi bir kaza olmaması için gerekli özeni gösterip önlemi almış olması, gerektiğinde görevli bulundurması, görevlinin bu gibi olaylarda çocuğu ikazdan öte alıp götürüp ailesine teslim etmesi, durumu onlara bildirmesi gerekir. Davacının çocuğuna sahip olmaması ve gerekli özeni göstermemesi Müterafik kusur olmakla birlikte bu husus davalı tarafın kusursuzluğu sonucunu ortaya çıkarmaz. (...) Davacı ile davalı taraf arasındaki akdi ilişki, davacının davalı şirkete ait tesislerde yemek yemeğe gitmesi sırasında küçük çocuğunun oyun parkında geçirdiği kazadan kaynaklanmaktadır."

<sup>77</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 36.

alacaklının davranışının sözleşmeye aykırılığın inhisari nedeni olması gerekir<sup>78</sup>. Uygun nedensellik bağı kesilmişse borçlunun sorumluluğu doğmayacağından tazminatın belirlenmesi aşamasına geçilmeyecektir. Ancak alacaklının davranışı nedensellik bağına kesecek yoğunlukta değilse, TBK m. 52/I kıyasen uygulanarak tarafların kusur dereceleri göz önünde tutulup sorumluluk paylaşılacaktır.

Örneğin alacaklı, ifaya aktif katılımının gerektiği hallerde ifayı kabul etmeyerek başka deyişle alacaklı temerrüdüne düşerek zararın doğumuna yol açabilir<sup>79</sup>. Alacaklı temerrüdü, nedensellik bağına kesecek yoğunlukta davranışlardandır; gereği gibi ifayı öneren borçlunun artık sözleşmesel sorumluluğu doğmayacaktır<sup>80</sup>. Benzer şekilde alacaklının davranışı sonraki imkânsızlığa yol açmışsa, borçlu sorumluluktan kurtulacaktır (TBK m. 136)<sup>81</sup>.

Alacaklının davranışının sorumluluğun doğumunda etkisine dair özel hükümler de bulunmaktadır. Örneğin kefalet sözleşmesinde (TBK m. 592) alacaklının bazı davranışlarının kefil sorumluluktan kurtarıcı veya sorumluluğunu sınırlandırıcı etkileri özel olarak düzenlenmiştir<sup>82</sup>.

Yargıtay, birlikte kusur değerlendirmesinde zarar görenin tacir olmasını özellikle dikkate almakta, alacaklı konumundaki tacirin basiretli bir tacir gibi

<sup>78</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 292. YHGK 4.4.2001, E. 2001/11-270, K. 2001/328. Başka bir kararda da Yargıtay kart hamilinin kartını başkasının kullanımına sunmasını birlikte kusur olarak değerlendirmiş ancak zararın inhisari nedeni saymamıştır: YHGK 11.4.2001, E. 2001/13-346, K. 2001/344

<sup>79</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 12, N. 1. Alacaklının davranışının zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilmesi için bu davranışın aynı zamanda imkânsızlığa, borçlu temerrüdüne veya sözleşmenin olumlu ihlaline yol açmaması gerektiği; aksi takdirde zarar görenin kusuru değerlendirmesine gerek kalmayacağı yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 12, N. 4.

<sup>80</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 12, N. 3. Aynı şekilde CISG m. 80, PICC m. 7.1.2 ve PECL m. 8:101(3)'te alacaklının kendi davranışı nedeniyle borca aykırılığa dayanamayacağı belirtilmiş ve bu davranışların nedenselliği kestiği kabul edilmiştir.

<sup>81</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 3. YHGK 9.4.1980, E. 1978-11-1129, K. 1980/1488, Karşı oy yazısı. Örneğin yolcu tam trene binecekken sara nöbeti geçirip düşerek yaralanmıştır. Bu durumda alacaklının kusurlu sayılamayacak bu davranışı sonucu nedensellik bağı kesilmiş sayılmalıdır. Benzer bir karar Yarg. 11. HD., 28.2.1985, E. 1985/834, K. 1985/1045.

<sup>82</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Özen, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 425 vd.

davranma yükümlülüğü nedeniyle borçlusuna ilişkin belli araştırmaları yapmasını beklemektedir<sup>83</sup>.

## (2) Alacaklının zararın artmasında etkili olması

Alacaklı, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zarar doğduktan sonra, zararın artmaması için dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenebilecek makul ve gerekli bütün önlemleri almalıdır. Aksi halde artan zarara katlanmak zorunda kalacaktır<sup>84</sup>. Dürüstlük kuralı temeline dayanan bu durum alacaklının (zarar görenin) zararı arttırmama külfeti olarak anılmaktadır<sup>85</sup>.

Zararı arttırmama külfeti konusunda hangi önlemlerin, hangi andan itibaren alınması gerektiği, önlemlerin kapsam ve sınırlarının nasıl belirleneceği sorularının da yanıtlanması gerekir.

Zarar gören, zararı arttırmama külfeti çerçevesinde makul önlemleri almalıdır. Yargı kararlarında da sıkça geçen “*makul önlem*” ifadesinin içeriği ve kapsamı, aynı durumdaki makul bir kimsenin dürüstlük kuralı uyarınca alması beklenen önlemler dikkate alınarak somut olaya göre belirlenecektir<sup>86</sup>. Ayrıca önlemin alınabileceği süre ve maliyeti, alacaklının tacir olması<sup>87</sup>, önlemin alacaklının kişilik değerlerine etkisi<sup>88</sup>

<sup>83</sup> Yarg. 11. HD., 1.5.2006, E. 2006/3818, K. 2006/4914; Yarg. 11. HD., 11.11.2004, E. 2004/1712, K. 2004/11165; Yarg. 19. HD., 5.4.2011, E. 2010/11107, K. 2011/4427. İnşaat veya işletme ruhsatı alınması gereken yerlerde, bu ruhsatların alınmadığının bilinmesinin zarar görenin kusuru olduğu yönünde: Yarg. 15. HD. 12.12.2005, E. 2004/7443, K. 2005/6761; Yarg. 19. HD. 8.2.2005, E. 2004/3987, K. 2005/944. İş sahibinin işin yapılacağı yeri, işin yapılmasına elverişli ve sorunsuz olarak yükleniciye teslim etmemesinin birlikte kusuru olduğu yönünde: Yarg. 15. HD., 25.1.2005, E. 2004/3633, K. 2005/228; Yarg. 15. HD. 23.1.2002, E. 2001/3766, K. 2002/303.

<sup>84</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 301; Apaydın, **Zararı Önleme Masrafları**, s. 223.

<sup>85</sup> Alacaklının zararı arttırmama külfetinin dürüstlük kuralının yanı sıra “*sözleşmesel dayanışma*” düşüncesine de dayandığı yönünde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 303; Baysal, **Uyarılma**, s. 11 vd. Zararı arttırmama külfetinin hukuki temelinin dürüstlük kuralı olmasından hareketle, sözleşmeye aykırılığa rağmen sözleşmesel dayanışma külfetinin sürdüğü yönünde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 303.

Zararı arttırmama külfeti sigorta sözleşmeleri bakımından TTK m. 1471’de özel olarak düzenlenmiştir: “(1) Sigorta ettiren, hasarın saptanmasından önce, hasar konusu yerde ve malda, hasar sebebinin veya zarar miktarının belirlenmesini güçleştirecek veya engelleyecek bir değişiklik yapamaz; meğerki, bu değişiklik sigortacının onayı veya zararı azaltma amacı ile yapılmış olsun. (2) Bu yükümlülüğün kusurlu ihlalinde, ihlal ile zarar arasında illiyet bulunması şartıyla, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılır.”

<sup>86</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 304; Apaydın, **Zararı Önleme Masrafları**, s. 225, 227.

<sup>87</sup> YHGK 28.3.2012, E. 2021/11-68, K. 2012/244.

<sup>88</sup> İsviçre Basel İstinaf Mahkemesi’nin tartışma yaratan bir kararına konu olan olayda doktorun gerçekleştirdiği kürtaj operasyonu başarısızlıkla sonuçlanmış ve hamilelik devam etmiştir. Mahkeme

gibi alacaklının davranışına etki eden tüm özellikler değerlendirilerek önlemin makul olup olmadığı tespit edilmelidir. Belirtmek gerekir ki taraflar arasındaki güvene dayalı bağ nedeniyle makul önlemlerin kapsamı, sözleşmesel sorumlulukta haksız fiillere nazaran genişlemektedir<sup>89</sup>.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zarar, alacaklının zararı arttırmamak için yapacağı harcamaların üst sınırını çizmektedir; dolayısıyla önlemin makul olup olmadığı konusunda ortaya çıkan zarar miktarı önem taşır<sup>90</sup>. Makul önlemlerin alınmadığını iddia eden borçlu bunu ispat etmekle yükümlüdür.

Önemle vurgulamak gerekir ki, zararı arttırmama külfeti alacaklının zararı ortadan kaldırması, borca aykırılığı telafi etmesi şeklinde anlaşılmamalıdır; külfet zararın doğduğu şekliyle kalmasına yöneliktir<sup>91</sup>. Zarar gören alacaklının, zararı arttırmama külfeti nedeniyle malvarlığını riske atması ya da ticari itibarını zedeleyecek şekilde davranması beklenemez.

Zararı arttırmama külfetinin hangi anda doğduğunun belirlenmesi haksız fiiller açısından kolaydır; zarar gören, zararın ortaya çıktığı andan itibaren makul önlemleri almalıdır<sup>92</sup>. Buna karşın ifa süreci içeren sözleşmesel sorumluluk alanında, zararı arttırmama külfetinin başlangıç anının tespiti daha zordur. Bu külfet, kural olarak sözleşmeye aykırılıktan sonra<sup>93</sup> doğsa da öncelenmiş borca aykırılık<sup>94</sup> ya da aşırı ifa güçlüğü<sup>95</sup> gibi hallerde, başka deyişle sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesinden önce

---

kadının ikinci kurtajla çocuğu aldırmasının zararı arttırmama külfetine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Karar ile ilgili eleştiri ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 306.

<sup>89</sup> Atamer, **CISG**, s. 439; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 302.

<sup>90</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 305.

<sup>91</sup> Hukuk ve ekonomi doktrini ise zarara yakın konumda bulunan alacaklının, zararı tamamen ortadan kaldırabilecek durumdaysa bunu yapmak zorunda olduğunu aksi halde tazminata hak kazanamayacağını savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 495.

<sup>92</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 307.

<sup>93</sup> Alacaklının zararı arttırmama külfeti uygulamada genellikle sözleşmeye aykırılıktan sonrasına ilişkin gündeme gelmektedir. Bu yönde bkz. YHGK, 12.6.1997, E. 1996/11-372, K. 1996/485.

<sup>94</sup> Öne alınmış sözleşmeye aykırılık halinde alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini anladığı zaman zararı arttırmamak için makul önlemleri almalıdır. Özellikle alacaklının öncelenmiş borca aykırılığa rağmen sözleşmeden dönmeyip ifa gününü beklemesinin, zararı arttırmama külfetine aykırı olup olmadığı hususu oldukça tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 322-323; Atamer, **CISG**, s. 411, dn. 701.

<sup>95</sup> TBK m. 52/I'in TBK m. 138 açısından da geçerli olduğu, uyarlamanın koşulları olduğu anda alacaklının zararı arttırmama külfetinin doğacağı yönünde: Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 316-

de ortaya çıkabilir. Ancak bu durumda henüz sözleşmeye aykırılık ve zarar bulunmadığından külfetin kapsamı daha dar tutulmalıdır<sup>96</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca, sözleşmeye aykırılık gerçekleşmiş olsun veya olmasın, alacaklı makul önlemleri alabilecek konuma geldiği anda zararı arttırmama külfeti doğmaktadır<sup>97</sup>.

Zararı arttırmama külfeti gereği alacaklının baş vurabileceği makul önlemlerden biri, borçluyu uyarmaktır. İmkânsızlık sonrası borçlunun alacaklısını uyarma külfeti TBK m. 136/III'te düzenlenmişken alacaklı açısından benzer bir hüküm bulunmamaktadır<sup>98</sup>. Yine de hem zararı arttırmama külfeti hem dürüstlük kuralı gereği alacaklının da borçluyu zararın doğumu, büyüklüğü veya ifayı tehlikeye düşüren durumla ilgili uyarma külfeti bulunduğu kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Alacaklının uyarma külfeti uygulamada özellikle banka sözleşmelerinde gündeme gelmektedir<sup>100</sup>.

---

317. Alacaklının yeni koşulları değerlendirmek için borçluyu müzakereye davet etmesinin zararı arttırmama külfeti gereği alınabilecek makul önlemlerden biri olduğu yönünde: Baysal, **Uyarılma**, s. 244-245; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 316.

<sup>96</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 325.

<sup>97</sup> Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 322.

<sup>98</sup> TBK m. 597'de ödeme yapan kefilin, TTK m. 1146'da sigorta ettirenin uyarma külfeti ve külfete aykırılığın sonuçları düzenlenmiştir. Kefil ya da sigorta ettiren alacaklı konumunda bulunmadığından bu hükümlerin alacaklının uyarma külfetini düzenlediği söylenemez; ancak yol gösterici olabileceklerdir. Alman Hukukunda ise zarar görenin uyarma külfeti, BGB § 254/II'de yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca zarar olağanüstü ölçüde yüksekse ve borçlu bu zarar tehlikesinden haberdar değilse (bilmesi de beklenmiyorsa) zarar gören alacaklının uyarma külfeti doğar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schiemann, **Staudinger**, § 254 BGB, N. 75-77.

<sup>99</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 8. Zarar görenin uyarma külfetinin temelinde, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmamak şeklindeki TBK m. 52/I hükmünün bulunduğu yönünde: Yarg. 19. HD. 5.4.2011, E. 2010/11107, K. 2011/4427: "*Mahkemece tüm dosya kapsamı ve bilirkişi raporuna göre, sözleşme süresince eksik ürün alınmasına davacının uzun müddet ses çıkarmayıp davalıyı uyarmamak suretiyle zararın artmasına sebebiyet verdiği, sözleşme süresinin tümü için cezai şart isteme hakkını sözleşme süresi sonunda kullanmasının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olması sebebiyle BK m. 44 hükmü gözetilerek hesaplanan zarardan oranında tenkis yapılmasının uygun olacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile ...*".

<sup>100</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, müşterinin hesaplarını veya hesap özetlerini kontrol ederek bankayı zarar konusunda uarmamasını müterafik kusur olarak değerlendirmektedir. Bu yönde bkz. YHGK 3.10.2007, E. 2007/11-647, K. 2007/708: "*.... Verginin yatırılmadığını bilmek durumunda olan davalı Vakfın da bu hususu denetlememesi ve davalı bankayı uyarmaması da BK m. 98/2nci maddesi delaletiyle sözleşme ilişkilerine de uygulanması gereken BK.nun 44. maddesi gereği kusur teşkil edeceği açıktır.*"

### (3) *Alacaklının tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması*

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I, zarar görenin zararın doğumuna ya da artmasına yol açan davranışları dışında, sorumlu kişinin durumunu ağırlaştırmasını da tazminatın indirilmesi veya kaldırılması sebebi olarak düzenlemiştir<sup>101</sup>.

Zarar gören “zararın doğmasında ya da artmasında etkili olma” dışında nadiren başka şekilde de tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırabilir. Doktrinde verilen başlıca örnek, zarar görenin elindeki ispat araçlarını saklamaması ya da ortadan kaldırması sebebiyle tazminat yükümlüsünün rücu imkanını kaybetmesidir. Örnekte, zarar gören ne zararın doğumunda ne de artmasında etkilidir; buna karşın sorumlu kişinin rücu imkanını güçleştirerek onun durumunu ağırlaştırmaktadır. Benzer şekilde zarar gören, zarara yol açan olay sayesinde yarar elde etmiş, ancak bu yararların ispatını güçleştirmişse tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olur. Zarar görenin yaptırması gereken bir sigortayı yaptırmaması halinde yine sorumlunun durumunu ağırlaştırma gündeme gelebilir.

O halde zarar gören zararın doğumunda ya da artmasında etkili olmasa da diğer bazı davranışları ile tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim yine tazminattan indirim ya da tazminatın kaldırılmasına karar verebilecektir.

TBK m. 52/I uyarınca zararı arttırmama külfetine aykırılığın sonucu, tazminatın tamamen kaldırılması veya tazminattan indirimdir. Ancak haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak sözleşmesel sorumlulukta tek yaptırım tazminat olmadığından aynen ifa ve sözleşmeden dönme açısından da zararı arttırmama külfetinin sonuçları incelenmelidir<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> YHGK E. 2017/3-1524, K. 2018/1442, T. 16.10.2018: “O halde, ortak kusur, haksız fiilde, zarar gören kişinin zararın doğumuna ya da artmasına neden olan kusurlu davranışlarını ifade eder. Zarar görenin ortak kusur teşkil eden davranışları, zararın doğumuna ya da artmasına ilişkin olabileceği gibi sorumlunun durumunu ağırlaştıran ortak kusur da olabilir.” TBK m. 52’de ayrıca belirtilen “tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırma”, uygulamada zarar görenin kusurunun bir sonucu olarak ifade edilmektedir. Bu yönde Yarg. 17. HD, 11.4.2018, E. 2015/9349, K. 2018/4035: “TBK 52. maddesinde öngörülen müterafik kusur, zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına yaptığı katkı olup mağdur, zarar veren şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı için hâkim tazminatı indirmekte veya kaldırmaktadır”.

<sup>102</sup> Sözleşmesel sorumlulukta zararı azaltma külfetini düzenleyen CISG m. 77’de de külfete aykırılığın sonucu olarak sadece tazminatın indirimi öngörülmüştür.

### c. Alacaklının Kusurunun Tazminat Dışındaki Seçimlik Haklar Üzerindeki Etkisi

Türk Borçlar Kanunu m. 114/II atfı uyarınca, TBK m. 52/I sözleşmeye aykırılık hallerinde kıyasen uygulama alanı bulur. TBK m. 52/I’de öngörülen yegâne sonuç tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılmasıdır. Hüküm haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olduğundan sadece tazminat yaptırımını göz önünde tutularak kaleme alınmıştır; buna karşın sözleşmeye aykırılığın tek sonucu tazminat değildir. TBK m. 52/I kıyasen uygulanacağından, alacaklının davranışının sözleşmeye aykırılığın diğer sonuçlarına da etkisi belirlenmelidir.

Katıldığımız görüş uyarınca alacaklının zararı arttırmama külfeti, aynen ifa<sup>103</sup>, sözleşmeden dönme, bedelden indirim gibi tazminat dışındaki seçimlik haklara başvurulması halinde de geçerli olmalıdır<sup>104</sup>. Söz konusu külfet uyarınca, alacaklının herhangi bir seçimlik hakkın kullanımında ısrar etmesi zararı arttırmaktaysa hakkın kötüye kullanılması sayılarak seçim hakkı sınırlanabilecektir<sup>105</sup>. Örneğin alacaklının sözleşmeden dönmesi somut olayda zararı arttırıyor ise, bu hakkı kullanması sınırlandırılarak aynen ifa talebine yönlendirilebilir<sup>106</sup>.

Alacaklının sözleşmeye aykırılığa rağmen, borçlusuna karşı harekete geçmemesi veya bunu yapmakta gecikmesi, Yargıtay’ın bazı kararlarında kusurlu davranış olarak nitelendirilmiştir<sup>107</sup>. Ancak Yargıtay’ın, alacaklının seçimlik hakkını

<sup>103</sup> Ancak sözleşmeye aykırılık halinde, alacaklının aynen ifayı talep hakkının sınırlanmasına, birincil yaptırımın aynen ifa olduğu Kıta Avrupası sisteminde ihtiyatla yaklaşılması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 334 vd.; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 69 vd.

<sup>104</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 407-408; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1224-1225; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 335

<sup>105</sup> Aynı görüşte: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 407-408; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1224-1225; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 336. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğu yönünde: Oğuzman/Barlas, N. 850; Dural/Sarı, s. 241. MK m. 2 kuralının iki fıkrasının farklı amaçlar taşıdığı yönünde: Serozan, **Medeni Hukuk**, § 9, N. 9 vd.; Baysal, **Uyarılma**, s. 79-80. Alman hukukunda BGB § 242’de dürüstlük kuralı, § 226’da ise hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir.

<sup>106</sup> Karş. TBK m. 227/IV.

<sup>107</sup> YHGK 22.5.2002, E. 2002/19-340, K. 2002/420; Yarg. 15. HD., 11.15.1993, E. 1993/854, K. 1993/4589; YHGK 22.5.2002, E. 2002/19-340, K. 2002/420. Benzer yönde birçok karar için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 365, dn. 222.

dilediği zaman kullanabileceği ve bunun kınanacak bir davranış olarak nitelendirilemeyeceği yönünde kararları da mevcuttur<sup>108</sup>.

#### 4. Tazminat Yükümlüsünün Yoksulluğa Düşecek Olması

##### a. Türk Borçlar Kanunu m. 51/II Hükmünün İncelenmesi

Tazminatın belirlenmesinde tarafların ekonomik durumlarının göz önünde bulundurulmaması kuralının en önemli istisnalardan biri, başlık altında inceleyeceğimiz TBK m. 52/II'dir. Hükmün uygulanabilmesi için hafif kusurlu<sup>109</sup> tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin indirim yapılmasını gerektirmesi aranmaktadır. Hükmün ratio legisi “*Bir felâketin ağır sonuçlarını bertaraf ederken başka bir felâket yaratılmaması*” olarak belirtilmektedir<sup>110</sup>.

Doktrinde yoksulluk hali, kişinin geçimini sağlayabilmesi bakımından zorunlu araçlara kendi imkânlarıyla sahip olamaması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>111</sup>. Yoksulluk

<sup>108</sup> Bu yönde: YHGK 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240; Yarg. 13. HD. 15.6.1995, E. 1995/5604, K. 1995/5908. Kararlarda, seçimlik hakları kullanmada uzun süre beklemenin ancak alacaklının borçluyu zarara sokma ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı halinde hakkın kötüye kullanılması sayılabileceğine hükmedilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kadir Emre Gökyayla, “**Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?**”, Prof. Dr. Aydın Aybay Armağanı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, s. 401 vd.

<sup>109</sup> EBK yürürlükte iken kanun metninde açıklık olmadığından doktrinde, zarar veren yoksulluğa düşecekse orta kusurun varlığında da tazminatın indirilebileceği savunulmaktaydı. Ancak fikrimizce, TBK m. 52/II'nin açık düzenlemesi karşısında bu yorum mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki TBK m. 52/II, kusursuz sorumluluk hallerinde de tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Borçlunun ağır kusurlu olduğu anlaşıldığında ise ekonomik durumunun araştırılmayacağı yönünde: Tiftik, s. 94.

<sup>110</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 326; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 152. Yarg. 19. HD., 17.03.1998, E. 815, K. 1867: “*Maddi tazminatın hiçbir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği göz ardı edilmemeli ve bu arada sözü edilen tazminatın bir tarafın zararını karşılarken diğer tarafın ekonomik ve ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir...Kısaca tazminat belirlenirken bunun toplumda yaratacağı olumsuz durumlar göz ardı edilmemeli ve toplumsal denge ve çıkarlar da korunmalıdır.*”.

<sup>111</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş On Yedinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 157; Yılmaz Ergenekon, **Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 136; Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 838. Yoksulluğa düşme ifadesinin içeriğini somutlaştırmak için MK m. 364'te düzenlenen yardım nafakası kavramından yararlanılabileceği yönünde: Tiftik, s. 95; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 154; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 326. YHGK., 07.06.1998, E. 656, K. 688: “*... Yoksulluğun hukuksal kavramı anılan yasa maddesinde tanımlanmamıştır. Yeri gelmişken şunu belirtmek gerekir ki yoksulluk ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgilidir. O nedenle bunu ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları altında belirlemek gerekir. Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir (Anayasa 17/1, 55). Şu hâlde, bu temel hakkın tabii sonucu yeme,*

halinin sınırlarını tam olarak belirlemek, net bir ölçüt ya da kural getirmek isabetli olmayacağından kanunda tanım verilmemiştir. Hâkimin hayatın olağan akışı ve somut olayın özellikleri çerçevesinde zarar verenin yoksulluğa düşüp düşmeyeceğini tespit etmesi gerekir<sup>112</sup>. Bu sırada tazminat yükümlüsünün sorumluluğu doğuran olay nedeniyle elde ettiği veya edeceği malvarlığı değerleri de hesaba katılmalıdır. Örneğin tazminat yükümlüsünün rücu imkânının veya sorumluluk sigortasının varlığı, yoksulluğa düşüp düşmemede göz önünde tutulmalıdır<sup>113</sup>. Öte yandan tazminatın ödenmesi halinde tazminat sorumlusunun geçici bir süre sıkıntıya düşülecek olması, yoksulluk halinin kabulü için yeterli değildir<sup>114</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/II uyarınca tazminat yükümlülüğünde indirime gidildikten sonra, sorumlu kişinin malvarlığında artış olduğu gerekçesiyle, ek bir dava açmak imkânı bulunmamaktadır<sup>115</sup>. Bu nedenle yoksulluğa düşme gerekçesiyle tazminatta indirime gitmeden önce tazminat yükümlüsünün malvarlığında meydana gelebilecek artış ihtimalleri göz önünde tutulmalıdır<sup>116</sup>.

Tüzel kişiler açısından TBK m. 52/II kapsamında tazminattan indirim yapılması tartışmalıdır. Devletin ve kamu tüzel kişilerinin yoksulluğa düşmesinden

---

*giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek yerinde olur...". Yarg. 2. HD., 3.3.1975, E. 1781, K. 2009: "... Zaruret hali başkasının yardımı olmadan günlük yiyeceğini bile sağlayamayacak durumda olmaktadır."*

<sup>112</sup> Hacı mümkün malvarlığı olan bir tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşmüş kabul edilemeyeceği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 872; Oftinger/Stark, § 7, N. 54. Nomer, ekonomik durumu iyi olan zarar görenin karşısında hafif kusurlu kıt kanaat geçinen bir zarar veren tasvir etmiş, tazminatı öderse zaruri ihtiyaçlarını yine temin edebilecek ama oldukça sıkıntıya düşecek, zorlanacak zarar görenin TBK m. 52/II'den yararlanabileceğini belirtmiştir. Başka deyişle TBK m. 52/II'nin daha geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 155. Aynı yönde: Tiftik, s. 95

<sup>113</sup> Sorumluluk sigortasından elde edilecek para dikkate alınmadan, TBK m. 52/II uyarınca indirim yapılmasının sigortacının lehine bir durum yaratacağı; oysa menfaati gözetilmesi gereken kişinin zarar gören olduğu yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153. Bu durumda ya indirim hiç uygulanmayacak ya da zarar rücu veya sigorta tazminatını büyük oranda aşıyorsa uygulanacaktır. Sorumluluk sigortalarının yaygınlaşmasından önce uygulamada sıklıkla başvuru bu hükmün eski önemini yitirdiği yönünde: Eren **Borçlar Genel**, s. 871; Merz, **Obligationenrecht**, s. 230.

<sup>114</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153; Merz, **Obligationenrecht**, s. 231.

<sup>115</sup> Zarar verenin mali durumunun iyileşmesi ihtimali varsa hâkimin tazminatı indirmekten kaçınması gerektiği yönünde: Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 326-327; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 155; Tiftik, s. 97-98.

<sup>116</sup> Federal Mahkeme bir kararında (BGE II 338-339), kibritle oynarken yangına yol açan çocukların ileride çalışarak gelir elde edeceklerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Karar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153.

bahsedilemeyecektir<sup>117</sup>. Ticari şirketlerinin iflas veya konkordato ilan etmeleri halinde, tazminatın indirilmesi zarar görenin durumunu diğer alacaklılar karşısında kötüleştireceğinden TBK m. 52/II uygulanmayacaktır<sup>118</sup>.

Tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşeceğinden bahisle tazminatın indirilmesi için hakkaniyet de bu indirimi gerektirmelidir. Somut olayda zarar görenin de ekonomik durumu kötüyse, zarar verici olay sonrası güç duruma düşmüşse, hakkaniyet gereği tazminattan indirimde gidilmeyecektir<sup>119</sup>. Başka deyişle her iki tarafın da ekonomik durumu kötüyse zarar gören gözetilecektir. Hükümde hâkimin indirim yaparken hakkaniyeti gözetecek olması ile kastedilen de budur<sup>120</sup>.

Hükümle ilgili tartışmalı bir husus, ilk fıkra hâkime tazminatı indirmenin yanı sıra tamamen kaldırma yetkisi tanınmasına rağmen ikinci fıkra sadece indirimden bahsedilmesidir. Hükümün lafzından yola çıkan görüş, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması sebebiyle tazminatın kaldırılamayacağını savunmaktadır. Katıldığımız görüş ise tazminat yükümlüsünün ekonomik durumu hiçbir şekilde tazminat ödemeye imkân vermiyorsa, hâkimin somut olayın bütün koşullarını ve özellikle zarar görenin ekonomik durumunu değerlendirerek tazminatı kaldırabileceğini ifade etmektedir.

#### **b. Türk Borçlar Kanunu m. 51/I ve m. 52/II Hükümleri Arasındaki İlişki**

Çalışmanın bu kısmında kusurun hafifliği gerekçesi ile tazminattan indirim yapılabileceğini öngören TBK m. 51/I ve m. 52/II arasındaki ilişki de incelenmeli, bu iki hükmün uygulama alanları belirlenmelidir.

<sup>117</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 326; Eren, **Borçlar Genel**, s. 872; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153; Tiftik, s. 95; Oftinger/Stark, § 7, N. 50.

<sup>118</sup> Aynı durum, tacir sıfatını taşıyan veya taşımasını ödeme güçlüğü içindeki gerçek kişiler için de geçerlidir. Tazminat alacaklısının yanında hacze iştirak etmesi muhtemel başka alacaklılar varsa, tazminat miktarının düşük belirlenmesi, tazminat alacaklısının eline daha da az miktarda bir paranın geçmesine yol açacaktır. Bu husus BK 44/II uyarınca indirimde gidilirken göz önünde tutulmalı, gerekirse indirimden vazgeçilmelidir.

<sup>119</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 152; Tiftik, s. 145; Eren, **Borçlar Genel**, s. 872; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 392; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 593; Sami Narter, **Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s. 871

<sup>120</sup> Gökcan, s. 800.

Doktrinde bir görüş, iki hüküm arasında uyumsuzluk bulunduğunu, bunun sebebinin ise Art. 44/II'nin İsviçre Borçlar Kanunu'na sonradan eklenmesi olduğunu belirtmektedir<sup>121</sup>. Bu görüş TBK m. 51/I uyarınca indirim yapılabilmesi için hafif kusurun yanı sıra başka bir sebebin daha olmasını aramaktadır (hafif kusur+bir başka indirim sebebi). Sadece zarar verenin hafif kusurundan ibaret bir indirim yapılacak ise TBK m. 52/II'nin şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir (hafif kusur+yoksulluğa düşme+hakkaniyet)<sup>122</sup>.

Katıldığımız görüş ise, TBK m. 51/I uyarınca sadece hafif kusurun varlığında da indirim yapılabileceğini, bu indirime rağmen tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşeceği anlaşıyorsa TBK m. 52/II gereği bir miktar daha indirime gidilebileceğini savunmaktadır<sup>123</sup>.

Tekrar belirtmek gerekir ki TBK m. 52/II hükmü olmasaydı da hâkim tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olmasını TBK m. 51/I uyarınca durumun gereği içinde göz önünde tutulabilirdi. Ancak hâkim, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşeceğini durumun gereği içinde değerlendirip hem TBK m. 51/I'e hem m. 52/II'ye göre iki kere indirime gidemeyecektir. Başka deyişle hiçbir zaman aynı sebebe dayanarak iki kere indirim yapılamayacaktır.

## 5. Durumun Gereği

Durumun gereği kapsamında hâkimin göz önünde tutabileceği hususlara; tarafların ekonomik durumu, beklenmeyen hal, zararın çok büyük olması, yapısal yatkınlık, üçüncü kişinin fiili, zararın mağdura yapılan yardım ya da hatır işi sırasında gerçekleşmesi, tehlikeye atılma, riskin üstlenilmesi, uzak illiyet gibi örnekler

---

<sup>121</sup> Oser/Schönenberger, Art. 44, N. 13; Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 372.

<sup>122</sup> Benzer bir yaklaşımla, TBK m. 51/I çerçevesinde tazminat zararın altına çekilemiyorsa (hafif kusura rağmen tazminat azaltılamıyorsa), TBK m. 52/II'nin uygulanabileceği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 592-593.

<sup>123</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 152. TBK m. 52/II'nin hafif kusurlu zarar gören açısından da kıyasen uygulanabileceği yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 151. Uygulamada, zararın tespitinden sonra tazminatın belirlendiği ve ardından indirildiği iki ayrı aşama bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin hâkim, zarar miktarını 100.000 TL olarak belirlendikten sonra kusurun hafifliği gerekçesiyle tazminatı 50.000 TL'ye indirdiğini, bu tazminatın ödenmesi halinde tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşeceğini dikkate alarak tazminatı 20.000 TL'ye çektiğini belirtmemektedir. Hâkim kararında tazminatı 20.000 TL olarak açıklamaktadır.

verilmektedir<sup>124</sup>. Sözleşmesel sorumlulukta TBK m. 114/I hükmü de durumun gereği içinde değerlendirilmesi gereken bir düzenlemedir.

Doktrinde ve uygulamada TBK m. 51/I uyarınca durumun gereği olarak hâkimin göz önünde tutacağı bazı haller aşağıda genel hatları ile açıklanacaktır.

#### a. Tarafların Sosyal ve Ekonomik Durumları

Eşitlik ilkesi uyarınca, kural olarak tazminatın belirlenmesinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları göz önünde bulundurulmaz<sup>125</sup>. EBK m. 43'teki "*hâl ve mevkiin icabına*" ifadesi, hâkimin takdir yetkisini kullanırken tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alması gerektiği şeklinde yorumlanmaktaydı<sup>126</sup>. TBK m. 51/I'de bu ifadenin kullanılmaması, terim değişikliğinden öte, hâkimin tazminatın belirlenmesinde sadece tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alarak tazminattan indirim yapması imkânını ortadan kaldırmaktadır<sup>127</sup>. Bu doğrultuda zarar verenin varlıklı olması indirim sebeplerine rağmen tam ya da gerekenden yüksek tazminata hükmedilebileceği sonucu doğurmaz. Aynı şekilde zarar görenin varlıklı olması zarar veren lehine başlı başına indirim sebebi değildir<sup>128</sup>. Ancak uygulamada zarar görenin çok yüksek servete sahip olmasının TBK m. 51/I uyarınca durumun gereği kapsamında dikkate alınıp hakkaniyet ilkesi doğrultusunda tazminattan indirim yapıldığı kararlar mevcuttur<sup>129</sup>.

#### b. Zararın Olağanüstü Boyutta Olması

Katastrofik zarar, eriştiği boyutlarla beklenen ölçüleri aşan, olağanüstü miktardaki zarardır. Katastrofik zararın ortaya çıkışına beklenmeyen halin veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışının yol açmasının tazminata etkisi ilgili başlıklar altında ele alınmıştır. Bu başlık altında irdelenmesi gereken, bizzat

<sup>124</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 66; Saymen/Elbir, s. 499; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 52, 55, 62 vd. Tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesinin Türk Hukukunda eleştirildiğini belirtmiştik. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 316; § 3, I, B, 5.

<sup>125</sup> Bu ilkenin en önemli istisnalarından biri TBK m. 52/II'dir. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 151; Narter, s. 884; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.26; Oftinger/Stark, § 7, N. 72.

<sup>126</sup> Bu yönde: Tiftik, s. 144; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 475. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.25; Becker, **BK-OR**, Art. 44, N. 55.

<sup>127</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.25.

<sup>128</sup> Gökcan, s. 600-601; Oftinger/Stark, § 7, N. 63. Aksi yönde: Tiftik, s. 144; von Büren, s. 63.

<sup>129</sup> Bkz. YHGK, 2.7.1969, E. 969/9-452, K. 655; Yarg. 10. HD., 18.4.1975, E. 1307, K. 2285.

sorumluluğu doğuran olay sonucu olağanüstü boyutlara ulaşan zararın tazminata etkisidir. Bu boyuttaki bir zararın tazmini sorumlu kişiyi yoksulluğa düşürecekse ve hafif kusur söz konusuysa TBK m. 52/II uyarınca tazminat miktarı indirilebilecektir. Yanıtlanması gereken soru, TBK m. 52/II'nin koşulları gerçekleşmemişse TBK m. 51/I'de belirtilen “durumun gereği” kapsamında, zararın olağanüstü boyutu dikkate alınarak indirim yapıp yapılamayacağıdır.

Tam tazmin ilkesi gereği sadece zararın büyüklüğü indirim için yeterli bir gerekçe değildir; ancak somut olayın diğer özellikleri ile birleşirse zararın büyüklüğü indirim sebebi oluşturabilir. Bu noktada olağanüstü ölçüde büyük zararın tahmin edilebilir (beklenebilir) olup olmadığına bakılmalıdır. İşletme sahipleri her an gerçekleşmesi muhtemel büyük çaplı zararlar için sorumluluk sigortası yaptırabilirler. Bu yola başvurmayarak doğabilecek zararları göze alan işletme sahipleri ortaya çıkan ağır sonuçlara da katlanmalıdırlar<sup>130</sup>.

Genellikle haksız fiiller alanında gündeme gelebilecek bir indirim sebebi olsa da sözleşmeden doğan sorumlulukta da zararın olağanüstü boyutlara ulaşması indirim sebebi oluşturabilecektir<sup>131</sup>. Örneğin, ayıplı bir malın teslimi sonrası, çok yüksek gelire sahip alıcının ayıplı malın kullanımı sırasında ölmesi halinde destekten yoksun kalma tazminatı olağanüstü boyutlara ulaşabilir. Bu durumda TBK m. 51/I'de belirtilen durumun gereği uyarınca tazminattan indirime gidilmesi mümkündür. Fakat bunun için somut olayın diğer özelliklerinin tazminattan indirime gidilmesini engellemiyor olması gerekmektedir.

### c. Mesleki Risk

İş sözleşmesinden doğan zararların tazminine ilişkin TBK m. 400/I, esas itibarıyla TBK m. 112 hükmünün tekrarı niteliğindedir. Hükmün ikinci fıkrası ise TBK

---

<sup>130</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 156-157.

<sup>131</sup> Doktrinde nükleer bir tesiste meydana gelen arıza veya patlamada sonucu ortaya çıkan katastrofik zarar örneği verilmiştir. Nükleer tesislerin işletilmesinden doğan zararlara ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu 1960 tarihli Paris Sözleşmesi m. 7'de nükleer kazadan doğan sorumluluk belli bir miktar ile sınırlandırılmıştır. Sınırın içinde kalan zarar miktarının olağanüstü ölçüde yüksek olduğu ileri sürülerek tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmasının istenemeyeceği yönünde: Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 158.

m. 114/I'de getirilen sorumluluğun ölçüsünün işin özelliğine göre belirlenmesi ilkesinin somut bir örneği niteliğindedir.

İşçinin kusurunun belirlenmesinde, göstermesi gereken özenin ölçüsü önem taşır. TBK m. 400/II gereği, işçinin göstermek zorunda olduğu özenin ölçüsü yalnız iş ilişkisinin gereklerine değil, işverenin bildiği veya bilmesi gereken işçinin yetenek ve özelliklerine göre de belirlenir. İşçinin sübjektif özelliklerini göz ardı eden işveren kusurludur ve birlikte kusur tazminattan indirimi gündeme getirir. İşçinin sorumluluğunun bu şekilde hafifletilmesi, teknolojinin etkisiyle gittikçe çeşitlenen zarara yatkın ya da tehlike doğuran meslekler açısından yeterli değildir.

Tehlikeli ve zarar doğurmaya yatkın işlerde sorumluluğun hafifletilmeden uygulanması, yetenekli ya da eğitilmiş oluştunu nedeniyle kendisine zor bir iş verilen işçinin hafif kusurla zarara sebebiyet vermesinde ağır bir sorumluluk altına girmesine yol açacaktır. İlk kez Alman İmparatorluk İş Mahkemesinin tarafından ortaya atılan, daha sonra Alman Hukukunda benimsenen görüş gereği, tehlikeli veya zarar doğurmaya yatkın işlerde, artan zarar riski (mesleki risk) işçi tarafından değil işveren tarafından karşılanmalıdır<sup>132</sup>. Eş deyişle operasyonel risk ne kadar büyükse işçinin kusuru o kadar hafif değerlendirilmelidir. Ayrıca mesleki riski en iyi şekilde öngörebilecek, gerekli önlemleri alınmasını ve kontrolünü sağlayabilecek veya riski sigortalatabilecek olan kişi işverendir. Dolayısıyla mesleki risk, TBK m. 51/I'de belirtilen durumun gereği kapsamında tazminatın indirilmesini ya da tamamen kaldırılmasını sağlayan bir sebeptir.

#### **d. Borca Aykırılığın Objektif Ağırlığı**

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline karşılık ceza koşulu öngörebilir ve bunun miktarını serbestçe kararlaştırabilirler (TBK m. 182/I). Kararlaştırılan ceza koşulu miktarının aşırı olması halinde hâkim, çeşitli hususları göz önünde bulundurarak indirim yapabilecektir (TBK

---

<sup>132</sup> Galip Sermet Akman, “Tehlikeli ve Zarar Yakın İşlerde İşçinin Sorumluluğu”, İÜHFM, Cilt: 42, Sayı: 1-4, Yıl: 1976, s. 423-436.

m. 182/III). Doktrinde hâkimin dikkate alacağı unsurlardan birinin borca aykırılığın objektif ağırlığı olduğu ifade edilmektedir<sup>133</sup>.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinde yararlanılan borca aykırılığın objektif ağırlığı kıstası tazminatın indirilmesinde de durumun gereği kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin kiracının kira bedeli ödememesi şeklindeki ihlal ile belli bir çevrede rekabet edilmeyeceğine ilişkin taahhütten sonra o yerde işletme açılması borca aykırılığın objektif ağırlığı açısından farklı değerlendirilmelidir. Önemle vurgulamak gerekir ki borca aykırılığın ağırlığı ile borçlunun kusur derecesi birbirinden ayrı kavramlardır. Borçlunun kusurunun hafif olduğu bir durumda borca aykırılığın objektif ağırlığının fazla olması veya tam tersi mümkündür<sup>134</sup>.

#### e. İşin Borçluya Yarar Sağlamaması

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, tazminatın zarar miktarının altına çekilmesinde önemli düzenlemelerden biri de TBK m. 114/I'nin son tümcesidir. Borç altına giren taraf bakımından sözleşmeler tek tarafa ve iki tarafa borç yükleyenler olmak üzere ikiye ayrılır<sup>135</sup>. Kanun koyucu işin<sup>136</sup> borçluya yarar sağlamaması halinde sorumluluğunun daha hafif değerlendirileceğini belirterek bu ayrıma dikkat çekmiştir. Özellikle, edimler arasında karşılıklı ilişkilinin bulunduğu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin diğerine nazaran daha çok korunması için haklı sebep yoktur. Dolayısıyla başkaca bir indirim sebebi bulunmadığı sürece, karşılıklı borç yükleyen sözleşmede borçlu ortaya çıkan zararı tam olarak tazmin etmelidir. Buna karşılık tek tarafa ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından TBK m. 114/I uygulama alanı bulacaktır. Örneğin bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın<sup>137</sup>, ücretsiz kullanım ödünç sözleşmesinde ödünç verenin veya ücretsiz

<sup>133</sup> Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s. 146-147.

<sup>134</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 147, dn. 21.

<sup>135</sup> Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 11, N. 10 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 158-161; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 18.2; Eren, **Borçlar Genel**, s. 222-225; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 31-33; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 6, N. 244 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 72-73.

<sup>136</sup> Hükümde geçen iş kavramından anlaşılması gereken yalnızca iş görme sözleşmeleri değil, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimdir.

<sup>137</sup> OR Art. 248 (TBK m. 294) ile Art. 99/II (TBK m. 114/I) hükümlerinin bağdaşmadığı yönünde: Koller, **Obligationenrecht**, § 51, N. 25.

vekalet sözleşmesinde vekilin sorumluluğu<sup>138</sup> açısından TBK m. 114/I, c. 3 uygulanabilecektir<sup>139</sup>. Fakat ücretsiz de olsa vekâletsiz iş gören, kural olarak aynı hükümden yararlanamaz; TBK m. 527, m. 114/I, c. 3'ün istisnası niteliğindedir<sup>140</sup>.

Somut olayı değerlendiren hâkim, sözleşmenin borçluya herhangi bir yarar sağlamaması halinde TBK m. 114/I uyarınca tazminat miktarında indirim yapabilecektir<sup>141</sup>. Yarar kavramının içine alacaklı tarafından borçluya vaat edilmiş olanların yanı sıra borçlunun o hukuki ilişki çerçevesinde genel olarak beklediği yararlar da dahildir<sup>142</sup>. Bu noktada, alacaklının sağladığı yarara oranla çok düşük olmakla birlikte borçlunun da sözleşmeden yarar sağlaması halinde indirim yapıp yapılmayacağı sorusu akla gelecektir. Hükümün lafzına bağlı kalınırsa, böyle bir olasılıkta indirim yapılamayacaktır. Ancak kanaatimizce hüküm genişletici yorumla ele alınmalı, hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Aynı yorum hâkimin tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıp kaldıramayacağı da noktasında da geçerli olmalıdır. Diğer bir deyişle, sözleşme borçlu için hiç yarar sağlamıyor ya da alacaklıya nazaran oldukça düşük yarar sağlıyorsa, TBK m. 51/I ve m. 114/I, c. 3 uyarınca hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Fikrimizce sözleşmenin borçluya

<sup>138</sup> Vekâlet sözleşmesinin bir mesleğin yürütülmesi kapsamında yapılması halinde, TBK m. 114/I, c. 3'e dayanarak sorumluluğun sınırlandırılmayacağı, meslek mensupları hafif kusurlarından bile sorumlu tutulması gerektiği yönünde: Veysel Başpınar, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 170; Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 1990, s. 293, 301

<sup>139</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 494; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 21, N. 1-2; Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, s. 250.

<sup>140</sup> Vekaletsiz iş gören, işin kendisine hiçbir yarar sağlamadığını ileri sürerek sorumluluğunun daha hafif olarak değerlendirilmesini talep edemez. Buna karşın vekaletsiz iş gören, derhal müdahale etmeseydi iş sahibinin veya yakınlarının şahıs ya da malvarlıklarının zarara uğrayacağını ispat edebilirse, TBK m. 527/I gereği sorumluluğu daha hafif olarak takdir edilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s. 419; Tandoğan, **Vekaletsiz İş Görme**, s. 214-215; Başalp, s. 7; von Tuhr, s. 582. Hastaneye bilinci kapalı olarak getirilen hastaya müdahale eden doktor, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumludur. Doktrindeki genel kanı doktorun, TBK m. 527/I ile getirilen sorumluluk sınırlamasından yararlanamayacağı yolundadır. Konu ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Hayrunnisa Özdemir, **"Hekimin Hukuki Sorumluluğu"**, ERÜHFD, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 37-38; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 127-128.

<sup>141</sup> Nomer, **Borçlar Genel**, N. 179.3; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1338; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 494; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 21, N. 1-2.

<sup>142</sup> İşin borçlu için yarar sağlayıp sağlamadığı belirlenmesinde borçluyu işlem yapmaya yönlendiren bütün saiklerin dikkate alınacağı yönünde: Koller, **Obligationenrecht**, § 51, N. 23.

yarar sağlamaması gerekçesiyle tazminat sorumluluğunun azaltılmasının ön koşulu borçlunun hafif kusurlu olmasıdır<sup>143</sup>.

Doktrinde TBK m. 114/I gereği, borçluya yarar sağlamayan sözleşmelerde, borçlunun göstermesi gereken özenin derecesinin de azalacağı ileri sürülmüştür<sup>144</sup>. Fikrimizce TBK m. 114/I, borçludan beklenen özen derecesini değil, onun ödemekle yükümlü olduğu tazminat tutarını azaltmaya yöneliktir<sup>145</sup>. TBK m. 294'teki gibi istisnai bir düzenleme olmadıkça borçlunun sözleşmeden yarar sağlamadığı gerekçesiyle özen derecesi indirilmemelidir.

İşin borçluya yarar sağlamaması başlığında, uygulamada sıkça karşılaşılmaması sebebiyle, hatır için yürütülen işlere de değinilmesi gerekmektedir. Hatır işleri, karşılıksız olarak ve başkası menfaatine gerçekleştirilen eylemlerdir<sup>146</sup>. Hatır işlerini ücretsiz kullanım öduncü, ücretsiz vekalet ya da bağışlamadan ayıran özellik tarafların

<sup>143</sup> Aynı yönde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 878

<sup>144</sup> Konu ile ilgili ücretsiz vekalet sözleşmesi özelinde vekilin özen borcunun azalıp azalmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Başpınar, **Özen**, s. 167 vd.

<sup>145</sup> Benzer yaklaşım için bkz. Başpınar, **Özen**, s. 167.

<sup>146</sup> Başalp, s. 67; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 160 vd.; Tiftik, s. 146 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 876. Hatır işlemlerinden doğan zarara en sık hatır taşımacıları ve sözleşme dışı yanlış bilgi vermede rastlanmaktadır. Hatır taşımacıları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, “**Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşıdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu**”, İÜHFM, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 161 vd.; Yasemin Durak/Turan Şahin, “**Hatır İçin Taşıma**”, İÜHFM, Cilt: 73, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 339 vd.; Nisim Franko, “**Hatır Nakliyatı Mefhumu**”, DÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1988, s. 175 vd. Sözleşme dışı yanlış bilgi verme konusu hakkında bilgi için bkz. Gürpınar, **Bilgi Verme**, s. 33 vd.

Yargıtay kararlarında da hatır taşımacılarında TBK m. 51/I (EBK m. 43/I) tazminattan indirim yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD., 10.12.1998, 7110/10054: “...Dava trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacılar desteği, davalının aracında seyrederken meydana gelen kazada vefat etmiştir. Olayla ilgili ceza dosyasından anlaşıldığı üzere destek, davalının aracına ücret karşılığı binmiş bir yolcu olmayıp sırf hatır için taşınmıştır. Ölenin bir çıkar karşılığı olmaksızın taşındığı olaylarda taşıyanın onlara karşı sorumluluğu haksız eylemden doğan bir sorumluluk olmakla beraber, ortada hatır için taşıma söz konusu bulunmakla, tazminatın kapsamı üzerinde özellikle durulması gerekir. Hatır taşımasında yalnız yolcunun yararı söz konusu olduğu ve işleten ivazsız bir şekilde hareket ettiği için Borçlar Kanununun 43. maddesinin birinci fıkrası hükmünün uygulanması suretiyle zararın bir bölümünün tazminat alacaklısının üzerinde bırakılması gerekir. Yargıtayın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır. Mahkemece bu yönün gözetilmemiş olması yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...” ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)). Yargıtay’ın hatır taşımasında taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğuyla ilişkin kararları da vardır. Bu yönde Yarg. 4. HD, 25.02.1986, 765/1694: “hatır taşıması konusunda tarafların birleşen iradeleri onlar için tek yanlı bir **sözleşme ilişkisi** kurar, bu sözleşmede yalnız taşıyıcı borç altına girmiş olur; ancak taşımada kendisinin bir yararı olmadığı için bu gibi hallerde BK 43. maddesi gereğince gerçekleşen maddi zararın bir kısmının tazminat alacaklısı üzerinde bırakılması ve manevi tazminat takdirinde de bir indirim nedeni olarak kabul edilmesi gerekirken...”.

hukuki işlemle bir yükümlülük altına girmek istememeleridir<sup>147</sup>. Hatır işlemi varsa bir sözleşme ya da borç söz konusu değildir; dolayısıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyecektir<sup>148</sup>. Hatır işlemi sonucu ortaya çıkan zarardan kimin, hangi hükümler çerçevesinde sorumlu olacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür; çalışmamızın kapsamını aşan bu tartışmalara değinilmeyecektir<sup>149</sup>. Önemli olan husus hatır işlemi ile borç doğuran sözleşmeyi ayırt etmektir. Bu ayrım, yapılacak işin hukuki ve ekonomik bakımdan taşıdığı öneme, tarafların amacına ve menfaat durumlarına bakarak hukuki işlemin yorumlanmasıyla gerçekleşecektir.

#### **f. Beklenmeyen Hâl<sup>150</sup>**

##### **(1) Genel olarak**

Beklenmeyen hâl, tazminat sorumlusunun bilgi ve iradesi dışında zararın doğmasında veya artmasında katkısı bulunan olaylardır<sup>151</sup>. Sözleşmesel sorumluluk açısından ise alacaklıya, borçluya veya tarafların yardımcılarına kusur isnat etmenin mümkün olmadığı durumlardır<sup>152</sup>. Bir doğa olayı ya da aniden ortaya çıkan başkaca aksilik, sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasındaki nedensellik bağıını kesecek yoğunluğa ulaşırsa, mücbir sebep olarak adlandırılır ve sorumluluğun kurulmasını engeller<sup>153</sup>. Sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesmeyen beklenmeyen hâl ise TBK m. 51/I gereği tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Beklenmeyen hâlin indirim sebebi teşkil etmesinin

<sup>147</sup> Başalp, s. 67; Larenz, **Schuldrechts**, s. 554. Bununla birlikte hatır işlemleri edimleri muhafaza edebilmenin hukuki sebebini oluşturlar. Başka deyişle hatır işlemi dolayısıyla elde edilen edimler, sebepsiz zenginleşmeye yol açmazlar.

<sup>148</sup> Meğerki güven ilişkisine dayanan bir tazminat yükümlülüğünün doğabileceği görüşü kabul edilsin.

<sup>149</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, **Hatır Taşınması**, s. 177 vd.; Durak/Şahin, s. 344 vd.; Gürpınar, **Bilgi Verme**, s. 73 vd.

<sup>150</sup> Üçüncü kişiye veya zarar görene izafe edilebilen hallerin tazminat miktarına etkisi ayrıca incelendiğinden bu başlık altında herhangi bir kişiye izafe edilemeyen olaylar ele alınmaktadır.

<sup>151</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 140 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, **Borçlar Genel**, s. 1000; Becker, **BK-OR**, Art. 97, N. 79; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1345; Tiftik, s. 150.

<sup>152</sup> Weber, **BK-OR**, Art. 103, N. 48; Schwenger, N. 66.07.

<sup>153</sup> Beklenmeyen hal-mücbir sebep kavramları arasındaki farklar ve sonuçları hakkında bkz. § 2, I, D, 1, e ve özellikle dn. 464.

gerekçesi, kimseye izafe edilemeyen böyle bir durumun yüküne, hakkaniyet gereği her iki tarafın da katlanması düşüncesidir<sup>154</sup>.

Beklenmeyen hâle dayanarak tazminattan indirim yapıp yapılmayacağı noktasında sorumluluğun kurulmasındaki düşünce önem taşır. Sorumlu kişinin sorumluluk alanı dışında kalan bir beklenmeyen olay gerçekleşirse tazminatın indirilmesi mümkündür. Ancak özellikle tehlike sorumluluklarında amaç, beklenmeyen olaydan doğabilecek zararlardan işletenin sorumlu tutulmasıdır. Dolayısıyla beklenmeyen olaya dayalı indirim yapmak sorumluluğun temelindeki amaçla bağdaşmaz<sup>155</sup>. Örneğin aracın lastiğinin patlaması veya ortaya çıkan ani arıza beklenmeyen olay niteliğinde olsa da motorlu araç işletenin sorumluluğunda tazminattan indirim sebebi oluşturmayacaktır (KTK 86/I). Başka bir ifadeyle, kusursuz sorumlulukta beklenmeyen olayın indirim sebebi teşkil etmesi istisnaidir<sup>156</sup>.

Tazminattan yapılacak indirimin miktarı (oranı) konusunda Yargıtay eski tarihli kararlarında herhangi bir açıklamaya yer vermezken daha yeni tarihli kararlarında beklenmeyen olayın zararın oluşumundaki payını esas almaktadır<sup>157</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi ise uygun nedensellik bağı içinde zarar verenin ortaya çıkabileceğini düşündüğü sonuçlardan sorumlu olacağını kabul etmektedir<sup>158</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, beklenmeyen hal zarar verenin kusurunun hafif olarak değerlendirilmesine yol açıyorsa ya kusurun hafifliğine ya da durumun gereği kapsamında beklenmeyen hale dayanarak indirim yapılabilir. Başka deyişle aynı sebep farklı yönüyle iki kere göz önünde bulundurularak tazminattan indirim yapılamaz<sup>159</sup>.

Uygulamada beklenmeyen olay kapsamında değerlendirilen ve hem kusura dayanan sorumlulukta hem kusursuz sorumlulukta indirim sebebi olarak dikkate

---

<sup>154</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 141.

<sup>155</sup> Tiftik, s. 151; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 143; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 328; Oftinger/Stark, § 7, N. 36.

<sup>156</sup> Tiftik, s. 152.

<sup>157</sup> Bkz. YHGK, 03.04.2002, E. 2002/10-247, K. 2002/224; YHGK 27.09.2006, E. 2006/10-627, K. 2006/599; Yarg. 9. HD., 31.10.1983, E. 1983/6805, K. 1983/8720; Yarg. 10. HD., 11.05.1981, E. 1981/2465, K. 1981/3038.

<sup>158</sup> Ayrıntılı bilgi ve İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. Oftinger/Stark, § 7, N. 36.

<sup>159</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 141; Tiftik, s. 151.

alınan etkenlerden biri zarar görenin yapısal (bünyesel) yatkınlığıdır<sup>160</sup>. Yapısal yatkınlık, doğuştan ya da sonradan ortaya çıkan bir nedenle, zararın doğmasına ya da artmasına (kişinin olağandan fazla zarar görmesine) yol açan bedensel ya da ruhsal rahatsızlıkları ifade etmektedir<sup>161</sup>. Zarar görenin zarara elverişli bünyeye sahip olması, eş deyişle yapısal yatkınlığı, kendi iradesine dayanmadığından kusurlu addedilemez. Dolayısıyla yapılacak indirim, TBK m. 52/I’de kaleme alınan zarar görenin kusuruna değil, m. 51/I’deki durumun gereğine dayanmakta, doktrinde ise beklenmeyen hal kapsamında incelenmektedir<sup>162</sup>.

Zarar görenin bünyesel yatkınlığı gibi, eşyadaki yapısal bozukluğun tazminattan indirim sebebi oluşturup oluşturmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce eşyadaki yapısal bozukluk zararın artmasına yol açıyorsa beklenmeyen hal çerçevesinde indirim sebebi olarak dikkate alınması gerekmektedir<sup>163</sup>.

Beklenmeyen hâle ilişkin bu genel açıklamaların ardından TBK m. 119’daki özel düzenlemenin incelenmesi gerekmektedir.

## (2) *Türk Borçlar Kanunu m. 119 çerçevesinde beklenmeyen hâlden sorumluluk*

“*Beklenmedik hâlden sorumluluk*” kenar başlıklı TBK m. 119 uyarınca, temerrüde düşmede kusuru olmadığını ya da borcu zamanında ifa etseydi de

<sup>160</sup> Burada da beklenmedik olay (bünyenin zarara elverişli olması) ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Diğer deyişle her tür rahatsızlık değil, zararın uygun sebebi olan yapısal yatkınlıklar beklenmeyen hal kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 327; Tiftik, s. 155-156; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 144; Eren, **Borçlar Genel**, s. 875. Yapısal yatkınlık sebebiyle tazminatın indirilmesinin zarar görenin ruhsal veya bedensel rahatsızlıklarından dolayı kınanması anlamına geleceği ve indirim sebebi oluşturmaması gerektiği yönünde: Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 540.

<sup>161</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 327-328; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 397; Eren, **Borçlar Genel**, s. 875; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 143; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 194; Tiftik, s. 154-155; Narter, s. 882; Brehm, **BK-OR**, Art. 44, N. 54 vd.; Mikail Bora Kaplan/Ege Türel, “**Yapısal Yatkınlıkta Nedensellik Kurulması ve Riskin Paylaşılması**”, Başak Baysal (Ed.), **Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016**, İstanbul, 2016, s. 199-200. Yapısal yatkınlığın sınırları belirsizdir. Örneğin ilerlemiş yaş ya da sigara bağımlılığı gibi unsurların etkisiyle ortaya çıkan kalp rahatsızlığının yapısal yatkınlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 195.

<sup>162</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 143 vd.; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 327-328; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 196; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, 5.29; Tiftik, s. 155.

<sup>163</sup> Aynı yönde: Gökcan, s. 600; Eren, **Borçlar Genel**, s. 875. Aksi yönde: Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 329.

beklenmeyen halin ifa konusuna zarar vereceğini ispatlayamayan borçlu, beklenmeyen halden doğan zararlardan sorumludur<sup>164</sup>. Borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından birini düzenleyen hükümde “*beklenmedik hâl*” ifadesi yer alsa da hükmün mücbir sebebi de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>165</sup>. Beklenmeyen hâl, bir doğa olayından ya da borçla ilgisi olmayan üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanabilir<sup>166</sup>.

Esasen TBK m. 51/I çerçevesinde beklenmeyen hâl tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde tutulacakken TBK m. 119 borçlunun sorumluluğu ağırlaştırmaktadır<sup>167</sup>. Başka deyişle temerrüdün varlığı, beklenmeyen hâlin tazminattan indirim nedeni oluşturması engellemekte; aksine sorumluluğun kapsamını genişletmektedir.

Yedek hukuk kuralı olması itibariyle taraflar TBK m. 119’un aksini kararlaştırabilir; TBK m.115-116’daki sınırlamalara uyarak beklenmeyen hâlden sorumluluğu kaldıracabilirler<sup>168</sup>. Hafif kusurdan sorumsuzluğa ilişkin anlaşmanın beklenmeyen halden sorumluluğu kapsayıp kapsamadığı konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır<sup>169</sup>. Diğer deyişle, tarafların hafif kusurlarından sorumlu olmayacakları hususunda anlaşmaları sonrasında, hafif kusuruyla temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hâlden sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Katıldığımız görüş

<sup>164</sup> Beklenmeyen halden sorumluluğun temerrüdün dolaylı bir sonucu olduğu ve temerrüde düşen borçlunun “*ağır bir risk sorumluluğu*” altında olduğu yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 11; von Tuhr/Escher, s. 145. Kanun koyucu TBK m.119’da temerrüt ile beklenmedik hâl sebebiyle oluşan zarar arasında uygun nedensellik bağının varlığını karine olarak kabul etmiştir. Bu nedenle sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu uygun nedensellik bağının bulunmadığını ispat etmelidir.

<sup>165</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1229; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1594; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 926; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 483; Weber, **BK-OR**, Art. 103, N. 48.

<sup>166</sup> Yıldız, s. 111.

<sup>167</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1590; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 11; Belen, **Kısa Şerh**, s. 284-285; Tecier/Pichonnaz/Develioğlu, § 25, N. 1293; Yıldız, s. 110; von Tuhr/Escher, s. 145.

<sup>168</sup> Aksine, TBK m. 115’te öngörülen (kusurun derecesine ilişkin) sınırlandırmanın TBK m. 119 açısından geçerli olmayacağı, borçlunun temerrüde düşmede ağır kusuru bulunsa dahi beklenmeyen halden sorumluluğunu kaldırmaya yönelik anlaşma yapılabileceği yönünde: Weber, **BK-OR**, Art. 103, N. 8. Bu görüşteki yazarlar, TBK m. 115’in borçlunun kusura dayalı sorumluluğuna ilişkin olduğunu, oysa TBK m. 119’da teknik anlamda kusur sorumluluğunun düzenlenmediğini belirtmektedirler.

<sup>169</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s. 113.

uyarınca bu durum bir yorum sorunudur ve kanunun yedek hükümlerinden ayrılan anlaşmaların dar yorumlanması gerekmektedir<sup>170</sup>.

Temerrüde düşmekle beklenmeyen hâlden doğan zararlardan sorumlu olan borçlu, TBK m. 119/II'de öngörülen iki kurtuluş kanıtından birine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunlardan ilki, borçlunun temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat etmesidir<sup>171</sup>. Şu durumda, borçlu hafif kusuruyla dahi temerrüde düşmüşse beklenmeyen halden doğan zarardan sorumludur. İkinci kurtuluş kanıtı ise borç temerrüde düşülmeden ifa edilseydi bile, beklenmeyen hâlin yine edime zarar vereceğinin ispat edilmesidir<sup>172</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için edimin alacaklı ve borçlu nezdinde aynı olaya maruz kalması gerekmez<sup>173</sup>. Örneğin bir tablonun borçlunun yanında yangın, alacaklının yanında ise sel nedeniyle yok olacak olması yeterlidir. Önem taşıyan beklenmeyen hâlin aynı olması değil, borçlunun temerrütle zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığını ispat edebilmesidir.

#### g. Zayıf (Uzak) Nedensellik

Sorumluluğu doğuran olay, zararın ortaya çıkmasına neden olan diğer sebepler yüzünden önemini tamamen yitirirse nedensellik bağının kesildiğinden bahsedilir<sup>174</sup>. Nedensellik bağının zayıflaması ise kesilme raddesine ulaşmasa da olayın o zararı doğurmaya elverişliliğinin azalmasıdır<sup>175</sup>. Kural olarak uygun nedensellik bağı kurulduktan sonra, bu bağın zayıfladığı gerekçesiyle tazminat miktarında indirimle gidilemez. Ancak Federal Mahkeme, uygulamada nedensellik bağının kesilip

<sup>170</sup> Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**, § 32, N. 13.

<sup>171</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1591; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1230; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 1242; Tecier/Pichonnaz/Develioğlu, § 25, N. 1293; Yıldız, s. 113-114. Borçlunun beklenmeyen halden dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu kanıtlamasının gerekmediği yönünde: Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 890.

<sup>172</sup> Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 929; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 484; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1593; Oser/Schönenberger, Art. 103, N. 10-11; von Tuhr/Escher, s. 145 dn. 18.

<sup>173</sup> Aynı yönde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 1230; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 483-484; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 930; von Tuhr/Escher, s. 145 dn. 18; von Büren, s. 370; Weber, **BK-OR**, Art. 103, N. 62. Aksi yönde: Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1595; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 928; Oser/Schönenberger, Art. 103, N. 12; Becker, **BK-OR**, Art. 103, N. 22; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 103, N. 11.

<sup>174</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 627 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 146.

<sup>175</sup> Tiftik, s. 163.

kesilmediğinin tespiti hususunda karara varılamayan olaylarla karşılaşıldığı gerekçesiyle zayıf nedenselliği indirim sebebi kabul etmektedir<sup>176</sup>. Amaç, nedensellik bağının kesildiğine karar verip tazminat yükümlüsünü tamamen sorumluluktan kurtarmak yerine, uygun fakat zayıf nedenselliğin varlığını kabul ederek hakkaniyet ilkesi gereği hâkime tazminat miktarında indirim yapma yetkisini tanımaktır<sup>177</sup>. Zayıf (uzak) nedensellik bağı gerek kusur sorumluluğunda gerekse kusursuz sorumlulukta indirim sebebidir<sup>178</sup>. Ancak uygulamada sadece zayıf nedensellik bağına dayanarak tazminattan indirim yapılmasına genellikle oldukça nadir rastlanabilecektir; nitekim aynı olay başka bir indirim sebebini (zarar verenin hafif kusuru, yapısal yatkınlık vb.) de içerecektir.

#### h. Üçüncü Kişinin Davranışı

Zarar gören ve zarar sorumlusu dışındaki kimseler üçüncü kişi olarak nitelendirilir<sup>179</sup>. Zarar ile nedensellik bağı içindeki üçüncü kişinin davranışı, kural olarak tazminattan indirim sebebi teşkil etmez<sup>180</sup>. Aksine ya zarar sorumlularının sayısını arttırır (TBK m. 61-62)<sup>181</sup> ya da zarar ile zarar verenin davranışı arasındaki

<sup>176</sup> İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 57 II 36), zayıf illiyet bağı gerekçesiyle tazminattan %30 indirim yapmıştır. Bir başka kararda ise (BGE 60 II 85) “*talihsiz durumların ortaya çıkmasıyla illiyet bağının zayıflaması*” gerekçesiyle tazminatta %40 indirime gidilmiştir. Kararlar için bkz. Tiftik, s. 163, dn. 477. Bir başka Federal Mahkeme kararına (BGE 61 II 114) konu olayda, zarar göreni birden fazla diş hekimi tedavi etmiştir. Dişçilerden biri kusuruyla zarara sebebiyet vermiştir. Fakat söz konusu dişçinin ihmali ile zarar arasındaki illiyet bağı, önceki dişçinin kusuru sebebiyle zayıflamıştır. Bu sebeple tazminat yükümlülüğünde indirime gidilmiştir. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi ve zayıf nedenselliğe ilişkin başka karar örnekleri için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 118, dn. 279.

<sup>177</sup> Gökcan, s. 601; Tiftik, s. 163; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 480.

<sup>178</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 875.

<sup>179</sup> Zarar gören veya zarar verenin yardımcı kişileri ya da bakım ve gözetimi altındaki kişilerin kusurlu hareketleri, zarar veren veya zarar görene izafe edilecektir. Bu nedenle üçüncü kişi kavramı, bu kimselerin dışında kalanları ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Uygun İlliyet**, s. 204; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 114, 119 vd.; Oftinger/Stark, § 5, N. 174.

<sup>180</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 869; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 61; Brehm, **BK-OR**, Art. 43, N. 81. Destekten yoksun kalma tazminatında, desteğin ölümü ya da yaralanması nedeniyle tazminata hak kazananlar, onun kusurunu üstlenirler; bu kusur tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır. Bu açıdan destekten yoksun kalma tazminatı özellik arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 251-252; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 594, dn. 11a; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 325; Baysal, **Haksız Fiil**, § 5, N. 5.75 vd.; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 234; Oftinger/Stark, § 7, N. 29; Oser/schönenberger, Art. 44, N. 17; Saibe Oktay Özdemir/Gülçin Elçin Grassinger, “**Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Ölen Mağdurun (Destek Olanın) Müterafik Kusurunun Kusursuz Sorumluluk Hallerinde de Dikkate Alınması**”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1253.

<sup>181</sup> Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 479; Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.320; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 63; Honsell/Isenring/Kessler, § 9, N. 20. Ayrıca bkz. § 4, III.

nedensellik bağı keserek sorumluluğu ortadan kaldırır<sup>182</sup>. Bununla birlikte doktrinde, zarar ile nedensellik bağı bulunmasa da üçüncü kişinin davranışının zarar verenin sorumluluğunu sınırlandırabileceği kabul edilmektedir. Başka deyişle zarar ile uygun nedensellik bağı bulunmayan üçüncü kişinin davranışı, zarar verenin kusurunun daha hafif değerlendirilmesine ve TBK m. 51/I uyarınca tazminattan indirimine gidilmesine yol açabilmektedir<sup>183</sup>.

Doktrinde baskın görüş, üçüncü kişinin kusurlu davranışlarının tazminatın belirlenmesine etki edeceği yönündedir<sup>184</sup>. Buna karşın davranışıyla zararın ortaya çıkmasına yol açan üçüncü kişinin kusuru bulunmamaktaysa, söz konusu durumun zarar gören ve zarar sorumlusu için beklenmeyen hâl oluşturacağı ifade edilmektedir<sup>185</sup>. Bu halde de yine tazminatın belirlenmesinde riski iki tarafın paylaşması gerektiği belirtilmektedir.

## II. Tazminatın Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

### A. Götürü Tazminat

Türk-İsviçre Hukuklarında, sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu, kendisine hiçbir kusurun atfedilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112). Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50 vd. hükümleri uygulama alanı bulur<sup>186</sup>. Ancak taraflar, emredici nitelikte olmayan<sup>187</sup>

<sup>182</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 201 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 869-870; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 478-479; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 816; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 568-569; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 81.

<sup>183</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 116-117; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 329, dn. 58; Eren, **Borçlar Genel**, s. 870; Tiftik, 157 vd. Bu durum esas itibarıyla kusur sorumluluğu açısından geçerli olsa da kusursuz sorumluluk hallerinde munzam kusurun değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 117.

<sup>184</sup> Eren, **Uygun İlliyet**, s. 201 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 869; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 478-479; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 81; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 114 vd. Üçüncü kişinin davranışının kusurlu olmasının gerekmediği, zararın inhisari sebebini bu davranış teşkil ediyorsa yine nedensellik bağı kesilebileceği yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 2, N. 2.318; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 62-63.

<sup>185</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 147 vd.

<sup>186</sup> TBK m. 50 vd. hükümlerinde hâkime geniş takdir yetkisi tanındığı ve hükümlerin bazı belirsizlikler barındırdığı yönünde: Gündüz, s. 276.

<sup>187</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 63; Kadir Berk Kapancı, **"Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi"**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 655; Mehmet Erdem, **"Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi"**, Gazi Üniversitesi

bu hükümler yerine hukuk düzeninin sınırları içinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını serbestçe düzenleyebilirler<sup>188</sup>. Dolayısıyla tazminatın hesaplanması konusunda anlaşılabilecekleri gibi muhtemel zararı tahmin ederek ödenecek tazminatı götürü<sup>189</sup> olarak da belirleyebilirler<sup>190</sup>.

Alman Hukukunda BGB § 309/V'te genel işlem koşulu niteliğindeki götürü tazminata ilişkin düzenleme bulunmaktayken Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında herhangi bir hüküm yer almamaktadır<sup>191</sup>. Buna karşın gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda doktrin ve uygulamada götürü tazminat kabul edilmektedir<sup>192</sup>.

Götürü tazminat anlaşması (vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz)<sup>193</sup>, sözleşmeye aykırılık halinde doğması muhtemel zarara ilişkin tazminatı önceden<sup>194</sup> belirleyen, asıl sözleşmeye bağlı, kendine özgü (sui generis) bir yan anlaşmadır<sup>195</sup>. Taraflar bu yan anlaşmayı ayrı bir sözleşme ya da asıl sözleşmenin

---

Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 98; Bahar Öcal Apaydın/Nurten İnce Akman, **“Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Yıl: Haziran 2019, s. 223.

<sup>188</sup> Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 98; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1201; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 223; Weber, **BK-OR**, Art. 100, N. 49, N. 167.

<sup>189</sup> Götürü, bir malın veya işin ücretinin taraflarca önceden kararlaştırılarak tahmin olunan değere göre belirlenmesidir. Tanım için bkz. Yılmaz, s. 480.

<sup>190</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 655.

<sup>191</sup> Fransız Medeni Kanunu m. 1152'de ise mutlak götürü tazminat anlaşması düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 112.

<sup>192</sup> Götürü tazminat yerine *“belirlenmiş tazminat”* ifadesinin kullanımı için bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, **“Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”**, İÜHF, Cilt: 61, Sayı: 1-2, Yıl: 2003, s. 387 vd.; *“taraflarca tazminatın şümülünün tayin edilmesi”* şeklindeki kullanım için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s.434-435. Bazı Yargıtay kararlarında ise götürü tazminat yerine *“kira tazminatı”* ifadesi kullanılmıştır. Bu yönde bkz. Yargıtay 15. HD., 13.6.1994, E. 1993/5803, K. 1994/3856: *“Taraflar arasındaki 14.2.1986 tarihli sözleşmenin 8. maddesine göre ruhsat tarihinden itibaren 36 ay sonunda inşaatın bitirilip oturma izni alınarak teslim edilmemesi halinde gecikilen süre için bu maddede belirtilen şekilde kira tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Taraflar gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler.”*. Aynı yönde: Yargıtay 13. HD., 19.7.2011, E. 2011/9692, K. 2011/11932; Yargıtay 15. HD., 21.3.2012, E. 2011/876, K. 2012/1782; Yargıtay 23. HD., 13.2.2014, E. 2013/8359, K. 2014/1010.

<sup>193</sup> Tek tarafa borç yükleyen ve şekle bağlı olmayan bir sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 41-42; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 658.

<sup>194</sup> Tazminatın sözleşmeye aykırılık ortaya çıktıktan sonra belirlendiği durumlarda, sulh ya da ibra sözleşmesi gündeme gelir. Bu yönde bkz. Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 656, dn. 2.

<sup>195</sup> Hatemi/Gökyayla, s. 347-348; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 656-657; Erdem, s. 98, 109; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 224; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 62-63; Köksal Kocağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 49; Köksal Kocağa, **“İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”**, TBB Dergisi, Sayı: 74, Yıl: 2008, s. 152-153; Hasan

içinde bir hüküm olarak düzenleyebilirler<sup>196</sup>. Götürü tazminatın kararlaştırılması halinde, sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesi ve alacaklının zararının doğmasıyla, götürü tazminat edimi ihlal edilen borcun yerini alır<sup>197</sup>. Bu noktada artık TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50 vd. hükümleri uygulama alanı bulamaz. Başka deyişle alacaklı, borçludan kural olarak yalnızca kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifasını talep edebilir<sup>198</sup>.

Götürü tazminatın talep edilebilmesi için alacaklının sözleşmeye aykırılık nedeniyle bir zarara uğraması gerekir; sadece götürü tazminat anlaşmasının varlığı tazminat talebi için yeterli değildir<sup>199</sup>. Bununla birlikte, tazminatın götürü olarak belirlenmesi, tazminat alacaklısını zararın kapsamını (miktarını) ispat yükünden

---

Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1-2, Yıl: Haziran-Aralık 1999, s. 28; Şafak Parlak Börü: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBBD, Sayı: 129, Yıl: 2017, s. 197; Theres Oertli, *Der vertraglich pauschalisierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe*, Dissertation, Luzern 2004, N. 20; Thomas Fischer, *Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz*, Dissertation, Zürich, 1997, s. 95 vd.

<sup>196</sup> Erdem, *Götürü Tazminat*, s. 102; Kapancı, *Götürü Tazminat*, s. 657.

<sup>197</sup> Götürü tazminatın, borcun ihlal edilmesi geciktirici koşuluna bağlı olduğu yönünde: Erdem, *Götürü Tazminat*, s. 101; Kapancı, *Götürü Tazminat*, s. 665; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 225; Parlak Börü, s. 204.

<sup>198</sup> Borçlu tarafından ihlal edilen, götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl borç ise anlaşma uygulanır. Buna karşılık, borçlunun ihlal ettiği yükümlülük götürü tazminat anlaşmasının bağlı olduğu asıl borç değilse, TBK m. 50 vd. hükümleri çerçevesinde zararın ve tazminatın belirlenmesi gerekir.

<sup>199</sup> Götürü tazminatın talep edilebilmesi için, zararın varlığı şarttır; aksi halde, ceza koşulu gündeme gelecektir. Bu yönde bkz. Kocaağa, *Ceza Koşulu*, s. 49 vd.; Kapancı, *Götürü Tazminat*, s. 675 vd.; Erdem, *Götürü Tazminat*, s. 120 vd.; Oertli, N. 263; Fischer, s. 161 vd. Götürü tazminatın bir tür ceza koşulu olduğu yönünde: Gündüz, s. 278-279. Yargıtay bazı kararlarında götürü tazminat ile ceza koşulu kavramları arasındaki farkı göz ardı etmektedir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.04.1986 tarihli, E. 1984/13730, K.1986/416 sayılı kararında *tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının (borçlunun) yüklendiği bu edimin “cezai şart” olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının (alacaklının) ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilmektedir*” ifadelerini kullanmıştır. Aynı yönde bkz. YHGK., 17.02.1971, K. 1505-85.

kurtarmaktadır<sup>200</sup>. Dolayısıyla zarar miktarının tam olarak ispatının zor ya da imkânsız kabul edilebileceği hallerde oldukça işlevseldir<sup>201</sup>.

Götürü tazminat edimi, çoğunlukla belirli bir sözleşmeye aykırılık türü için kararlaştırılır. Fakat doktrinde bahsedilmeyen sözleşmeye aykırılık türü için de götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması ve tamamlanması yoluna gidilebileceği belirtilmektedir<sup>202</sup>. Götürü tazminat anlaşmasıyla ifa menfaatinin giderilmesi amaçlandığından, anlaşma genellikle olumlu zararın tazminine yöneliktir. Ancak sözleşme özgürlüğü gereği, olumsuz zararın karşılanması ilişkin de götürü tazminat anlaşması yapılabilecektir<sup>203</sup>.

Götürü tazminat anlaşması yapan taraflar, götürü tazminat edimini belirlemelidir. Başka deyişle edimin miktarının (kapsamının)<sup>204</sup>, türünün (aynen veya nakden) ve ödenme şeklinin (sermaye veya irat şeklinde) belirlenmesi gerekir<sup>205</sup>. Götürü tazminat edimi, asıl borcun ihlali halinde ortaya çıkması beklenen tipik zarar dikkate alınarak tahmini şekilde belirlenen makul bir miktardır<sup>206</sup>. Sözleşmeye aykırılığın ardından doğan gerçek zarar ile tahmine dayalı olarak kararlaştırılan götürü tazminat edimi arasındaki bir miktar farka katlanması gerekir. Bu husus doktrinde

<sup>200</sup> Götürü tazminat anlaşmasıyla zararın varlığına ilişkin ispat yükünün yer değiştirdiği yönünde: Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 102, 107 vd.; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 665-666; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 101; Parlak Börü, s. 222; Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 52, 176; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 227; Kocaağa, **Götürü Tazminat**, s. 150, 153; Fischer, s. 162. götürü tazminat alacaklısının zararın varlığını dahi ispatlamasına gerek olmadığı yönünde: Suat Sarı, **“Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”**, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 302.

<sup>201</sup> Oertli, N. 72. Ayrıca götürü tazminatın belirlenmesinin, tarafları asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri düşünmeye ve başlangıçta kâr-zarar tahmini yapmaya sevk ettiği böylelikle hukuki güvenliğin sağlanmasına hizmet ettiği yönünde: Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 101-102, 108; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 102; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 666.

<sup>202</sup> Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 222; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 662; Oertli, N. 127, 184. Örneğin, bir makinenin teslim borcunda temerrüde düşülmesi hali için öngörülen götürü tazminat, makinenin ayıplı tesliminde de geçerli kabul edilebilir.

<sup>203</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 228, 231; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 679; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 101; Gündüz, s. 281; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 224.

<sup>204</sup> Edimin miktarı, taraflarca doğrudan belirlenebileceği gibi bu hususta bir yöntem de kararlaştırılabilir. Örneğin edimin belirlenmesi uzman bir üçüncü kişiye bırakılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 72-73; Oertli, N. 124. Edimini belirlemenin taraflardan birine bırakılmasının MK m. 23’e aykırılık oluşturabileceği yönünde: Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 73.

<sup>205</sup> Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 661; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 73; Oertli, N. 40.

<sup>206</sup> Kararlaştırılan götürü tazminat edimi, makul bir zarar tahminine dayanmalıdır; tahminin makul olup olmadığı götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı ana göre belirlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 105.

“hoşgörü sınırı” şeklinde ifade edilmektedir<sup>207</sup>; ancak tahmin edilen miktarla gerçek zarar arasında aşırı oransızlık bulunmamalıdır<sup>208</sup>.

Götürü tazminat anlaşması, taraflardan birinin gerçek zararı ispat etmesi durumunda, anlaşmayla belirlenenden farklı bir miktar ödenmesinin mümkün olup olmamasına göre, nispi (aksi ispat edilebilen)<sup>209</sup>, kısmen nispi (asgari/azami)<sup>210</sup>, mutlak (aksi ispat edilemeyen)<sup>211</sup> olarak çeşitlere ayrılır<sup>212</sup>.

Götürü tazminat ile ilgili genel açıklamanın ardından, hâkimin taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatı indirip indiremeyeceği ve bu doğrultuda TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50 vd. hükümlerinin (özellikle m. 51-52’nin) uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir.

Taraflar arasında götürü tazminat anlaşması yapılması halinde, kural olarak, tazminattan indirim sebepleri dikkate alınamaz<sup>213</sup>. Nitekim götürü tazminat anlaşmasının yapılma amaçlarından biri, TBK m. 50 vd. hükümleriyle hâkime tanınan

<sup>207</sup> Taraflar götürü tazminat anlaşmasında hoşgörü sınırını belirlemiş olabilirler. Örneğin götürü tazminatın, gerçek zararı %5 oranında aşabileceğini veya %10 oranında altında kalabileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir belirleme yoksa hoşgörü sınırı, somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 79-80.

<sup>208</sup> Gerçek zarar ile götürü tazminat edimi arasında aşırı oransızlığın varlığı halinde götürü tazminatın ahlaka aykırı kabul edileceği yönünde: Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 77-80. Bu oransızlık öngörülemez bir sebeple sonradan ortaya çıkmışsa götürü tazminatın uyarlanması yönünde: Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 309 vd. Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin götürü tazminatın indirilmesine kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 232 vd.; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 101 vd. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1254; Kocağa, **Ceza Koşulu**, s. 186; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 675 vd.

<sup>209</sup> Nispi götürü tazminat anlaşması taraflara, sözleşmeye aykırılık sonucu ortaya çıkan gerçek zararın, götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat ve götürü tazminat ediminde değişiklik talep edebilme imkânı tanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 669; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 229; Parlak Börü, s. 211; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 112; Oertli, N. 53.

<sup>210</sup> Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflar, tazminat miktarının alt veya üst sınırını belirlemektedirler. Böylece taraflardan birine götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkânı tanınmaktadır. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşması, asgari ve azami götürü tazminat anlaşması şeklinde ikili ayrıma tabi tutulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 115-117; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 229-230; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 670-671. Oertli, N. 65.

<sup>211</sup> Mutlak götürü tazminat anlaşmalarında, taraflara gerçek zararın götürü tazminat anlaşmasıyla belirlenenden farklı olduğunu ispatlama imkânı tanınmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 118; Parlak Börü, s. 216; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 667; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 228; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 109.

<sup>212</sup> Götürü tazminat miktarının aksinin ispatının mümkün olup olmadığı, ancak anlaşmanın ve asıl sözleşmenin yorumlanmasıyla anlaşılabilir. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 110; Oertli, N. 46.

<sup>213</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 315; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 250; Oertli, N. 32.

ve tazminatı kaldırmaya kadar uzanan geniş takdir yetkisini dışlamaktır<sup>214</sup>. Ancak zararın doğmasında veya artmasında alacaklının etkili olması, eş deyişle zarar görenin ortak kusuru, bu kuralın bir istisnasıdır. Bu halde kararlaştırılan götürü tazminat ediminin tamamen borçlu tarafından ödenmesi beklenemez<sup>215</sup>. Zararın ortaya çıkmasına ya da artmasına yol açan alacaklının ortak kusuru nedeniyle hâkim, kararlaştırılan götürü tazminat edimini indirebilir veya tamamen kaldırabilir<sup>216</sup>.

Tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesi gereği uğranılan zarar, tazminatın üst sınırını teşkil etmektedir<sup>217</sup>. Bu ilke karşısında, mutlak veya asgari götürü tazminat anlaşmalarıyla belirlenen tazminat miktarının gerçek zarardan fazla olmasının sonucu da incelenmelidir. Kanaatimizce borçlar hukuku alanında sözleşme serbestisi geçerli olsa da mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşmalarında, kararlaştırılan miktarda indirim gidilemeyeceğini savunmak isabetli değildir. Bu durumda güven ilkesi çerçevesinde taraf iradeleri yorumlanarak bir ceza koşulunun varlığı kabul edilebilir<sup>218</sup>.

## B. Cezalandırıcı Tazminat<sup>219</sup>

Kaynağını Anglo-Amerikan Hukuk sistemlerinde bulan cezalandırıcı tazminat; zararın tazmini amacıyla açılan davada, davalının ağır kusurla hareket ettiğine ilişkin inandırıcı delillerin varlığı halinde, davalıyı cezalandırmak ve başkalarını benzer

<sup>214</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 315; Oertli, N.32.

<sup>215</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 305; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 251.

<sup>216</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 316; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 36; Oertli, N. 33. Alacaklının davranışı nedensellik bağına kesecek derecede yoğun ise bu kez borçlu, sorumluluktan kurtulacaktır.

<sup>217</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 261, 430; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1408; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 332; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1253; Honsell/Isenring/Kessler, § 1, N. 64; Brehm, **BK-OR**, Art. 42, N. 15.

<sup>218</sup> Aynı yönde Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 253.

<sup>219</sup> Doktrinde “özel hukuk cezası” veya “medeni ceza” şeklinde de anılmaktadır; çalışmamızda kurumun amacını vurgulayan cezalandırıcı tazminat kavramı tercih edilmiştir. İsviçre ve Alman Hukukunda ise “strafschaden(s)ersatz” (ceza tazminatı) şeklinde anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dieter Medicus, “**Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadensersatz Kollektivschaden**”, JZ, vol. 61, no. 17, 2006, s. 809-810, Erişim Adresi: [https://www.jstor.org/stable/20828392?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/20828392?seq=1#metadata_info_tab_contents).

eylemlerden caydırmak amacıyla, telafi edici tazminata ilaveten zarar görene verilen para olarak tanımlanmaktadır<sup>220</sup>.

Alman ve Türk-İsviçre Hukuklarında tazminatın temel işlevi telafidir<sup>221</sup>; bu nedenle zarar, tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla zarar miktarını aşan bir tazminat anlayışı temelde kabul edilmemektedir. Buna karşın icra, iş, fikri mülkiyet ve rekabet hukuku alanlarında tazminatın telafi amacını aşan bazı hükümlere rastlanmaktadır<sup>222</sup>. Örneğin Rekabet Kanunu m. 58/II; “Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.” şeklinde kaleme alınmıştır. Benzer bir düzenleme Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 68’de yer almaktadır. Hükme göre: “*Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak*

<sup>220</sup> Benzer tanımlar için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 43; Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 327 vd.; İbrahim Gül, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 157, 212; Başak Başoğlu, “**Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi**”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II, İKÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 1, Özel Sayı, Yıl: Ocak 2016, s. 618 vd.; Selin Özden Merhacı, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 74-86; Burcu Yağcıoğlu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 97; Mehmet İstemi, “**Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat**”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt III, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 2685 vd.

ABD Federal Yasalarından Taşıma Kitabı’nın (49. Kitap) “*Demiryolu Yolcu Taşımacılığında Sorumluluk Sınırlaması*” başlığını taşıyan 28103. kısmının (e).(2) nolu alt bendinde ise “*Medeni ceza, kişiyi veya tüzel kişiliği veya diğerlerini gelecekte benzer davranışa girişmekten caydırmak veya cezalandırmak için kişiye veya tüzel kişiye verilen tazminattır*” şeklinde bir tanım yer almaktadır (49 U.S. Code § 28103: Limitations on rail passenger transportation liability (e).(2): “*the term punitive damages means damages awarded against any person or entity to punish or deter such person or entity, or others, from engaging in similar behavior in the future.*”).

<sup>221</sup> Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 581; Lüchinger, N. 34; von Tuhr/Peter, s. 114; Lange/Schiemann, s. 9-11; Becker, **BK-OR**, Art. 43, N. 2, Art. 97, N. 26; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 10, N. 5; Roberto, s. 10; Esser/Schmidt, s. 169 vd.; Oetker, **Münchener Kommentar-BGB**, § 249, N. 8.

<sup>222</sup> İş hukukunda ihbar, ayrımcılık, kötüniyet tazminatının; ticaret hukukunda çek tazminatının, ticari işletme rehinde munzam tazminatın; borçlar hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kazancın iadesinin özel hukuk cezası olduğu yönünde: Gül, s. 356-357; Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 345 vd. TBK m. 7, TBK m. 81, MK m. 510, m. 578, m. 610 hükümlerinin cezalandırma amacı taşıdığı yönünde bkz. Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 626. Manevi tazminatın, cezalandırıcı tazminat olup olmadığına ilişkin tartışmalar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 343-345; Gül, s. 277-280.

*sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.”.* Her iki hüküm de cezalandırma amacı taşımaları ve zararı aşan tazminat öngörmeleri nedeniyle özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir<sup>223</sup>.

Cezalandırıcı tazminat, takdiri bir yaptırımdır<sup>224</sup>. Bu tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceğine ve miktarına mahkeme karar verecektir<sup>225</sup>. Amerikan Hukukunda cezalandırıcı tazminatın kanun tarafından belirlenmiş bir miktarı olmadığından sınır, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin kararlarıyla çizilmektedir<sup>226</sup>. Bu doğrultuda davalının malvarlığı değerlerinin (servetinin) ve eylemin ağırlığının gözetileceği ifade edilmektedir<sup>227</sup>. Diğer bir ifadeyle miktar belirlenirken hem zarar verenin davranışı hem de bu davranışta bulunurken izlediği amaç, elde ettiği menfaat, sebep olduğu zararın boyutu, ekonomik durumu gibi etkenler değerlendirilecektir<sup>228</sup>. Belirtmek gerekir ki cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için kural olarak zarar verenin ağır kusuru aranmaktadır<sup>229</sup>.

Taşıdığı cezalandırma amacı nedeniyle cezalandırıcı tazminata, haksız fiil niteliğindeki bazı davranışların varlığı halinde hükmedilmektedir<sup>230</sup>. Başka deyişle, sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için söz konusu davranışın aynı zamanda haksız fiil oluşturması aranmaktadır<sup>231</sup>. İngiliz ve Amerikan Hukuklarında da cezalandırıcı tazminatın, sözleşmesel sorumluluğun bünyesine uygun olmadığı, zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine yol açacağı

<sup>223</sup> Özden Merhacı, s. 190-200; Gül, s. 349-355; Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 626-627; Gökyayla, **FSEK m. 68**, s. 8.

<sup>224</sup> Gül, s. 256; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 99.

<sup>225</sup> Gül, s. 256-257; Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 622. Cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için aranan unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gül, s. 213 vd.

<sup>226</sup> Örneğin bir kararda mahkeme, cezalandırıcı tazminatın maddi tazminatın on katından az olması gerektiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al., 538 U.S. 408, 2003, Erişim Adresi: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/538/408.html>.

<sup>227</sup> Gül, s. 253 vd. Ancak Türk hukukunda açısından yukarıda belirtilen örneklerde, cezalandırıcı tazminat belirlenirken davalının malvarlığı gözetilmemektedir.

<sup>228</sup> Özden Merhacı, s. 148 vd.; Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 622-623

<sup>229</sup> Özden Merhacı, s. 134 vd.; Gül, s. 245 vd.; Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 621. Ağır kusurun aranmadığı durumlar için bkz. Gül, s. 307-308.

<sup>230</sup> Gül, s. 213-214, 239; Özden Merhacı, s. 113; Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 619

<sup>231</sup> Gül, s. 241; Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**, s. 619; Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**, s. 98-99.

savunulmaktadır<sup>232</sup>. Bununla birlikte katıldığımız görüş uyarınca daha fazla kazanç elde etmek amacıyla sözleşmenin kasten ihlal edildiği hallerde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmelidir<sup>233</sup>.

### C. Ceza Koşulu

Ceza koşulu, borçlu üzerinde baskı oluşturarak asıl borcun ifasını sağlamayı amaçlayan; asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde ise, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir edimdir<sup>234</sup>. Ceza koşulunun, seçimlik (alternatif) ve ifaya eklenen (kümülatif) olmak üzere iki türü bulunmaktadır<sup>235</sup>. İkisi arasındaki fark, ceza koşulunun asıl borçla olan ilişkisi, başka

<sup>232</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İstemi, s. 2698-2699. İngiliz hukukunda Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary kararıyla dava sebebi şartının kaldırıldığı ve sözleşmeye aykırılık halinde de cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İstemi, s. 2699.

<sup>233</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gül, s. 241; İstemi, s. 2699. Kanada Yüksek Mahkemesi, 2000 tarihli Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd. kararında sözleşmeye aykırılık sonucunda öngörülecek yaptırımların ibret vermek açısından yetersiz kalacağı hallerde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğini açıklamıştır. Karar için erişim adresi: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1737/index.do>. Yine 2002 tarihli Whiten v. Pilot Insurance Co. kararında Yüksek Mahkeme, sigortalının talebini haklı bir sebep bulunmaksızın reddeden ve bunu ekonomik açıdan zor durumdaki sigortalının daha düşük bir ödemeye razı olması amacıyla yapan sigortacının dürüstlük kuralına aykırı davrandığını, cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Karar için erişim adresi: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2002/2002scc18/2002scc18.html>.

<sup>234</sup> Ceza koşulunun farklı tanımları için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 6; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 388; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 341; Saymen/Elbir, s. 839; Hatemi/Gökyayla, s. 345; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 235; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 980; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1559 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1311; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 26, N. 1365; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 853-854; Reisoğlu, s. 455; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3783; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 521; von Tuhr/Escher, s. 277 vd.; Salter Uçar, **Cezai Şart ve Uygulaması**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993, s. 12; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 4 vd.; Erol Cansel/Çağlar Özel, **“Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan-Cilt 1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 713-714; Kadir Berk Kapancı, **“Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”**, İKÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: Ocak 2016, s. 662; Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 15; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 5. BGer, 28.4.2014, 4A\_69/2014, Er. 5.1, ([www.servat.unibe.ch](http://www.servat.unibe.ch)).

<sup>235</sup> Seçimlik ceza koşulu uyarınca alacaklı ya borcun ya da ceza koşulunun ödenmesini isteyebilecektir (TBK m. 179/I). Alacaklının bu seçimlik hakkı, nitelik itibarıyla değiştirici yenilik doğuran bir haktır. İfaya eklenen ceza koşulunda ise alacaklı asıl borçla birlikte ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir (TBK m. 179/II). Ayrıca TBK m. 179/III’te, dönme cezası hüküm altına alınmıştır. Dönme cezası doktrinde ifayı engelleyen ceza koşulu adıyla da anılmaktadır. Aynı madde içerisinde yer alsa da dönme cezası, ceza koşulundan farklı özellikler gösteren bir kavramdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1606-1615; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 352 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 357; Cansel/Özel, s. 725; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1186; Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 145; Herdem Belen, **“Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması”**, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 519.

deyişle birlikte talep edilip edilmeyeceği noktasındadır. TBK m. 179/I’de taleplerin yarışacağı ilkesi benimsenmişse de taraflar ifanın yanı sıra ceza koşulunun ödeneceğini kararlaştırabilirler.

Asıl borç ile ceza koşulu arasında asililik-fer’ilik ilişkisi bulunmaktadır<sup>236</sup>. Bu nedenle asıl borç geçersizse veya sonradan ortadan kalkmışsa ceza koşulu da aynı sonuca tabi olur (TBK m. 182/II)<sup>237</sup>. Ceza koşulu muaccel olduktan sonra ise bağımsız bir alacak niteliği kazanmaktadır<sup>238</sup>. Ceza koşulunun muacceliyeti için öncelikle asıl borcun muaccel hale gelmesi, ardından sözleşmeye aykırılığın (koşulun) gerçekleşmesi gerekir. Ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağı hususu ise doktrinde tartışmalıdır<sup>239</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca ceza koşulunun fer’i niteliğini gereği, asıl borcun ihlali için kusur aranıyorsa ceza koşulu için de kusur aranmalıdır. Kusuru ispat yükü bakımından, TBK m. 112 ile getirilen karine ceza koşulu açısından da geçerlidir. Başka deyişle ceza koşulunun talep eden alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda olmayacak, bilakis, ceza koşulundan

<sup>236</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1206; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 342; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 859; Reisoğlu, s. 455; İnan/Yücel, s. 565; Schwenger, N. 71.03-71.04; von Tuhr/Escher, s. 277-278; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 523. Fer’ilik ilişkisi yoksa ceza koşulundan değil seçimlik borçtan bahsedilebileceği yönünde: İnan/Yücel, s. 565; Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 156; Oser/Schönenberger, s. 702.

<sup>237</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 15 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1580 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1311; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 237; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3835; Schwenger, N. 71.03.

<sup>238</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1313; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 985; Günay, s. 29.

<sup>239</sup> Kural olarak borçlunun kusurunun aranacağı yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 348, 360; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1616; İnan/Yücel, s. 569; Hatemi/Gökyayla, s. 358; Belen, **Cezai Şart**, s. 515; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 995; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 26, N. 1388; Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 191; Uçar, s. 21; von Tuhr/Escher, s. 281; Becker, **BK-OR**, Art. 160, N. 24; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 526; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3792a, 3822; Huguenin, N. 1218; Schwenger, N. 71.08; Hüseyin Ekinci, “**Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu**”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 8, Yıl: Nisan 2007, s. 22; Seda Öktem Çevik, “**Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası**”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Cilt III, Editörler: Doç. Dr. Herdem Belen, Av. İsmail Altay, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 106. Kural olarak kusur aranacağı, ancak asıl borç bir yapmama edimi ise kusurun gerekmediğini yönünde: Felix R. Ehrat/Markus Widmer, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 160, N. 14-15. Kusur aranmayacağını yönünde: Cansel/Özel, s. 726; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317; Sanlı, **Sözleşme Hukuku**, s. 353; Hüseyin Can Aksoy, “**Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Yıl: Aralık 2018, s. 1014-1015.

kurtulmak isteyen borçlu kusursuzluğunu ispatlamak zorunda kalacaktır<sup>240</sup>. Öte yandan ceza koşulunun muaccel olması için, alacaklının zarara uğramasına veya borçlunun temerrüde düşmesine gerek yoktur (TBK m. 180/I)<sup>241</sup>. Ayrıca tarafların ceza koşulunun muacceliyet şartlarını serbestçe belirlemeleri, eşdeyişle ağırlaştırmaları veya hafifletmeleri mümkündür.

TBK m. 26-27 ve MK m. 23'ün öngördüğü sınırlar içinde, taraflar ceza koşulunun miktarını serbestçe kararlaştırabilirler (TBK m. 182/I). Kararlaştırılan ceza koşulu miktarının aşırı olması halinde, hâkime takdir yetkisini kullanarak kendiliğinden bu miktarı indirme yetkisi tanınmıştır (TBK m. 182/III)<sup>242</sup>. Kanun koyucu aşırılığa ilişkin genel bir ölçüt getirmedüğinden hüküm içi boşluğu hâkimin takdir yetkisini kullanarak tamamlaması gerekecektir<sup>243</sup>. Bu sırada hâkim alacaklının menfaati, borca aykırılığın objektif ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı, tarafların ekonomik durumu gibi hususları göz önünde bulunduracaktır. TBK m. 182/III'ün emredici niteliği gereği, tarafların aşırı ceza koşulunun indirilmeyeceği yönündeki anlaşmaları kesin hükümsüzdür.

Sözleşmeye aykırılık karşısında alacaklı, borçludan zararlarının tazminini talep edebilir. Aynı sözleşmede ceza koşulu öngörülmüşse, alacaklının sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarının tazmini ile birlikte ceza koşulunu talep edip

<sup>240</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1618; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 360; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 105; Ekinci, s. 27-28; Öktem Çevik, s. 107; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 527, dn. 22; Becker, **BK-OR**, Art. 163, N. 7.

<sup>241</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1209; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1621; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 95; İnan/Yücel, s. 569-570. Yarg. 11. HD., 18.3.2004, E. 2003/7979, K. 2004/2680: “...Ceza uygulaması için hatalı bilgi girişi yapmak gerekli ve yeterli olup, bu nedenle davalı şirketin bir zararının doğması şart olmadığı gibi, zararın sonradan giderilmesi de sonuca etkili değildir.”

<sup>242</sup> Tacir sıfatını haiz borçlu açısından ise, farklı bir düzenleme söz konusudur. TTK m. 22'ye göre, tacir sıfatını haiz borçlu, hâkimden aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyecektir. Fakat ceza koşulu, tacirin ekonomik mahvına sebep olacak derecede yüksekse, ticari kişilik haklarına ve hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle tamamen kaldırılması ya da indirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1634; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1320; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 238. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 357; Sezer Çabri, “**Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde Fahiş Cezai Şartın İndirilip İndirilemeyeceği Sorunu**”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 11, Yıl: 2006, s. 918 vd. Bu yönde: Yarg. 11. HD., 15.6.1982, 1982/2887. Hâkimin ceza koşulunu tamamen ortadan kaldırması ise mümkün değildir.

<sup>243</sup> Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 229; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 144.

edemeyeceği sorusu akla gelecektir. Bu nedenle ceza koşulunun zararlar ve tazminatlarla ilişkisi incelenmelidir.

Ceza koşulu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun yerine getireceği edimin baştan belirlenmesi esasına dayanır; dolayısıyla ceza koşulu zarardan bağımsızdır<sup>244</sup>. Başka deyişle ceza koşulu açısından, alacaklının zarara uğrayıp uğramaması ya da zarar miktarı önem arz etmez. Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde ise alacaklının uğradığı zarar miktarına göre değişecek bir tazminat söz konusudur. Benzer şekilde, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu miktarının, sözleşmeye aykırılık halinde ortaya çıkan zarardan daha fazla olması mümkündür. Buna karşın tazminatla zenginleşme yasağı çerçevesinde sözleşmeden doğan zararın tazmininde, tazminat miktarı zarardan fazla olamaz.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece aynı zarar için hem tam bir tazminatın hem ceza koşulunun talep edilmesi kural olarak mümkün değildir<sup>245</sup>. Ancak, ceza koşulunun ödenmesinden sonra halen karşılanmamış bir zarar varsa tazminat talebinde bulunulabilir<sup>246</sup>. Diğer bir ifadeyle, ceza koşulunu aşan zarar için tazminat talebinde bulunulması mümkündür. TBK m. 180/II uyarınca, ceza koşulunu aşan zararın tazmini için alacaklının, zararı ve borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmektedir<sup>247</sup>. Ceza koşulunu aşan zararın tazmini için, alacaklının zararını ispat etmesi gerekliliği TBK m. 114/II aftıyla uygulama alanı bulan TBK m. 50 ile uyumludur. Buna karşın TBK m. 112’de öngörülen kusur karinesinin aksine alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmesinin aranması doktrinde eleştirilmiştir<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 358; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1621; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 993; Hatemi/Gökyayla, s. 351; Uçar, s. 21; Kapancı, **Sözleşme Cezası**, s. 665; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 65; Becker, **BK-OR**, Art. 161, N. 1.

<sup>245</sup> Hatemi/Gökyayla, s. 352; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1622; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1318; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 76; Ekinci, s. 311; Aksoy, s. 1004; Dirican, s. 34-35.

<sup>246</sup> Kanun koyucu ceza koşulu ve bunu aşan zarara ilişkin tazminat talebinin birleştirilmesini kabul etmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1318; Ekinci, s. 310; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 75-76.

<sup>247</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1318; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1623.

<sup>248</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 124-125; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 401; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 283-284; von Tuhr, s. 770; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3817; Oser/Schönenberger, s. 705. İspat yüküne ilişkin bu farklılığın yerinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Aksoy, s. 1006; Kapancı, **Sözleşme Cezası**, s. 667.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talebi, alacaklının olumlu ya da olumsuz zararını gidermeye yönelik olabilir. Benzer şekilde ceza koşulu da alacaklının olumlu veya olumsuz menfaatini karşılayabilir<sup>249</sup>. Bu noktada ceza koşulunun olumlu ve olumsuz zarar tazminatıyla ilişkisine de değinmek yarar sağlayacaktır.

Olumsuz zararın tazmini istendiğinde, geçerli bir sözleşmeden bahsedilemeyeceğinden, kural olarak bu sözleşmenin fer'i niteliğindeki ceza koşulu (türü fark etmeksizin) talep edilemez. Bununla birlikte doktrinde, sözleşmeden dönme halinde, öngörülen ceza koşuluna dair talebin saklı tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>250</sup>. İfa yerine ceza koşulu kararlaştırılmışsa, klasik dönme teorisi çerçevesinde, sözleşmeden dönen kişi ya sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebini ya da ceza koşulunu isteyebilecektir<sup>251</sup>. İfaya eklenen ceza koşulu varsa, bu kez sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebiyle birlikte istenebilecektir. Katıldığımız görüş uyarınca her iki olasılıkta da ceza koşulunun yanında olumsuz zararın tazmini istenebilmelidir. Nitekim olumsuz zararın tazmini ifa menfaatiyle ilgili değildir; aksine sözleşmenin geçerliliğine veya hüküm doğuracağına güvenen tarafın zararını karşılamayı hedefler. Dolayısıyla olumsuz zarar tazminatı ve ceza koşulu birbirini dışlayan edimler değildir.

Olumlu zararın tazmininde ise kararlaştırılan ceza koşulunun türü önem taşımaktadır. İfa yerine talep edilecek ceza koşuluyla birlikte ifa menfaati sağlayan olumlu zararın tazmini mümkün olmamalıdır<sup>252</sup>. Fakat ifaya eklenen ceza koşulu söz

---

<sup>249</sup> Yargıtay'ın, ceza koşulunun olumlu zararı niteliğinde olduğuna ilişkin bazı kararları için bkz. Yarg. 3. HD., 05.02.2013, E. 2012/18720, K. 2013/1653; Yarg. 23. HD., 23.10.2018, E. 2016/696, K. 2018/4867. "...Gecikme tazminatı ve ifaya ekli cezai şart, olumlu zararlardan olup, sözleşmenin ifasını bekleyen bir arsa sahibinin, gecikme tazminatını ya da cezai şartı, davadan önce tarafların fesih iradeleri birleşmediği ya da sözleşmenin feshi isteminde haklı olmadığı mahkemece kabul edildiği takdirde isteyebileceği ilke olarak kabul edilmelidir...". Aynı yönde: Y. 15. HD. 02.07.2018 E. 2018/979 K. 2018/2795.

<sup>250</sup> Hatemi/Gökyayla, s. 351; Kocağa, **Ceza Koşulu**, s. 195; Dirican, s. 80; Kapancı, **Sözleşme Cezası**, s. 668.

<sup>251</sup> Yeni dönme teorisi çerçevesinde ise sözleşme ortadan kalkmadığı ve bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü için ceza koşulu da sona ermez; herhangi bir saklı tutma iradesi bulunmasa dahi varlığını devam ettirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı, **Sözleşme Cezası**, s. 668.

<sup>252</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 113, Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 132; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 77; Kurt, s. 225; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 138. Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. 27.02.2001 E. 2000/10625 K. 2001/1710.

konusuysa, olumlu zararın tazmini açısından bir sorun bulunmamaktadır; taraflar hem ifanın hem ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde anlaşmışlardır<sup>253</sup>.

Gecikme tazminatı, borç temerrüde düşülmeksizin ifa edilseydi, alacaklının malvarlığının bulunacağı durumla gecikmiş ifa yüzünden bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder<sup>254</sup>. Aynen ifayla birlikte talep edilen gecikme tazminatı, esasen olumlu zarar tazminatı niteliğindedir. Borçlunun temerrüde düşmesi hali için ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa, alacaklı aynen ifayla birlikte ceza koşulunu isteyebilecektir. Alacaklının, ceza koşulunu aşan miktarda zarara uğraması durumunda, kısım için gecikme tazminatı istemesi de mümkündür<sup>255</sup>. Fakat ceza koşulunu aşan kısmın gecikme tazminatı olarak istenebilmesi için, alacaklının zararını ve borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatlaması gerekmektedir<sup>256</sup>. Uğranılan zarar, ceza koşulu miktarından fazla değilse alacaklı hem ceza koşulunu hem gecikme zararını ayrı ayrı talep edemez<sup>257</sup>.

Temerrüdün genel sonuçlarından biri olan gecikme tazminatının yerini, para borçlarında temerrüt faizi alır. Aynı olayda hem işlemiş temerrüt faizi hem ceza koşulu söz konusu olabilir. Taraflar ifa yerine ceza koşulu kararlaştırmışlarsa ve alacaklı ceza koşulunun ödenmesini tercih etmişse, artık temerrüt faizi talep edemeyecektir; çünkü, temerrüt faizi asıl alacağa bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, asıl alacak yerine ceza koşulunun ödenmesi seçilmişse, artık temerrüt faizi istenemeyecektir<sup>258</sup>. Tarafların ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmaları halindeyse, ifa ve temerrüt faizi ile ceza koşulu bir arada istenebilecektir<sup>259</sup>. Belirtmek gerekir ki temerrüt faizini talep etmek, ceza koşuluna göre genellikle daha avantajlıdır. Nitekim temerrüt faizi yönünden

---

<sup>253</sup> Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78; Kapancı, **Sözleşme Cezası**, s. 672-674; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 670 vd.

<sup>254</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1583; Wiegand, **BSK-OR**, Art. 103, N. 5.

<sup>255</sup> Nomer, **Borçlar Genel**, N. 240.3; Yıldız, s. 95.

<sup>256</sup> Yıldız, s. 95.

<sup>257</sup> Bu yönde bkz. Yarg. 13. HD., 10.03.1983, E. 1418, K. 1653.

<sup>258</sup> Yıldız, s. 113; Kocağa, **Ceza Koşulu**, s. 195, dn. 158.

<sup>259</sup> Kocağa, **Ceza Koşulu**, s. 196. Alacaklının, bu taleplerden biriyle tatmin edildiği oranda diğer taleplerinin son bulması gerektiği yönünde: Yıldız, s. 113. Örneğin, borçlunun temerrüde düşmesi sonucu, 5.000 TL işlemiş temerrüt faizi, 8.000 TL ceza koşulu ve 10.000 TL gecikme zararı varsa, alacaklı 5.000 TL'lik temerrüt faizini istemişse, artık 8.000 TL'lik ceza koşulunu değil ancak 3.000 TL ceza koşulu talep edebilecektir. Kalan 2.000 TL ise, aşkın zarar kapsamında istenebilecektir. Örnek için bkz. Yıldız, s. 113, 149.

borçlunun kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulma olanağı yokken, ceza koşulu açısından bu imkânı mevcuttur<sup>260</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda gerek anapara gerekse temerrüt faizi oranları bakımından üst sınır öngörülmüştür (TBK m. 88, m. 120). Tarafların bu sınırdan daha yüksek bir oran belirlemeleri halinde (her ne kadar temerrüt faizi ceza koşuluna yaklaşıp da), doğrudan ceza koşulu kararlaştırdıkları sonucuna varılamaz<sup>261</sup>; bunun için taraf iradelerinin yorumlanması gerekmektedir<sup>262</sup>.

Para borçlarında gecikme halinde, alacaklı borçludan ceza koşulu ya da temerrüt faiziyle karşılanmayan zararlarının tazminini isteyebilir. Bu durumda, dilerse TBK m. 122'ye dilerse de TBK m. 180/II'ye dayanabilecektir. Ancak TBK m. 122'ye dayanması alacaklı açısından daha avantajlı olacaktır. Zira TBK m. 122'de borçlunun kusur karinesi öngörüldüğünden, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek kalmayacaktır<sup>263</sup>.

#### **D. Dönme Cezası ve Cayma Parası**

Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin benimsendiği Türk Borçlar Hukuku sisteminde, sözleşme ilişkisinin tek taraflı irade beyanı ile ortadan kaldırılması kural olarak mümkün değildir; bu imkân ancak kanundan ya da sözleşmeden doğan istisnai hallerde söz konusu olabilir<sup>264</sup>. Kanundan doğan dönme hakkı, bazı özel koşulların gerçekleşmesini ararken, sözleşmeden doğan dönme hakkı çoğunlukla hak lehtarının karşı tarafa ödeyeceği bir bedele dayanır<sup>265</sup>. Bu başlık altında kısaca açıklanacak olan dönme cezası ve cayma parası da belli bir bedel karşılığı sözleşmeyi ortadan kaldıran ve özleri itibarıyla çok farklı olmayan iki kavramdır.

<sup>260</sup> Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 316; Yıldız, s. 113.

<sup>261</sup> Bu durumda temerrüt faizi için öngörülen sınırı aşan kısmın geçersiz olacağı yönünde: Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 194.

<sup>262</sup> Kanuni faiz oranlarını aşan miktarın ceza koşulu olarak kararlaştırılmasının, TBK m. 120 hükmünü dolanmak anlamına geleceği, kanuna karşı hile oluşturması sebebiyle geçersiz sayılması gerektiği yönünde: Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 195; Gündüz, s. 273.

<sup>263</sup> Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 197.

<sup>264</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1608; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 603.

<sup>265</sup> Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 214; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1608.

Dönme cezası, hukuki işlemde kararlaştırılan belli bir tutarın (ceza bedelinin) ödenmesine bağlı olarak sözleşmeden dönme hakkı sağlar<sup>266</sup>. Dönme cezası, ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında düzenlenmiş olsa da (TBK m. 179/III) gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir<sup>267</sup>. Nitekim ceza koşulu, ifanın gerçekleşmesini temin etmeye yönelik olup alacaklı yararına iken, dönme cezası ifadan kurtulma imkanının tanındığı borçlu lehinedir<sup>268</sup>. Sözleşmede kararlaştırılan tutarın dönme cezası mı yoksa ceza koşulu mu olduğu hususunda tereddüde düşülürse TBK m. 179/III gereği ceza koşulu lehine yorum yapılacak, aksini iddia edenin ispatlaması gerekecektir<sup>269</sup>.

<sup>266</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1609; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 352; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1316; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 236 vd.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 991; Cansel/Özel, s. 725; Belen, **Cezai Şart**, s. 519; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 221-222; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 47; Kocaağa, **Sözleşme Cezası**, s. 144; Elce Tutar, “**Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı**”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 125, Yıl: Ocak 2017, s. 30 vd; Mehmet Erdem, “**Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı**”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 679; Kadir Berk Kapancı, “**Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 249. Kavram hakkında doktrinde terim birliği bulunmamakta, “*ifayı engelleyen ceza koşulu*”, “*inhisari cezai şart*”, “*bertaraf edici cezai şart*”, “*ifa yerine cezai şart*”, “*dönme tazminatı*”, “*kurtulma (dönme veya cayma) parası (akçesi)*” ifadeleri de kullanılmaktadır. “*Dönme cezası*” terimi yerine “*ifayı engelleyen ceza koşulu*” ifadesinin kullanılmasının sakıncaları hakkında bkz. Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 395. İsviçre Hukukunda dönme cezasını ifade etmek üzere “*Wandelpön*” ve “*Exklusivkonventionalstrafe*” terimleri kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. von Tuhr/Escher, s. 283; von Büren, s. 410; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3810; Huguenin, N. 1229; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 529.

<sup>267</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 31; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1316; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1607; Kocaağa, **Sözleşme Cezası**, s. 154; Hatemi/Gökyayla, s. 357; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 864; Cansel/Özel, s. 725-726; Belen, **Cezai Şart**, s. 519; Öktem Çevik, s. 105; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 353; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 249-251; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3810; von Büren, s. 410. Dönme cezasının, bir tür cayma parası olduğu yönünde: Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 26, N. 1376. Dönme cezasının ceza koşulunun üçüncü bir türü olduğu yönünde: Tutar, **Dönme Cezası**, s. 28, 35.

<sup>268</sup> Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 396; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 221; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 353; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 679; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 991; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 251; Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s. 154; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 187-188; Tutar, s. 30; von Büren, s. 410; Becker, **BK-OR**, Art. 160, N. 35; Ehrat/Widmer, **BSK-OR**, m. 160, N. 25.

<sup>269</sup> Hatemi/Gökyayla, s. 357; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 353; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1612; Belen, **Cezai Şart**, s. 519; Öktem Çevik, s. 105-106; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 47; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317; Kocaağa, **Sözleşme Cezası**, s. 149- 150; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 530; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3812; Ehrat/Widmer, **BSK-OR**, Art. 160, N. 26. Ancak TBK m. 446/II’de kararlaştırılan tutarın dönme cezası olduğu yönünde karineye yer verilmiştir. Başka bir deyişle işçi rekabet yasağını ihlal etmesi haline dair kararlaştırılan tutarın dönme cezası olduğunu ispatla yükümlü değildir. Aksine işverenin, rekabet yasağına aykırı davranılması halinde ceza koşuluyla birlikte asıl borcu isteyebilmesi için bu yönde bir anlaşmanın varlığını ispatlaması gerekecektir.

Dönme cezası, sözleşmeden keyfi olarak (herhangi bir sebep belirtmek gerekmezsiniz ya da sözleşmeye aykırılık gerçekleşmezsiniz) dönülmesi durumunda gündeme gelir. Borçlunun, kanundan doğan dönme hakkını kullanması halinde dönme cezası söz konusu olmaz<sup>270</sup>.

Dönme cezası ile pek çok açıdan benzerlik gösteren cayma parası ise sözleşme kurulurken taraflardan birinin diğerine peşinen verdiği bir miktar paradır (TBK m. 178)<sup>271</sup>. Öyle ki parayı veren, bunu karşı tarafa bırakarak; parayı alan ise iki katını geri vererek sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

Gerek dönme cezasında gerekse cayma parasında sözleşmeden dönme hakkı, bir seçimlik yetki (facultas alternativa) oluşturur<sup>272</sup>. Başka deyişle, borçlu dilerse borcunu ifa eder, dilerse dönme hakkını kullanarak sözleşme ilişkisinden kurtulabilir. Ayrıca her ikisinde de dönme hakkını kullanmak isteyen lehtar, yenilik doğuran bir irade beyanında bulunmalıdır<sup>273</sup>. Bir diğer ortak özellik hem dönme cezasının hem cayma parasının kusur ve zarar koşulundan bağımsız olmasıdır<sup>274</sup>. Dolayısıyla borçlu dönme beyanı üzerine alacaklı hiçbir zarara uğramasa da dönme cezasına veya cayma parasına hak kazanır. Bu yönüyle iki kavram da maddi tazminattan ayrılmaktadır. Dönme hakkının kullanılması üzerine uğradığı zararın dönme cezası veya cayma parası tutarından daha fazla olması halinde ise alacaklı, aşkın zararı için TBK m.

<sup>270</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1613; Hatemi/Gökyayla, s. 357; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 681; Öktem Çevik, s. 106. Örneğin borçlunun TBK m. 125 uyarınca sözleşmeden dönmesi halinde, dönme cezası kararlaştırılmış olsa bile, bunun ödenmesi gerekmecektir. Bu konyönde bkz. Yarg. 15. HD., 24.05.2004, E. 5968, K. 2877: “ (...) İş sahibinin, işin kararlaştırılan şekilde imalini talep etmesi ve bunun yerine getirilmemesi yüzünden akdi feshetmesi kendisi açısından akdin feshinde kusur olarak değerlendirilemez. Davacı da bu sebeple cezai şart ve kâr mahrumiyeti talebinde bulunamaz.” ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com))

<sup>271</sup> Doktrinde “cayma akçesi” veya “pişmanlık akçesi” olarak da adlandırılan cayma parası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1323-1324; Hatemi/Gökyayla, s. 355; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 979-980; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1646 vd.; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 31; Kocaağa, **Ceza Koşulu**, s.57; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 252; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 671; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 378-379; Saymen, s. 547; Yağcıoğlu, s. 83 vd.; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 186-187; Oser/Schönenberger, Art. 158, N. 6; Becker, **BK-OR**, Art. 158, N. 9; Schwarz, s. 261. Cayma parasındaki “para” ifadesinin yanıltıcı olduğu, başka bir edim de kararlaştırılabileceği yönünde: Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 671; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 253.

<sup>272</sup> Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 379; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 352; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 673, 680-681.

<sup>273</sup> Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 681-682; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 256.

<sup>274</sup> Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 257.

180/II'ye benzer şekilde, ek bir tazminat talebinde bulunamaz<sup>275</sup>. Meğerki böyle bir imkân sözleşme yoluyla saklı tutulmuş olsun<sup>276</sup>.

Belirtmek gerekir ki dönme cezasının veya cayma parasının çok yüksek olduğu ileri sürülerek bu değerlerde indirim yapılması talep edilemez<sup>277</sup>. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte fikrimizce TBK m. 182/III burada kıyasen uygulanmamalıdır<sup>278</sup>. Ahde vefa ilkesine aykırı ancak aralarındaki sözleşmeye uygun olarak keyfi şekilde sözleşmeden dönmeye karar veren borçlu, dönme cezası ya da cayma parasının miktarı aşırıysa, ifade bulunmayı tercih edebilecektir. Dönme cezası ve cayma parasının indirilebileceği kabul edilirse borçlu bakımından sözleşmeden dönme cazip hale gelecek, ahde vefa ilkesiyle bağdaşmayan bir durum ortaya çıkacaktır.

Büyük oranda benzerlik gösterecekler de dönme cezası ile cayma parası arasında farklılıklar da mevcuttur. Örneğin cayma parası, sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa verilirken dönme cezası, o sırada sadece taahhüt edilir; dönme hakkı

<sup>275</sup> Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 187; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 678, 683; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 47, 121-122; Saymen, s. 549; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 381, 396; Oser/Schönenberger, Art. 161, N. 3. Bu yönde: Yarg. 15. HD, 19.03.1998, E. 1998/684, K. 1998/1085, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). Dürüstlük kuralına aykırı bir durum söz konusu ise ek tazminat talebinde bulunulabileceği yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Borçlar Genel**, s. 341. TBK m. 446/II'de rekabet yasasına ilişkin kararlaştırılan dönme cezasında, aşan zararın tazmin edilmesinin mümkün olduğunu benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 121; Kocaağa, **Sözleşme Cezası**, s. 311. Dönme hakkının, zarara uğradığını ileri süren tarafça kabul edilmiş bir sözleşme kaydına dayandığı göz önünde tutulduğunda, bu kişinin malvarlığında meydana gelen azalmanın, bizzat rızası çerçevesinde gerçekleştiğinin ve esasen zarar bulunmadığının düşünülmesi gerektiği yönünde: Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 258.

<sup>276</sup> Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 678, 683.

<sup>277</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 142; Hatemi/Gökyayla, s. 357; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 678, 684; Öktem Çevik, s. 110; von Büren, s. 411; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3867, 3824; Ehrat/Widmer, **BSK-OR**, Art. 158, N. 11-13; İsmet Sungurbey, **Acemoğlu'nun "Tapulama Kanunu..."**, "Eşya Hukuku Meseleleri" adlı kitapları ve Serozan'ın hukukçuluk yöntemi üstüne notlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 89, 91 dn. 13.

<sup>278</sup> Aynı yönde Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 142; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1650; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 678, 684; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1324; Ehrat/Widmer, **BSK-OR**, Art. 158, N. 11, 14; von Büren, s. 411. Dönme cezasını bir tür ceza koşulu olarak kabul eden, bu nedenle de sadece cayma parası bakımından kararlaştırılan edimde indirim yapılamayacağını ileri süren görüş için bkz. Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 188; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 396. Hem cayma parasında hem dönme cezasında indirim yapılabileceği yönünde: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 222 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Borçlar Genel**, s. 341, 353; Ömer Çınar, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz 2009, s. 94. Dönme cezası veya cayma parası olarak yerine getirilmesi kabul edilen edimlerin, "borçlunun ekonomik geleceğini sarsacak mahiyette ağır bir yük altına sokacağı söylenebiliyorsa, ilgili kaydın ahlaka aykırılığa dayalı kesin hükümsüzlüğü (özellikle TBK m. 27/II bağlamında kısmen hükümsüzlüğü)" gündeme gelebileceği yönünde: Sungurbey, s. 91, dn. 13; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 260-261.

kullanılacağı zaman (asıl edim ifa edilmeyeceğinde) yerine getirilir<sup>279</sup>. Ayrıca cayma parasında, parayı alan iki katı tutarında geri ödeyerek sözleşmeden dönebilirken, dönme cezası böyle bir durum öngörülmemiştir<sup>280</sup>. Bir diğer farklılık dönme hakkının kullanılabileceği zaman noktasındadır. Cayma parası kararlaştırıldığında sözleşmeden dönme hakkı en geç asli edim yükümlülüklerinden birinin ifasına başlandığı ana kadar<sup>281</sup> kullanılabilirken, dönme cezasında herhangi bir zaman sınırlaması bulunmamaktadır<sup>282</sup>. Başka deyişle borçlu kural olarak her zaman bu tutarı ödeyerek sözleşmeden dönebilecektir<sup>283</sup>.

#### E. Temerrüt Faizi

Faiz, alacaklının, alacak olarak talep edebileceği bir miktar parayı kullanmaktan belirli süre boyunca mahrum kalması nedeniyle kendisine ödenen karşılıktır<sup>284</sup>. Asıl alacağa bağlı (fer'i) bir yan hak olduğundan asıl alacak sona ererse faiz de sona erer (TBK m. 131/I)<sup>285</sup>. Bununla birlikte faiz, asıl alacağın bir parçası

<sup>279</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 353; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 396; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 31-32; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 188; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 671, 679; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 264; Öktem Çevik, s. 110; Becker, **BK-OR**, Art. 158, N. 9; von Tuhr/Escher, s. 288; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 518; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3811, 3868; Huguenin, N. 1203; von Büren, s. 411; Ehrat/Widmer, **BSK-OR**, Art. 158, N. 14. Yargıtay da her ne kadar taraflar arasında cayma parasından bahsedilmiş olsa da henüz ödenmemiş bir miktarsa, bunun ceza koşulu (dönme cezası) niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bu yönde bkz. Yarg. 12. HD., 20.12.2005, E. 2005/22379, K. 2005/25546, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>280</sup> Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 32; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 980; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1652; Öktem Çevik, s. 110; Ehrat/Widmer, **BSK-OR**, Art. 158, N. 14; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3870; Huguenin, N. 1203.

<sup>281</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1649.

<sup>282</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1608, 1615; Öktem Çevik, s. 111; Kapancı, **Dönme Cezası**, s. 265.

<sup>283</sup> Dönme cezası kararlaştırıldığında, borçlunun dönme hakkını ne zamana kadar kullanabileceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Borçlu her zaman sözleşmeden dönebileceği yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1608, 1615. Taraflar dönme hakkının kullanılmasına ilişkin bir süre belirlemişlerse buna uyulacağı, belirlememişlerse tıpkı cayma parasındaki gibi, en geç asli edim yükümlülüklerinden birinin ifasına başlanana kadar dönme hakkının kullanılabileceği yönünde: Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 681.

<sup>284</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 966; Antalya, **Cilt V/1,3**, s. 119; Barlas, s. 124; Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, s. 206; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1096; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 930; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 166; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 779; Aydoğdu/Ayan, s. 6; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 8, N. 8; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 42; Weber, **BK-OR**, Art. 73, N. 13-14; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 2350; von Tuhr/Peter, s. 68; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 44 vd.

<sup>285</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1096; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 969; Barlas, s. 125; Albaş, s. 136.

değildir; bağımsız olarak talep ve dava edilebilir, devredilebilir, rehnedilebilir<sup>286</sup>. Faiz borcu kanundan ya da hukuki işlemten doğabilir<sup>287</sup>.

Faizin, anapara (kapital-sermaye) ve temerrüt faizi şeklinde iki türü bulunmaktadır<sup>288</sup>. Anapara faizi, bir miktar paranın belli süre borçluda kalmasına karşılık faiz ödenmesi öngörülmüşse ortaya çıkar; amaç, paranın başkasının kullanımına bırakılması sebebiyle oluşacak kâr mahrumiyetinin giderilmesidir<sup>289</sup>. Temerrüt faizi ise para borcunu<sup>290</sup> ödemekte temerrüde düşen borçlunun, TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun m. 2 uyarınca, alacaklının talebi halinde<sup>291</sup> ödemek zorunda kaldığı, kanun gereği başlayan ve temerrüt devam ettikçe varlığını sürdüren bir miktar paradır<sup>292</sup>. Temerrüt faizi, para alacağını zamanında elde edemeyen, böylelikle de onu kullanma olanağından yoksun kalan alacaklının, uğradığı varsayılan zararının giderimini amaçlamaktadır<sup>293</sup>.

Temerrüt faizi kapsamlı bir konu olmakla beraber çalışmamız açısından önem arz eden yönü bir tazminat niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Öncelikle belirtmek gerekir

<sup>286</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 970; Antalya, *Cilt V/1,3*, s. 120; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, s. 206; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1097; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 166.2-166.5; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 780; Barlas, s. 124; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 8, N. 9.

<sup>287</sup> Eren, *Borçlar Genel*, s. 1097; Barlas, s. 125. Tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetname de faiz ödenmesini konu alabileceğinden sözleşmesel (akdi) faiz ifadesinin isabetli olmadığı yönünde: Albaş, s. 135, dn. 64; Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 967.

<sup>288</sup> Her iki faiz türü de kanundan ya da sözleşmeden doğabilir.

<sup>289</sup> Barlas, s. 126; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 781; Aydoğdu/Ayan, s. 5; Helvacı, *Faiz*, s. 81; Zeki Gözütok, *Faiz Hukuku*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 8.

<sup>290</sup> Para borcu kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı, *Munzam Zarar*, s. 23-34; Haluk Nami Nomer, “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, *İÜHFİM*, Cilt: 57, Sayı: 1-2, Yıl:1999, s. 241-249.

<sup>291</sup> Hâkimin re’sen temerrüt faizinin ödenmesine karar vermesi mümkün değildir: Eren, *Borçlar Genel*, s. 1226; Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1627; Barlas, s. 181; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, s. 207.

<sup>292</sup> Barlas, s. 124; Helvacı, *Faiz*, s. 102; Aydoğdu/Ayan, s. 5; Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 968, 1599; Antalya, *Cilt V/1,3*, s. 451; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1096; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Borçlar Genel*, s. 930; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 190; Becker, *BK-OR*, Art. 104, N. 2; Weber, *BK-OR*, Art. 104, N. 7; Franz Schenker, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht*, Universitätsverlag, Freiburg 1988, N. 334. Para borcu söz konusu değilse temerrüt faizi doğmaz; bu halde borçlu temerrüde düştüğünde alacaklı, geciken ifa nedeniyle zarara uğradığını ispatlayarak gecikme tazminatı isteyebilecektir (TBK m. 118).

<sup>293</sup> Barlas, s. 128 ve özellikle dn. 379; Oğuzman/Öz, *Cilt I*, N. 1599 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1096; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Borçlar Genel*, s. 930; von Tuhr/Escher, s. 146, dn. 22; Schenker, N. 338; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 11 N. 15. Ayrıca doktrinde, temerrüt faizinin, borçlunun temerrüt süresi boyunca anaparadan yararlanma imkânı bulmasıyla elde ettiği haksız kazancın iadesi amacı taşıdığı da belirtilmiştir. Bu yönde bkz. Tunçomağ, *Borçlar Genel*, s. 93; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1224; Albaş, s. 139; Barlas, s. 129; Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, s. 207.

ki temerrüt faizi zarar ve kusur koşulundan bağımsızdır. Alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için temerrüt nedeniyle zarara uğradığını ispatlaması gerekmemektedir<sup>294</sup>. Ayrıca borçlu da alacaklının zararı bulunmadığını ispat ederek temerrüt faizi ödemekten kurtulamamaktadır<sup>295</sup>. Diğer deyişle, kanun koyucu zarar bakımından asgari bir miktar belirlemiş, alacaklının en az temerrüt faizi kadar zarara uğradığını varsaymıştır. Öte yandan temerrüt faizi talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması da gerekmemektedir. Aksine borçlu, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlasa dahi temerrüt faizi ödemekten kurtulamayacaktır<sup>296</sup>.

Temerrüt faizinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş zarar şartına bağlı olmayan kanundan doğan götürü tazminat olduğu yönündedir<sup>297</sup>. Bu görüşe yakın bir başka yaklaşım, temerrüt faizini zarar karinesi dayalı alacaklı lehine konulmuş tazminat olarak nitelendirmektedir<sup>298</sup>. Ayrıca zararın aranmamasından yola çıkarak temerrüt faizini kanunun belirlediği ceza koşulu şeklinde ifade eden bir görüş de mevcuttur<sup>299</sup>. Doktrinde bazı yazarlar ise alacaklının

<sup>294</sup> Ayrancı, **Munzam Zarar**, s. 71; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 930-931; Barlas, s. 133-134; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1602; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1224; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 190. Yarg. 11. HD., 3.11.2015, E. 2014/16236, K. 2015/11459: “...alacaklıya, uğradığı zararı ispat yükümü verilmeksizin, en önemlisi borçlunun kusuru olup olmadığı araştırılmaksızın yasa gereği kabul edilen zararı giderme hakkı tanınmıştır.”

<sup>295</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 930-931; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1224; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 362; Becker, **BK-OR**, Art. 104, N. 4.

<sup>296</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1600-1601; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 930; Serozan, **İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, § 17 N. 7; Barlas, s. 134; von Tuhr/Escher, s. 146; Becker, **BK-OR**, Art. 104, N. 4; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 362.

<sup>297</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 930; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 17, N. 7; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1602; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 657 dn. 4; Erdem, **Götürü Tazminat**, s. 99-100; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 42; Helvacı, **Faiz**, s. 65; Weber, **BK-OR**, Art. 73, N. 91; Mahmut T. Birsal/Alı Murat Sevi: “**3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulama Alanı**”, DEÜHFD, Cilt: 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 1033-1034. Yargıtay da bu görüştedir: YHGK, T.19.6.1996, E.1996/5-144 K.1996/503; YHGK 10.10.2012, E. 2012/7-502, K. 2012/707; YHGK 12.9.2012, E. 2012/19-314, K. 2012/557; YHGK 5.7.2000, E. 2012/7-502, K. 2012/707 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>298</sup> Barlas, 136-137; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1224; Havutçu, **Temerrüt**, s. 38-39; von Tuhr/Escher, s. 146 ve özellikle dn. 22. Para getirisi olan bir değeri ifade ettiğinden kanun koyucu, para borcunun ödenmesinde temerrüt halinde, alacaklının mutlaka zararı doğacağı varsayımından hareket etmiştir. Doktrinde Barlas, bu duruma işaret ederek temerrüt faizinin tazminat niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinde, zarardan bağımsızlığın bir ölçüt olamayacağını vurgulamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s. 136

<sup>299</sup> Esat Arsebük, “**Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller**”, Adliye Ceridesi, Sayı: 16, Yıl:1936, s. 987-988. Götürü tazminat kavramına gerek bulunmadığı, temerrüt faizinin kanunun belirlediği bir ceza koşulunun olduğu yönünde: Gündüz, s. 287. Sözleşmesel temerrüt faizinin, yasal temerrüt faizi oranını

zararının ve borçlunun kusurun aranmaması, ayrıca temerrüt faizini aşan zararın tazmininin istenebilmesi nedeniyle, temerrüt faizini tazminat olarak kabul etmemektedir<sup>300</sup>.

## F. Menfaat Devri Yaptırımı

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 530, aynı zamanda uygulanacak yaptırımı da belirlemektedir. Hüküm, iş sahibine, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkı<sup>301</sup> tanımakta; başka deyişle menfaat devri yaptırımı öngörmektedir<sup>302</sup>.

Menfaat devri yaptırımı, malvarlıkları arasında bir değer kayması olması gerekmeksizin<sup>303</sup>, karşı tarafın hak ihlali suretiyle kazandığı menfaatin, ihlal edilen hakkın sahibine devredilmesini öngörür<sup>304</sup>. Türk Hukukunda sadece gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için öngörülen menfaat devri yaptırımı, eski hale iadeyi amaçlamadığından iş gören, iş sahibinin durumunu eski hale getirmekle sorumluluktan kurtulamaz<sup>305</sup>. Devredilecek menfaatin kapsamına elde edilen bütün faydaların girmesi gerekmektedir<sup>306</sup>. Menfaatin, karşı tarafın kişisel becerisine dayanıp dayanmaması, hak sahibinin o tür bir menfaati kendisinin elde edemeyecek olması gibi

---

aşması halinde ceza koşulu olarak nitelendirilebileceği yönünde: Bucher, **Obligationenrecht**, s. 522-523.

<sup>300</sup> von Büren, s. 370; Becker, **BK-OR**, Art. 104, N. 4; Oser/Schönenberger, Art. 104, N. 2.

<sup>301</sup> Bunun bir alacak hakkı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Baş Süzel, s. 78; Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, s. 204.

<sup>302</sup> Baş Süzel, s. 78-79; Eren, **Borçlar Özel**, s. 924; Huguenin, N. 901; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 681; Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 47. İsviçre Borçlar Kanunu Art. 423'te menfaat devri yaptırımı açıkça ifade edilmektedir. Alman hukukunda ise bu yaptırım, BGB § 687'nin, § 681'e yaptığı atıfla kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baş Süzel, s. 78; Arkan Akbıyık, s. 47 vd.

<sup>303</sup> Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelli menfaat devri yaptırımı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talepleri arasındaki fark yoksullaşma/zenginleşme şartına bağlılık noktasındadır.

<sup>304</sup> Eren, **Borçlar Özel**, s. 924-925; Baş Süzel, s. 79; Arkan Akbıyık, s. 48.

<sup>305</sup> Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 193; Tandoğan, **Cilt II**, s. 676; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 24, N. 18; Arkan Akbıyık, s.47; Oser/Schönenberger, Art. 423, N. 3; von Tuhr/Peter, s. 523.

<sup>306</sup> Elde edilen menfaatlerden hangilerinin iş sahibine devredileceği konusunda nedensellik bağı çerçevesinde belirlene yapılmaktadır. Devredilecek menfaat, brüt değerden masrafların çıkartılması sonucu bulunacak net menfaattir. Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 192; Arkan Akbıyık, s. 47; Eren, **Borçlar Özel**, s. 925; Becker, **BK-OR**, Art. 423, N. 2.

hususlar önem taşımaz<sup>307</sup>. Ayrıca iş görenin o menfaati elde etmeyi hak etmiş olup olmaması da önemsizdir<sup>308</sup>

Menfaat devri yaptırımı, zararın varlığı ve miktarından bağımsız olması itibariyle tazminat talebinden ayrılmaktadır. Nitekim menfaat devri, zarar görenin uğradığı zararı değil, ihlalde bulunan kişinin elde ettiği menfaati esas alır<sup>309</sup>. Zarar görenin malvarlığındaki eksilmeyi esas almadığından, tazminat açısından geçerli olan “tam tazminat ilkesi” ve “zenginleşme yasağı” menfaat devri yaptırımında dikkate alınmaz. Tazminatın asli amacı telafi iken menfaat devri, caydırıcı ve cezalandırıcıdır; telafi amaçlanmadığı gibi telafi ile yetinilmez<sup>310</sup>. Sonuç olarak tazminattan farklı amaç taşıyıp farklı ilkeler öngördüğünden menfaat devri yaptırımı bir tazminat türü değildir<sup>311</sup>. Menfaat devri yaptırımının bir tazminat olmadığı tespit edildikten sonra sözleşmeye aykırılık halinde uygulanıp uygulanamayacağı açıklanmalıdır.

Menfaat devri yaptırımı yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde talep edilebildiğinden, sözleşmeye aykırılık halinde uygulanması mevcut (de lege lata) Türk Hukuku açısından mümkün değildir<sup>312</sup>.

Türk Hukukunda sözleşmeye aykırılık halinde yukarıda açıklandığı üzere kural olarak üç yaptırım gündeme gelebilir; bunlar aynen ifa, tazminat ve sözleşmenin sona erdirilmesidir<sup>313</sup>. Telafi etme amacı taşıyan tazminat, zarar görenin uğradığı zarar miktarını esas alır ve kural olarak kişinin, o sözleşmeden beklediği menfaate denktir. Buna karşın zarar görenin zararı, sözleşmeye aykırı davranan tarafın ihlal suretiyle elde ettiği menfaatten az olabilir. Böyle bir sonuç, kişinin kendi hukuka aykırı fiiliyle

<sup>307</sup> Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 193; Baş Süzel, s. 81.

<sup>308</sup> Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 193; Baş Süzel, s. 81-82.

<sup>309</sup> Baş Süzel, s. 87; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 35.

<sup>310</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 24, N. 23; Baş Süzel, s. 26, 150; Arkan Akbıyık, s. 28-29.

<sup>311</sup> Menfaat devri yaptırımının bir özel hukuk cezası olduğu yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 24, N. 23; Baş Süzel, s. 170, 179.

<sup>312</sup> Sözleşme ihlalinin menfaat devri yaptırımına yol açıp açmayacağı tartışmalıdır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, kural olarak nispi hak ihlali suretiyle gerçekleşmeyeceği yönündeki bakın görüş için bkz. Tandoğan, **Vekaletsiz İş görme**, s. 121; Baş Süzel, s. 60. Nisbi hak ihlalinde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabileceği yönünde: Arkan Akbıyık, s. 32. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sözleşmeye aykırılık ile aynı anda meydana gelmesine halinde ise vekâletsiz iş görme temelli olarak talep edilmesi mümkündür.

<sup>313</sup> Bkz. § 2, II

kâr elde etmemesi gerektiği yönündeki ilke ile ters düşmektedir. Ancak yine de özel hukukun cezalandırma fonksiyonunu benimsemeyen Kıta Avrupası hukuk sisteminin, tazminatla zenginleşilemeyeceği yönündeki ilkesi karşısında, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını kabul edilmemektedir<sup>314</sup>.

### G. Kaim (İkame) Değer Talebi

Alman Hukukunda (BGB § 285) kaynağını bulan bir görüş, borçlunun imkânsızlaşan ediminin yerini kaim değer (surrogat) almışsa, alacaklının tazminat yerine bu değeri talep edebileceğini savunmaktadır<sup>315</sup>. Hasara uğrayan ya da yok olan edim konusu için ödenen sigorta bedeli, kamulaştırma bedeli, haksız fiille edimin ifasını imkansızlaştıran üçüncü kişilerden elde edilen tazminat, edim konusunun üçüncü kişiye satılması karşılığında elde edilen bedel kaim değere örnektir<sup>316</sup>.

Kaim değer talebinin, sözleşmeye aykırılıktan doğan bir tazminat istemi niteliğinde değildir<sup>317</sup>. Alacaklı, konusu değişmiş olsa da hala sözleşmenin yerine getirilmesini talep etmektedir; diğer deyişle kaim değer, aynen ifaya ilişkin bir kavramdır<sup>318</sup>. Dolayısıyla kaim değer, alacaklının uğradığı zararlar sınırlı değildir. Hatta edim yerine kaim değeri isteyen alacaklının, zararının varlığını ispat etmesine de gerek bulunmamaktadır<sup>319</sup>. Edim yerine kaim değeri isteme hakkı tanınmasının amacı, borca aykırı davranan tarafın sebepsiz zenginleşmesi önlemektir<sup>320</sup>.

<sup>314</sup> Anglosakson hukuk sisteminde ise “*Blake kararı*” olarak anılan karardan sonra menfaat devri yaptırımının sözleşme hukukunda istisnaen de olsa uygulanıp uygulanamayacağı yoğun şekilde tartışılmıştır. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baş Süzel, s. 185 vd.

<sup>315</sup> Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 183; H. Kübra Ercoşkun Şenol, **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 201, 306; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 489 vd.; Becker, **BK-OR**, Art. 99, N. 26; Barth, s. 218. Bucher, **Obligationenrecht**, s. 425-426; von Tuhr/Escher, s. 131; Huguenin, s. 94.

<sup>316</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1423, dn. 1456; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 14, N. 19, § 15, N. 6-7, § 16, N. 16; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 306.

<sup>317</sup> Tazminat niteliğinde olmadığından kaim değeri talep eden alacaklının, edimin imkansızlaşması nedeniyle zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat etmesi gerekmediği yönünde: Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 6-7; Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 184.

<sup>318</sup> Gündüz, s. 299.

<sup>319</sup> Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 184; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 338-339.

<sup>320</sup> Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 184.

Türk-İsviçre Hukuklarında açık hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde, kaim değerın talep edilmesinin kanunun ruhuna uyduğu ifade edilmektedir<sup>321</sup>. Ancak borçluyu tazminat yerine kaim değeri ödemeye zorlayabilecek yasal bir dayanak yoktur<sup>322</sup>. Bu nedenle kaim değerin talep edilebilmesi için ya tarafların bu konuda anlaşmaları gerekir ya da borçlunun kaim değeri ödemeyi reddetmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır<sup>323</sup>.

Türk-İsviçre Hukuklarında alacaklının kaim değeri talep edip edemeyeceği hususu genellikle borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında (TBK m. 136) ele alınmıştır. Tazminat ödemeksizin edimini yerine getirmekten kurtulan borçlu, imkânsızlaşan edimin yerine başka bir değer elde etmişse, bundan yararlanması için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır<sup>324</sup>. Bu durumda, kaim değeri talep edebilecek alacaklının da kendi edimini yerine getirmesi gerekecektir<sup>325</sup>. Ayrıca, zararının kaim değerden fazla olduğunu ispatlayan alacaklının, aradaki farkın tazminini isteyebileceği veya kendi edimini bu oranda indirerek ödeyebileceği kabul edilmektedir<sup>326</sup>.

Kaim değerin, imkânsızlaşan edimin objektif değerinden daha yüksek olduğu hallerde, tazminat yerine bu değeri istemek alacaklı açısından daha elverişlidir. Bu durumda kaim değer, alacaklının zararından daha yüksek olsa da borçlu, fazlalığın

<sup>321</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **Borçlar Genel**, s. 1009; Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 183; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 7, § 16, N. 16; von Tuhr/Escher, s. 131; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 424-425; Oser/Schönenberger, Art. 119, N. 14; Becker, **BK-OR**, Art. 119, N. 1. Bu konuda kanun boşluğu bulunduğu yönünde: Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 185; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 15.

<sup>322</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1325; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 306-307.

<sup>323</sup> Aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1325; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 307.

<sup>324</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, **Borçlar Genel**, s. 1009; Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 185.

<sup>325</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 7. Kaim değerin, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında istenebileceği kabul edilirse, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında istenebileceğinin evleviyetle kabulü gerektiği yönünde: von Tuhr/Escher, s. 133; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 7; Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 184, 199; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 341.

<sup>326</sup> Bucher, **Obligationenrecht**, s. 426, dn. 39; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 16; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 266; Barth, s. 210; Becker, **BK-OR**, Art. 99, N. 26; Dural, **Sonraki İmkânsızlık**, s. 200.

kaim değerden indirilmesi talep edemeyecektir<sup>327</sup>; zararı tam olarak karşılanan alacaklı da kaim değer in yanı sıra uğradığı zararın tazminini isteyemeyecektir<sup>328</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki kaim değer bir tazminat olmamakla birlikte, tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşıyabilir. Söz gelimi, elde ettiği veya ileride elde edeceği kaim değer sayesinde borçlunun malvarlığı önemli ölçüde artıyorsa, hâkim TBK m. 52'deki indirim sebebini dikkate almaksızın alacaklı lehine daha yüksek miktarda tazminata hükmedebilir.

## H. Tazminat Olarak Sözleşmeden Kurtulma

Alman Hukukunda kabul edilen bu uygulamayla, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın davranış yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu, istemediği bir sözleşmeyi yapmak zorunda kalan kişinin, irade sakatlığından doğan iptal hakkı düşmüş olsa bile, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak bu hukuki ilişkiden aynen tazmin yoluyla kurtulması amaçlanmaktadır<sup>329</sup>.

Katıldığımız görüş uyarınca tazminat olarak sözleşmeden kurtulma yolunun, Türk-İsviçre Hukuklarında uygulanması mümkün değildir<sup>330</sup>. Nitekim Alman Hukukundan farklı olarak Türk-İsviçre Hukuklarında, irade sakatlığı etkisinde yapılan sözleşmeler, iradesi sakatlanan taraf açısından baştan itibaren bağlayıcı değildir. Dolayısıyla bu sözleşme bir malvarlığı zararı olarak nitelendirilip aynen tazmin imkânı tanınmaz. İptal hakkına ilişkin 1 yıllık sürenin geçmesi üzerine icazet faraziyesi devreye girer; böylelikle iradesi sakatlanan taraf da sözleşmeyle bağlanır. Bu aşamadan sonra, sözleşme görüşmeleri safhasına geri dönerek culpa in contrahendo

<sup>327</sup> İmkansızlaşan edimin değeri oranında kaim değer talep edilebileceği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 1446.

<sup>328</sup> Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 16, N. 16.

<sup>329</sup> Tazminat olarak sözleşmeden kurtulma uygulamasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 343; Schiemann, **Staudinger**, § 249, N. 195; Larenz, s. 113; Lange/Schiemann, s. 222; Emmerich, **Münchener Kommentar-BGB**, § 311, N. 117 vd.; N. 242- 243; Fikentscher, § 20, N. 81. Zarar görenin, sözleşmeden kurtulmasına rağmen karşılanmayan diğer olumsuz zarar kalemleri için de tazminat talep etme hakkına sahip olduğu yönünde: Schiemann, **Staudinger**, § 249, N. 195.

<sup>330</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 346. Culpa in contrahendo tazminatı sayesinde sözleşmenin tasfiye edilmesini ve böylelikle aldatma nedeniyle iptalin ya da ayıp nedeniyle dönmenin sıkı gereklerinin aşılmasını savunan Türk doktrinindeki aksi görüş için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, § 19, N. 5; Rona Serozan, “**Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü**”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 195, 205.

yoluyla tazminat talep edilemez<sup>331</sup>. Doktrinde, culpa in contrahendo sorumluluğunun aynen tazmin olarak nitelendirilip sözleşmenin iptaliyle aynı sonucu doğuracak şekilde kullanılmasının hem kanun koyucunun iradesine hem bu sorumluluğunun tarihi oluşum sürecine ve amacına aykırılık oluşturacağı isabetle ifade edilmektedir<sup>332</sup>. Aksi yöndeki kabul, iptal hakkının kullanımını bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlayan TBK m. 39'un anlamsızlaşmasına yol açabilecektir<sup>333</sup>.



---

<sup>331</sup> Culpa in contrahendo'nun culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesinin, buna izin vermediği yönünde: Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 346.

<sup>332</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 347.

<sup>333</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 347. İradesi sakatlanan fakat bir yıllık iptal süresini de kaçıran taraf culpa in contrahendo sorumluluğuna başvuramasa da TBK m. 72/II'ye veya MK m. 2/II'ye dayanarak ifa talebine karşı koyabilecektir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUKTA UYGULANMASI TARTIŞMALI HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİ

#### I. Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zararlar ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Sözleşmesel Sorumlulukta Uygulanması

Türk Borçlar Kanunu'nda haksız fiilden doğan sorumluluk ayırımında, kişiye ilişkin zarar niteliğindeki ölüm ve bedensel zarar, “Özel durumlar” üst başlığıyla kaleme alınmıştır<sup>1</sup>. Bedensel zararın kapsamına kişinin vücut ve ruh<sup>2</sup> bütünlüğü girerken ölüm, yabancı bir müdahale nedeniyle hayatın sona ermesini ifade eder<sup>3</sup>. Aşağıda öncelikle bedensel zarar ve ölüm hallerinde tazminatın kapsamına ana hatları ile değinilecek, ardından destekten yoksun kalma tazminatının temel özellikleri açıklanacaktır<sup>4</sup>. Devamında ise TBK m. 114/II atfı uyarınca sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta TBK m. 53/b.3'ün uygulanma olanağı bulunup bulunmadığı irdelenecektir.

##### A. Bedensel Zararlar

Beden bütünlüğünün ihlali hallerinde, dışarıdan gelen fiziki ve/veya psikolojik bir müdahale sonucu, kişinin vücudunda anatomik bir değişiklik ya da ruh sağlığında bozulma oluşmaktadır<sup>5</sup>. Beden bütünlüğünün ihlali, mutlak hak ihlali olup zarar ortaya

<sup>1</sup> TBK m. 53 ve 54, sorumluluğun kurulmasına değil zararın belirlenmesine ilişkin hükümlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.37.

<sup>2</sup> TBK m. 54'ün kenar başlığındaki “*bedensel zarar*” ifadesi doktrinde eleştirilmiş, ifadenin ruh sağlığını kapsam dışı bırakacak şekilde anlaşılmaya elverişli olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle bedensel zarar yerine beden bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar ifadesinin daha yerinde olduğu vurgulanmıştır. Bu yönde bkz. Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 54, N. 1; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 280; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.38.

<sup>3</sup> Fikret Eren, “**Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)**”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, Cilt I, Editörler: Sema Uçakhan Güleç/Necdet Basa, Ankara, 2016, s. 57-58.

<sup>4</sup> Çalışmamızın kapsamını aşmamak amacıyla her biri oldukça kapsamlı bu konulara ana hatları ile yer verilecektir.

<sup>5</sup> Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 54; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 283; Eren, **Borçlar Genel**, s. 843; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 280-281; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 603; Eren, **Kişiyeye İlişkin Zarar**, s. 60-61; Rey, N. 221; Fulya Erlüle, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 135-143. Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD, 21.05.2012, E. 2012/3334, K. 2012/8452: “...*cismani zarar kavramına ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği, bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhsal ve sinirsel bütünlüğün de korunduğu öğretide ve*

çıktığında tazminat talebi gündeme gelecektir. Bu nedenle doktrinde başlı başına beden bütünlüğü ihlâlinin değil, ihlâl sonucu mağdurun malvarlığında oluşan azalmanın zarar niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır<sup>6</sup>.

Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm, haksız fiilden doğabileceği gibi sözleşmeye aykırılık nedeniyle de ortaya çıkabilir. Söz gelimi, taşıma sözleşmesine aykırılık sebebiyle yolcu yaralanabilir ya da ölebilir<sup>7</sup>; satılan malın ayıplı olması nedeniyle alıcının sağlığı bozulabilir veya hayatını kaybedebilir<sup>8</sup>. Beden bütünlüğünün ihlali özellikle tedavi sözleşmesine aykırılık halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin ameliyat sırasında kırılan iğne ucunun hastanın vücudunda bırakılması<sup>9</sup>, cerrahi müdahale sonrası hastanın bedeninde iz kalması<sup>10</sup>, nakledilen kanın AIDS’li olması nedeniyle hastaya ölümcül virüsün bulaştırılması<sup>11</sup>, estetik operasyonda dış görünüşü bozan deformasyonların oluşması<sup>12</sup>, hastanın sağlam olan dişinin çekilmesi<sup>13</sup> beden bütünlüğünü ihlal eden sözleşmeye aykırı davranışlardır<sup>14</sup>. Dolayısıyla bedensel zararı

---

*Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir...*”. Aynı doğrultuda: Yarg. 21. HD, 17.06.2010, E. 2009/6273, K. 2010/7138.

Doktrinde kişinin vücuduna kalıcı şekilde takılan protezler üzerinde kişilik hakkı bulunduğundan, bunlara verilecek zararların da beden bütünlüğünün ihlali kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 282. Çıkarılabilir protezlerin de beden bütünlüğü kapsamında yer aldığı yönünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Eşya Hukuku**, s. 20.

<sup>6</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 844; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 62; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 279; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 54.

<sup>7</sup> Yarg. 11. HD., 21.12.2006, E. 2005/11630, K. 2006/71372; Yarg. 11. HD., 13.7.2006, E. 2005/7645, K. 2006/8319; Yarg. 11. HD., 7.6.2005, E. 2004/8052, K. 2005/5861; Yarg. 11. HD., 21.4.2004, E. 2004/7149, K. 2005/4046 (Kazancı).

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini”, AÜHFHD, Cilt: 67, Sayı: 3, Yıl: 2018, s. 495 vd.

<sup>9</sup> Yarg. 13. HD., 6.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569 (YKD., Cilt: 27., Sayı: 4, Yıl: Nisan 2001, s. 547-549).

<sup>10</sup> Yarg. 15. HD., 3.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868 (Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Hukuku**, s. 295).

<sup>11</sup> Yarg. 4. HD., 23.10.2001, E. 2001/7908, K. 2001/10071 (Kazancı).

<sup>12</sup> Yarg. 4. HD., 22.11.2001, E. 2001/765, K. 2001/11621; Yarg. 13. HD., 4.7.2000, E. 2000/4271, K. 2000/6584 (Kazancı). Estetik ameliyat sonrası hastanın yüzünün çirkinleşmesi, gözünde kalıcı bozukluk meydana gelmesine ilişkin bir örnek için bkz. Yarg. 13. HD., 9.5.2000, E. 2000/1446, K. 2000/4438 (Kazancı).

<sup>13</sup> Yarg. 4. HD., 12.11.2003, E. 2003/28399, K. 2003/11352 (Kazancı).

<sup>14</sup> Yavuz İpekyüz, s. 30 vd.

düzenleyen TBK m. 54/I hem sözleşmeden hem haksız fiilden doğan sorumluluk hallerinde uygulama alanı bulur<sup>15</sup>.

Beden bütünlüğünün ihlali neticesinde zarar görenin tazminat talebi değerlendirilirken öncelikle zarar miktarının belirlenmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu m. 54 “*bedensel zararlar özellikle şunlardır*” şeklindeki ifadesiyle, sınırlı sayıda olmamakla birlikte başlıca maddi zarar kalemlerini düzenlemektedir.

### 1. Tedavi giderleri

Beden bütünlüğünün ihlalinden doğan zararın kapsamında öncelikle tedavi giderleri yer almaktadır. Bu bağlamda, beden veya ruh sağlığını iyileştirerek eski haline getirmeye, bu mümkün değilse hastalık ya da sakatlığın artmasını engellemeye yönelik harcamalar tedavi gideridir<sup>16</sup>. Örneğin muayene, tahlil, ilaç, ameliyat, fizik tedavi, psikoterapi giderleri, hastane ve ambulans masrafları, medikal malzemeler,

---

<sup>15</sup> TBK m. 54/I özel hüküm niteliğinde olduğundan, genel hükümlerden önce uygulanır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 61.

<sup>16</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 283-284; Eren, **Borçlar Genel**, s. 844-845; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 62; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 284-285; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.67 vd.; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 54-55. Tedavi giderleri, zararı doğuran olay ile uygun nedensellik bağı içinde yapılan harcamalardır.

ortopedi gereçleri, hastanın evde bakılması halinde bakımı gerçekleştiren hastabakıcı ücretleri<sup>17</sup>, organ kaybı hallerinde protez masrafları gibi harcamalar tedavi gideridir<sup>18</sup>.

Tedavi giderlerinin tazmininde tartışmalı hususlardan biri, özel sağlık kuruluşunda tedavi görülmesi halinde yapılan tüm harcamaların istenip istenemeyeceğidir. Doktrinde, hastane tercihinin ve tedavi giderlerinin zarar görenin sosyo-ekonomik durumuna uygun olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Yargıtay ise zarar görenin tedavi için bir kamu sağlık kuruluşuna başvurmak zorunda olmadığını, dürüstlük kuralı çerçevesinde dilediği sağlık kuruluşunu seçebileceğini isabetle ifade etmiştir<sup>20</sup>. Tedavi giderleri her türlü delille ispat edilebilir<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Bakıcı giderleri de tedavi giderleri içerisindedir; ancak bakıcı giderlerinde indirim yapılması hususunda içtihatlarda görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin Yargıtay'ın 4. ve 21. Hukuk Daireleri, yakınların zarar görene kanunen bakma yükümlülüğünün bulunmasını indirim sebebi olarak kabul etmekte ve bakıcı giderlerinde belirli bir oranda indirim yapılmasına karar vermektedir. Bkz. Yarg. 21. HD., 21.10.2014, E. 2014/11116, K. 2014/19793, Yarg. 4. HD., 13.3.2007, E. 2006/4654, K. 2007/3161. Buna karşın 17. Hukuk Dairesi indirim yapılmaması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Yarg. 17. HD., 25.11.2014, E. 2013/8717, K. 2014/16847. Yine Yargıtay'ın bazı kararlarında zarar görenin evli olması bakıcı giderlerinde indirim sebebi kabul edilmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 23.9.2014, E. 2013/16547, K. 2014/12142; aynı görüşte Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 522. Zarar görenin evli olmasının indirim sebebi teşkil edip etmediği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kadir Emre Gökyayla, “**Kaza Sonucu Bakıma Muhtaç Duruma Düşen Kişinin Evli Olması Tazminattan İndirim Sebebi Midir?, Yargıtay 4. HD.’nin Bir Kararının Değerlendirilmesi**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 211 vd. Katıldığımız görüş uyarınca, zarar görene bakmakla yükümlü aile bireyinin bulunması ya da zarar görenin evli olması tazminattan indirim sebebi teşkil etmemelidir. Bu yönde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.78; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 228; Mine Kaya, “**Yargı Kararları Yönünden Bedensel Zararların Değerlendirilmesi**”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, Cilt I, Editörler: Sema Uçakhan Güleç/Necdet Basa, Ankara, 2016, s. 256.

<sup>18</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 284; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 603; Eren, **Borçlar Genel**, s. 845; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 284; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 522; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 129 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 172-173; Keller/Schmied-Syz, s. 79 vd.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 156-157; Cihan Avcı Braun, “**Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi**”, AÜHFD, Cilt: 64, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 47.

<sup>19</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 845; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 58.

<sup>20</sup> Bkz. Yarg. 17. HD., 5.4.2011, E. 2010/7342, K. 2011/3099; Yarg. 4. HD., 30.03.1985, E. 604, K. 2504; YHGK., 29.9.1999, E. 1999/4-619, K. 1999/737. Aynı görüşte: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 287; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 109; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.73.

<sup>21</sup> Hayatın olağan akışı gereği yapılması normal ve uygun olan giderlerin mutlaka belgelenmesi gerekmediği, hâkimin somut olayın özellikleri ve zarar gören tarafından alınan önlemleri gözeterek kendiliğinden zarar tutarını tayin edebileceği yönünde: Yarg. 3. HD., 17.12.2014, E. 2014/20263, K. 2014/16671; Yarg. 4. HD., 12.5.2016, E. 2016/3362, K. 2016/6615; Yarg. 3. HD., 22.1.2018, E. 2016/8953, K. 2018/387.

## 2. Kazanç kaybı

Kazanç, yapılan bir iş ya da harcanan emek karşılığında elde edilen/edilecek getiridir<sup>22</sup>. EBK m. 46 ve OR Art. 46'da maddi zarar kalemleri içinde açıkça sayılmayan kazanç kaybı, TBK m. 54/I, b. 2'ye eklenmiştir. Kazanç kaybı, tazminata hükmedilene kadarki süreçte ortaya çıkan mevcut zararları ifade etmektedir<sup>23</sup>.

Kazanç kaybının miktarı belirlenirken, zarar görenin mesleği (ücreti ya da maaşı) ve zarar verici fiil gerçekleşmeseydi muhtemelen elde edeceği (yan) gelirler göz önünde bulundurulmaktadır<sup>24</sup>. Buna karşın zararlar uygun nedensellik bağı bulunmayan ya da hukuk dışı yollarla elde edilen gelirler, kazanç kaybı hesabında dikkate alınmayacaktır<sup>25</sup>. Zarar gören, kendi kusuru ile kazanç kaybını arttırmışa hâkim TBK m. 52/I uyarınca kazanç kaybı tutarından indirim yapabilecektir<sup>26</sup>.

Zarar görenin, zarar verici fiilden sonraki gelirleri önceki gelirlerine eşit veya daha fazla ise, fark teorisi uyarınca zarar oluşmayacağından kazanç kaybı tazmini söz konusu olmayacaktır<sup>27</sup>. Ancak kazanç kaybı her zaman gelir kaybı şeklinde ortaya çıkmadığından, çalışmayan kişinin kazanç kaybı olup olmadığı tartışması, normatif zarar kavramı etrafında şekillenmiştir. Doktrinde özellikle ev hanımlarının gördükleri bedensel zarar nedeniyle ev işlerini bizzat yapamayarak gündelikçi tutmaları kazanç kaybı olarak kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 62.

<sup>23</sup> Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 54, N. 25; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 289; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.84. Kazanç kaybının zarar görenin tedavi süresince elde edemediği kazançlara ilişkin olduğu yönünde: Nomer, **Borçlar Genel**, N. 129. 5. Zarar gören, bir süre sonra tamamen iyileşmişse, zararın, iyileşene kadar çalışamamasından doğan kazanç kaybı ile sınırlı ve yoksun kalınan kâr niteliğinde olduğu yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 846.

<sup>24</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 290; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 523; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 604-605; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 63; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 111. Zarar görenin kazancı asgari ücretin altında ise Yargıtay asgari ücreti esas almaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD., 12.5.2016, E. 2016/3362, K. 2016/6615.

<sup>25</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 290.

<sup>26</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 290; Avcı Braun, s. 48.

<sup>27</sup> YHGK, 28.3.1982, E. 1980/9-1711, K. 1982/533, Yarg. 21. HD., 26.5.2016, E. 2015/12245, K. 2016/9049; Yarg. 21. HD., 4.4.2016, E. 2015/12860, K. 2016/5881, Yarg. 17. HD., 4.5.2015, E. 2014/13532, K. 2015/6411.

<sup>28</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 291; Karakaş, **Ev Kadını**, s. 154. Bu halde eksilmenin zarar gören kadının değil kocasının malvarlığında gerçekleşeceği, tazminat alacaklısının belirlenmesi için öncelikle zararın kimin malvarlığında ortaya çıktığının doğru şekilde tespit edilmesi gerektiği yönünde: Baysal, **Haksız**

### 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar

Çalışma gücü, bedensel ve fikri gücün ya da yeteneğin kazanç elde etme amacıyla kullanılmasıdır<sup>29</sup>. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararlar müstakbel zarar niteliğindedir<sup>30</sup>. TBK m. 50/II hükmü uyarınca, hâkim tarafından takdir edilecek müstakbel zarar, varsayımlara dayandığından hesaplanması oldukça zordur. Bu hususta aktüerya biliminde geliştirilmiş bazı tablolara<sup>31</sup> başvurulmakta ve aktüer bilirkişilerce tablolara göre hesaplama yapılmaktadır<sup>32</sup>.

Çalışma gücünün kaydından doğan zararın belirlenmesinde kayıp süresi, kayıp oranı ve yıllık kazanç miktarı dikkate alınmaktadır<sup>33</sup>. Çalışma gücü kaybı, geçici ya da sürekli olabilmektedir<sup>34</sup>. Geçici kayıp halinde, çalışma gücündeki azalma veya yitirilme, iyileşmeyle birlikte zaman içinde tamamen ortadan kalkmaktadır. Buna karşın sürekli kayıpta, çalışma gücündeki azalma veya yitirilme, zarar gören ölene kadar devam etmektedir. Doktrinde el, ayak, göz gibi uzuvların veya zihinsel yeteneklerin kaybedilmesi durumunda çalışma gücünün tamamıyla yitirildiği kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

Zarar görenin çalışma gücünde meydana gelen kaybın oranı zarar görenin yaşı, cinsiyeti, etkilenen uzuv, etkilenme derecesi ve mesleğine göre değişmektedir. Başka deyişle çalışma gücü kaybının oranı, somut olayın özellikleri çerçevesinde, zarar gören

---

**Fiil**, § 4, 4.87; Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 341 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 53, N. 25 vd.

<sup>29</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 385 vd.; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 112; Eren, **Borçlar Genel**, s. 845.

<sup>30</sup> Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.89; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 292.

<sup>31</sup> Türk Hukukunda bedensel zararın tazmin edilmesi bakımından ödenecek meblağın tespitinde ağırlıklı olarak 1931 tarihli Fransız hukuku kökenli PMF (Population Masculine et Féminine) tablosu kullanılmaktadır. Bu tablonun yanı sıra Türkiye’de geliştirilen TRH2010 adlı Ulusal Mortalite Tablosu ve ADB’de geliştirilen CSO1980 cetveli de mevcuttur. Ancak Yargıtay’ın farklı daireleri TRH2010 ve CSO1980 tablolarına dayanan hesaplamaları esas alan kararın bozulması yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. Yarg. 21. HD., 5.4.2016, E. 2015/12861, K. 2016/5995; Yarg. 17. HD. 10.3.2016, E. 2016/1628, K. 2016/3092.

<sup>32</sup> Hâkim, aktüer bilirkişinin raporu ile bağlı değildir. Karş. YHGK 21.3.1990, E. 1989/4-586, K. 1990/199.

<sup>33</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 293-295; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 112-113; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.94; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 470; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 605 vd.; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 290 vd.; Merz, **Obligationenrecht**, s. 199-200.

<sup>34</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 846; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 292-293; Avcı Braun, s. 48; Eren, **Kişiyeye Gelen Zarar**, s. 63; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 112.

<sup>35</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 846; Avcı Braun, s. 52; Eren, **Kişiyeye İlişkin Zarar**, s. 63.

uzuv ya da beden kısmı dikkate alınarak tıbbi kurallar uyarınca, yüzdelik değer olarak tespit edilmektedir<sup>36</sup>.

Çalışma gücünün geçici kaybında, zarar miktarı muhtemel kayıp süresi dikkate alınarak tespit edilmektedir. Sürekli kayıpta ise zarar gerçekleşmeseydi, zarar görenin çalışabileceği süre göz önünde tutulmaktadır<sup>37</sup>.

Bedensel zararın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlardan biri de zarar görenin, zarar verici olay sırasında elde ettiği yıllık gelir miktarıdır. Ancak kazançtaki artma ihtimalinin (gelecekte elde edeceği yükselmeler, ücretler, maaşların tutarları) de dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>.

Uygulamada çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpların istenebilmesi için kişinin zarar gördüğü sırada gelir elde ediyor olması şartı aranmamaktadır<sup>39</sup>. Başka deyişle zarar gördüğü sırada işsiz veya küçük olan kişinin de ileride iş sahibi olup kazanç elde edebileceği kabulünden hareket edilmektedir. Zarar gören küçük ise gelecekte elde etmesi muhtemel kazanç, fiziksel ve zihinsel

<sup>36</sup> Yargıtay çalışma gücü kaybının belirlenmesinde, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 16/II-c gereği Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu veya üniversite hastanelerinden alınan çalışma gücü kaybı oranını gösterir raporları dikkate almaktaydı. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD., 12.6.2014, E. 2014/8152, K. 2014/9849. İlgili Kanun 2.7.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışma gücü kaybı oranını gösterir raporlar, 28 Eylül 2021 tarih ve 31612 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği uyarınca artık SGK Sağlık Kurullarınca düzenlenecektir.

<sup>37</sup> Aktif dönem kişinin çalışabilir olduğu dönemdir. Bedensel zararın ve destekten yoksun kalma tazminatının hesabında zarar gören veya ölen kişinin bu zarar gerçekleşmemiş olsaydı çalışarak gelir elde edebileceği aktif dönem dikkate alınır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N. 129.5; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 112-113. Yargıtay genel olarak kişinin 60 yaşına kadar çalışacağını kabul etmekte veya kişi sigortalı bir çalışan ise emekli olma yaşını esas almaktadır. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu m. 40’ta bazı kamu görevlileri için özel yaş hadleri düzenlenmiştir. Zarar gören ya da destek, böyle bir görevde çalışıyorsa yaş hadleri gözetilmeden karar verilmesini Yargıtay bozma sebebi olarak kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD., 9.10.2008, E. 2008/983, K. 2008/11373; Yarg. 10. HD., 5.7.2004, E. 2004/4728, K. 2004/6385; Yarg. 10. HD., 31.1.2005, E. 2004/11515, K. 2005/355.

Kişinin, aktif döneminin bitiminden mortalite tablolarına göre ömrün biteceği kabul edilen yaşa kadar geçen bakiye hayat süresine, pasif dönem denilmektedir. Kural olarak kişinin pasif dönemde emekli olacağı ve çalışmayacağı kabul edilmektedir. YHGK, 7.3.2007, E. 2007/21-112, K. 2007/114; Yarg. 21. HD., 24.6.2008, E. 2008/2802, K. 2008/9720; Yarg. 21. HD., 11.12.2014, E. 2014/12775, K. 2014/27008; Yarg. 17. HD., 24.6.2013, E. 2012/13223, K. 2013/9857.

<sup>38</sup> Kişinin mesleği gereği ödenen primler, bahşişler, ikramiyeler, konut tahsis gibi değerler de ek gelirleri oluşturmakta ve dikkate alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 848; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 63-64; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 289; Merz, **Obligationenrecht**, s. 202

<sup>39</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 848; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 289-290; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 63; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 114; Keller/Gabi-Bolliger, s. 80.

kapasitesi, ailesinin sosyo-ekonomik durumu, okul başarısı ile uyumlu olarak tercih edebileceği mesleğe göre, ortalama bir çocuk göz önüne alınarak belirlenmektedir<sup>40</sup>. Normatif zarar teorisine ilişkin açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere Yargıtay, fark teorisinden uzaklaşarak çalışmayan eşin işgücü kaybının tazmin edilebileceği esasını benimsemiştir<sup>41</sup>.

Zarar görenin çalışma gücünde oluşan kaybı azaltacak bir ameliyat veya özel tedavi bulunuyorsa, zarar gören bakımından tedavi şekli hayati tehlike yaratmıyorsa ya da ızdırap verici değilse, ayrıca bu tedavi sonucunda iyileşmesi yüksek olasılıksa taşıyorsa, zarar gören tedaviye rıza göstermelidir. Bu koşulları taşıyan bir tedaviye rıza göstermeme, zararı arttırmama külfetine aykırılık olarak değerlendirilebilirse tazminattan indirim sebebi teşkil edecektir<sup>42</sup>.

#### 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, çalışma gücünün kısmen ya da tamamen yitirilmesinden kaynaklananların dışında kalan müstakbel zararlarıdır<sup>43</sup>. Beden bütünlüğü ihlâl edilen kişi, çalışma gücünde herhangi bir azalma oluşmasa dahi yeni iş bulmakta<sup>44</sup> ya da eski işini korumakta güçlük çekiyorsa veya aynı işte çalışırken ihlâlden öncesine oranla daha fazla efor harcamak zorunda kalıyorsa ekonomik geleceğinin sarsıldığı kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Zarar gören küçük ise gelecekte çalışabileceği iş alanının, uğradığı zarar sebebiyle son derece daralmış

<sup>40</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 848; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 295, dn. 296; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 64; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 129.10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 605; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 470. Bkz. Yarg. 17. HD., 19.10.2010, E. 2010/5213, K. 2010/8521 (YKD, Cilt: 6, Yıl: 2011, s. 1086).

<sup>41</sup> Yarg. 17. HD., 17.5.2018, E. 2016/18089, K. 2018/5186; Yarg. 15. HD., 20.10.1975, E. 1975/3787, K. 1975/4103. Açıklamalar için bkz. § 2, I, C, 4, e, (4).

<sup>42</sup> Yarg. 4. HD., 18.9.1979, E. 1979/5480, K. 1979/9818: “Eğer mağdur, şartlar tahakkuk etmesine rağmen ameliyat ya da tedaviden kaçınırsa, bu davranış birlikte bir kusur sayılır ve dolayısıyla zararın artmasına sebep olduğu cihetle zarardan indirim yapılır.” Eren, **Borçlar Genel**, s. 849-850; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 292; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 297.

<sup>43</sup> Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 54, N. 35; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 303; Avcı Braun, s. 54; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 612-613; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.111.

<sup>44</sup> Avcı Braun, s. 37, 49-50; Büyüksağış, **Maddi Zarar**, s. 163 vd., Yarg. 4. HD., 3.3.2009, E. 2008/6661, K. 2009/3087.

<sup>45</sup> Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 65-66; Avcı Braun, s. 54; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 612-613. Yarg. 4. HD., 27.3.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136.

olması; zarar gören genç kız ise evlenme ihtimalinin önemli derecede azalması<sup>46</sup>; görsel performans sanatçısının, mankenin ya da insanlarla sürekli iletişim içinde olmayı gerektiren bir işte çalışan kişinin yüzünde iz kalması nedeniyle iş fırsatlarını kaçırmaları durumlarında ekonomik geleceğin sarsıldığından söz edilmektedir<sup>47</sup>.

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararın miktarı belirlenirken; zarar görenin, bu zarar meydana gelmeseydi elde edebileceği kazanç ile zarar görmesi neticesinde elde edebileceği kazanç karşılaştırılır<sup>48</sup>. Uygulamada sıklıkla ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar ile çalışma gücünün azalması veya kaybından doğan zararın birbiri içine girdiği vurgulanmaktadır<sup>49</sup>.

## B. Ölüm

Zarar verici olay sonucu zarar gören ölürse, tazmini talep edilebilecek zararlar TBK m. 53'te düzenlenmiştir<sup>50</sup>. Hükme göre, zarar verici olay sonrası ölüm derhal gerçekleşmişse zarar veren ölüm sebebiyle yapılan giderleri tazminle yükümlüdür. Bu kapsamda öncelikle cenaze giderleri yer alır<sup>51</sup>.

Zarar verici olayın ardından ölüm derhal gerçekleşmemişse, öncelikle ölüme kadarki tedavi giderleri ile kazanç kayıpları tespit edilmelidir. Bunlar, ölmeden önce

<sup>46</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 293, dn. 38. Aynı yönde: Yarg. 17. HD., 3.11.2014, E. 2013/7165, K. 2014/14952; Yarg. 10. HD., 20.5.1976, E. 1975/8355, K. 1976/3924. Katıldığımız görüş uyarınca evlenme ihtimalinin azalması manevi zarar kalemi olarak değerlendirilmelidir. Bu yönde: Erlüle, s. 409; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 5. 114.

<sup>47</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 292-294; Eren, **Borçlar Genel**, s. 850; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 65-66; Avcı Braun, s. 49. Yarg. 4. HD., 13.10.2005, E. 2004/14559, K. 2005/10881; Yarg. 11. HD., 21.3.2005, E. 2004/6063, K. 2005/2500; Yarg. 17. HD. 22.5.2014, E. 2013/3735, K. 2014/8073.

<sup>48</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 303; Eren, **Borçlar Genel**, s. 850.

<sup>49</sup> Avcı Braun, s. 54; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 293-294. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların, bağımsız bir zarar olduğu, dolayısıyla ayrı bir kalem olarak hesaplanması gerektiği, fakat uygulamada sıklıkla maddi ya da manevi zarar içine dahil edildiği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 850-851; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 612.

<sup>50</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 524; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 130; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 115-116. TBK m. 53'te belirtilen kalemlerin sınırlı sayıda kabul edilmesi gerektiği, "özellikle" ibaresinin cenaze gideri benzeri masrafları ifade ettiği yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4. 143.

<sup>51</sup> Cenaze giderleri içine ölenin sosyal durumu ve dini inançları gereği yapılan harcamalar girer. Bu yönde bkz. Yarg. 17. HD., 08.05.2014, E. 2013/3908, K. 2014/7393. Cenaze giderleri, terekeden karşılandığından bu giderleri mirasçıların talep edebileceği yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 852; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 68; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 473; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 116. Cenaze masraflarının terekeden ödenmemesi halinde, masrafların tazminini talep hakkının masrafları yapana ait olduğu yönünde: Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 306.

zarar görenin malvarlığına giren tazminat alacakları olduğundan mirasçıları tarafından talep edebileceklerdir<sup>52</sup>.

### C. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

#### 1. Genel Olarak

Zarar görenin ölmesiyle onun ekonomik desteğinden ve bakımından yoksun kalan kişilerin uğradıkları zarar, TBK m. 53/b.3 ve m. 55'te düzenlenmiştir. TBK md 53/b.3, özel hüküm olup genel hükümlerden önce uygulanacaktır<sup>53</sup>.

Destek kaybından doğan zarar, yansıma zarar niteliğindedir<sup>54</sup>. Türk Hukukunda yansıma zararın tazmini için özel bir koruma normunun varlığı gerekmektedir; böylelikle hukuka aykırılık bağı kurulmaktadır<sup>55</sup>. Ayrıca destekten yoksun kalma tazminatı, maddi tazminattır<sup>56</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı, miras yoluyla intikal etmeyip TBK md 53/I, b.3 uyarınca destekten yoksun kalanların şahsında doğan asli ve bağımsız bir talep hakkıdır<sup>57</sup>. Dolayısıyla destekten yoksun kalan kişi, desteğin mirasçıları arasında yer almasa da destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecektir<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 852; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 68; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 524; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 298; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 116.

<sup>53</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 853; Eren, **Kişiyi İlişkin Zarar**, s. 67; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 24-25.

<sup>54</sup> Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 58-64; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 307; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 130.2; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 118; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 9, N. 14 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 619; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 299; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 506; Oftinger/Stark, § 6, N. 260; Brehm, **BK-OR**, Art. 45, N. 28, 31; Selahattin Sulhi Tekinay, **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, İstanbul, 1963, s. 3 vd.; M. Serkan Ergüne, **"Destekten Yoksun Kalma Tazminatı"**, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Editörler: Prof. Dr. Samim Ünan/Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 11-12.

<sup>55</sup> Çakırca, s. 126; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.150;

<sup>56</sup> Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 54; Eren, **Borçlar Genel**, s. 853; Kemal Tahir Gürsoy, **"Destekten Yoksun Kalma Tazminatı"**, AÜHFD, Cilt: 29, Sayı: 1-2, Yıl: 1972, Kaya, s. 159. Ayrıca bkz. Yarg. 17. HD., 20.01.2015, E. 2013/14567, K. 2015/587.

<sup>57</sup> Destekten yoksun kalan kişinin mirasçı olması ve şahsında mirasçılıktan yoksunluk veya çıkarılma sebebi gerçekleşmesi halinde destekten yoksun kalma tazminatı da talep edemeyeceği yönünde: Tekinay, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 67; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 117; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 45-46. Mirasçılıktan çıkarılma hallerinde destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebileceği yönünde: Gürsoy, **Destek**, s. 146.

<sup>58</sup> Destekten yoksun kalma tazminatı aile hukuku, hısımlık veya nafaka talepleri ile de ilgili değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 45, 72-74; Tandoğan, **Türk**

Destekten yoksun kalma tazminatı istisnai bir tazminat türü olduğundan doktrinde, kapsamının sınırlı tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>59</sup>. Destekten yoksun kalma tazminatı, gerçekleşen ölüm olayının cezası niteliğinde değildir. Ölüm sonucu desteğin yardımından yoksun kalanların, ölümden önceki yaşam standartlarını sürdürmelerini sağlamayı amaçlamaktadır<sup>60</sup>. Destekten yoksun kalma zararı belirlenirken ölenin geliri, malvarlığının ne kadarını destek görene ayırdığı, muhtemel yaşam ve destek süresi, destek görenin ihtiyacı, sağ kalan eşin yeniden evlenme olasılığı gibi haller dikkate alınmaktadır<sup>61</sup>.

## 2. Destekten Yoksun Kalma Zararları ve Bedensel Zararların Belirlenmesi (TBK m. 55)

Türk Borçlar Kanunu m. 55, destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararın, hesaplanmasına ilişkin ilkeleri belirlemektedir. Doktrinde pek çok yönden eleştirilen hükmün ilk fıkrasında “*kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler*”in destekten yoksun kalma zararlarının ve tazminatın belirlenmesinde ve dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir<sup>62</sup>. Çalışmamızın kapsamını aşan bu hüküm ile ilgili tartışmalara yer verilmeyecektir.

Hükmün birinci fıkrasının üçüncü tümcesi, “*hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz*” şeklindedir. Doktrinde hükmün kendi içinde çelişki barındırdığı, TBK m. 50/II ve m. 52/II gereği hâkimin müstakbel zararlarla tazminatı hakkaniyet çerçevesinde belirleme yetkisinin

---

**Mes’uliyet Hukuku**, s. 299-300; Eren, **Borçlar Genel** s. 854; Gürsoy, **Destek**, s. 145-146; Eren, **Kişiyeye İlişkin Zarar**, s. 69; İnan/Yücel, s. 468; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 525-526; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 178; Deschenaux/Tercier, s. 235; Merz, **Obligationenrecht**, s. 205; YHGK, 25.5.1984, E. 1982/9-301, K. 1984/619.

<sup>59</sup> Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 50; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 117-118; Deschenaux/Tercier, s. 196-197.

<sup>60</sup> Destekten yoksun kalma tazminatının sosyal karakterli kendine özgü bir tazminat türü olduğu yönünde bkz. YİBBGK, 6.3.1978, E. 1978/1, K. 1978/3; YHGK, 30.11.2005, E. 2005/4-648, K. 2005/691; Yarg. 17. HD., 30.3.2015, E. 2014/10266, K. 2015/5025. Destekten yoksun kalma zararının varlığını kabul için davacının zaruret içine düşmesi aranmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 321.

<sup>61</sup> Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 139 vd., s. 221 vd.

<sup>62</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 55, N. 1 vd.; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.192 vd.; İnceoğlu/Paksoy, s. 1339 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 319; Eren, **Borçlar Genel**, s. 862-863; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 537 vd.; Antalya, **Cilt V/1,2**, s. 136 vd.

tartışmaya açıldığı ifade edilmiştir<sup>63</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca hüküm, zarar ve tazminatı belirleme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu hallerde hâkime keyfi karar vermekten kaçınmasını hatırlatmaktadır<sup>64</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 55/II, “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır*” şeklinde kaleme alınmıştır. Hükümde idarenin sorumlu olduğu davalarda, Türk Borçlar Kanunu’nun hangi hükümlerinin uygulanacağı konusunda açıklık bulunmamaktır. Başka deyişle Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin sadece tazminatın hesaplanması hususunda mı yoksa sorumluluk sebepleri açısından da mı uygulanacağı belirsizdir<sup>65</sup>. Sorumluluğunun kurulması aşamasında TBK hükümlerinin dikkate alınması idarenin sorumluluğuna ilişkin esaslı bir değişiklik ortaya çıkacak; daha karmaşık sorunlara yol açacaktır. Bu nedenle, bedensel zararın idarenin eylem ve işlemlerinden doğduğu hallerde, idarenin sorumluluğunun kurulması aşamasında idare hukuku mevzuatı ve içtihatları dikkate alınmalıdır. Zarar ve tazminatın miktarı ise Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> İnceoğlu/Paksoy, s. 1393-1394. Hâkimin, zarar miktarını aşmasa da hesaplanan tazminatı hakkaniyet düşüncesi ile arttırmaya yetkili olmadığı, TBK m. 52/II’nin sadece tazminattan indirimi öngördüğü, bu açıdan TBK m. 55/I, c.3’ün yanıltıcı bir ifade taşıdığı yönünde: Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 55, N. 28.

<sup>64</sup> İnceoğlu/Paksoy, s. 1395-1396; Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.188.

<sup>65</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu/Paksoy, s. 1397 vd.

<sup>66</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Çınar Can Evren/ Kamile Türkoğlu Üstün/Begüm İsbir/Emine Karagöz Cin/Hilal Albal/Halim Alperen Çıtak, “**İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış**”, GÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2015, s. 176. Bu amaçla 2013 yılında Türk Hukukunda mevcut mevzuat gereği bedensel zararlar iş hukukundan doğuyorsa iş mahkemeleri, idarenin sorumluluğundan kaynaklanıyorsa idare mahkemeleri, ticari gemilerin çatması sonucu ortaya çıkıyorsa ticaret mahkemeleri davaya bakmakla görevlidir. Farklı mahkemelerin farklı hesaplama usullerini esas almasının haksızlık ve belirsizliklere yol açtığı gerekçesiyle 2013 yılında, TBMM Adalet Komisyonu’na insan zararları mahkemelerinin kuruluş ve görevlerine dair kanun teklifi verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, zararın hangi sebepten doğduğundan bağımsız olarak, ortaya çıkan bedensel zararın yeknesak bir hukuk düzeni içinde tazmin edilmesini sağlamak amacıyla insan zararları mahkemelerinin kurulması teklif edilmiştir. Kanun teklifi için erişim adresi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2203.pdf>. Hüküm, zararın dayandığı sorumluluk esası dikkate alınmadan hüküm kurulmasını öngördüğünden ve insan-eşya zararı ayrımı yaptığından yoğun şekilde eleştirilmiştir. Ayrıca idari yargıda sosyal risk ilkesi gibi ilkeler sayesinde kusursuz sorumluluk neredeyse kusur sorumluluğu kadar sık uygulanmaktadır. Buna karşın kanun teklifinin kabul edilmesi halinde idarenin şu an sorumlu tutulduğu birçok halde sorumlu olmayacak, zarar görenlerin aleyhine bir durum gelişecektir.

Başlı başına bir tez konusu teşkil eden destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili bu genel açıklamalardan sonra çalışmamız açısından önem taşıyan soruya değinilecektir. Bu soru, sözleşmeye aykırılık nedeniyle desteğin ölümü halinde destekten yoksun kalma tazminatının talep edilip edilemeyeceğidir.

### 3. Sözleşmeye Aykırılık Sonucu Ortaya Çıkan Ölüm Olgusunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Sorunu

Ölümün sözleşmeye aykırılık sonucu ortaya çıkması halinde destekten yoksun kalma tazminatının talep edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Alman Hukuku'nda, sözleşmeye aykırılık hallerinde kural olarak, destekten yoksun kalma tazminatının doğmayacağı kabul edilmektedir<sup>67</sup>. Buna karşın BGB § 618/III'te, işverenin destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır<sup>68</sup>.

İsviçre Hukuku'nda baskın görüş, sözleşmeye aykırılık sonucu desteğin ölümünde, destek gören kişinin tazminat hakkının kural olarak doğmayacağı yönündedir<sup>69</sup>. Bu görüş, destekten yoksun kalma zararının sözleşme ilişkisi dışında kalan üçüncü kişilerin şahsında gerçekleştiğini belirtmektedir. Başka deyişle destekten yoksun kalma zararı, sözleşmenin tarafı olan ve ölen desteğin uğradığı zarar değildir; dolayısıyla sözleşmeye aykırılık hükümlerine çerçevesinde talep edilemeyecektir<sup>70</sup>. Ancak istisnai bazı hallerde, sözleşme hükümlerine dayanarak destekten yoksun kalma tazminatı talep etme imkânı tanınmaktadır. Örneğin hekim ile destek arasında tedavi amacıyla yapılan vekâlet sözleşmesine dayanılarak, destekten yoksun kalma tazminatı istenebileceği kabul edilmektedir<sup>71</sup>. Buna karşın İsviçre doktrininde de destekten yoksun kalma talebine ilişkin Art. 45/II'nin Art. 99/III atfı kapsamında uygulama alanı

<sup>67</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Michael Hönig, **Zur Haftungsproblematik bei Fernwirkungen eines Schadensereignisses**, Dissertation, München, 1975, s. 150-151.

<sup>68</sup> BGB § 618/III'ün iş görme sözleşmesi niteliği taşıyan eser ve vekâlet sözleşmelerinden doğan sorumluluk hâllerinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 53, N. 101.

<sup>69</sup> Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 29; Koller, **Obligationenrecht**, § 61, N. 30 vd.; Weber, **BK-OR**, Art. 99, N. 192; Furrer/Wey, **CHK-OR**, Art. 45, N. 34; Huguenin, N. 1872; Rey/Wildhaber, N. 1817. Bu yönde bkz. BGE 64 II 200, 202; BGer, 18. 1. 2000, 4C.194/1999, E. 5; BGE 81 II 547, 553.

<sup>70</sup> Keller/Gabi-Bolliger, s. 93; Brehm, **BK-OR**, Art. 45, N. 29.

<sup>71</sup> Brehm, **BK-OR**, Art. 45, N. 29.

bulabileceğini savunan görüşler mevcuttur<sup>72</sup>. Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin düzenleme istisnai nitelik taşısa da sözleşmelere uygulanmayacağı öngören bir ifade, OR Art. 45/II hükmünde yer almamaktadır<sup>73</sup>. Sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesi haksız fiile dayanan taleplerden uzun zamanaşımı süresi ve ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk noktalarında ayrılmaktadır. Ancak 1 Ocak 2020'de İsviçre Borçlar Hukukunda zamanaşımı revizyonunun yürürlüğe girmesiyle, sözleşmesel sorumlulukta (Art. 128a) ve haksız fiil sorumluluğunda (Art. 60) zamanaşımı süreleri yeknesaklaştırıldığından bu açıdan bir fark kalmamıştır<sup>74</sup>.

Türk Hukuku'nda ise katıldığımız baskın görüş, TBK m. 53/b.3'ün TBK m. 114/II atfının kapsamına girdiği, başka deyişle sözleşmesel sorumlulukta da uygulanabileceği yönündedir<sup>75</sup>. Destekten yoksun kalma zararları için sözleşme ilişkisine dayanma olanağı tanınırsa, davacılar kusuru ispat külfetinden kurtulacaklardır<sup>76</sup>. Ayrıca Türk Hukukunda haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımı süreleri farklı olup bu açıdan da talebin dayanağı önem taşımaktadır<sup>77</sup>. Buna karşın sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı istenemeyeceğini savunan görüş, yansıma zararın tazmini için açık bir hüküm bulunması gerektiğini, istisnai nitelikteki TBK m. 53/b. 3'ün uygulama alanının genişletilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Brunner, N. 282 vd. ve özellikle N. 293-294; Corinne Widmer Lüchinger/Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 7. Auflage, Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 45, N. 1. OR Art. 45/II'nin uygulama alanı bulduğu sözleşmelerin kanunen üçüncü kişiyi koruyucu etkiye sahip olduğu yönünde: Brunner, N. 300.

<sup>73</sup> Brunner, N. 294; Widmer Lüchinger/Wiegand, **BSK-OR**, Art. 45, N. 1.

<sup>74</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert K. Dappen, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 7. Auflage, Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 60, N. 1 vd.

<sup>75</sup> Tekinay, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 83-86; Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 81; Gökyayla, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 53, N. 102; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 182a.5; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 81; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 662-633.

<sup>76</sup> Tekinay, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 85-86.

<sup>77</sup> Tekinay, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 85.

<sup>78</sup> Aksi yönde Baysal, **Haksız Fiil**, § 4, N. 4.154; Genç Arıdemir, s. 252; M. Murat İnceoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", **BATİDER**, Cilt: 24, Sayı:4, Yıl: Aralık 2008, s. 82-83.

Türk Hukuku'nda, destekten yoksun kalma tazminatının sözleşme ilişkisine dayanabileceğini öngören hükümler de bulunmaktadır. Özellikle hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 417/III, “İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir” şeklinde kaleme alınmıştır. Doktrinde, taşıma sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 914/II'nin de sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı talep edilmesine imkân tanıdığı belirtilmektedir<sup>79</sup>.

Sözleşmeye aykırı davranışın ölüme yol açmasıyla yalnızca tedavi, hizmet ya da taşıma sözleşmelerinde değil, satış, kira ve eser sözleşmelerinde de karşılaşılabılır. Kanaatimizce tüm bu hallerde sözleşmeye aykırı davranarak zarar yol açan borçlunun destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.

#### **D. Türk Borçlar Kanunu m. 75 Uyarınca Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi**

Türk Borçlar Kanunu m. 75 gereğince hâkim, bedensel zararın tam miktarını kesin olarak belirleyemiyorsa<sup>80</sup>, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içerisinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir<sup>81</sup>. Kesin hükmün (HMK m. 303) istinasını teşkil eden TBK m. 75, usul hukuku açısından “değişiklik davası” olarak adlandırılmaktadır<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> TTK m. 914/II: “Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazmin eder. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi hâlinde, onun yardımından yoksun kalanlar uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma**, s. 81-83.

<sup>80</sup> Geç ortaya çıkan bedensel zararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, “Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İÜHF M Cilt: 74, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 185 vd.

<sup>81</sup> Hükmün uygulanabilmesi için olaydaki zamanaşımı süresinin geçmemesi gerektiği, hükmün zamanaşımı süresini uzatma amacı taşımadığı yönünde: Çelik, İstanbul Şerhi TBK m. 75, N. 23

<sup>82</sup> Çelik, İstanbul Şerhi, TBK m. 75, N. 3; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2086.

Tazminat hükmünün değiştirilebilmesi için hâkimin bu yetkisini saklı tutması gerekmektedir. Zararda artış olursa davacının, azalma olursa davalının tazminat hükmünün değiştirilmesi için dava açma hakkı bulunacaktır. Ancak böyle bir dava açılmazsa hâkim, tazminat hükmünü re'sen gözden geçirip değiştiremeyecektir<sup>83</sup>.

Belirtmek gerekir ki ilk dava açıldığında müstakbel zarar niteliği taşımayan, sonradan haksız fiil ile uygun nedensellik bağı içinde ortaya çıkan (yeni) zararlar, TBK m. 75'teki iki yıllık süreye tabi değildir<sup>84</sup>.

Hükmün beden bütünlüğünün ihlali dışında kişiye gelen diğer zararlar ya da eşyaya gelen hasardan doğan zararlar hakkında kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Fikrimizce eşyaya gelen hasardan doğabilecek müstakbel zararın kapsamı çoğunlukla belirlenebilir niteliktedir; bu nedenle TBK m. 75'in kıyasen uygulanmasına gereksinim bulunmamaktadır. Buna karşın beden bütünlüğünün ihlali dışında kalan kişiye gelen zararlarda TBK m. 75 kıyasen uygulanabilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, sözleşmeye aykırılıktan doğan kişiye ilişkin zararlarda da TBK m. 75'in uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Başka deyişle TBK m. 75'in, m. 114/II atfının kapsamında yer aldığını düşünmekteyiz.

## II. Ayırt Etme Gücü Bulunmayanların Sorumluluğu (TBK m. 59, 65)

### A. Genel Olarak

Ayırt etme gücü, MK m. 13'te fiil ehliyetinin koşullarından biri olarak düzenlenmiştir. Hükümde belirtilen sebeplerin varlığı halinde, akla uygun biçimde davranamayan kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu ifade edilmiştir<sup>85</sup>. Hüküm gereği ayırt etme gücünün varlığı asıldır; yoksunluk ise bazı sebeplerin varlığında

<sup>83</sup> Oğuzman/Öz, Cilt II, N. 417.

<sup>84</sup> Oğuzman/Öz, Cilt II, N. 214-215; Avcı Braun, s. 47; İsmet Mazlum, "Tazminat Hükmünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri", TBBD, Sayı: 106, Yıl: 2013,

<sup>85</sup> ZGB Art. 16 ve BGB § 104'te de ayırt etme gücü olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır.

gündeme geldiğinden istisnadır<sup>86</sup>. Başka deyişle hükümde ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir karine oluşturulmuştur<sup>87</sup>.

Doktrinde, kişinin davranışlarının sebeplerini-sonuçlarını doğru şekilde kavraması ve bu kavrayışa uygun davranması olarak tanımlanan ayırt etme gücü göreceli bir kavramdır<sup>88</sup>. Kişinin belirli bir hukuki fiili ya da işlemi yaparken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi görev ve yetkisi hakimdedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca hâkim, her somut olay açısından kişinin o olayın neden ve sonuçlarını kavrayacak psikolojik yeterliğe sahip olup olmadığına karar verecektir<sup>89</sup>.

Medeni Kanun ve Türk Borçlar Kanunu, ayırt etme gücü bulunmayan kişileri mümkün olduğunca korumaya çalışmaktadır. MK m. 15 uyarınca, kural olarak bu kişilerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz<sup>90</sup>. Başka deyişle ayırt etme gücü bulunmayan kişinin hukuki işlem veya sorumluluk ehliyeti yoktur; tam ehliyetsizdir<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Ayırtıtılı bilgi için bkz. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 733; Serdar Nart, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 18-19; Eugen Bucher, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 2. Abteilung, 1. Teilband**, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern, 1976, Art. 16, N. 6.

<sup>87</sup> Bu nedenle ispat yükü, karinenin aksini yani ayırt etme gücü yokluğunu iddia eden kişiye aittir.

<sup>88</sup> Ayırt etme gücü, her somut olayda kişinin durumuna, yaptığı işlem veya eylemine ilişkin olarak belirlenmelidir. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 733; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 56-57; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 2, N. 2 vd.; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 146; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 159 vd. ve özellikle N. 177; Dural/Öğüz, N. 316-317; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 229, 237; İmre, **Gayrimümeyyizler**, s. 340; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 9, N. 25-28; Meister-Oswald, s. 26-27; Bucher, **BK-ZGB**, Art. 16, N. 44, N. 87 vd.; Ferit Hakkı Saymen, **Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Umumi Prensipler**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1948, s. 270-271; Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 1-2. Kitaplar**, 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 200-201; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 72; Walter G. Becker, **Das Recht der unerlaubten Handlungen, System in Vorlesung und Diskussion**, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1976, s. 212 vd.

<sup>89</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 177; Nart, s. 26; Yarg. 1. HD., 26.9.1996, 10070/10532 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1997/2, s. 192 vd.).

<sup>90</sup> YHGK, 27.11.2002, E. 2002/1-877, K. 2002/1029 sayılı kararında bu durum; “Yasanın belirtilen düzenleme sistemine göre temyiz kudretine sahip olmayan kimsenin yaptığı işlemlerin, hiçbir hukuki hüküm ifade etmeyeceği, yokluğa eşdeğer butlan ile malul bulunduğu söylenebilir. Gerek doktrinde gerekse uygulamada benimsenen görüş de bu doğrultudadır. Bu düzenleme ve kabul tarzının, mutlak ehliyetsizlik hali olarak da nitelendirilebilen, temyiz kudretinden yoksun kişiyi korumaya yönelik olduğu muhakkaktır. Böyle bir korumanın gerekliliği de tartışılmaz.” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>91</sup> Ayırtıtılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 253 vd.; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 735-736; Becker, **Unerlaubten Handlungen**, s. 214; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 9, N. 25-27.

Tam ehliyetsizlerin yaptıkları işlem ve eylemlerden sorumlu olmamaları kuralının istisnalarından belki de en önemlisi hakkaniyet esasına dayalı kusursuz sorumluluk halini düzenleyen TBK m. 65 hükmüdür. Genel nitelikli tazminat hükmü olan TBK m. 65 incelenirken, özel bir durum açısından ayırt etme gücü olmayanların tazminat yükümünü ele alan TBK m. 59 da göz önünde bulundurulmalıdır.

### **B. Ayırt Etme Gücünü Geçici Olarak Kaybedenlerin Sorumluluğu (TBK m. 59)**

Türk Borçlar Kanunu m. 59, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin bu duruma kendi kusurları ile düştükleri karinesinden hareketle, verdikleri zarardan sorumlu olduklarını ifade etmektedir<sup>92</sup>. Örneğin uyuşturucu madde kullanıp ayırt etme gücünü geçici olarak ortadan kaldıran kişi bu duruma düşmede kusurludur; verdiği zarardan sorumluluğu kusuruna dayanır. Ayırt etme gücünün geçici kaybında kusuru bulunmadığını ispatlayarak TBK m. 59 çerçevesinde sorumluluktan kurtulan kişi, hakkaniyet gerektiriyorsa bu kez TBK m. 65 uyarınca sorumlu tutulabilecektir<sup>93</sup>. Diğer bir ifadeyle TBK m. 65'in kapsamında hem ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunanlar hem kusuru olmaksızın ayırt etme gücünü geçici kaybetmiş kişiler yer almaktadır.

Belirtmek gerekir ki somut olayda bir kusursuz sorumluluk sebebi varsa, kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Diğer bir ifadeyle bu durumda TBK m. 59 uygulama alanı bulmaz.

### **C. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Hakkaniyet Sorumluluğu**

Zarar veren, fiili işlediği sırada ayırt etme gücünden yoksunsa kendisine kusur atfedilemeyeceğinden TBK m. 49 uyarınca sorumlu tutulamaz. Haksız fiilin diğer tüm

<sup>91</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 177; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 57; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 72; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 2, N. 2 vd.; Meister-Oswald, s. 26-27; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 9, N. 28; Bucher, **BK-ZGB**, Art. 16, N. 87 vd.

<sup>92</sup> Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 741; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 285.

<sup>93</sup> Nart, s. 187; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 286. EBK m. 54/II'ün "Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mes'ul olmaz" şeklindeki ifadesi ispatı gereken hususla ilgili tartışmalara yol açmıştı. O dönem de ağırlıklı görüş, ispatlanması gereken hususun, kişinin ayırt etme gücünün kaybında kusuru bulunmadığı olduğunu kabul etmekteydi. TBK m. 59'un açık ifadesi bu tartışmayı ortadan kaldırmıştır.

unsurları bulunmasına rağmen, zarar verenin ayırt etme gücü olmadığı için sorumluluktan kurtulmasının hakkaniyet duygusu ile bağdaşmağı haller göz önünde tutularak TBK m. 65 kaleme alınmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde “Temyiz Kudretini Haiz Olmayanların Mesuliyeti” kenar başlıklı m. 54’ün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttu<sup>94</sup>. Ancak TBK m. 65’in kenar başlığı, sorumluluğun esasını ve hukuki niteliğini ifade ederek “hakkaniyet sorumluluğu” şeklinde düzenlenmiştir.

1985 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 60’ın ilk fıkrasında genel hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmiş, ikinci fıkrasında ise ayırt etme gücünü sürekli şekilde kaybedenlerin verdikleri zarardan doğan sorumluluğu ilk fıkranın özel bir görünümü olarak ifade edilmişti. 2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 64’te de aynı düzenleme yer almaktaydı<sup>95</sup>. Tasarı bu şekilde kanunlaşsaydı hakkaniyetten doğan kusursuz sorumluluk genel kural olarak düzenlenecek, hükmün kapsamı genişletilecekti. Başka deyişle ayırt etme gücü bulunmakla birlikte, kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenler de hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulabilecekti. Ancak Tasarının bu hükmü “*kusur sorumluluğunun içinin boşalacağı, hukuk güvenliğine aykırı ve belirsiz bir sorumluluk alanının üretileceği, kusursuz sorumluluğun somut sebepler temelinde yasayla düzenlenmesi gerektiği, genel bir hakkaniyet sorumluluğunun benimsenemeyeceği*” gerekçesiyle Adalet Komisyonunda metinden çıkarılmış bugünkü şekliyle kabul edilmiştir<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Baskın görüş EBK m. 54’te düzenlenen sorumluluğun hakkaniyet esasına dayandığını ifade etse de hükmün tehlike sorumluluğuna veya özen yükümlülüğünün ihlaline dayandığını ileri süren yazarlar da vardı. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 737 vd.; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 150-151; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 315-316; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 6, 58-59.

<sup>95</sup> Borçlar Kanunu Tasarısı m. 64: “*Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararı, uygun biçimde gidermesine karar verebilir./Ayırt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır*”. Maddenin gerekçesi: “*Maddenin birinci fıkrasında, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununun 54. maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tabi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür.*”

<sup>96</sup> Erişim adresi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin TBK m. 65 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için birtakım olumlu ve olumsuz koşullar aranmaktadır. Bu koşullardan ilki, somut olayda kusur dışında haksız fiil sorumluluğunun bütün unsurlarının gerçekleşmesidir<sup>97</sup>. Zarar doğmamışsa tazminat yükümlülüğü söz konusu olmayacağı gibi, hukuka aykırı bir fiil yoksa veya fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmuyorsa yine sorumluluktan söz edilemez<sup>98</sup>. TBK m. 65 uyarınca sorumlu tutulacak kişiler, ayırt etme gücünden yoksun olduklarından kendilerine kusur isnat edilmesi mümkün değildir. Ancak doktrinde, zarar veren ayırt etme gücüne sahip olsaydı davranışının kusurlu addedilebilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>99</sup>. Bunun temelinde ayırt etme gücünden yoksun kişilerin, ayırt etme gücü bulunanlardan daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutulmaması gereği yatmaktadır. Başka deyişle ayırt etme gücü olsaydı aynı davranışından dolayı kusurlu bulunmayacak veya sorumlu tutulamayacak bir kimse, sırf ayırt etme gücü yok diye sorumlu tutulamamalıdır<sup>100</sup>. Aksine bir durum, ayırt etme gücü olmayan kişiyi, sırf bu sebeple cezalandırmak anlamına gelecektir.

İkinci koşul hakkaniyetin, tazminat ödenmesini gerektirmesidir. Diğer deyişle, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kusur şartı gerçekleşmediği için sorumlu tutulamaması, hakkaniyete aykırı düşmelidir<sup>101</sup>. Somut olay çerçevesinde hakkaniyetin gereğini takdir edecek olan hâkimin, dikkate alacağı hususlardan

<sup>97</sup> Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 152; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 738; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 319; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 567.

<sup>98</sup> Doktrinde, hakkaniyet sorumluluğuna yol açan fiilin hukuka aykırı olmasının gerekmediğini belirten görüş için bkz. Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. 15, dn. 28.

<sup>99</sup> Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 152-153; Nart, s. 133 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 192; Eren, **Borçlar Genel**, s. 693; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 319; Brunner, N. 367; İmre, **Mesuliyet**, s. 190; Oser/Schönenberger, Art. 54, N. 4; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 17; von Tuhr/Peter, s. 452; Peter Jaeger, **Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen**, Schulthess & CO AG, Zürich, 1946, s. 34; Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 5. Auflage Schulthess, Zürich-Basel, 2018, s. 172. Aksi yönde bkz. Walter Yung, **“Temyiz Kudretinden Mahrum Olan Bir Kimse Tarafından Yapılan Hukuki Muameleler ve Üçüncü Şahısların Korunması”**, Çeviren: Haluk Tandoğan, Ankara Hukuk Fakültesi 40.Yıl Armağanı, Ankara, 1966, s. 480.

<sup>100</sup> Bu yönde bkz. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 738; Eren, **Borçlar Genel**, s. 693; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 319; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 17; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 54, N. 4; Rey/Wildhaber, s. 173. Aksi yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 501.

<sup>101</sup> İmre, **Gayrimüeyyizler**, s. 370; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 152-153; Nart, s. 166; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 191; Brunner, N. 367; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 17; Oser/Schönenberger, Art. 54, N. 4; von Tuhr/Peter, s. 452.

bazılarına Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarında değinilmiştir. Kararlarda tarafların ekonomik durumunun birbirine oranla değerlendirilmesi önemle vurgulanmakta; zarar verenin çok zengin olması değil, zarar görene oranla mali açıdan iyi durumda olması aranmaktadır<sup>102</sup>. Ekonomik durumun yanında gözetilmesi gereken hususlardan biri de ayırt etme gücünden yoksun kişinin veya zarar görenin sigorta güvencesinin bulunmasıdır<sup>103</sup>. Doktrinde ve uygulamada haksız fiilin çok ağır bir nitelik taşıması<sup>104</sup>, zarar görenin faile karşı davranışının etkisi<sup>105</sup> ve failin zihni durumunun ayırt etme gücü varlığına yakınlığı<sup>106</sup> da hakkaniyet sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınan hususlardandır.

Ayırt etme gücü olmayan zarar verenin hakkaniyet sorumluluğunun doğması için aranan diğer koşul, zararın giderilmesini gerektiren daha ağır bir sorumluluk sebebi bulunmamasıdır<sup>107</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça ifade edilmese de hükmün

---

<sup>102</sup> İmre, **Gayrimüeyyizler**, s. 371; İmre, **Mesuliyet**, s. 88; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 154; Tiftik, s. 40; Nart, s. 167-168; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 59-60; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 193; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 739-740; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 500; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 422; Saymen/Elbir, s. 404; Karahasan, **Cilt I**, s. 504; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 466; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 19 vd.; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 54, N. 21; Becker, **BK-OR**, Art. 54, N. 6. Yarg. 4. HD., 1.12.1978, E. 1978/1943, K. 1979/13256; Yarg. 4. HD., 15.5.2003, E. 2003/1190, K. 2003/60352. Tarafların mali durumlarının hangi ana göre değerlendirileceği doktrinde tartışmalıdır. Görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Nart, s. 228 vd.

<sup>103</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 155; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 59; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 740; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 500; Saymen/Elbir, s. 404; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 466; Becker, **BK-OR**, Art. 54, N. 6; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 26 vd.; Deschenaux/Tercier, s. 139, 322. İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında sigortayı, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin malvarlığının aktifindeki bir değer olarak görmüş ve hakkaniyet sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Nart, s. 169. Alman Hukukunda ayırt etme gücünden yoksun kişinin sigorta güvencesi bulunmasının hakkaniyet sorumluluğunu nasıl bir etkileyeceği tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Friederike Lehnertz, "Die Bedeutung des Bestehens einer Haftpflichtversicherung für den Billigkeitsanspruch gemäss § 829 BGB", *Versicherungsrecht*, 1974, s. 940.

<sup>104</sup> Örneğin ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin cinsel saldırıda bulunması halinde hâkimin tazminata hükmedebileceği yönünde: Becker, **BK-OR**, Art. 54, N. 5; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 740; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 60; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 156; Karahasan, **Cilt I**, s. 504.

<sup>105</sup> Zarar görenin faile olan davranışının etkisinden kasıt, kendisini faile karşı yeterince savunup savunmaması, şakalaşma-oyun sırasında zarar görmesi gibi hallerdir. Bu davranışların TBK m. 52'ye göre tazminattan indirim sebebi sayılıp sayılmayacağı konusunda ayrıntılı için bkz. Nart, s. 172; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 740; Becker, **BK-OR**, Art. 54, N. 7.

<sup>106</sup> Böyle bir durumun hakkaniyet sorumluluğu için dikkate alınamayacağını yönünde: Nart, s. 171; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 34.

<sup>107</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 59; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 155; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 740; Nart, s. 173; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 500; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 10; Oser/Schönenberger, Art. 54, N. 2.

istisnai niteliğinden bu sonucu çıkarmak mümkündür<sup>108</sup>. Ayrıca hâkim, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin TBK m. 65 uyarınca sorumluluğu için gereken koşulları değerlendirirken öncelikle bir başkasının bu zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağını araştırmak zorundadır<sup>109</sup>.

#### **D. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanların Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu**

Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin hukuki işlemleri kural olarak hiçbir sonuç doğurmaz; kesin hükümsüzdür (MK m.15)<sup>110</sup>. Ancak bu durum, işlemin karşı tarafının telafisi güç zararlara uğramasına neden olabilir<sup>111</sup>. Bu doğrultuda ayırt etme gücünden yoksun kişilerin haksız fiilleri açısından getirilen hakkaniyet sorumluluğunun hukuki işlemler, özellikle sözleşmeler için de geçerli olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır.

<sup>108</sup> Bu durum BGB § 829'da açıkça düzenlenmiş, oluşan zarardan başkasının sorumluluğuna gidilememesi halinde ayırt etme gücünden yoksun kişinin hakkaniyet gereği sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brehm, **BK-OR**, Art. 52, N. 41 vd.; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 54, N. 9; Şakir Berki, “**Türk Medeni Kanununda Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti**”, AÜHFD, Cilt: 26, Sayı: 1-2, Yıl: 1969, s. 127; Dieter Medicus, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, 13. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, § 136, N. 772.

<sup>109</sup> Kusursuz sorumluluğa ilişkin diğer hükümlere dayanmak mümkünse, zarar verenin ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması önem taşımaz ve TBK m. 65 uygulanmaz. Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD. 13.11.1987, E. 1987/3714, K.1987/6184.

<sup>110</sup> Sözleşmenin karşı tarafının ayırt etme gücü yoksunluğuna ilişkin bilgi sahibi olmaması eş deyişle iyiniyeti, sözleşmenin hükümsüzlüğünü etkilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. von Tuhr/Peter, 180; Jaeger, s. 47; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 51; Köprülü, s. 215; Dural/Öğüz, N. 353; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 747. Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar**, İkinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 1969, s. 104. YHGK 28.07.1941 t. ve E. 4/K. 21 kararında durumu; “*Mümeyyiz olmayan bir kimse ile hukuki muamelede bulunan diğer âkidin bunu bilmeyerek hüsnüniyetle hareket etmiş olması zikri geçen 15. maddenin mutlak ve kat'i sarahati karşısında böyle bir kimsenin tasarrufu üzerinde hukuki hüküm terettüp etmesi için kâfi değildir. Kanun, o gibi ayırt etme gücünden mahrum olan kimselerin esasen hak iddia edenlerin hüsnüniyetini himaye etmemektedir. Elverir ki, o tasarrufun hüküm ifade etmesi için lüzumlu ayırt etme gücü derecesinin tasarruf zamanında mevcut olmadığı katıyetle sübut bulsun. Bu takdirde kaasrın hâli, metin ve ruhundan başka türlü bir netice çıkarılmasına imkân yoktur*” şeklinde ifade etmiştir. Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK, 22.12.2004, E. 2004/1-743 K. 2004/740; YHGK, 27.11.2002, E. 2002/1-877 K. 2002/1029; Yarg. 1. HD., 05.03.2003, E. 2003/1674 K. 2003/2292. Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin yaptıkları sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü kuralına bazı istisnalar getirildiği MK m. 15'te de ifade edilmiştir. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 747-748.

<sup>111</sup> İmre, **Gayrimümeyyizler**, s. 362 vd., 371; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 746 vd. Yung, s. 485-486.

Haksız fiillerde olduğu gibi sözleşmeler hukuku alanında da kural, “kusur sorumluluğu”dur<sup>112</sup>. Borçlu, ancak kusursuz olduğunu ispat ederek alacaklıya verdiği zararın tazminden kurtulabilir (TBK m. 112). Bu temel ilke nedeniyle ayırt etme gücünden yoksun kişiler, borca aykırı davranışlarından kural olarak sorumlu tutulamayacaktır. Ancak kusura dayanmayan sözleşmesel sorumluluk hallerinde ayırt etme gücü bulunmayan borçlunun, borca aykırı davranışından doğan zararlardan sorumlu tutulması mümkündür. Bu farklılık nedeniyle hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin TBK m. 114/II atfı bağlamında, sözleşmesel sorumlulukta uygulanıp uygulanmayacağı kusura dayanan-dayanmayan sorumluluk şeklinde ikili ayrımla incelenmelidir.

### 1. Kusura Dayanan Sözleşmesel Sorumlulukta TBK m. 65’in Uygulanması

Ayırt etme gücünden yoksunluk sözleşme kurulurken var olabileceği gibi kurulduktan sonra da gündeme gelebilir. Sonuçları açısından farklılık arz eden bu iki durum ayrı ayrı incelenecektir.

#### a. Sözleşmenin Kurulması Sırasında Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olma

Bütün sözleşmelerin geçerliliği için aranan koşullardan ilki, tarafların o işlemi yapmaya ehil olmalarıdır<sup>113</sup>. Sözleşme kurulduğu sırada taraflardan biri ayırt etme gücünden yoksunsa, hukuki işlem kesin hükümsüz olur. Kesin hükümsüz bir sözleşmenin ifa edilmemesi borca aykırılık oluşturmayacaktır. Fakat ayırt etme gücünden yoksun kişi ile geçerli bir sözleşme yaptığına güvenen iyiniyetli tarafın, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle (olumsuz-menfi) zarara uğraması mümkündür<sup>114</sup>. TBK m. 65’in uygulanması ile ayırt etme gücünden yoksun kişinin,

<sup>112</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 535, 1028; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 54, 416; Belen, **Kısa Şerh**, s. 159; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1328 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 496; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 404-405; Antalya, **Cilt V/1, 3**, s. 41-42; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 118; Hatemi/Gökyayla, s. 139.

<sup>113</sup> Geçerlilik unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 374 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 268 vd.

<sup>114</sup> Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 750; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 230.

ortaya çıkan bu zararı tazminle yükümlü kılınıp kılınamayacağı doktrinde oldukça tartışmalıdır<sup>115</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin 1921 tarihli bir kararında, sözleşmeden doğan zararlarda ayırt etme gücünden yoksun kişinin OR Art. 54 uyarınca sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir<sup>116</sup>. Kararın gerekçesinde OR Art. 54'ün (TBK m. 65) haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında yer aldığı, bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun kişinin ancak hukuka aykırı fiili varsa uygulanabileceğini belirtilmiştir. Kararın devamında sözleşme yapma olgusunun hukuka aykırı fiil sayılamayacağı, dolayısıyla sözleşmeden doğan zararlarda hükmün uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca kararda ZGB Art. 411/II<sup>117</sup> (MK m. 452/II) düzenlemesine de değinilmiştir. Hüküm, ayırt etme gücü bulunan vesayet altındaki kişiyi sadece “*fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda karşı tarafı yanıltması*” halinde doğan zarardan sorumlu tutmaktadır<sup>118</sup>. Başka deyişle ayırt etme gücü bulunan vesayet altındaki kişi sözleşme kurduğu için değil, karşı tarafı yanılttığı için sorumludur. Bu nedenle Federal Mahkeme, ayırt etme gücünden yoksun kişinin OR Art. 54 uyarınca sorumlu tutulmasının, ZGB Art. 411/II’de öngörülenden daha ağır bir sorumluluk rejimi getirmek olduğu belirtmiştir<sup>119</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin sonraki kararlarında içtihat değişikliğine gitmiş ve sözleşmenin kurulması sırasında ayırt etme gücünden yoksun

<sup>115</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Nart, s. 193 vd.; Yung, s. 492; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 750; Becker, **BK-OR**, Art. 97, N. 58; von Tuhr/Peter, s. 432; Jaeger, s. 58; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s. 115, İmre, **Mesuliyet**, s. 84 vd.; İmre, **Gayrimüeyyizler**, s. 371; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 54, N. 2; Brehm, **BK-OR**, Art. 54, N. 49; Brunner, N. 370-372; von Tuhr/Escher, s. 117.

<sup>116</sup> BGE 47 II 35 ff.

<sup>117</sup> ZGB Art. 411, 19.12.2008 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2013 tarihinde değiştirilmiştir.

<sup>118</sup> Katıldığımız görüş uyarınca, makul surette davranma yeteneğinden yoksun tam ehliyetsizin sözleşmenin karşı tarafını yanıltabilecek bir hareket yapması mümkün değildir; bu nedenle ZGB Art. 411/II (MK m. 452/II) tam ehliyetsizlere uygulanmayacak sadece ayırt etme gücü bulunan küçük ve kısıtlılar hakkında gündeme gelebilecektir. ZGB Art. 411/II’nin (MK m. 452/II) tam ehliyetsizlere kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hakkında tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, **BK-ZGB**, Art. 19, N. 420; İmre, **Gayrimüeyyizler**, s. 362.

<sup>119</sup> Kararın değerlendirilmesi ve ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 750-751; Yung, s. 489-492; Rainer Gonzenbach, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Recht**, Stämpfli Verlag, Bern, 1987, s. 189 vd.; August Egger, “**Gayrimüeyyizlerin Hukuki Muameleleri**”, Çeviren: Tahir Çağa, Adliye Ceridesi, 31. Sene. 2. Sayı, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940, s. 123.

kişinin hakkaniyet sorumluluğunu kabul etmiştir<sup>120</sup>. Federal Mahkeme kararlarında, Art. 99/III (TBK m. 114/II) atfının OR Art. 54'ü de kapsadığını belirtmiş<sup>121</sup>; ayırt etme gücünden yoksunluğun bizatihi tehlike oluşturduğunu<sup>122</sup> ve ayırt etme gücünden yoksun kimselerin haksız fiilleri kadar hukuki işlemleriyle de üçüncü kişileri zarara uğratabileceklerini vurgulamıştır. Diğer bir ifadeyle Federal Mahkeme, tam ehliyetsizle sözleşme yapan kişinin, sözleşmenin geçerliğine olan güveninden doğan (menfi) zararının hakkaniyet gerektiriyorsa Art. 54 uyarınca tazmin edileceğini kabul etmiştir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında mevcut ve geçerli bir borç ilişkisi bulunmalıdır; aksi halde sözleşme ilişkisinin borca aykırı davranışla ihlal edilmesi gündeme gelmez<sup>123</sup>. Tam ehliyetsizlerin hukuki işlemleri de kesin hükümsüz olduğundan, gerçek anlamda bir borç ihlalden, dolayısıyla sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemez. TBK m. 114/II, haksız fiillere ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta kıyasen uygulanmasını öngörmektedir; fakat burada sözleşmeye aykırılık olmadığından TBK m. 65'in kıyasen dahi uygulanamaması gerekir. Buna rağmen Türk-İsviçre Hukukunda baskın görüş, TBK m. 65'in kıyasen uygulanmasıyla, kesin hükümsüz

<sup>120</sup> Federal Mahkemenin, hukuki işlemin kuruluşunda ayırt etme gücünden yoksun kimseyi, sözleşmenin ihlali suretiyle verdiği zarardan OR Art. 54 uyarınca sorumlu tuttuğu karar örnekleri için bkz. BGE 55 II 37-38; BGE 102 II 226 ff. Erişim Adresi: <https://app.legalis.ch/legalis/chapterview-document.seam?documentId=mrswgx3cm5sv6mjggjpw2k7gizdm&groupIndex=0&rowIndex=0>. Federal Mahkeme kararlarının eleştirisi ve ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 751-752; Yung, s. 493-494; Becker, **BK-OR**, Art. 54, N. 11; von Tuhr/Escher, s. 116-117; Karahasan, **Cilt I**, s. 512; Gonzenbach, s. 189 vd.; Weber, **BK-OR**, Art. 99, N. 51.

<sup>121</sup> Yargıtay, 4. HD. 16.4.1990 tarih ve E. 11353/K. 3376 sayılı kararında aynı yaklaşımın Türk Hukuku'nda da geçerli olduğunu ifade etmiştir: "...*Borçlar Kanunun 54. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, hakkaniyet iktiza ediyorsa, hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkûm eder. Bu hükme temel olan düşünce, bazı durumlarda mağduru himayesiz bırakmanın ortaya çıkaracağı haksızlıkları önlemektir. Yasa burada özel bir objektif sorumluluk halini kabul etmiş bulunmaktadır. Yasadaki sistematik yerine rağmen Borçlar Kanunun 54. maddesinin birinci fıkrasının kuralı, sadece gayri mümayyiz işlediği haksız fiiller hakkında değil, Borçlar Kanunun 98. maddesinin ikinci fıkrası gözetilerek, onun bir sözleşmeden doğan borç yükümünün ihlali halinde de uygulanabilir. Hakkaniyet elverdiği takdirde, gayri mümayyiz, diğer tarafın batıl hukuki işlemin hüküm ifade ettiğine güveninden doğan zararını tazmin etmelidir ve İsviçre Federal mahkemesinin uygulaması da aynı istikamettir...*".

<sup>122</sup> Kararlar incelendiğinde Federal Mahkemenin tam ehliyetsizlerin sorumluluğunu tehlike fikrine dayandığı anlaşılmaktadır. OR Art. 54'ten doğan sorumluluk hakkaniyet esasına dayandığından kararlar eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 502; Brunner, N. 604.

<sup>123</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 24, N. 1195; Cuendet, N. 10 vd.; Brunner, N. 42.

sözleşmenin geçerliliğine güvenen iyiniyetli tarafın olumsuz (menfi) zararlarının karşılanması gerektiği yönündedir<sup>124</sup>. Bu görüş, sözleşme görüşmelerine başlayanlar arasında kurulan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi gereği, tarafların birbirlerini koruyucu tedbirleri almamasının borca aykırılık oluşturacağı; edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramının culpa in contrahendo'yu da içerdiği ve TBK m. 114/II'nin culpa in contrahendodan doğan sorumlulukta da kıyasen uygulanabileceği gerekçelerine dayanmaktadır<sup>125</sup>. Eklemek gerekir ki sözleşme kurulurken ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişinin sorumluluğunun doğması için, ayırt etme gücüne sahip olsaydı davranışının kusurlu addedilebilmesi, zarar görenin iyiniyetli olması ve hakkaniyetin tazminat ödenmesini gerektirmesi aranmaktadır<sup>126</sup>.

#### **b. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ayırt Etme Gücünü Kaybetme**

Sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, edimin niteliğine göre uygulanacak hüküm belirlenmelidir.

Bizzat ifanın önem taşıdığı, şahsi edimler içeren bir sözleşmenin kurulmasından sonra ayırt etme gücünün kaybı halinde, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığı gündeme gelecektir (TBK m. 136). Aynı doğrultuda TBK m. 486'da kişisel nitelikleri önem taşıyan yüklenicinin, m. 513/I'de vekilin ayırt etme gücünü kaybetmesi nedeniyle sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Tam ehliyetsiz hale gelen borçlu, borcundan kurtulur; hakkaniyet sorumluluğu da doğmaz<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 502-503; Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 161-163; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s. 115, İmre, **Mesuliyet**, s. 193; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 531; Jaeger, s. 58; von Tuhr/Peter, s. 432; Weber, **BK-OR**, Art. 99, N. 52; Gonzenbach, s. 189 vd.; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 54, N. 2. Bu gibi hallerde EBK m. 54/I'in (TBK m. 65) doğrudan doğruya uygulanması gerektiği yönünde: Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 420, dn. 29.

<sup>125</sup> Kanundaki istisnai hükümler dışında (örn: TBK m. 37/II, m. 47), olumsuz zararın tazmini için kusurun varlığı gerekmektedir. Culpa in contrahendo'dan doğan tazmin yükümlülüğünde de kural olarak zarar verenin kusuru aranır. Dolayısıyla karşı taraf iyiniyetli olsa dahi tam ehliyetsizin olumsuz zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Fakat hakkaniyet düşüncesinin TBK m. 65'in kıyasen uygulanmasıyla olumsuz zararın tazminini haklı kıldığı belirtilmektedir. Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 161; İmre, **Mesuliyet**, s. 193; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s. 115. Aynı yönde Yarg. 4. HD., 16.4.1990, E. 11353, K. 3376.

<sup>126</sup> Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 230-231.

<sup>127</sup> Borcunun ifası imkânsızlaşan tam ehliyetsiz taraf, sözleşmeden doğan alacağını daha önce elde etmişse bu kazanım sebepsiz zenginleşme oluşturur, iadesi gerekir.

Bizzat ifanın gerekmediği maddi edimler içeren sözleşmelerde ise borçlunun ayırt etme gücünü kaybetmesi sözleşmeyi sona erdirmez. Ayırt etme gücünü kaybeden borçlunun (varsa) yasal temsilcisinin borcu ifa etmesi gerekir; aksi halde cebri icra gündeme gelebilir<sup>128</sup>. Bununla birlikte sözleşme kurulduktan sonra ayırt etme gücünü kaybeden borçlu kusursuzluğunu ispat edeceğinden, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı tazminle yükümlü olmayacaktır (TBK m. 112). İşte bu noktada katıldığımız görüş uyarınca TBK m. 114/II atfıyla, TBK m. 65 uygulama alanı bulacak, hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücü olmayan borçlunun sorumluluğu doğacaktır<sup>129</sup>. Nitekim burada haksız fiiller alanındaki düzenlemeden ayrılmayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır; her iki borç kaynağında da bu sorumluluğun getirilmesine gerekçe oluşturan hakkaniyet ihtiyacı aynıdır<sup>130</sup>.

## 2. Kusura Dayanmayan Sözleşmesel Sorumlulukta TBK m. 65'in Uygulanması

Kusura dayanmayan sözleşmesel sorumlulukta ayırt etme gücünden yoksun kişiler de sorumluluk altına girebileceğinden TBK m. 65'in uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Örneğin para borcunda temerrüde düşmede kusuru bulunmasa da borçlu, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Başka deyişle temerrüt faizi, temerrüdün kusurdan bağımsız bir sonucu olduğundan borçlunun ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması önem taşımaz. Böylelikle zararı karşılanan kişinin TBK m. 65'e dayanması gerekmeyecektir. Aynı şekilde ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu kusura dayanmadığından, borçlu ayırt etme gücünden yoksun da olsa doğan zarardan sorumludur (TBK m. 116)<sup>131</sup>. Önemle vurgulamak gerekir ki bu durumda ileri

<sup>128</sup> Helvacı, **Temyiz Kudreti**, s. 163.

<sup>129</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 502; İmre, **Gayrimümeyyizler**, s. 371; Aral, **Temyiz Kudreti**, s. 755; Yung, s. 481; Cuendet, N. 364; Brunner, N. 370-372; Bucher, **BK-ZGB**, Art.17/18, N. 84, 102; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s. 115, Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 55.

<sup>130</sup> Alman hukukunda, sözleşme ilişkilerine hakkaniyet sorumluluğunun uygulanmamasının meydana getireceği adaletsizlik şu örnekle açıklanmaktadır: “Bir akıl hastası, bir antika dükkânına girip, dükkân sahibinin ekonomik bakımdan sarsacak nitelikte bir tabloyu parçalaması hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Ancak, akıl hastası, antika dükkânından söz konusu tabloyu satın alma konusunda anlaşır ve tablonun karşılığına bir senet verip, dükkândan çıktığında bu tabloyu karşısına gelen ilk kişiye vermesi hâlinde, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle, antikacının uğradığı zararlara hakkaniyet sorumluluğunun uygulanmaması adil sonuçlar vermeyecektir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Brandt, **Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht**, Heft 6, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1936, s. 65.

<sup>131</sup> Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 435 vd.

sürülecek tazminat talebi, TBK m. 72'deki haksız fiil zamanaşımına değil kural olarak 10 yıl olan borca aykırılık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146)<sup>132</sup>.

### III. Müteselsil Sorumluluk (TBK m. 61-62)

#### A. Genel Olarak

Türk-İsviçre Hukuklarında kural kısmi borçluluktur<sup>133</sup>. İstisnai olan müteselsil borçluluk ise hukuki işlemde, kanundan ya da mahkeme kararından doğabilir (TBK m. 162, OR Art. 143). Birlikte borçluluğun türlerinden müteselsil borçlulukta, alacaklının karşısında aynı hukuki sebeple borç altına girmiş ve her biri borcun tamamından asıl borçlu sıfatı ile sorumlu birden fazla borçlu bulunmaktadır<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Brunner, N. 401-403.

<sup>133</sup> Kuralın istisnasını ticari işlerdeki teselsül karinesi oluşturmaktadır. TTK m. 7 uyarınca; “İki veya daha fazla kişi, işlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.”

<sup>134</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 1334; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 285; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 33, N. 1599 vd., N. 1625 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1332; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 938; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3685 vd; von Tuhr, s. 785; von Tuhr/Escher, s. 297; Kadir Berk Kapancı, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 3 vd.; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 61-62, s. 969-1039; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 162-168, s. 2003-2212; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 61-62, N. 1; Baysal, **Haksız Fiil**, § 8, N. 8.14 vd.; Ayşenur Şahin Caner, **Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2 vd., 44; Serkan Ayan, “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 4, Yıl: Ekim 2020, s. 4; Ayşe Arat, “Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 329; Nurcihan Dalcı Özdoğan, **Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 42.

Alacaklı ile borçlular arasındaki dış ilişki ve borçluların kendi arasındaki iç ilişki bütününden oluşan müteselsil borcun hukuki niteliği açıklayan başlıca iki görüş bulunmaktadır. Teklik görüşü (Einheitstheorie) uyarınca müteselsil borç, birden çok borçlusu bulunan tek bir borçtan ibarettir. Türk Borçlar Kanununda benimsenen ve doktrinde ağırlıkla kabul edilen borcun çokluğu görüşü (Mehrheitstheorie) ise müteselsil borcun, borçlu sayısı kadar borçtan oluştuğu savunmaktadır. Bu görüşün en önemli sonucu her bir borçlunun farklı hükümler çerçevesinde sorumlu tutulabilmesidir. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Bu yönde bkz. BGE 94 II 317; 93 II 329. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Canyürek, s. 11-12; Dalcı Özdoğan, s. 32; Şahin Caner, s. 40; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1333-1334; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1339-1343; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 288; Hatemi/Gökyayla, s. 214 vd.; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 28; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 162, N. 5 vd.; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 308; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 589; Saymen, s. 521; Weiss, s. 17-18; Oser/Schönenberger, Art. 143-150, N. 9; Turgut Akıntürk, **Müteselsil Borçluluk**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 48-49; Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlular Arasında Akdi Teselsül**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956, s. 12; Faruk Acar, **Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 97; Ali Haydar Yağcıoğlu, **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 67; Kürşat Turanboy, “Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısının

Borçlulardan biri ya da birkaçının ifada bulunduğu oranda diğerleri de borçtan kurtulmaktadır<sup>135</sup>. Borç sona erip alacaklı çıkarına tam olarak kavuşana kadar müteselsil borçluluk devam edeceğinden borcun ifa edilmemesi riski son derece düşüktür<sup>136</sup>. Bu nedenle müteselsil borçluluk alacaklı açısından en avantajlı birlikte borçluluk halidir<sup>137</sup>.

Kanundan doğan müteselsil borcun tipik örneği, haksız fiilde zarar verenlerin müteselsil sorumluluğudur (TBK m. 61-62)<sup>138</sup>. Başka deyişle TBK m. 61-62'deki müteselsil sorumluluğun temelini TBK m. 162 vd.'nda düzenlenen müteselsil borçluluk hükümleri oluşturur. İki hukuki kurum nitelik itibariyle aynıdır; ancak sözleşme ve haksız fiil hukuku farklı amaçlara hizmet ettiğinden kullanılan kavramlar farklılık göstermektedir. Örneğin sözleşme hukukunda alacaklı ve müteselsil borçlu, haksız fiil hukukunda zarar gören ve tazminat sorumlusu kavramları kullanılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 61-62 hükümleri, EBK m. 50-51'den oldukça farklıdır. EBK m. 50-51'de tam-eksik teselsül ibareleri kullanılsa da doktrin ve yargı kararlarında, müteselsil sorumluluğu doğuran sebepler dikkate alınarak, böyle bir ayırım yapılmaktaydı. Bu ayırma göre, bir zarara aynı hukuki sebeple birlikte yol açanların sorumluluğu m. 50'de tam teselsül; farklı hukuki sebeplerle yol açanların sorumluluğu m. 51'de eksik teselsül olarak düzenlenmekteydi<sup>139</sup>. İki teselsül çeşidi

---

**Hükümleri**", e-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi (Çevrimiçi), Yıl: Aralık 2009, Sayı: 94, s. 2.

<sup>135</sup> Becker, **BK-OR**, Art. 143-150, N. 1; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 143, N. 1; Oser/Schönenberger, Art. 143-150, N. 1; Huguenin, s. 220; Murat Canyürek, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 11; Zahir Çandarlı, "Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi", Adalet Dergisi, Aralık 1945, Yıl: 36, Sayı: 12, s. 1288; Andreas W. Weiss, **Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2011, s. 11-12.

<sup>136</sup> Weiss, s. 21; Oser/Schönenberger, Art. 143-150, N.1.

<sup>137</sup> Alacaklının bu ayrıcalıklı ve avantajlı durumunun "*hukuki paşa*" (*juristischen Pascha*) benzetmesi ile ifade edilmesine ilişkin bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, § 8, N. 8.14; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1338; Schnyder, **BSK-OR**, Art. 144, N. 1; Arat, s. 327; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 144, N. 1; Schwenger, N. 88.18

<sup>138</sup> Kanun koyucunun müteselsil sorumluluk öngörmesinin nedeni, zarar göreni, birden çok zarar verenin zarara katkılarını belirleme zorluğundan kurtararak korumaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dalcı Özdoğan, s. 54; von Büren, s. 91; Rey, N. 1404; Weiss, s. 21.

<sup>139</sup> Tam-eksik teselsül kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için Saymen/Elbir, s. 513 vd.; Feyzioğlu, **Cilt I**, s. 529; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 325 vd.; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 498; Faruk Acar, "Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayrımı", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a

arasındaki en önemli farklılıklar ise zamanaşımının kesilmesinde ve halefiyette ortaya çıkmaktaydı<sup>140</sup>. İsviçre’de Widmer/Wessner Tasarısında ve bu Tasarıdan esinlenilerek hazırlanan Türk Borçlar Kanunu’nda, kanun sistematğinde zaten yer almayan eksik-tam teselsül ayrımı kaldırılmış, tek çözüm öngörülmüştür<sup>141</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 114/II’deki atfın kapsamına müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 61 ve 62 de girmektedir<sup>142</sup>. Müteselsil borçluların sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğrudan müteselsil sorumluluklarının doğup doğmayacağı sorusu, sözleşmenin yorumlanmasıyla yanıtlanacaktır. Sözleşmede, borçluların sözleşmeye aykırılık halinde de müteselsilen sorumlu olacakları yönünde bir belirleme yoksa müteselsil sorumluluk gündeme gelmez. Nitekim teselsül ya taraf iradelerinden ya da kanundan doğmaktadır. Ancak sözleşmede yer almasa da borçlular ortak kusurlarıyla zarara yol açmışlarsa, kanun gereği müteselsil sorumluluk doğabilecektir. Başka deyişle sözleşmeye aykırılıktan doğan bir zararın varlığı halinde TBK m. 61’in kıyasen uygulanmasıyla müteselsil sorumluluğun bulunduğu kabul edilebilir. Bu noktada borçluların aynı ya da farklı sözleşmelerle alacaklıya karşı taahhüt altına girmiş olmalarının veya üçüncü bir kişinin de sözleşme ihlaline katılmasının önemi bulunmamaktadır<sup>143</sup>.

---

Armağan, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 335 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD., 21.11.1974 E. 1974/8361, K. 1974/16061; YHGK, 07.03.1986, E. 1984/10-250, K. 1986/205 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>140</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 384; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 326, 1057-1064; Akıntürk, s. 136; von Tuhr/Escher, s. 320.

<sup>141</sup> Tam-eksik teselsül ayrımının kaldırıldığı TBK m. 61’in gerekçesinde: “818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 51. maddesinin birinci fıkrasındaki hal için “eksik teselsül”, aynı Kanunun 50. maddesindeki hal için de “tam teselsül” şeklinde yapılan ayrımın öğretide eleştirildiği göz önünde tutulmuş ve Tasarıda bu ayrıma yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun ikili teselsül sistemi terkedilmiş ve her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip aynı hükümlere tabi tutulmuştur.” şeklinde ifade edilmiştir. Widmer/Wessner Tasarısı Art. 53b/II’te farklılaştırılmış teselsül sorumluluk hukukunda genel bir hüküm haline getirilmişti. Hükme göre müteselsil sorumluluk, borçlulardan biri için, zarardan tek başına sorumlu olsaydı yükümlü tutulacağı tazminat miktarını kapsamaktaydı. Türk Borçlar Kanunu Tasarı metninin ilk halinde de haksız fiillerde teselsülü düzenleyen 61. maddenin ikinci fıkrası bulunmakta, hüküm şu şekilde devam etmekteydi: “Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için ve tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarı ile sınırlıdır”. Farklılaştırılmış teselsüle ilişkin bu fıkra, müteselsil sorumluluğun yapısına aykırı olduğu ve uygulamada sorun doğurabileceği gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından Tasarı metninden çıkarılmıştır.

<sup>142</sup> Aynı yönde Brunner, N. 319.

<sup>143</sup> Uygulamada, yüklenici yanında başka bir sözleşmeyle proje hazırlama, mühendislik ve kontrol hizmeti sunma gibi edimleri üstlenen kişilerin yüklenici ile aynı zarara sebep olmaları halinde müteselsil sorumlulukları kabul edilmektedir. Özellikle iş sahibinin yükleniciyle arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yanında, 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu m. 5’e göre yapı denetim kuruluşuyla

Sözleşmeye aykırılık sonucu hasara uğrayan şeyin sigortalanmış olması halinde aynı zararı karşılamak için farklı sözleşmelerle yükümlülük altına girenlerin müteselsilen sorumluluğu ile uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır<sup>144</sup>. Sigorta sözleşmesi gereği zarar görene ödeme yapmakla yükümlü sigortacı açısından sözleşmeye aykırı bir davranış bulunmamakta; aksine edimin ifası gerçekleşmektedir. Ancak sigortacı sözleşmeden doğan borcunu ifa eden bir borçlu gibi değil, zararı karşılayan tazminat sorumlusu gibi değerlendirilmektedir<sup>145</sup>.

Müteselsil sorumluluğun doğumunda da sorumluluk sebebinin gerçekleşmesi, hukuka aykırılık ve uygun nedensellik bağı unsurları aranmaktadır. Bunların yanı sıra müteselsil sorumlulukta, zarar verenlerin zarara bireysel katkısı belirsiz olup her biri zararın tamamından sorumlu tutulmaktadır. Bu durum zarar görenin korunmasına yönelik olup sadece onun menfaatine hizmet etmektedir. Başka bir ifadeyle müteselsil sorumlulukta asıl amaç, zarar görenin korunmasıdır. Doktrinde bu durum eleştirilmiş, zarar verenlerin katı sorumluluğunu dengelemek ve çıkarlarını dikkate almak için bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide (zarar görene karşı) ileri sürülebilmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle dış ilişkide her bir zarar verenin, TBK m. 51-52'den doğan bireysel indirim sebeplerine dayanabilmesi gerektiği belirtilmiştir. Müteselsil sorumluların tam sorumluluğunu gevşetecek bu imkân doktrinde oldukça tartışmalıdır.

TBK m. 114/II atfı uyarınca sözleşmeye aykırılıktan doğan müteselsil sorumlulukta karşılaşılabilecek sorulardan ilki bireysel indirim sebeplerinin ileri

---

akdettiği yapı denetim hizmet sözleşmesinin varlığında, müteselsil sorumluluk söz konusudur. Bu yönde: Yarg. 15. HD., 16.10.1980, E. 1980/1805, K. 1980/2140. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin Caner, s. 146-147.

<sup>144</sup> Örneğin kira konusu şeyin sigortalanmış olduğu hallerde, bu şey hasara uğradığında malike karşı hem kiracının hem sigortacının müteselsil sorumluluğu gündeme gelmektedir. Örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 315-316; Akıntürk, s. 197; Fikret Eren, “**Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden**”, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Zürich 1981, s. 420.

<sup>145</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Buz, “**Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu**”, BATİDER, Cilt 28, Sayı: 3, Yıl: Eylül 2012, s. 15; Merih Kemal Omağ, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 93 vd.

sürülüp sürülemeyeceğidir. Aşağıda öncelikle bu konu irdelenecek ardından müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide karşılaşılabilecek sorunlara değinilecektir.

## **B. Bireysel İndirim Sebeplerinin Müteselsil Sorumluluk Açısından Değerlendirilmesi**

Müteselsil sorumlulukta, sorumluların (borçluların) tamamını ilgilendiren indirim sebeplerinin dikkate alınacağı kuşkusuzdur; ancak bireysel indirim sebepleri sadece ilgilisiyle yakın bağ içindedir<sup>146</sup>. Müteselsil sorumlulardan her biri, alacaklıya karşı onunla arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir. Buna karşın zarar verenin hafif kusuru ya da zararın hatır işi sırasında meydana gelmesi gibi bireysel indirim sebepleri sadece borçlunun şahsından kaynaklanmakta; alacaklı-borçlu arasındaki ilişkiden doğmamaktadır<sup>147</sup>.

Bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği kabul edilirse, zarar gören zararın tamamını sorumluların birine yükleyemeyecek, indirim oranında diğer borçlulara başvurmak zorunda kalacaktır. Böylelikle alacaklının hukuki durumu kötüleşecektir. Buna karşılık bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceği kabul edilirse, müteselsil borçlu tek başına sorumlu olsaydı ödeyeceği miktardan fazlasını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu olasılıkta ise müteselsil borçlunun durumu kötüleşmektedir. İç ilişkide rücu imkânı olsa da diğer borçluların ödeme güçsüzlüğü riskini ödemeyi yapan borçlu taşımaktadır<sup>148</sup>.

Bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürülebilmesini kabul etmeyen yazarlar, görüşlerini, müteselsil sorumluluğun tam koruma fonksiyonuna dayandırmaktadırlar<sup>149</sup>. Müteselsil sorumluluğun avantajı, zarar görenin diğer sorumlulara başvurma zorunluluğunu ortadan kaldırması ve tazminatın tamamı

<sup>146</sup> Dalcı Özdoğan, s. 145 vd.; Rey, N. 1459.

<sup>147</sup> Alain Gautschi, **Solidarschuld und Ausgleich**, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2009, s. 122.

<sup>148</sup> Oftinger/Stark, § 10, N. 12.

<sup>149</sup> Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 172; Heierli/Schnyder, **BSK-OR**, Art. 50, N. 12, Art. 51, N. 9; Brehm, **BK-OR**, Art. 50, N. 43 vd., Art. 51 N. 29 vd.; Merz, **Obligationenrecht**, s. 107 vd.; Gautschi, s. 118 vd.; Hans Jacob Zellweger, **Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1972, s. 74; Alexandra Körner, **Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität**, Schulthess Verlag, Zürich, 2011, N. 476.

ödeninceye kadar bütün borçluların zarar görene karşı sorumluluklarının devam etmesidir. Zarar görene, iç ilişkide sorumlu olduğundan fazlasını ödeyen müteselsil sorumlu, diğer sorumluların ödeme güçsüzlüğü riskini taşır; ancak bu durum, riski zarar görenin taşınmasına kıyasla hakkaniyete daha uygundur. Bu görüşteki yazarlar, bireysel indirim sebeplerinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesinin müteselsil sorumluluktaki iç-dış ilişki ayrımını geçersiz kılacağını da belirtmektedirler. Dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesinin uygulamada da pek çok güçlük yaratacağı ifade edilmektedir<sup>150</sup>. Mahkeme öncelikle zarar görenin açtığı davaya ilişkin yargılamada, ardından müteselsil sorumlular arasındaki rücu yargılamasında bireysel indirim sebeplerini dikkate alacak ve her bir zarar veren için tazminat miktarını belirleyecektir; bu da mahkemenin iş yükünü arttıracaktır<sup>151</sup>. Yargıtay da benzer bir yaklaşımla, bazı kararlarında açıkça olmasa da bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir<sup>152</sup>.

İsviçre Hukukunda ağırlıklı görüş, müteselsil sorumluların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebileceği yönündedir<sup>153</sup>. Müteselsil sorumlulardan biri, zarara tek başına sebep olsaydı hafif kusuruna dayanabilecek, tazminattan indirim yapılabilirdi (TBK m. 51-52; OR Art. 43-44). Oysa tesadüfen birden fazla kişiyle birlikte zarar verdiğinde, bireysel indirim sebeplerini -özellikle hafif kusurunu- ileri

<sup>150</sup> Zellweger, s. 74; Gautschi, s. 120.

<sup>151</sup> Zellweger, s. 74; Körner, N. 476-477.

<sup>152</sup> Yarg. 11. HD., 29.1.2007, E. 2007/420, K. 2007/1032: “Davalılar, yukarıda açıklandığı üzere somut olayda davacılara karşı muhtelif sebeplere binaen mesul olduklarından, Borçlar Kanununun 51/1. maddesi hükmü gözetilerek, zarardan talep gibi müteselsilen (zararın tamamından) sorumlu tutulmaları gerekirken, sorumluların ancak iç ilişkide birbirlerine açacakları rücu davalarında uygulama yeri olan kusur oranında tahsile karar verilmiş olması doğru görülmemiştir” ifadesiyle bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceği yaklaşımını benimsemiştir. Aynı doğrultuda Yarg. 21. HD., 24.5.2005, E. 2005/3538, K. 2005/5401; Yarg. 21. HD. 10.3.2008, E. 2007/15547, K. 2008/3764; Yarg. 11. HD., 11.1.2010, E. 2008/8845, K. 2010/133 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). İsviçre Federal Mahkemesinin de bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesine çekimser yaklaşıldığı yönünde: Körner, N. 466.

<sup>153</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3728; Keller/Gabi-Bolliger, s. 139 vd.; von Büren, s. 64 vd.; Rey, N. 1459 vd.; Oftinger/Stark, § 10, N. 33; Schwenzer, N. 88.19; Weiss, s. 75; Huguenin, N. 2307. EBK döneminde aynı görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s.703; Selahattin Sulhi Tekinay, “**Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 209, 220. Sadece eksik teselsülde bireysel indirim sebeplerine dayanılabileceği yönünde: Akıntürk, s. 138 vd.; Mehmet Helvacı, “**Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması**”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 232.

süremeyecek, sorumluluğu ağırlaşacaktır. Görüş uyarınca bu durum hakkaniyete aykırıdır; sadece başka kişilerle birlikte zarara sebep olduğu için (müteselsil) sorumlunun durumu ağırlaştırılmamalıdır<sup>154</sup>. Müteselsil sorumlunun ödemekle yükümlü bulunduğu tazminat, tek başına sorumluyken yükümlü tutulacağı miktardan fazla olmamalıdır<sup>155</sup>. Ayrıca kusursuzlukla hafif kusur arasındaki fark az, mesafe oldukça kısadır<sup>156</sup>. Müteselsil sorumluyu hafif kusurluyken zararın tamamından sorumlu tutup, kusursuzsa hiçbir şey ödetmemek de yerinde değildir. Bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesinin, müteselsil borcun niteliği konusunda kabul edilen çokluk görüşüne de uygun olduğu belirtilmektedir<sup>157</sup>.

Bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceği yönündeki görüşün ağırlık kazanmasıyla doktrinde mutlak teselsül anlayışı sorgulanır hale gelmiştir. Yapılan tartışmalar ve eleştiriler doğrultusunda 1991 yılında OR Art. 759’da, anonim şirket organlarının müteselsil sorumluluğu ile ilgili “farklılaştırılmış teselsül” kabul edilmiştir. Mevzuat Kanunun ardından söz konusu düzenlemeye 6102 sayılı TTK m. 557’de de yer verilmiştir. Hükme göre, “*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur*”. TBK Tasarısında m. 61’in ikinci fıkrasını oluşturan bu cümle sonradan kaldırılarak aynı tarihte yürürlüğe giren iki kanun arasında farklılık yaratılmıştır<sup>158</sup>. Sorumluluk hukukunda kıyasen uygulanabilirliği tartışmalı olan farklılaştırılmış teselsülde, her bir müteselsil borçlunun bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesiyle tek başına zarar verseydi sorumlu olacağı miktar hesaplanır. Başka deyişle her bir müteselsil borçlunun bireysel

<sup>154</sup> Oftinger/Stark, § 10, N. 33; Deschenaux/Tercier, s. 283.

<sup>155</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 703; Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 210 vd.; von Büren, s. 64; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3728; Oftinger/Stark, § 10, N. 33; Widmer/Wessner, s. 168; Rey, N. 1465.

<sup>156</sup> Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 213.

<sup>157</sup> Haluk Nami Nomer, “**Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk**”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 57.

<sup>158</sup> TTK m. 557 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 40 vd.; Ersin Çamoğlu, “**Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 407 vd.

sorumluluk tavanı hesaplanarak ortaklaşa sorumluluklarının tutarı belirlenir<sup>159</sup>. Bu durumda müteselsil sorumluluk, en düşük tazminat tutarında söz konusu olur<sup>160</sup>.

Müteselsil sorumlulukta, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülüp sürülemediği ikili ayrımla incelenmelidir. Türk-İsviçre Hukukunda sadece mutlak teselsülün uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından (de lege lata) dış ilişkide zarar görene karşı bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülmesi mümkün görünmektedir<sup>161</sup>. Ancak kusura dayansın ya da dayanmasın haksız fiil sorumluluğunda, zarar görenin korunması asıldır. Dolayısıyla, tesadüfen birden fazla kişiyle birlikte haksız fiile yol açan zarar verenin müteselsil sorumluluk gereği durumunun ağırlaştırılması adalet ve hakkaniyet açısından düşündürücü olsa da bireysel indirim sebeplerini zarar görene karşı ileri sürememesi kanaatimizce daha doğru bir yaklaşımdır<sup>162</sup>. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilk halinde m. 61'in ikinci fıkrasını oluşturan *“Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için ve tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarı ile sınırlıdır”* şeklindeki tümcenin kanuna alınmaması da kanunkoyucunun aynı yöndeki iradesini göstermektedir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta ise haksız fiillere nazaran farklı bir yaklaşım benimsenmelidir. Alacaklı bilgisi ve isteği dahilinde müteselsil borçluyla kurduğu hukuki ilişkinin sonuçlarına katlanmalıdır. Sözleşmeye aykırılıktan doğan müteselsil sorumlulukta hâkim öncelikle her bir borçlunun kusurunun ağırlığını tespit etmeli, böylelikle de bireysel sorumluluk tavanını belirlemelidir<sup>163</sup>. Ardından müteselsil borçlulardan her biri bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürebilmelidir. TBK m. 114/II atfıyla m. 51-52 sözleşmesel sorumluluk

<sup>159</sup> Ortaklaşa verilen zarar sonucu sorumlu olunan tutar, müteselsil borçlunun bireysel sorumluluk tavanını aşmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Körner, s. 209; Helvacı, **İBK m. 759**, s. 228.

<sup>160</sup> Oftinger/Stark, § 10, N. 33.

<sup>161</sup> TBK m. 61 hükmünün varlığı karşısında Türk Hukukunda farklılaştırılmış teselsülün kabul edilemeyeceği yönünde: Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 173 vd.

<sup>162</sup> Aynı yönde: Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 31-32. Aksi yönde: Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**, s. 210. Yazara göre, tek başına sorumlu olsaydı daha düşük miktarda tazminat ödeyecek zarar verenin sorumluluğunu teselsül gerekçesiyle arttırmak ve en yüksek derecede kusurlu zarar veren için hesaplanan tazminat düzeyine çıkarmak *“başkasının kusurundan dolayı kusursuz sorumluluk”* anlamına gelmektedir.

<sup>163</sup> Körner, N. 601.

alanında da uygulama alanı bulacaktır<sup>164</sup>. Bu doğrultuda hafif kusur, düşük ivaz ve özellikle mesleki riziko tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilecektir<sup>165</sup>.

### C. Müteselsil Sorumlular Arasındaki İç İlişki

Müteselsil sorumlular arasındaki hukuki ilişki incelenmeden önce rücu kavramına değinilmelidir. Müteselsil sorumlulukta, iç ilişkide bozulan dengenin sağlanması amaçlayan rücu, nihai olarak bir başkasının üstlenmesi gereken yükü geçici üstlenen kişinin, geriye dönerek ona başvuruda bulunmasıdır<sup>166</sup>. İç ilişkiye dayanan özel rücu hakkı ve kanunda bazı haller için öngörülmüş genel rücu hakkı (halefiyet) şeklinde ikiye ayrılmaktadır<sup>167</sup>. Müteselsil borçlular arasındaki özel hukuki ilişkiye dayanan rücu hakkının kullanılmasında, müteselsil borçlunun hukuki konumunun güçlendirilmesi için payından fazla tutarda ödemede bulunan borçlunun alacaklıya halef olacağı da kabul edilmiştir (TBK m. 62/II, m.168/I)<sup>168</sup>. Başka deyişle, iç ilişkide kendisine düşen miktardan fazla ifade bulunan müteselsil borçlu, alacaklının halefi olarak bu rücu hakkını kullanabilecektir. Bu yönüyle halefiyet, özel rücu hakkının fer'isidir<sup>169</sup>.

Müteselsil sorumluların (borçluların) iç ilişkideki payları, öncelikle iradelerine göre belirlenir<sup>170</sup>. Bu yönde bir irade ortaya konulmamışsa iç ilişkideki paylar, müteselsil sorumlulukta TBK m. 62/I uyarınca somut olayın bütün özellikleri ile

<sup>164</sup> Brunner, N. 200; von Büren, s. 53; Brehm, **BK-OR**, Art. 43 N. 38; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 348-349.

<sup>165</sup> Brehm, **BK-OR**, Art. 43 N. 38; Brunner, N. 246.

<sup>166</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 355. Benzer tanımlar için bkz. Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 9; Haluk Nami Nomer, “**Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)**” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, İstanbul, 2011, s. 250.

<sup>167</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 505; Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 9; Dalcı Özdoğan, s. 84; Şahin Caner, s. 252; Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 245; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 33, N. 1636; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 356, 387; Nomer, **Rücu**, s. 250; Haluk Nami Nomer, “**Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü**”, İÜFHM, Cilt: 55, Sayı: 3, Yıl: 1997, s. 248.

<sup>168</sup> Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 357; Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 11-12.

<sup>169</sup> Akıntürk, s. 223, Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 357, 390; Şahin Caner, s. 283; Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 12; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 137. Aksi yönde: Dalcı Özdoğan, s. 99; Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 262. Sigorta sözleşmesinde, rücu hakkı bulunmayan bir halefiyetin var olduğu yönünde: Kılıçoğlu, **Halefiyet**, s. 14. Özel rücu hakkının halefiyeti sınırlandıracağı yönünde: Nomer, **Halefiyet**, s. 250; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 321; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 371.

<sup>170</sup> Dalcı Özdoğan, s. 100; Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 16.

sorumluların kusurlarının ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğuna göre hâkim tarafından tespit edilir<sup>171</sup>. Sorumluluk hukuku dışındaki müteselsil borçlulukta ise işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, TBK m. 167/I uyarınca eşit paylaşılacaktır<sup>172</sup>. Bu hükümlerden ayrı bir oranın uygulanması gerektiğini iddia eden, ispat yükü altındadır.

### 1. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Müteselsil Sorumlulukta Rücu İlişkisi

Sözleşmeye aykırılıktan doğan müteselsil sorumlulukta, sorumlular arasındaki rücuun nasıl gerçekleşeceği tartışmalıdır<sup>173</sup>. 818 sayılı BK döneminde hâkim sözleşmesel kusuru veya zarar görenle sorumlular arasındaki sözleşmenin niteliğini göz önünde tutarak takdir yetkisi uyarınca rücu sorununu çözmekteydi<sup>174</sup>. Aynı çözümün Türk Borçlar Kanunu açısından da kabulü mümkündür; eş deyişle, hâkim sözleşmesel kusura ya da sözleşmenin niteliğine bakarak takdir yetkisi çerçevesinde rücu ilişkisinde payları tespit edebilecektir. Ancak sözleşmesel kusurun bulunmadığı ve sözleşme türlerinin aynı olduğu durumlarda (örneğin birden fazla sigorta sözleşmesinin varlığında), sorumlular arasında farklı bir anlaşma yoksa müteselsil borçlulukta eşit pay karinesi (TBK m. 167) kıyasen uygulanabilecektir<sup>175</sup>. Sözleşmesel sorumluların davranışı aynı zamanda haksız fiil niteliği de taşıyorsa, kusurlarının ağırlığı da dikkate alınarak paylaşırma yapılmalıdır<sup>176</sup>. Ancak sorumlulardan bazılarının davranışı haksız fiil teşkil ediyor, bazılarınınki yalnızca sözleşmeye aykırılık oluşturuyorsa paylaşırmanın sadece kusurun ağırlığına göre gerçekleştirilmesi mümkün değildir; olayın diğer tüm özellikleri göz önünde tutulmalıdır<sup>177</sup>.

<sup>171</sup> Dalcı Özdoğan, s. 101; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 522; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 61-62, N. 29 vd. Ancak iç ilişkide sorumluluğun dağılımı konusundaki TBK m. 62/I'nın yasal istisnaları olabileceği (örneğin KTK m. 89) gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>172</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 315; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1410; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 61-62, N. 28; Şahin Caner, s. 257; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 33, N. 1642.

<sup>173</sup> Belirtmek gerekir ki en az üç müteselsil borçlunun bulunduğu durumlarda rücu aşamasında teselsül bulunmamaktadır (TBK m. 167/II) ve borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçluları eşit şekilde üstlenmekle yükümlüdür (TBK m. 167/III).

<sup>174</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 390; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 198; Eren, **Haftung**, s. 425; Dalcı Özdoğan, s. 99 vd.

<sup>175</sup> Ayan, **Rücu Zamluluk**, s. 17; Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 273-274.

<sup>176</sup> Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 274.

<sup>177</sup> Uygulamada genellikle sigortacı ile bir başka sözleşmeye göre sorumlu olan kimselerin müteselsil sorumluluğuna rastlanılmaktadır. Bu hallerde hâkimin takdir yetkisine göre bütün durum ve koşulları

## 2. Rücu Hakkının Tabi Olduğu Zamanaşımı

Haksız fiilden doğan müteselsil sorumlulukta, rücu talepleri konusunda TBK m. 73 ile özel bir zamanaşımı süresi getirilmiştir<sup>178</sup>. Halefiyete dayalı genel rücu ilişkisinde<sup>179</sup> ve müteselsil borçluların sorumluluğunun haksız fiile dayanmadığı hallerde TBK m. 73 hükmü uygulama alanı bulmaz<sup>180</sup>. Başka deyişle, hüküm rücu talebinin müteselsil borçlular arasındaki sözleşme ilişkisine dayandığı hallerde uygulanamaz<sup>181</sup>. Ancak dış ilişkideki sorumluluğun temeli haksız fiilse ve müteselsil sorumlular arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa veya varlığı iddia edilen bu ilişki ispatlanamamışsa, rücu edilecek tutar TBK m. 62/I'e; bu talebin bağlı olduğu zamanaşımı süresi TBK m. 73'e göre belirlenecektir. Hüküm uyarınca haksız fiilden doğan müteselsil sorumlulukta rücu talebi, iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine bağlıdır. İki yıllık süre, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olunan diğer kişinin öğrenildiği andan itibaren işlemeye başlarken on yıllık süre, tazminatın tamamının ödendiği tarihten işlemeye başlar<sup>182</sup>. Zamanaşımının muacceliyetten önce başlaması ve çok az bir miktarın henüz ifa edilmediği gerekçesiyle rücu alacağı zamanaşımının başlatılmaması doktrinde eleştirilmektedir<sup>183</sup>. Katıldığımız görüş

---

değerlendirerek çözüme varması gerekir. Doktrinde sigortacının yanı sıra sorumlu olan kişilerin kusur durumuna göre farklı çözümler benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 22 vd.; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 61-62, N. 35 vd.; Dalcı Özdoğan, s. 126 vd.; Şahin Caner, s. 129 vd.; Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 299 vd. Sözleşmesel sorumlunun ifa yardımcısının davranışı sebebiyle sorumlu tutulduğu hallerde TTK m. 1429/I dikkate alınmalıdır. Hüküm uyarınca *“Sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu bulundukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez”*.

<sup>178</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Rücu**, s. 249; Baysal, **Haksız Fiil**, s. 639; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 506; Kapancı, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 61-62, N. 37; Dalcı Özdoğan, s. 218.

<sup>179</sup> Nomer, **Rücu**, s. 251; Kapancı, **Birlikte Borçluluk**, s. 506; Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 31; Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 249 vd.

<sup>180</sup> Nomer, **Rücu**, s. 249; Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 31.

<sup>181</sup> Borçlular arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa, bu rücu talebi somut olayın özelliklerine göre vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşmeye dayandırılabilir. Bu durumda rücu zamanaşımı süresi, hukuki ilişkinin bağlı olduğu sürelerle tabidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 31-32, 40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 1046.

<sup>182</sup> TBK m. 73'te sürelerin işlemeye başlaması genel kural olan muacceliyete bağlanmamıştır.

<sup>183</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, **Rücu Zamanaşımı**, s. 38; Dalcı Özdoğan, s. 222.

uyarınca TBK m. 73 istisnai bir düzenleme olduğundan kapsamı kıyas yoluyla genişletilmemeli ve başka rücu hallerine uygulanmamalıdır<sup>184</sup>.

#### IV. Zamanaşımı (TBK m. 72)

##### A. Genel Olarak

Zamanın geçmesi, yeni bir hakkın kazanılmasına, mevcut bir hakkın sona ermesine ya da alacağın zorla ifa edilememesine yol açarak hakları çeşitli şekilde etkiler<sup>185</sup>. Genel olarak zamanaşımı, kanunun öngördüğü belirli bir sürenin dolması anlamına gelmektedir<sup>186</sup>. Özel hukukta iki tür zamanaşımı düzenlenmiştir. İlki eşya hukukunda karşımıza çıkan ve aynı haklar için söz konusu olan kazandırıcı zamanaşımıdır<sup>187</sup>. Zamanaşımının diğer türü ise, başlık altında değineceğimiz, kural olarak alacak hakları için söz konusu olan ve borçluya ifadan süresiz kaçınma imkânı verenidir<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Aynı yönde: Nomer, **Rücu**, s. 251; Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**, s. 403. Kanunda özel bir rücu zamanaşımı süresi öngörülmemiş hallerde TBK m. 73'ün kıyasen uygulanabileceği yönünde: Çelik, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 73, N. 4.

<sup>185</sup> Zamanın geçmesinin haklar üzerindeki etkisi incelenirken hakkın niteliğinin belirlenmesi önem taşır. Nitekim zamanın geçmesinin aynı haklar, yenilik doğuran haklar ve alacak hakları üzerindeki etkisi birbirinden oldukça farklıdır.

<sup>186</sup> Benzer tanımlar için bkz. Saymen, s. 596; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 518; Hatemi/Gökyayla, s. 320 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1903; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1418; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 1030, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1098; von Tuhr, s. 687 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 32, N. 1546; Çelik Ahmet Çelik, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 44; Zahid Çandarlı, **Borçlar Hukukunda Müruru Zaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları**, Titaş Basımevi, Ankara, 1943, s. 14; Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1991, s. 10 vd.; Mahmut Bilgen, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 3; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 5 vd.; Ergin Akçay, **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 7 vd.; Eraslan Özkaya, **Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 20 vd.; Meliha Sermin Paksoy, **Zamanaşımından Feragat (TBK m. 160)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 33-34; Özcan Günergök, **Haksız Fiil Hukukunda Ceza Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 6; M. Murat İnceoğlu/Ece Baş Süzel/Asuman Aytekin İnceoğlu, **"Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi"**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Yıl: Eylül 2016, s. 150.

<sup>187</sup> Kazandırıcı zamanaşımı ile başkasına ait taşınır ya da taşınmaz malı, belirli bir süre boyunca zilyetliğinde bulunduran kişi, kanunda öngörülen diğer koşulların da varlığı halinde, o şeyin mülkiyetini kazanmaktadır (MK m. 712, 713, 777) Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 423 vd.; Çandarlı, s. 14; Özkaya, s. 32.

<sup>188</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1959 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1418.

Zamanaşımı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Borçların Sükûtu" başlıklı üçüncü babında düzenlenmekteydi; ancak zamanaşımı borcu sona erdiren bir sebep değildir<sup>189</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nda bu aksaklık giderilmiş borç ve borç ilişkilerinin sona erme halleri Birinci Ayırım'da, zamanaşımı İkinci Ayırım'da düzenlenmiştir.

Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasından itibaren kanunda öngörülen sürelerin geçmesini (dolmasını) gerektirir. Zamanaşımı süresi olarak tek bir süre belirlenmemiş, borcun farklı kaynakları açısından ayrı süreler öngörülmüştür. TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresi genel bir süre olup hükümde ifade edildiği gibi, aksine bir düzenleme bulunmayan hallerde bütün alacaklar için geçerlidir<sup>190</sup>. Bu bağlamda haksız fiillerden doğan tazminat alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 72 istisnai bir hükümdür. Hükme göre "*Tazminat istemi, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*".

Zararın ve tazminatın belirlenmesine ilişkin haksız fiil hükümlerinin kıyasen sözleşmeye aykırılıkta da uygulanmasını öngören TBK m. 114/II atfı, zamanaşımına ilişkin TBK m. 72'yi kapsamaz<sup>191</sup>. Nitekim TBK m. 114/II gereği, haksız fiil hükümleri ancak sözleşmesel sorumluluk alanında ayrı bir düzenleme bulunmaması halinde kıyasen uygulanabilecektir<sup>192</sup>. Oysa zamanaşımını düzenleyen genel hüküm TBK m. 146'nın varlığı, TBK m. 72'nin sözleşmesel alanda uygulanabilirliğini engellemektedir. TBK m. 72, kanundaki sistematik yeri itibarıyla haksız fiilden doğan tazminat alacakları için getirilmiş, TBK m. 146'nın istisnası niteliğinde özel bir

<sup>189</sup> Hatemi/Gökyayla, s. 321; Feyzioğlu, **Cilt II**, s. 520; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1418; Çandarlı, **Müruruzaman**, s. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 1030, Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1098; Tutumlu, s. 6.; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 5 vd.; Akçay, s. 7 vd.; Özkaya, s. 20 vd.; Paksoy, **TBK m. 160**, s. 34.

<sup>190</sup> Zamanaşımı süresine ilişkin TBK m. 146'nın istisnasını oluşturan hükümleri incelemek çalışmamızın kapsamını aşacağından yer verilmemiş, sadece sözleşmeden doğan tazminat taleplerine ilişkin sürelerle değinilmiştir.

<sup>191</sup> Genç Arıdemir, s. 266-267; Brunner, N. 389 vd.; Cuendet, N. 407 vd.; Koller, **Genugtuung**, N. 316; Aksi görüş Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs- Verwirkungs- und Fatafristen**, B.I, Die Verjährung der Forderungen, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1975, § 297, s. 698 (naklen Brunner, N. 392, dn. 725). TBK m. 72/I, c. 1'in aksine TBK m. 72/I, c. 2'nin atfı kapsamında yer alabileceği kanaatindeyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. § 4, IV, B.

<sup>192</sup> OR Art.99/III'ün Almanca metninde yer alan "im übrigen" (kalan hallerde) ifadesinin, hükmün tamamlayıcı niteliğine işaret ettiği, haksız fiil hükümlerinin ancak sözleşme hukukunda boşluk bulunması halinde uygulanacağı şeklindeki açıklama için bkz. Koller, **Genugtuung**, N. 318.

hükümdür<sup>193</sup>. Bu özel ve istisnai hüküm genelleştirilerek sözleşmeden doğan alacak haklarına uygulanamaz. TBK m. 114/II atfının kapsamında m. 72'nin yer almadığının bir diğer göstergesi de Mehaz Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, zamanaşımına ilişkin haksız fiil hükmünün sözleşmeye aykırılık halinde uygulanamayacağının açıkça belirtilmesidir<sup>194</sup>.

TBK m. 149 uyarınca zamanaşımı, alacağın muaccel olmasından itibaren işlemeye başlar<sup>195</sup>. Sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davalarında ise zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlayacağı tartışmalıdır. Kendi içinde farklı yaklaşımlar barındıran baskın görüş, tali edim niteliğindeki tazminatın, asli edimin yerine geçeceği kabulünden hareket etmektedir<sup>196</sup>. Dolayısıyla ifa yerine olumlu zararın tazmini (TBK m. 112, m. 125/II) veya gecikme tazminatı (TBK m. 118) taleplerinde zamanaşımı süresinin, asıl edimin (alacağın) muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlayacağını savunmaktadırlar<sup>197</sup>. Görüşü savunan yazarlar, yapmama borçlarında ve culpa in contrahendo sorumluluğundan doğan tazminat taleplerinde zamanaşımı süresinin, sözleşmeye aykırı davranıldığı andan itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmektedirler<sup>198</sup>. Katıldığımız diğer görüş ise her tür sözleşmeye aykırılık halinde, tazmin yükümlülüğünün yeni bir borç olduğunu kabul

<sup>193</sup> Brunner, N. 403; Koller, **Genugtuung**, N. 320; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 445.

<sup>194</sup> 1905 tarihli Tasarıda, atfın kapsamına giren hükümlerin Art. 1058-1074 olduğu belirtilmiş, haksız fiilde zamanaşımını düzenleyen Art. 1076'nın sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen bile uygulanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. 1909 Tasarısında ise, haksız fiil hükümlerine yapılan atıfta uygulama alanı bulacak hükümler açıkça yazılmamış olsa da bu değişiklik, kanun koyucunun zamanaşımı ile ilgili haksız fiil hükmünün sözleşmeye aykırılık halinde uygulanmasını istediği söylenemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, s. 268-269; Koller, **Genugtuung**, N. 317.

<sup>195</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1422; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1926; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, § 32, N. 1564 vd.

<sup>196</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Genel**, s. 854, dn. 1; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1423; Gauch/Schluep/schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3308 vd.; von Tuhr/Escher, s. 104.

<sup>197</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1106; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 700; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 1249; Guhl/Koller/Schnyder/Drucey, s. 294; von Tuhr/Escher, s. 104; Schwenger, N. 84.13. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. BGE 126 II 145 (151); 119 II 216 (220); 106 II 138; 87 II 155 (159).

<sup>198</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1106; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 701; Schwenger, N. 84.14. Yapmama borçları açısından aynı yaklaşımı benimsemekle birlikte, sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zararın tazmini talep edildiğinde, zamanaşımının sözleşmeden dönüldüğü an başlayacağı yönünde: Eren, **Borçlar Genel**, s. 1423. Zamanaşımının, zararın ortaya çıktığı andan itibaren işlemesi gerektiği yönünde: Wiegand, **BSK-OR**, Art. 97, N. 52; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**, N. 3321-3322.

etmekte; ayrı bir hüküm bulunmadıkça<sup>199</sup>, zamanaşımının sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği andan itibaren işleyeceğini savunmaktadır<sup>200</sup>. Fikrimizce bu yaklaşımın benimsenmesiyle uygulamada ve Yargıtay kararlarında karşılaşılan karmaşıklık bir nebze hafifletilerek yeknesaklık sağlanabilecektir<sup>201</sup>.

Bu görüşler ışığında sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerinin tabi oldukları zamanaşımı süresi de belirlenmelidir. Baskın görüş uyarınca tali edim yükümlülüklerine, asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi uygulanır. Örneğin asli edim TBK m. 147 gereği 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi ise ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini talebi de aynı süreye tabidir. Aynı şekilde TBK m. 118 uyarınca istenebilecek gecikme tazminatı alacağının tabi olduğu zamanaşımının asıl borca göre belirlenecektir. Buna karşın asıl borç için daha kısa zamanaşımı öngörülmüş olsa bile TBK m. 125/III çerçevesinde sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımına tabidir<sup>202</sup>. Katıldığımız görüş ise özel bir hüküm bulunmadıkça sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerinin TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu savunmaktadır<sup>203</sup>.

<sup>199</sup> Örneğin TBK m. 231/I'de satılanın alıcıya devrinden ve TBK m. 478'de teslim tarihinden itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağı özel olarak belirtilmiştir.

<sup>200</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1425, N. 1930; Koller, **Genugtuung**, N. 330.

<sup>201</sup> Yargıtay bazı kararlarında seçimlik hakkın kullanıldığı anı esas almaktadır. Yargıtay 15. HD. 16.4.2014, 1289/2663 sayılı kararında bu yaklaşımını "ifa yerine tazminat alacağı, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin BK'nın 106. maddesindeki seçim hakkını bu yönde kullanmasıyla muaccel olur. Protokol tarihi ya da yüklenicinin yapma borcu yönünden temerrüde düştüğü tarihler, ifa yerine tazminat alacağını muaccel kılmadığından zamanaşımına başlangıç alınamaz" şeklinde ifade etmiştir. Aynı yönde: Yarg. 15. HD., 19.11.2013, 4482/6095. Gecikme tazminatı bakımından ise Yargıtay, borcun gecikmeli olarak ifa edildiği tarihten itibaren gecikme tazminatı alacağının muaccel olacağını ve zamanaşımının işleyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay 15. HD., 01.12.2011, E. 2010/5031, K. 2011/7084: "yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahipleri ifayı bekleyerek gecikme tazminatı isteme hakkına sahip olduklarından ve sözleşme gereği arsa sahiplerine verilmesi taahhüt edilen tüm dükkân ve daireler teslim edilmediği ve sözleşme ifa ile sonuçlanmadığından zamanaşımı süresi henüz işlemeye başlamamıştır.". Aynı yönde: Yarg. 15. HD., 28.6.2018, 1040/2774. Yargıtay bir kararında (21.HD., 30.4.2002, E. 2002/1951, K. 2002/3666), zamanaşımının, failin ve zararın öğrenildiği tarihten itibaren başladığını belirterek, sözleşmeye aykırılık ile haksız fiilden doğan taleplerdeki zamanaşımı sürelerini birbirine karıştırmıştır. Bir başka kararında (21.HD., 28.9.2004, E. 2004/2331, K. 2004/7661) ise zamanaşımı süresinin, haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ifade etmiştir.

<sup>202</sup> Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 696-697.

<sup>203</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1425.

## B. Sözleşme Aykırılıktan Doğan Zararlar Bakımından Ceza Zamanaşımının Uygulanması

Sözleşmeye aykırı davranış, aynı zamanda cezayı gerektiren bir haksız fiil oluşturabilir. Bu davranış için ceza kanunlarında, TBK m. 146’da öngörülenden daha uzun bir zamanaşımı süresi düzenlemişse, uzun zamanaşımı süresinin sözleşmeden doğan talepler hakkında uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Haksız fiil hukukunda buna olanak sağlayan TBK m. 72/I, c. 2, zarar veren hala cezalandırılabilirken zamanaşımı nedeniyle tazminata zorlanamamasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır<sup>204</sup>. Bir diğer amaç, zamanaşımı alanında ceza hukuku ile medeni hukuk hükümlerinin uyumlaştırılmasıdır<sup>205</sup>.

İsviçre Hukukunda hâkim görüş, hükmün amacı göz önüne alınarak OR Art. 60/II’nin (TBK m. 72/I, c. 2) kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanması gerektiği yönündedir<sup>206</sup>. Aksi yöndeki görüş ise OR Art. 60/II’nin uygulama alanı bulmayacağını, nitekim Art. 99/III atfının sadece “sorumluluğun kapsamına” ilişkin olduğunu savunmaktadır<sup>207</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmişse ve ceza zamanaşımı, medeni hukuktaki zamanaşımı süresinden daha uzunsa, tazminat alacağı bu süre içinde talep edebilmelidir<sup>208</sup>.

<sup>204</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 722; Tutumlu, s. 47; Erdem, s. 137; Akçay, s. 72; Çelik, s. 203-204; Günergök, s. 53-54; Brunner, N. 405; Brehm, **BK-OR**, Art. 60, N. 67; İnceoğlu/Baş Süzel/Aytekin İnceoğlu, s. 171; Philippe Seiler, **Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung**, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2011, s. 97. Bu yönde: BGE 127 III 538; 123 III 204 vd.; 122 III 5 vd. Ayrıca bkz. YHGK., 18.11.1981, 1979/4-231 E., 1981/744 K. (Kazancı)

<sup>205</sup> Günergök, s. 53; Seiler, s. 97; Brehm, **BK-OR**, Art. 60, N. 32, 67; Keller/Gabi-Bolliger, s. 162; Oser/Schönenberger, Art. 60, N. 15. Aynı yönde: BGE 62 II 282; BGE 101 II 321.

<sup>206</sup> Koller, **Genugtuung**, N. 324; Brunner, N. 404-405; Seiler, s. 97-98.

<sup>207</sup> Brehm, **BK-OR**, Art. 60, N. 11. Federal Mahkeme bu görüştedir: BGE 123 III 204 vd. TBK m. 114/II, “haksız fiil sorumluluğuna ilişkin” hükümlere atıf yaptığından atfın geniş kapsamlı yorumlanması mümkündür.

<sup>208</sup> Aynı yönde: Günergök, s. 176; Koller, **Genugtuung**, N. 324; Brunner, N. 515; Hasan Petek, “Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Taleplerinde Ceza Davası Zamanaşımının Uygulanması”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 153, Yıl: Mayıs 2017, s. 112-113. Bu yönde bkz. YHGK., 18.11.1981, E. 1979/4-231, K. 1981/744 (Kazancı). Örneğin, bir doktorun taksirle hastasının ölümüne sebep olması halinde, sözleşmenin kötü ifası olan bu fiili, TCK m. 85’te düzenlenen taksirle öldürme suçunu oluşturur ve iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası uygulanır. Olaydaki doktorun altı yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi ihtimalinde zamanaşımına ilişkin TCK m. 66/I, (d) uygulama alanı bulacaktır. Hükme göre, beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda zamanaşımı on beş

Genel zamanaşımı süresinden ayrılan ve istisnai bir düzenleme olan TBK m. 72/I, c. 2'nin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yer almasının nedeni, ceza kanunu uyarınca suç teşkil eden davranışın aynı zamanda haksız fiil niteliği taşımasıdır. Ancak sözleşmeye aykırı davranış da ceza kanunları uyarınca düzenlenmiş bir suç niteliği taşıyabilir ve ceza zamanaşımı, genel zamanaşımı süresinden daha uzun olabilir. Bu halde, TBK m. 72/I, c. 2'nin sözleşmesel sorumluluk alanında uygulanmasını kabul etmeyerek alacaklıyı haksız fiil hükümlerine başvurmaya zorlamak, onun menfaatlerini önemli ölçüde sarsacaktır.

Kanaatimizce hükmün amacından yola çıkılarak TBK m. 72/I, c. 2, TBK m. 114/II'nin genişletici yorumu ile sözleşme hukukunda kıyasen uygulanabilmelidir. Bu kabulden sonra ceza zamanaşımının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta hangi koşullarla uygulanabileceğine de kısa değinilmelidir. Öncelikle sözleşmeye aykırı davranış bir suç teşkil etmelidir<sup>209</sup>. Ayrıca ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için sözleşmeye aykırı davranışı gerçekleştiren sözleşenlerden biri olmalıdır; başka deyişle TBK m. 72/I, c. 2, fiili suç teşkil eden ve cezaen sorumlu tutulabilecek (ceza verilebilecek) kişiler hakkında uygulanabilecektir<sup>210</sup>. Bu durumda, sözleşmenin ifasında ifa yardımcısından yararlanan sözleşene ileri sürülecek taleplerde ceza zamanaşımının uygulanamayacaktır.

## V. Ceza Mahkemesi Kararları Karşısında Hukuk Hâkiminin Durumu

Yargılama" başlıklı TBK m. 74, hukuk hâkiminin, ceza hâkimi karşısındaki konumunu belirlemektedir. Doktrinde "*bağımsızlık prensibi*" olarak anılan hüküm gereği, hukuk hâkimi kural olarak ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararları

---

yıldır. Bu durumda TBK m. 72/I, c. 2 atfıyla TCK m. 66/I, (d) göz önünde tutularak doktorun sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talebinin on beş yıl olduğu kabul edilecektir.

<sup>209</sup> Günergök, s. 175; Çelik, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 72, N. 42; Baysal, **Haksız Fiil**, § 9, N. 9.26. Ancak Yargıtay'ın, Kabahatler Kanununda yer alan eylem ve süreleri TBK m. 72/I, c. 2 kapsamında değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., 30.03.2015, E. 2014/13296, K. 2015/4424 (YKD 2015/10, 2096); Yarg. HD., 27.10.2015, E. 2015/3450, K. 2015/11139. Suç teşkil etmeyen eylemler için TBK m. 72/I, c. 2'nin uygulanmasının hükmün ratio legisine aykırı olduğu yönünde: Baysal, **Haksız Fiil**, § 9, N. 9.29.

<sup>210</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 616; Petek, s. 125; İncoğlu/Baş Süzel/Aytekin İncoğlu, s. 194; Erdem, s. 145-146.

ile bağılı değildir<sup>211</sup>. Bağımsızlık prensibinin kabul edilmesinin temelinde, iki hukuk alanındaki sorumluluğu kurucu unsurların, hükümlerin ve yargılama usullerinin, görev ve yapıları itibariyle farklı amaçlar taşıması yer almaktadır<sup>212</sup>. Suç oluşturan bir fiil çoğu zaman haksız fiil niteliği de taşır ancak sorumluluk hukukunda “*haksız fiil eşittir suç*” şeklinde bir formül geçerli değildir<sup>213</sup>. Başka deyişle her haksız fiil ceza hukuku açısından suç teşkil etmeyebilir<sup>214</sup> ya da tam tersi her suç niteliğindeki hukuka aykırı fiil, haksız fiil oluşturmaz<sup>215</sup>. Dolayısıyla ceza yargılaması ile medeni yargılamanın birbirinden bağımsız olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>216</sup>.

Bağımsızlık prensibi, mutlak bir ilke niteliğinde değildir; TBK m. 74, hukuk hakiminin bağımsız olduğu hususları sınırlı şekilde belirlemektedir<sup>217</sup>. Hükümde hukuk hakiminin bağımsızlığı, ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararları açısından ikili ayrımla incelenmiştir. Çalışmamızda ise konu, ceza mahkemesince

<sup>211</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 349; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Genel**, s. 711; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 585; Eren, **Borçlar Genel**, s. 934; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 249; Çelik, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 74, s. 569; Ahmet M. Kılıçoğlu, “**Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**”, AÜHFD, Cilt: 29, Sayı: 3-4, Ankara, 1973, s. 187; Kadir Berk Kapancı, “**Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 515-516; Ferhat Erçin, **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi (B.K. 53. Madde)**, Der Yayınları, İstanbul, 2000, s. 46-49; Erhan Türker, “**Ceza Mahkemesi Kararlarının Haksız Fiiller Konusunda Hukuk Hâkiminin Kararlarına Etkisi**”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 1980, s. 313; Ege Bağatur, “**Medeni Hukuk ile Ceza Hukuku Arasındaki İlişki, BK’nun 53. Maddesinin İncelenmesi**”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1965, Sayı: 5, s. 578.

<sup>212</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 349; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 585-587; Eren, **Borçlar Genel**, s. 935; Türker, s. 313-314; A. İsmet Arslan, “**Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (I)**”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, Yıl: 1980, s. 177; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 57, 143 vd. Ceza mahkemeleri, temel hak ve hürriyetlerden olan kişinin özgürlük alanlarını yakından ilgilendirdiğinden, bir kişiyi cezaen sorumlu tutarken normal bir tazminat davasından daha katı kurallarla bağılı olup kuvvetli delillere ihtiyaç duyarlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 586.

<sup>213</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 581; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 514.

<sup>214</sup> Örneğin irade sakatlığı hallerinden aldatma, haksız fiil niteliği taşırken dolandırıcılık suçunun unsurlarını taşımadığı takdirde suç değildir. Farklı örnekler için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 581; Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 185-186; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 514-515.

<sup>215</sup> Örneğin süratli araba kullanarak trafiği tehlikeye atmak (TCK m. 180) suç olduğu halde herhangi bir zarar doğmamışsa haksız fiilden bahsedilemez ve tazminata da hükmedilemez. Diğer örnekler için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 581; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 515.

<sup>216</sup> Ayrıca TBK m. 74, ceza mahkemesi kararı bulunmasına rağmen hukuk hâkimine serbestçe hareket etme olanağı tanıdığından kesin hüküm itirazının da istisnası niteliğindedir. Buna karşın sahtecilik davasında ceza mahkemesi tarafından verilecek mahkûmiyet kararı hukuk mahkemesinde kesin hüküm teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 196; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 517; Aslan, s. 513.

<sup>217</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 585.

verilen beraat ve mahkûmiyet kararlarında hangi hususlarda hukuk hakiminin bağımsız olduğu belirtilerek açıklanacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ceza mahkemesinin beraat kararlarının da ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiği konusunda Yargıtay ve doktrin hemfikirdir<sup>218</sup>. Ceza mahkemesinin delil yetersizliğine dayanarak verdiği beraat kararı hukuk hakimini hukuka aykırı fiilin gerçekleşip gerçekleşmediği, zarar verenin kusurunun ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı, illiyet bağının veya zararın var olup olmadığı hususlarında bağlamaz<sup>219</sup>. Eş deyişle, delil yetersizliğine dayalı beraat kararında, hukuk hâkimi aynı olayı değerlendirirken tam bağımsızdır. Bunun nedeni delilleri takdir konusunda ceza yargılaması ile medeni yargılama usulleri arasında önemli farklılıkların bulunması ve ceza hukukunda geçerli olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir<sup>220</sup>.

Ceza mahkemesinin beraat kararı fiilin, o fail tarafından işlenmediği tespitine dayanıyorsa, hukuk hakimini bağlayıcı niteliktedir; zira ceza mahkemesinin bu tespiti daha geniş bir soruşturmaya ve incelemeye dayanmaktadır<sup>221</sup>. Aynı şekilde bir olayın varlığını tespit eden kararlar da hukuk mahkemesi bakımından kesin delil niteliğindedir<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 323; Bağatur, s. 581, Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 591. Bu yönde: YHGK, 15.2.1967, E. 746, K. 115.

<sup>219</sup> Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 198; Bağatur, s. 581; Erçin, s. 61; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 715; A. İsmet Arslan, “**Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (IV)**”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 7, Sayı:3, Yıl: 1981, s. 334.

<sup>220</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 591-592; Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 198. Suçsuzluk karinesi olarak da adlandırılan şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve ceza yargılamasının medeni usul hukukundan farkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Gökçen/Murat Balcı/Kerim Çakır/Mehmet Emin Alşahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 122-125; Özen Atlıhan, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Yıl: 2005, s. 292.

<sup>221</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 715; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 251; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 592; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 520; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 533-534; Erçin, s. 59.

<sup>222</sup> Bağatur, s. 581. Bu yönde bkz. Yarg. 14. HD., 15.05.2008, E. 5387/K. 6321: “*Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hükmünce hukuk hâkimi, Ceza Mahkemesinin verdiği beraat kararı ile bağlı değil ise de ceza hâkiminin yaptığı maddi saptama hukuk hâkimini bağlar. Kısaca ifade etmek gerekirse, dava konusu taşınmazların mer'a olduğu, Ceza Mahkemesi kararı ile sabittir.*” (www.kazanci.com)

Delil yetersizliği dışında bir sebeple verilen beraat kararında hukuk hâkimi kararlarla bağlı olmaksızın olayın haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığını takdir edecektir. Hem haksız fiil hem suç niteliğinde bir davranış söz konusuysa ve beraat kararı, kusurun ya da ayırt etme gücünün bulunmamasına dayanıyorsa, hukuk hâkimi bu karar ile bağlı olmayacaktır<sup>223</sup>. Nitekim TBK m. 74/I uyarınca hukuk hâkimi kusurun ve ayırt etme gücünün tespitinde ceza hukuku kurallarıyla yanı sıra beraat kararıyla da bağlı değildir. İki alan arasındaki önemli bir farklılık, ceza hukukunda yer verilmeyen kusursuz sorumluluğun borçlar hukukunda geçerli olmasıdır. Bu bağlamda ceza mahkemesi tarafından ayırt etme gücü bulunmadığı tespit edilerek beraat kararı verilen kişi, TBK m. 65 çerçevesinde tazminat ödemek zorunda kalabilecektir<sup>224</sup>.

Aynı zamanda haksız fiil teşkil eden bir suçun varlığında ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı açısından ise hukuk hakiminin bağımsızlığı, kusurun (ağırlığının) değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesiyle sınırlandırılmıştır. O halde ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı üzerine hukuk hâkimi, hukuka aykırı fiilin işlendiği, zarar verenin ayırt etme gücünün<sup>225</sup> ve kusurunun varlığı<sup>226</sup> hususlarında

<sup>223</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 350; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 593; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 534-535; Arslan, **Tazminat Taleplerine Etki (IV)**, s. 333. Bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., 09.02.2015, E. 618/K. 1526. (www.kazanci.com). Ceza hukukunda temyiz kudreti ve cezaî ehliyetle ilişkin yaş sınırları, özel hukuk alanındaki hukukî sorumluluk için geçerli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 588; Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 195; Eren, **Borçlar Genel**, s. 828.

<sup>224</sup> Yarg. 4. HD, 3.3.2016, E. 2015/15710, K. 2016/2818: “...Adli Tıp Kurumundan alınan raporda; davalıda suç tarihi itibari ile şuur ve hareket serbestisini ortadan kaldıracak derecede Paranoid Şizofren olarak tanımlanan akıl hastalığı bulunduğu belirlendiği, ceza mahkemesince davalının cezaî sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği ... anlaşılmaktadır...Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanununun 54. ve halen yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 65. maddesine göre; hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir...” Aynı yönde, Yarg. 10. HD., 27.9.2013, E. 2012/24954, K. 2013/17630; Yarg. 10. HD, 26.5.2016, E. 2015/6461, K. 2016/8682; 4. HD., 25.2.2015, E. 2014/15656, K. 2015/2147; Yarg. 10. HD, 16.2.2010, E. 2009/15766, K. 2010/1900.

<sup>225</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 595; Antalya, **Cilt V/1.2**, s. 518. Mahkûmiyet kararına rağmen, hukuk hakiminin failin ayırt etme gücünün değerlendirmede bağımsız olacağı yönünde: Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 299. Fikrimizce cezaî sorumluluk bakımından isnat yeteneği bulunan bir kimsenin hukuk davasında ayırt etme gücü bulunmadığı kabul edilemez. Bu nedenle hukuk hâkimi mahkûmiyet kararı üzerine ayırt etme gücü açısından ceza mahkemesi kararı ile bağlıdır.

<sup>226</sup> Mahkûmiyet kararının kusurun varlığı konusunda da hukuk hakimini bağlamayacağı yönünde: Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 299. Ceza hukukunda suçun doğması için esas olan kastın varlığıdır; ihmâl ise istisnaen suçun sübjektif unsurunu teşkil etmektedir. Buna karşın özel hukukta en hafif ihmâl dahi kusurun varlığının kabulü için yeterlidir. Dolayısıyla kanaatimizce, ceza hukukunda daha dar kapsamda ele alınan kusurun varlığına hükmedildiyse, bu tespit hukuk hâkimi açısından bağlayıcı

bağlı olacaktır. Kusurun tür ve derecesini belirlemede ise mahkûmiyet kararından bağımsızdır<sup>227</sup>.

Zarar kavramı bakımından iki hukuk dalı arasında ortaklık bulunmadığından, hukuk hâkiminin zararın belirlenmesinde ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmadığı kabul edilir<sup>228</sup>. Ceza mahkemesi beraat ya da mahkûmiyet kararı karşısında hukuk hâkimi zarar miktarını takdir ederken bağımsızdır<sup>229</sup>.

Mahkûmiyet kararları açısından önemli bir husus da ceza hâkiminin takdiri indirim nedenlerini uygulamasının hukuk mahkemesine etki edip etmeyeceğidir. Gerek kusurun belirlenmesi gerekse zararın takdiri noktalarında özel hukuk ve ceza hukuku farklı özellikler gösterir. Ceza hukukundaki hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler ile borçlar hukukundaki tazminattan indirim sebepleri birbirinden farklıdır. Örneğin ceza hukukunda yaş küçüklüğü, yaşlılık, sağırlık, dilsizlik hafifletici neden kabul edilerek cezanın daha az takdir edilmesi sonucunu doğururlar. Fakat, özel hukukta bu gibi sebepler tazminatın indirilmesi sonucunu doğurmaz. Uygulamada ise Yargıtay, ceza mahkemesince örneğin haksız tahrik sebebiyle ceza indirilmiş ise, hukuk hâkiminin tazminat takdir ederken bunu dikkate almamasını bozma sebebi olarak görmekte ve indirimi hukuk hâkimi için bağlayıcı kabul etmektedir<sup>230</sup>. Önemle

---

olmalıdır. Şu hâlde, TBK m. 74/II'de "kusurun değerlendirilmesi" ifadesiyle anlatılmak istenen kusurun derecesini belirlemedir. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 587.

<sup>227</sup> Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 350; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 712; Eren, **Borçlar Genel**, s. 936; Erçin, s. 55; Bağatur, 582; Oser/Schönenberger, Art. 53, N. 11. Bu yönde bkz. Yarg. 17. HD., 13.04.2015, E. 18481/K. 5739; Yarg. 3. HD., 16.09.2014, E. 4270/K. 11857.

<sup>228</sup> Belirtmek gerekir ki 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükteyken mağdurun ceza davasında tazminat talep etme imkânı bulunmaktaydı. Şahsi dava veya şahsi hak talebi olarak anılan bu imkana CMK'da yer verilmemiştir.

<sup>229</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**, s. 713; Eren, **Borçlar Genel**, s. 936; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 253; Erçin, s. 50, 58; Arslan, **Tazminat Taleplerine Etki (IV)**, s. 331; Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 200; Oser/Schönenberger, Art. 53, N. 10. YHGK, 22.1.2014, E. 2013/11-158, K. 2014/33: "...Bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ne var ki, hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fülin hukuka aykırılığı" konusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır.". Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., 16.1.2014, E. 2013/16030, K. 2014/408; Yarg. 3. HD., 23.5.2002, E. 2002/4996, K. 2002/5813.

<sup>230</sup> Yarg. 4. HD., 12.5.2016, E. 2015/7746, K. 2016/6549: "...Dava konusu olaya gelince, ceza mahkemesince davalının kasten öldürme eylemini desteğin tahriki etkisi altında işlediği kabul edilerek cezadan indirim yapıldığından, 6098 sayılı TBK'nın 52. maddesi uyarınca bölüşük kusur olarak kabul edilmesi gereken tahrik sebebiyle hesaplanan tazminat tutarından indirim yapılması gerektiğinin

vurgulamak gerekir ki ceza hukukunda fail ve mağdurun karşılıklı olarak kusurlarının indirilmesi de kural olarak mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu m. 74, nedensellik bağı açısından hukuk hakiminin bağımsız olup olmadığı hususunda düzenleme getirmediğinden konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, TBK m. 74/II'nin zıt anlamından yola çıkarak, hükümde söz edilmeyen nedensellik bağı bakımından hukuk mahkemesinin ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı ile bağılı olduğunu savunmaktadır<sup>231</sup>. Diğer görüş ise TBK m. 74/II'de belirtilmeyen hususlarda hukuk hakiminin bağımsızlığına işaret edildiğini, diğer deyişle kusurun ağırlığı ve zararın takdiri dışında da mutlak bağımsızlığın kabulü gerektiği ileri sürmektedir<sup>232</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca hukuka aykırı fiil ile netice arasında nedensellik bağı bulunmadığına dair ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlamamalıdır<sup>233</sup>. Ancak suçun bütün unsurları gerçekleştiği için ceza mahkemesince verilen bir mahkûmiyet kararı, fiil ile netice arasında nedensellik bağı bulunduğu tespitini de içermektedir; artık haksız fiil bakımından nedensellik bağının gerçekleşmediğinin kabulü oldukça güçtür. Bu nedenle hukuk hakiminin ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararıyla nedensellik bağı yönünden bağılı olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay da pek çok kararında, mahkûmiyete ilişkin ceza mahkemesi kararlarının nedensellik bağı konusunda hukuk hakimini bağlayacağı kanaatindedir<sup>234</sup>.

Bağımsızlık prensibinin uygulamasıyla ilgili önemli konulardan biri de açılan ceza davasının hukuk mahkemesindeki tazminat davası bakımından bir bekletici sorun

---

*düşünülmemiş olması doğru olmamış kararın açıklanan sebeple bozulması gerekmiştir...*". Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, 10.6.2002, E. 2002/3079, K. 2002/7148.

<sup>231</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 716; Bağatur, s. 582; Arslan, **Tazminat Taleplerine Etki (IV)**, s. 519.

<sup>232</sup> Kapancı, **TBK m. 74**, s. 532 Erçin, s. 58; Brunner, N. 361, 364; Oser/Schönenberger, Art. 53, N. 10.

<sup>233</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 592.

<sup>234</sup> Bu yönde bkz. YHGK, 19.09.2012, E. 2012/3-396, K. 2012/582; Yarg. 4. HD., 15.12.2005, E. 16972/K. 13599; Yarg. 10. HD, 18.2.2014, E. 2013/10641, K. 2014/3050; Yarg. 4. HD, 25.6.2007, E. 2006/10084, K. 2007/8592. Yargıtayın, nedensellik bağının tespitinde hukuk hakiminin bağımsız olduğu yönündeki kararları için bkz. YHGK, 12.5.2004, E. 2004/4-290, K. 2004/289: "...ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı hukuk mahkemesinde (tazminat davasında) kusurun takdiri zararın miktarının tayini ve uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığı hususları bakımından kesin delil oluşturmaz..."; Yarg. 21. HD, 13.11.2007, E. 2007/17891, K. 2007/20495.

oluşturup oluşturmayacağıdır<sup>235</sup>. Esasen, hukuk hâkimi haksız fiile ilişkin uyuşmazlıklarda doğrudan görevlidir ve beklemek zorunda değildir<sup>236</sup>. Buna karşın hâkim dilerse, ceza mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonucunu kendi vereceği karar açısından bekletici sorun olarak kabul edebilecektir<sup>237</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 74 ile ilgili son olarak takipsizlik kararı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve affın hukuk mahkemesine etkisine kısaca değinilecektir. Savcı, yaptığı hazırlık soruşturması sonucunda toplanan delillerle bir kamu davasının açılmasına yeterli olmadığına kanaat getirecek olursa takipsizlik kararı vermektedir. Hukuk hâkimi savcının takipsizlik kararıyla bağlı olmaksızın olayı inceleyerek kararını verebilecektir<sup>238</sup>. Aynı şekilde genel veya özel af halinde de hukuk hâkimi haksız fiil failini tazminat ödemeye mahkûm edebilecektir<sup>239</sup>. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği hallerdeyse, aslında maddi olaylar ceza mahkemesince sabit görülmüştür. Her ne kadar açıklanması ertelense bile bir mahkûmiyet kararı verildiğinden, hukuk hakiminin verilen kararla bağlı olması ve bu doğrultuda hüküm kurması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>240</sup>. Yargıtay hükmün açıklanmasının geriye bırakıldığı hallerde, beraat kararı verilmişçesine bir yaklaşım benimsemektedir<sup>241</sup>.

---

<sup>235</sup> Bekletici sorun, davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için mahkemenin görevi dışında kalması nedeniyle görevli makamlarca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken hallerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, “Bekletici Sorun”, DEÜHFD, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 1980, s. 249 vd.

<sup>236</sup> Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 205; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 542-544; Erçin, s. 65-66.

<sup>237</sup> Yargıtay ise tazminat davası bakımından ceza davasının bekletici sorun olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu yönde bkz. Yarg., 05.03.2015, E. 6700/ K. 2582: “6098 sayılı TBK’nın 74. maddesi (818 Sayılı BK’nın 53) uyarınca ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, somut olayın özelliği itibariyle maddi olgunun ve davalının sorumluluğunun tespiti açısından ceza davasının sonucu önem arz etmektedir. Şu durumda, mahkemece davalı hakkında açıldığı bildirilen ceza davasının sonucunun beklenmesi ve sonrasında dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”.

<sup>238</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 480; Erçin, s. 64; Arslan, **Tazminat Taleplerine Etki (IV)**, s. 339.

<sup>239</sup> Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 351; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 481; Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**, s. 204; Erçin, s. 62; Kapancı, **TBK m. 74**, s. 545-546.

<sup>240</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 479-480.

<sup>241</sup> Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD., 04.06.2015, E. 5221/K. 7322; Yarg. 17. HD., 16.02.2015, E. 16604/K. 2798.

Türk Borçlar Kanunu m. 74 ceza hukuku ile özel hukuk arasındaki ilişkiyi düzenler. Bu nedenle sadece haksız fiiller hakkında değil, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da geçerlidir. Başka deyişle TBK m. 74'teki bağımsızlık prensibi ve istisnaları, medeni hukuk kapsamında değerlendirilecek tüm taleplere uygulanabilecek genel bir ilke olarak görülmelidir<sup>242</sup>.

## VI. Geçici Ödemeler (TBK m. 76)

### A. Genel Olarak

Geçici ödeme kurumu, Türk Borçlar Kanunu'nun "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlıklı ikinci ayrımının "Yargılama" alt başlığında hüküm altına alınmıştır. TBK m. 76, Widmer/Wessner Tasarısı (m. 53) ile İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmek istenen 56h maddesinden esinlenilerek düzenlenmiştir<sup>243</sup>. Hüküm birçok

<sup>242</sup> Aynı yönde Brunner, N. 361.

<sup>243</sup> Doktrinde İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonunun 56h maddesinde düzenlenen "*vorläufige zahlungen/paiements anticipés*" in, TBK m. 76'daki düzenlemenin karşılığını oluşturduğu, fakat TBK'ya birebir alınmadığı vurgulanmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, "**Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler**", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 176; Aslı Makaracı Başak/Gülen Sinem Tek, "**Türk Borçlar Kanununda Getirilen Geçici Ödemeler Hakkında Düşünceler**", DEÜHFD, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı: 2014, s. 1112; İbrahim Kaplan, "**Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim**", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 25, Yıl: Eylül 2008, s. 19-20; O. Gökhan Antalya, "**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme**", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt I, İzmir 2013, s. 185; Emel Badur, "**Geçici Ödemeler**", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 114, Yıl: Şubat 2016, s. 15.

yönden eleştirilmekle<sup>244</sup> birlikte Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve uluslararası çalışmalara uyum sağlama açısından önem taşıdığı belirtilmektedir<sup>245</sup>.

Geçici ödeme, henüz yargılama devam ederken zarar görenin talebi üzerine, haklılığını gösteren delillerin bulunması ve ekonomik durumun da gerektirmesi koşullarıyla, hâkimin tazminata mahsuben hükmettiği ödeme şeklinde tanımlanabilir<sup>246</sup>. Madde gerekçesine göre bu hükümle, sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda olan ve uğradığı zararın giderilmesi konusunda ekonomik desteğe ihtiyaç duyan zarar görenlerin, uzun yargılama sürecinde zor duruma düşmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> TBK m. 76 ile ilgili eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Meclis Adalet Komisyonu Raporu, s. 269, Erişim: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>; Haluk Burcuoğlu, “**Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler**”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, 80 Jahre Schweizerisches ZGB und OR in der Türkei, Symposium vom 28 April 2006, İstanbul 2007, s. 90; Damla Gürpınar, “**Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri**”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, s. 293; Evrim Erişir, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 421-422; Hayriye Gonca Güngör, “**Borçlar Kanunu Tasarısıyla Getirilen Yeni Kurumlar ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler-Düzeltilmeler**”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 24/2005, Sayı: 95, Ekim 2005, s. 15; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “**Geçici Ödemeler**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Yıl: Ocak-Şubat 2014, s. 119-120; Cengiz Koçhisarlıoğlu/Özlem Erişgin, “**Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller**”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1271; Hüseyin Hatemi, “**Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi**”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 228-229.

<sup>245</sup> Türk Borçlar Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği üzere, UNIDROIT İlkeleri, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler, Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri ve Avrupa Haksız Fiil Hukukunun Temel İlkeleri göz önüne alınarak 818 sayılı Borçlar Kanunu’nu yenileme çalışmaları yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 2.

<sup>246</sup> Farklı tanımlar için bkz. Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 633-634; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 173; Antalya, **Geçici Ödemeler**, s. 187; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 112; Battal Şener, “**Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler**”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan-I, Cilt: 19, Özel Sayı, Yıl: 2017, s. 1628.

<sup>247</sup> Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 10; Gürpınar, **Haksız Fiil**, s. 290-291; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 185; İlhan Helvacı, “**Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler**”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 4, Yıl: Ağustos 2005, s. 108.

Hukuki niteliği konusunda tartışmalar bulunmakla birlikte katıldığımız görüş<sup>248</sup> uyarınca geçici ödeme, ön ödeme niteliği taşıyan bir geçici hukuki koruma tedbiridir (HMK m. 406)<sup>249</sup>.

## B. Hükümün Uygulama Alanı

Geçici ödemeye ilişkin düzenleme “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” başlığı altında yer almaktadır; ancak doktrinde hükümün uygulama alanına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Çalışmamız açısından önem taşıyan husus, TBK m. 114/II atfı gereği TBK m. 76’nın sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Azınlıkta kalan görüşe göre geçici ödeme hükmü, sadece haksız fiillere özgü düzenlenmiştir; dolayısıyla TBK m. 114/II’deki atfa rağmen, TBK m. 76 sözleşmeye aykırılık hallerine uygulanmamalıdır<sup>250</sup>. Katıldığımız baskın görüş ise

<sup>248</sup> Makaracı Başak/Tek, s. 1122.

<sup>249</sup> Geçici ödemenin ön ödeme olduğu yönünde: Nomer, **Borçlar Genel**, s. 263; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 187, 190; Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 177-178. Geçici hukuki koruma tedbiri olduğu yönünde: Badur, s. 20; Şener, s. 1644; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 112; Adnan Deynekli, “**Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri**”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 64; Murat Topuz, “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 17, Yıl: 2011, s. 272-273. Eda amaçlı bir ihtiyati tedbir olduğu yönünde: Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 179; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 548; Erişir, s. 422-423; Aydın Özdemir, s. 132-133. Geçici ödemenin ön tazminat olduğu yönünde: M. Turgut Öz, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 14. Geçici ödemenin nafaka ve adli yardımla benzerlikleri-farklılıkları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Makaracı Başak/Tek, s. 1116, dn. 18, s. 1120. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 18.11.2013 tarihli, E. 2013/15667, K. 2013/20940 sayılı kararında geçici ödeme kararını ihtiyati tedbir niteliğinde kabul etmiştir: “*HMK’nun 394. maddesine göre kendisi dinlenmeden aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, bu karara itiraz edebilir. Mahkeme itiraz üzerine başta ihtiyati tedbir isteyen olmak üzere ilgilileri dinlemek üzere davet eder. Ancak, taraflar gelmeseler dahi dosya üzerinden inceleme yapılarak karar verilir (HMK 394/4). Mahkeme yaptığı inceleme sonunda itiraz hakkında ret veya kabul kararı verir. İtiraz haklı bulunmazsa, bu talep reddedilir ve tedbir devam eder; itiraz haklı bulunursa, ihtiyati tedbir kararı değiştirilebileceği gibi, tamamen de kaldırılabilir. İtiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle HMK’nun 394. madde hükmüne uygun olarak tedbir kararına itiraz üzerine mahkemece ilgililerin davet edilip dinlenmesi, şayet taraflar gelmezse dosya üzerinden karar verilmesi gerekirken usul ve yasa hükümlerine uygun olmayarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.*”

<sup>250</sup> Makaracı Başak/Tek, s. 1124. Yazarlar uygulama alanı genişletilen geçici ödemenin giderek ön tazminat niteliğine bürüneceğini belirtmektedir. Ayrıca görüş uyarınca geçici ödemeye ilişkin hüküm vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, culpa in contrahendo sorumluluğu gibi borcun diğer kaynaklarına uygulanmamalıdır. Aynı yönde bkz. İdil Tuncer Kazancı, “**Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar**”, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 23, Yıl: 2012, s. 104.

sözleşmeye aykırılık halinde geçici ödemenin uygulanabileceğini kabul etmektedir<sup>251</sup>. Baskın görüş de kendi içinde ayrılmaktadır. Bir kısım yazarlar geçici ödemenin sadece tazminat davalarında değil, sözleşmeden doğan borcun ifasına ilişkin davalarda da uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>252</sup>. Burada önem taşıyan husus, ifa talepli davanın para borcuna ilişkin olmasıdır<sup>253</sup>. Diğer yaklaşım ise geçici ödeme istenebilecek sözleşmeye aykırılık hallerini dar yorumlayarak, sadece sözleşmeye aykırılık sebebiyle bedensel zarara uğrayan tarafın geçici ödeme talep edebileceğini belirtmektedir<sup>254</sup>.

Fikrimizce TBK m. 76 sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davalarında ve kıyasen para borcuna ilişkin ifa davalarında uygulanabilmelidir; hükmün kapsamı, sözleşmeye aykırılıktan doğan bedensel zararlara hasredilecek kadar daraltılmamalıdır. Bir örnekle açıklayalım: Bir satış sözleşmesinde A, B'nin temerrüde düşmesinin ardından ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmini istemiyle dava açmıştır. Diğer zararlarının yanı sıra A, ifa konusu edimi C'ye borçlanmış B'nin temerrüde düşmesi nedeniyle C'ye zamanında ifa edememiş, ceza koşulu ödeyerek katlanması beklenemeyecek kadar zor durumda kalmıştır. Bu halde olumlu zararın tazminine yönelik dava devam ederken, B'nin borca aykırı davranışından doğan zararını inandırıcı delillerle ortaya koyan A, geçici ödeme talep edebilmelidir<sup>255</sup>. Aynı örnekte bu kez satış sözleşmesinin taraflarından A'nın temerrüde düştüğünü, B'nin satış bedelinin ödenmesi için aynen ifa davası açtığını varsayarsak, A'nın sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle zor duruma düşen B (diğer koşulların da varlığı halinde) TBK m. 76'nın kıyasen uygulanmasıyla geçici ödeme talep edebilmelidir. Başka deyişle geçici ödeme hükmünün uygulama alanı açısından para borcuna ilişkin ifa

<sup>251</sup> Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 638; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 192; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 548; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 177; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 263, 373; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 423; Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 268; Erişir, s. 357-358; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 122. Öte yandan geçici ödemelerin sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilirken sebepsiz zenginleşmede uygulanmaması eleştirilmekte, sebepsiz zenginleşmede de davacının aynı korumadan yararlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 181; Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 274; Yavuz, **Yenilikler**, s. 178; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 192.

<sup>252</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 423; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 177; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 122; Badur, s. 16.

<sup>253</sup> Badur, s. 15-16.

<sup>254</sup> Gürpınar, **Haksız Fiil**, s. 293.

<sup>255</sup> Bu noktada haksız fiil kaynaklı geçici ödeme talebinden farklı olarak borçlunun kusurunu ispat gerekmez (TBK m. 112).

davaları ve sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davaları arasında ayırım yapılmamalıdır. Geçici ödeme talep etme olanağı sözleşmeye aykırılıktan doğan bedensel zararın tazmini davalarında ise evleviyetle olmalıdır. Buna karşın TBK m. 114/II'deki gibi bir atıf (yasal dayanak) bulunmadığından sebepsiz zenginleşme, culpa in contrahendo ya da vekaletsiz iş görme gibi borcun diğer kaynaklarında TBK m. 76'nın uygulanmamalıdır<sup>256</sup>.

Belirtmek gerekir ki geçici ödemenin talep edilmesi için maddi tazminat borcu doğmuş olmalıdır; niteliği gereği manevi tazminat talebi geçici ödeme ile bağdaşmaz<sup>257</sup>. Nitekim manevi zarara uğrayan zarar görenin, ekonomik açıdan zor duruma düştüğünden bahisle, acil olarak giderilmesi gerekli bir zarardan söz edilemeyecektir.

### C. Geçici Ödemenin Koşulları

Hâkim geçici ödemeye ilişkin koşulların gerçekleştiğine kanaat getirirse, takdir yetkisini kullanarak geçici ödemeye ve miktarına karar verebilecektir<sup>258</sup>. Aşağıda bu koşullar incelenecektir.

#### 1. Talep

Geçici ödemeye hükmedilebilmesinin koşullarından ilki, zarar görenin talebidir<sup>259</sup>. Taleple bağlılık ilkesi gereği hâkim kendiliğinden geçici ödemeye hükmedemez (HMK m. 26)<sup>260</sup>. Zarar görenin geçici ödeme talep ederken miktar belirtmesinin gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır. Bir görüş hâkimin taleple

<sup>256</sup> Aynı yönde bkz. Şener, s. 1655-1656. Sebepsiz zenginleşmenin iadesinde kötünietli zenginleşen açısından hükmün uygulanabileceği yönünde: Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 192. TBK m. 76'nın uygulanabilmesi için sorumluluğun Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesinin şart olmadığı, örneğin Medeni Kanun'da düzenlenen nişanın bozulması ya da boşanmaya dayalı tazminat davalarında MK m. 5 gereği geçici ödeme istenebileceği yönünde: Badur, s. 16.

<sup>257</sup> Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 256; Makaracı Başak/Tek, s. 1123; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 124-126; Şener, s. 1637. Kanun koyucunun zarar türleri arasında ayırım yapmadığı, manevi zararın tazmini davalarında da geçici ödeme talep edilebileceği yönünde: Badur, s. 17.

<sup>258</sup> Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 273 vd.

<sup>259</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 420; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 263; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 549; Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 637; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 192; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 177; Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 268; Erişir, s. 357-358; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 122.

<sup>260</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 420; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 191; Makaracı Başak/Tek, s. 1124; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 178; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 118.

bağlılığından hareketle, miktar belirtilmesinin zorunlu olduğunu savunmaktadır<sup>261</sup>. Görüş uyarınca hâkim, davayı aydınlatma ödevi kapsamında, geçici ödeme miktarını bildirmeyen zarar görene ihtarda bulunmalıdır (HMK m. 31). İhtara rağmen miktar bildirilmezse, zarar gören geçici ödeme talebinden vazgeçmiş sayılmalıdır. Diğer görüş, geçici ödeme talebinde, miktar belirtilmesinin zorunlu olmadığını ileri sürmektedir<sup>262</sup>. Fikrimizce de talep edilen tazminat miktarı geçici ödemenin üst sınırını oluşturduğundan, hâkim somut olayın şartlarına göre bunun altındaki bir tutara hükmedebilecektir; miktar belirtmeye gerek yoktur.

Talep açısından tartışmalı diğer konu, zarar sorumlusunun (davalının) geçici ödemede bulunmayı talep edip edemeyeceğidir. Doktrinde baskın görüş, zarar verenin geçici ödemede bulunmayı talep edemeyeceği yönündedir<sup>263</sup>. Diğer görüş, davalının geçici ödeme teklifinin davacı tarafça kabul edilmesi halinde, mahkemece geçici ödeme kararı verilebileceğini savunmaktadır; bu durumda adeta davacı mahkemeden geçici ödeme talebinde bulunmuş gibi kabul edilmelidir<sup>264</sup>. Katıldığımız üçüncü görüş ise, hükmün amacından yola çıkmaktadır. TBK m. 76, uzun yargılama sürecinde ortaya çıkabilecek telafisi güç zararları önlemek amacı taşır; bu bakımdan davacı ve davalı eşit konumda olmalıdır. Ayrıca davalı zararın artmasını önleyerek aleyhine hükmedilecek tazminat miktarını azaltmak isteyebilir. Dolayısıyla davalı da geçici ödemede bulunmayı talep edebilmelidir<sup>265</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I gereği, zarar görenin zararı arttırması veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması halinde, hâkimin tazminatı indirebileceğini veya tamamen kaldıracabileceğini açıklamıştık. Bu noktada akla gelen sorulardan biri de zarar görenin geçici ödeme talep etmemesinin, TBK m. 52/I

---

<sup>261</sup> Şener, s. 1649.

<sup>262</sup> Makaracı Başak/Tek, s. 1130; Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 420; Badur, s. 18.

<sup>263</sup> Kılıçoğlu Yılmaz, s. 118; Makaracı Başak/Tek, s. 1129; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 549; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 178. Doktrinde Yavuz, önceleri bu görüşte iken daha sonra davalının da geçici ödeme talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Karş. Yavuz, **Yenilikler**, s. 189; Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Cilt (m. 1-338), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 597.

<sup>264</sup> Antalya, *Cilt V/1*, 2, s. 638.

<sup>265</sup> Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 277; Şener, s. 1651. Ayrıca geçici hukuki koruma tedbirlerinin her iki tarafça talep edilebilmesi bunu destekler niteliktedir. Belirtmek gerekir ki davalının geçici ödeme teklif etmesi davayı kabul anlamına gelmediği gibi, davacının davalının geçici ödeme teklifini kabulüyle sulh gerçekleşmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, s. 1650.

çerçevesinde tazminattan indirim sebebi oluşturup oluşmayacağıdır. Katıldığımız görüş gereği, zarar görenin geçici ödeme talebinde bulunmaması kusur olarak kabul edilemez ve TBK m. 52/I uyarınca tazminattan indirim sebebi oluşturmaz<sup>266</sup>. Kanun tarafından zarar görene tanınan hak, ona yükümlülük getirmemelidir. Nitekim HMK m. 24/II “*Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz*” ifadesiyle bu görüşü desteklemektedir. Geçici ödeme talep edilmemesini tazminattan indirim sebebi olarak kabul eden görüş<sup>267</sup>, fikrimizce TBK m. 76’nın amacı ile de çelişmektedir. Kaldı ki savunduğumuz görüş gereği, zarar gören talep etmese de zarar veren geçici ödeme teklifinde bulunarak zararın artmasının önüne geçebilecektir.

## 2. Zarar Görenin Ekonomik Durumunun Geçici Ödemeyi Gerektirmesi

Zarar görenin geçici ödeme isteyebilmesinin ikinci koşulu “*ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirmesi*”dir; ancak Kanun bu konuda bir ölçüt getirmemiştir. Doktrindeki baskın görüş, geçici ödemenin amacının davacıyı zenginleştirmek olmadığını; dolayısıyla davacının haksız fiil öncesi ekonomik durumunun değil, haksız fiil sonrası içinde bulunduğu durumun dikkate alınacağını belirtmektedir<sup>268</sup>. Görüş uyarınca hüküm dar yorumlanmalı, zarar gören zaruret halinde bulunmalı ve hiçbir sosyal güvenlik kuruluşundan yardım görmediğini kanıtlamalıdır<sup>269</sup>. Özellikle, zarar görenin haksız fiil öncesinde de zaruret halinde bulunması ve haksız fiil sonrasında durumunda kötüleşme olmaması halinde TBK m. 76’nın uygulanamayacağından bahisle görüş eleştirilmektedir<sup>270</sup>.

Katıldığımız görüşe göre, ekonomik gereksinim kavramı ne çok dar ne çok geniş yorumlanmalı, zarar görenin acilen giderilmesi gerekli zaruret halinde

---

<sup>266</sup> Şener, s. 1680.

<sup>267</sup> Burcuoğlu, **Yenilikler**, s. 91; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 186; Makaracı Başak/Tek, s. 1129- 1130.

<sup>268</sup> Antalya, **Cilt V/1, 2**, s. 639; Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 178; Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 279 vd., dn. 77; Yavuz, **Yenilikler**, s. 179, Şener, s. 1664.

<sup>269</sup> Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 178; Erişir, s. 428; Widmer/Wessner, s. 256. Görüş, TBK m.76’nın gerekçesinde, sosyal güvenlikten yoksun bireylerin geçici ödemeye başvurabileceklerinin örnek gösterilmesinde dayanağını bulmaktadır. Fikrimizce dikkate alınması gereken zarar görenin sosyal güvenlikten yoksun olup olmaması değil, sosyal güvencenin gerekli ölçüde olup olmadığı, zarar göreni katlanması beklenemeyecek zor durumdan kurtaracak nitelik taşıyıp taşımadığıdır.

<sup>270</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Makaracı Başak/Tek, s. 1126-1127.

bulunması ise aranmamalıdır<sup>271</sup>. Her somut olay ayrı ayrı incelenerek zarar görenin haksız fiil sebebi ile kendisinden katlanması beklenemeyecek düzeyde zor durumda bulunması yeterli sayılmalıdır<sup>272</sup>. Bununla birlikte hükümde açıkça davacının gereksinim içine düşmüş olması aranmaktadır; bu nedenle gelecekte geçici ödeme ihtiyacının doğabileceği ihtimali, geçici ödeme talebinin kabulü için yeterli değildir<sup>273</sup>.

Davacının ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirip gerektirmediği konusunda şüpheye düşüldüğünde, hâkimin geçici ödemeye karar vermemesi; bunun yerine ihtiyati tedbir ya da haciz yoluna başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>274</sup>.

Kanun koyucu TBK m. 76'da davalının ekonomik durumu ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Ağırlıklı görüş uyarınca hâkim, davalının ekonomik durumunu da dikkate almalı; ekonomik mahvına sebep olacak tutarda geçici ödemeye karar vermemelidir<sup>275</sup>. Bu görüşteki yazarlar TBK m. 76 uygulanırken m. 52/II'nin de dikkate alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Fikrimizce TBK m. 52/II geçici ödemelere hükmedilirken dikkate alınmamalıdır<sup>276</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki TBK m. 76'nın temelinde hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır. Zarar gören zaten ekonomik olarak katlanması beklenemeyecek derecede zor durumda olduğundan geçici ödeme talebinde bulunacaktır. Zarar gören ile zarar verenin ekonomik durumları eşit veya yakın seviyedeysen öncelik tanınması gereken, zarar görendir. Kaldı ki TBK m. 52/II'nin uygulanabilmesi için, zarar verenin olayın meydana gelmesinde hafif kusurunun bulunması ve tazminatın tamamını ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olması gerekmektedir. Bu ise kusurun değerlendirilmesi gibi uzun ve detaylı bir araştırma sürecini gerektirir. Halbuki TBK m. 76'nın amacı zarar görenin acil ekonomik ihtiyacını gidermektir. Dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde önem taşıyan TBK m. 52 geçici ödemeler açısından dikkate alınmamalı, geçici ödemeye karar verme süreci mümkün olduğu kadar kısaltılmalıdır. Ayrıca TBK m. 52 dikkate

<sup>271</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 420; Gürpınar, *Haksız Fiil*, s. 292, dn. 74

<sup>272</sup> Makaracı Başak/Tek, s. 1127; Badur, s. 19-20.

<sup>273</sup> Topuz, *Geçici Ödemeler*, s. 280; Yavuz, *Yenilikler*, s. 180; Antalya, *Geçici Ödeme*, s. 194.

<sup>274</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 548.

<sup>275</sup> Oğuzman/Öz, *Cilt II*, N. 420; Topuz, *Geçici Ödemeler*, s. 279; Makaracı Başak/Tek, s. 1128; Antalya, *Geçici Ödeme*, s. 195; Yavuz, *Şerh*, s. 595.

<sup>276</sup> Aynı yönde bkz. Şener, s. 1666.

alınarak kusur araştırması sonrası hükmedilen geçici ödeme, ön tazminat niteliğine bürünür; bu da geçici ödemenin hukuki niteliği ile bağdaşmayacaktır.

### 3. Zarar Görenin İddiasını İnandırıcı Kanıtlarla Ortaya Koyması

Geçici ödemenin diğer koşulu, zarar görenin iddiasının haklılığını “*inandırıcı kanıtlarla*” ortaya koymasındır; bu da haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil, zarar, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı ve kusurun bulunduğunu ispatlaması ile gerçekleşecektir<sup>277</sup>. Borca aykırılıktan doğan tazminat davalarında ise zarar gören, borçlu kusurunu ispatla yükümlü değildir.

TBK m. 76/I uyarınca davacının haksız fiilin gerçekleştiğine ilişkin inandırıcı kanıtlar getirmesi yeterlidir. “*İnandırıcı kanıt*” kavramından ne anlaşılması gerektiği ise doktrinde tartışılmıştır<sup>278</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca inandırıcı kanıt kavramı ile ifade edilmek istenen yaklaşık ispattır<sup>279</sup>; hâkimin geçici ödemeye hükmedebilmesi için zarar görenin kesin delil getirmesine gerek yoktur<sup>280</sup>.

#### D. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumlulukta Hükümün Uygulanmasına İlişkin Soru ve Sorunlar

Geçici ödemeye ilişkin koşullar oluşmuşsa hâkim ödemenin miktarını ve şeklini takdir yetkisi çerçevesinde belirleyecektir (MK m. 4). Katıldığımız görüş uyarınca sözleşmeye aykırılıkta da uygulama alanı bulan geçici ödemelerle ilgili en önemli soru/sorunlar, faiz, mahsup ve iadede karşımıza çıkacağından bu konuları yakından incelemek yarar sağlayacaktır.

Davada geçici ödemeye karar verilmemişse, hâkim yalnızca tazminatı belirleyecektir. Buna karşın geçici ödemeye karar verilmişse, bu miktarın hükmedilen tazminattan az ya da çok olması şeklinde iki olasılık gündeme gelecektir. Hükmedilen

<sup>277</sup> Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 177; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 192-193; Makaracı Başak/Tek, s. 1125; Badur, s. 18-19; Şener, s. 1656.

<sup>278</sup> İnandırıcı kanıt kavramı hakkında tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 178; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 193; Şener, s. 1656 vd. Erişir, “*yaklaşık ispat*” yerine “*iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunma*” ifadesinin kullanılmasını kavramlarda birlik sağlanmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir (Erişir, s. 429 vd.).

<sup>279</sup> Yaklaşık ispat, ispatı gereken hususların tam olarak değil, kuvvetle muhtemel gösterilmesinin yeterli olmasıdır. Yaklaşık ispat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak, **Yaklaşık İspat**, s. 29 vd.; Topuz, **Geçici Ödemeler**, s. 280.

<sup>280</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 420; Deynekli, s. 66.

tazminat geçici ödeme miktarından fazlaysa, mahsup işlemi yapılacaktır. Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından sorun yaşanması muhtemel ilk konu da mahsup işleminin hangi aşamada ve nasıl yapılacağıdır.

Doktrinde bir görüş, hâkimin dava sonunda hüküm kurarken sadece geçici ödemeye ilişkin ara kararına atıf yapacağını, geçici ödemelerin mahsubunun cebri icra (hükümün infazı) aşamasında gündeme geleceğini savunmaktadır<sup>281</sup>. Diğer görüş ise hâkimin geçici ödeme miktarını tazminattan indirerek hüküm kurması gerektiğini belirtmektedir<sup>282</sup>.

Tartışmalı bir başka husus, geçici ödemeye temerrüt faizi işletilip işletilmeyeceği; işletilecekse faizin başlangıç tarihinin nasıl belirleneceğidir. TBK m. 76, davanın reddi halinde yapılan geçici ödemelerin faiziyle birlikte davalıya iadesini öngördüğünden, geçici ödemeye de temerrüt faizi işletilebileceği kabul edilmelidir; aksi durum eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır<sup>283</sup>.

Faizin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı da tartışmalıdır. Konuyu TBK m. 117/II çerçevesinde ele alan görüş, haksız fiilin işlendiği tarihten geçici ödemenin fiilen yapıldığı tarihe kadar temerrüt faizi talep edilebileceğini; sözleşmeye aykırılıkta ise borcun ifa edileceği tarihin belirlenmiş olup olmadığına bakılarak temerrüt tarihinin belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>284</sup>. İleri süren başka bir görüş ise hem haksız fiil hem sözleşmeye aykırılık için geçerli olacak şekilde, geçici ödemeye ilişkin ara karar tarihinden fiili ödeme tarihine kadar faiz yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>285</sup>.

Bu görüşler ışığında, geçici ödemenin (ve faizinin) mahsubuyla ilgili doktrinde iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Hâkimin hüküm kurarken mahsup işlemi yapacağını belirten ilk yaklaşım, geçici ödeme miktarı tazminattan indirilince kalan

<sup>281</sup> Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 196. Görüş uyarınca, hâkim nihai kararında tazminatı belirlemekle yetinecek, ara kararına yaptığı atıfla hükmedilen ve ifası gerçekleşen geçici ödemelerin mahsup edileceğini belirtecektir.

<sup>282</sup> Yavuz, **Şerh**, s. 600; Deynekli, s. 66; Tuncer Kazancı, s. 101.

<sup>283</sup> Aksi yönde Topuz, **Geçici Ödeme**, s. 281.

<sup>284</sup> Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 196.

<sup>285</sup> Yavuz, **Yenilikler**, s. 176, 188; Yavuz, **Şerh**, s. 591; Makaracı Başak/Tek, s. 1131-1132.

meblağa haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren temerrüt faizi işletileceğini ve yine haksız fiil tarihinden geçici ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçici ödemeye de faiz işletileceğini ifade etmektedir<sup>286</sup>. Geçici ödemelerin mahsubunun icra aşamasında gerçekleşeceğini savunan yaklaşım ise icra memurunun geçici ödeme kararını değil, fiilen yapılan geçici ödemeleri esas alarak bunların tazminattan indirileceğini savunur. Buna göre önce haksız fiilin işlendiği tarihten ilk geçici ödemenin yapıldığı tarihe kadar hükmedilen tazminata faiz işletilecek; daha sonra ifa edilen geçici ödeme miktarı düşülerek bir hüküm tarihine kadar tekrar faiz işletilecektir<sup>287</sup>. Kanaatimizce, hükmedilen tazminat geçici ödeme miktarından fazlaysa, mahsup işleminin cebri icra aşamasında yapılmasını savunan görüş, özellikle birden çok ya da irat şeklinde geçici ödemeye hükmedildiyse daha isabetli ve pratiktir.

Dava sonunda tazminata hükmedilmez ya da tazminat, geçici ödeme miktarının altında belirlenirse<sup>288</sup> bu kez iadeye ilişkin sorunlar gündeme gelecektir<sup>289</sup>. Hâkim hükümde geçici ödemenin iade edilmesi gerektiği yönünde karar vermelidir; başka deyişle geçici ödemenin iadesi için davalının ayrı bir dava açması gerekmemektedir<sup>290</sup>.

Karşılaşılabilecek en önemli risk ve hükmün en yoğun eleştirildiği husus, zarar görenin aldığı geçici ödemeleri iade edememesidir. Nitekim TBK m. 76'nın uygulama koşullarından biri, zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirmesidir. TBK m. 76, hali hazırda ekonomik açıdan zor durumda bulunan zarar görenin, lehine hükmedilen geçici ödemeleri iade edememesi olasılığında nasıl bir yol izleneceğini düzenlenmemiştir<sup>291</sup>. Sosyal devlet ilkesine dayanan de lege feranda öne

<sup>286</sup> Tuncer Kazancı, s. 101; Murat Aydoğdu/Serkan Ayan, **Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 34.

<sup>287</sup> Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 196.

<sup>288</sup> Her ne kadar kanun metninde bu ihtimal düzenlenmemiş olsa da doktrinde haklı olarak geçici ödemelerden daha düşük tazminata karar verilmesinin de iadeye sebep olacağı belirtilmiştir. İkinci fıkra daha düşük bir tazminata hükmedilmesi ibaresinin eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 180.

<sup>289</sup> Tasarı metninin ilk halinde ödenmiş olan geçici ödemenin, tazminata karar verilmemesi halinde iadesi düzenlenmemiştir. Yapılan eleştiriler sonucunda ikinci fıkra eklenmiş ve iadenin ne şekilde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Tasarının ilk hali ve eleştirisi için bkz. Erden Kuntalp/Nami Barlas/Ahu Ayanoğlu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işıltan/Mehtap İpek/Mert Yaşar/Sedef Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 54-55.

<sup>290</sup> Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 421.

<sup>291</sup> HMK m. 392'de ihtiyati tedbirle ilgili teminat öngörülmüşken TBK m. 76'a böyle bir düzenleme bulunmamasının yarattığı tehlikeye ilişkin bkz. Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 197.

sürülen bir görüş, geçici ödemelerin adli yardıma ek olarak Devlet tarafından karşılanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>292</sup>. Benzer yönde bir görüş, davacının geçici ödemeleri iade edememesi halinde Devletin sorumluluğunun doğması gerektiğini savunmaktadır<sup>293</sup>.

Mevcut düzenleme “*davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vereceği*” yönündedir. Hükümde faizin hangi tarihten itibaren hesaplanacağı ve türü (temerrüt ya da anapara faizi) konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşleri irdeleyebilmek için öncelikle geçici ödemelerin iadesinin hukuki temeli tespit edilmelidir. Bir görüş kanunundan kaynaklanan iade borcu bulunduğunu, sebepsiz zenginleşme kurumuna gidilemeyeceğini, talep edilecek faizin de anapara faizi olduğunu ve ödeme yapıldığı andan itibaren işlemeye başlayacağını savunmaktadır<sup>294</sup>. Katıldığımız baskın görüş ise iade talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını savunmaktadır<sup>295</sup>. Widmer/Wessner Tasarısının madde gerekçesinde de geçici ödemelerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşeceği ifade edilmiştir<sup>296</sup>. Baskın görüş geri ödemeye işleyecek faizin temerrüt faizi olduğunu kabul etmektedirler. Faizin başlangıç tarihi noktasında ise geçici ödemenin fiilen yapıldığı<sup>297</sup> ve iade kararının verildiği tarih<sup>298</sup> olmak üzere iki farklı yaklaşım mevcuttur. Kanaatimizce faizin başlangıcı olarak geçici ödemenin fiilen yapıldığı tarih esas alınmalıdır.

---

<sup>292</sup> Hatemi, **Değerlendirme**, s. 229.

<sup>293</sup> Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1271; Yavuz, **Yenilikler**, s. 178. Nitekim Adalet Komisyonunda da davacının geçici ödemeyi iade etmemesinden devletin sorumlu olması gerektiği, aksi takdirde kanunun meşruluk koşulunun ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.

<sup>294</sup> Makaracı Başak/Tek, s. 1137-1138. Görüş, geçici ödeme ile gerçekleşen zenginleşmede hâkim kararının geçerli bir sebep olduğu gerekçesine dayanmaktadır.

<sup>295</sup> Aydoğdu/Ayan, s. 35; Antalya, **Geçici Ödeme**, s. 197; Topuz, **Geçici Ödeme**, s. 279; Yavuz, **Şerh**, s. 590. Kanun koyucunun sebepsiz zenginleşmeyle ilgili genel hükümlerle yetinmeyerek TBK m. 76/II’de özel bir sebepsiz zenginleşme düzenlemesi getirdiği yönünde: Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**, s. 180.

<sup>296</sup> Widmer/Wessner, s. 256.

<sup>297</sup> Topuz, **Geçici Ödeme**, s. 282; Yavuz, **Yenilikler**, s. 188; Yavuz, **Şerh**, s. 592; Aydoğdu/Ayan, s. 37 (Ayan’ın görüşü).

<sup>298</sup> Aydoğdu/Ayan, s. 38 (Aydoğdu’nun görüşü); Deynekli, s. 67.

## SONUÇ

Bu çalışmada varılan başlıca sonuçlar şunlardır:

1. Türk-İsviçre Borçlar Kanunları sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğu birbirinden ayırmaktadır. Hukuki sorumluluğa ilişkin bu ikili düzenlemeye rağmen, her iki alan açısından da aynı soru/sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu durum, kanun koyucunun sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin konularda, sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen hükümlere atıfta bulunmasına yol açmıştır. TBK m. 114/II de atıf hükmü olarak karşımıza çıkan, tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kuralıdır; kusura dayanan sorumluluk ilkesini düzenleyen temel norm olup sorumluluğun kapsamını ve uygulanacak hükümleri belirler. TBK m. 114/II normatif değil, açıklayıcı bir hükümdür. Bu hüküm olmasaydı bile, önüne gelen uyuşmazlıkta hâkim MK m. 5'ten yola çıkarak aynı sonuca ulaşacaktır. TBK m. 114/II'de genel bir atıf yapılmış hangi hükümlerin atfın kapsamına girdiğini açıkça belirtmemiştir. Bu nedenle hüküm içi boşluk (Lücke intra legem) bulunmakta olup hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde tamamlanmaya muhtaçtır.
2. TBK m. 114/I, İsviçre Borçlar Kanunu Art. 99/III'te aynı içerikle ifadesini bulmaktadır. Hükmün Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinleri arasındaki farklılık, hangi haksız fiil hükümlerine atıf yapıldığının belirlenmesinde güçlük yaratmış ve tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde Fransızca metnin daha kapsamlı olduğu, Almanca metinden yola çıkıldığında Art. 50-51 ve 54'ün (TBK m. 61-62 ve 65) atfın kapsamı dışında kaldığını fakat bunun hükmün amacına uymadığı vurgulanmıştır.
3. TBK m. 114/I'in uygulanabilmesi için öncelikle sözleşmeden doğan sorumluluğun unsurları mevcut olmalıdır. Başka deyişle, sözleşmesel sorumluluk unsurları varsa zararın ve tazminatın belirlenmesi noktasında, bu atıf hükmü devreye girecektir. Sözleşmeden doğan sorumluluğun unsurları geçerli bir sözleşmenin varlığı, sorumluluk sebebi olarak sözleşmeye aykırı

davranış, zarar, sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağı ve kusurdur.

4. Tarafların kanunu niteliğindeki sözleşmede belirlenen davranış kuralının ihlali, hukuka aykırılık teşkil eder; başka deyişle hukuka aykırılık unsurunun anlamı ve sınırları baştan bellidir. Karşılıklı-birbirine uygun iradeleriyle kurdukları hukuki işlem taraflar arasında özel bağ yaratır ve sözleşmede kararlaştırılan davranışa (borca) uygun hareket etmekle yükümlü kılar. Bu bağlamda her borca aykırılık esasen hukuka aykırılık oluşturur.
5. Hukuka aykırılığı kaldıran sebepler, aynı işlevi sözleşmeden doğan sorumlulukta da taşınmalıdır. Yasal düzenlemenin, mutlak haklara müdahaleye izin verdiği koşullarda, bir tarafın diğerinin nisbi haklarını ihlal etmesi evleviyetle sorumluluğu kaldırmalıdır. Hukuka aykırılığı kaldıran hallere ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılıktaki uygulama alanı, haksız fiillere göre daha dardır. Çünkü, kanun koyucu pek çok hükümde alacaklıya özel yetkiler tanımıştır. Böylelikle alacaklı, aslında sözleşmeye aykırılık teşkil edecek davranışından sorumlu tutulmamaktadır.
6. “*Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi*”ne ilişkin TBK m. 112, ilk planda ifa imkânsızlığıyla temerrüdü ve ayrıca doktrinde tartışmalı olmakla birlikte katıldığımız görüş uyarınca sözleşmenin müspet ihlalini içine almaktadır. Bununla birlikte doktrinde, TBK m. 112’nin sözleşme öncesi davranış yükümüne aykırılık ve yaratılan güvenin boşa çıkarılması hallerinde de uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Sözleşmesel sorumlulukta uygulanacak yaptırımın tespiti, öncelikle borçlunun davranışının kategorize edilmesine; başka deyişle, ihlalin hangi sözleşmeye aykırılık halini oluşturduğunun belirlenmesine bağlıdır.
7. Zarar hem haksız fiilden hem sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsurlarındandır. Ancak sözleşmeden doğan sorumlulukta, haksız fiillerden farklı olarak taraflar arasında kurulan yoğun ve somut güven ilişkisi nedeniyle,

olumlu-olumsuz menfaatler gündeme gelmektedir. Bu menfaatler, sözleşmenin istenilen içerikte kurulması ya da ifa edilmesine ilişkin olup ihlali halinde olumlu-olumsuz zarar ortaya çıkar. Sözleşmesel sorumlulukta hangi zararların tazmin edileceği ihlal edilen menfaatin türüne göre belirlenmektedir. Haksız fiil sorumluluğunda ise hem böyle bir güven ilişkisi hem de menfaat beklenen ifa bulunmadığından olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapılmaz.

8. Kişiyeye verilen zararların ve eşyanın uğradığı hasardan doğan zararların dışında kalanlar salt malvarlığı zararı olarak adlandırılır. Salt malvarlığı zararlarında ise mutlak hak ihlali söz konusu olmadığından hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için özel bir koruma normunun ihlali aranmaktadır. Çoğu zaman özel bir koruma normunun ihlalinden bahsedilemediğinden salt malvarlığı zararlarının haksız fiilden doğan sorumluluk çerçevesinden tazmini mümkün olmamaktadır. Buna karşın sözleşmeden doğan sorumluluğun temel amacı tarafların aralarında yarattıkları hukuki düzene aykırılık halinde ortaya çıkan zararın giderilmesidir. Sözleşmede belirlenen kurallara aykırılık, hukuka aykırılığın ortaya çıkması için yeterlidir. Bu bağlamda sözleşmesel sorumlulukta salt malvarlığı zararlarının tazmin edileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır.
9. Malvarlığında matematiksel bir eksilme (fark) olmasa bile tazmini gereken değerleri ifade eden normatif zarar kavramına, Türk-İsviçre Hukuklarında tereddütle yaklaşılmaktadır. Buna karşın gerek mevzuattaki son gelişmeler gerekse yargı kararları, normatif zarar niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılan boşa geçen tatil zamanının, eşyanın sürüm değerinin azalmasının ve çalışmayan kişinin işgücü kaybının tazminine farklı gerekçelerle imkân vermektedir. Doktrindeki görüşler ve mevzuatımızdaki güncel gelişmeler incelendiğinde vardığımız sonuç, normatif zarar teorisinin bütünüyle kabulünün ya da reddinin doğru bir yaklaşım olmayacağıdır.
10. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, zarar miktarının belirleneceği an açısından sözleşmeye aykırılığın türü de büyük önem taşımaktadır. Örneğin ifa

imkânsızlığında, borcun ifasının imkânsızlaştığı tarih esas alınmalıdır. Sözleşmenin olumlu ihlali halinde, sözleşmenin ihlal edildiği tarih göz önünde tutulmalıdır. Borçlu temerrüdünde ise aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteniyorsa, temerrüt tarihinin, ifaya yönelik davanın açıldığı tarihin ya da hüküm tarihinin göz önünde tutulabileceğine yönelik görüşler bulunmaktadır. Alacaklı aynen ifadan vazgeçip ortaya çıkan zararı talep ederse, alacaklının vazgeçme beyanını açıkladığı tarih dikkate alınmalıdır. Bu çözüm, sözleşmeden dönme halinde istenecek zararlara ilişkin olarak da uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle TBK m. 125'ten doğan hakkın kullanıldığı an dikkate alınacaktır.

11. TBK m. 50, m. 114/II'nin atfıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerinde zararın ispatı noktasında doğrudan uygulanacaktır.
12. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun mutlak şekilde objektifleştirilmesi, borçlunun konumunun ve kişisel özelliklerinin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu TBK m. 400 hükmüyle objektifleştirilmiş kusur teorisi yanında sübjektif teorinin de dikkate alınması gerektiğini benimsemiştir. Hüküm, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüm sözleşmelere kıyasen uygulanmalıdır.
13. Alacaklının tazminat talep edebilmesi için kural olarak borçlunun kusuru aransa da sözleşmesel sorumlulukta kusurun rolü konusunda kapsamlı tartışmalar mevcuttur. Türk-İsviçre Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, kusur ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkenin yalnızca tazminat sorumluluğu bakımından geçerli olup sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklının başvurabileceği diğer seçeneklerde kusur aranmamaktadır.
14. Türk-İsviçre Hukukunda gerek haksız fiilden gerekse sözleşmeden doğan sorumlulukta kural olarak kusurun her tür ve derecesi, sorumluluğun kurulması için yeterlidir. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. Sözleşmeden doğan sorumlulukta ise istisnalar daha geniştir (Bkz. TBK m. 294, m. 220, m. 225,

m. 477). Bu istisnaların yanı sıra TBK m. 114/I'in “İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.” şeklindeki özel düzenlemesi de göz önünde bulundurulmalıdır.

15. TBK m. 112’de borçlu aleyhine getirilen kusur karinesi haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumluluk arasında kusurun ispatı noktasında önemli bir farklılık yaratmaktadır. Hüküm uyarınca alacaklı, borçlunun kusurunu ispatla yükümlü değildir; aksine borçlu, sorumluluktan kurtulmak için kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamak zorundadır. Böyle bir değişikliğe gidilmesinin sebebi, borca aykırı davranışın genellikle borçlunun bilgi ve hakimiyet alanında gerçekleşmesinin yanı sıra sözleşmenin tarafları arasında yoğun ve özel güven ilişkisinin varlığıdır.
16. Sözleşme dışı sorumlulukta yapılan doğal nedensellik-uygun nedensellik ayrımı sözleşmesel sorumluluk bakımından da geçerlidir. Türk Hukukunda sorumluluğun sınırlanmasında öngörülebilirlik ilkesi yerine kusur, uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı teorilerinden yararlanılmaktadır. Ancak tarafların sorumluluklarının kapsamını belirlemede zaman zaman öngörülebilirlik ilkesinden de faydalanılabilir.
17. Gerek haksız fiilden gerekse sözleşmeden doğan sorumlulukta tazminatın ödenme biçimini başka deyişle zararın aynen ya da nakden tazmini yolunu, TBK m. 51 uyarınca hâkim belirleyecektir. Türk-İsviçre Hukukunda, aynen ve nakden tazmin arasında bir öncelik sırası belirlenmemiştir.
18. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine göre, sözleşme sadece alacaklı ile borçlu arasındaki bir bağıdır; bu nedenle, kural olarak üçüncü kişiler üzerinde bir etkisi yoktur. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebilecek kişi, kural olarak zarara uğrayan alacaklıdır. Ancak tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, üçüncü kişilere sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etme yetkisi tanınabilmektedir.

Bu nedenle tazminat alacaklısının tespiti önemlidir. Ayrıca üçüncü kişinin zararı tazmin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da gündeme gelebilecektir.

19. Zararın ve ardından tazminatın belirlenmesi aşamalarıyla hüküm tesis edilmektedir; tazminat miktarının belirlenmesinden sonra indirildiği üçüncü bir aşama yoktur.. TBK m. 51/I’de yer alan “durumun gereği” ve “kusurun ağırlığı” da birer indirim sebebidir; iki hüküm bütün oluşturmaktadır. Gerek TBK m. 51/I gerekse m. 52/I’e dayanarak hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.
20. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin ayrı ve özel bir düzenleme bulunmadığından TBK m. 114/II atfıyla, TBK m. 51 ve m. 52 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Ancak haksız fiil hükümlerinin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun ilkelerine ve yapısına aykırı düşmemek kaydıyla uygulanabileceği unutulmamalı, TBK m. 51 ve m. 52 açısından da bu husus gözetilmelidir. Bu noktada sözleşmeye aykırılıkta, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak tek bir sonucun öngörülmediği anımsanmalıdır. Haksız fiil sorumluluğunun sonucu tazminat borcunun doğması iken, sözleşme aykırılıkta tazminat dışında ifa talebi, bedelin indirilmesi, sözleşmeden dönme gibi çeşitli yaptırımlar mevcuttur. Başka deyişle tazminat talebi tek yaptırım olmadığından, sözleşmeye aykırılığın tüm sonuçları dikkate alınarak TBK m. 51-52’nin kıyasen uygulanması gerekmektedir.
21. Kusurun hafifliğinin sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde indirim sebebi olarak dikkate alınmasına da ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Zira alacaklı, genellikle bir karşı edim yüklenerek bilgisini, uzmanlığını ya da yeteneğini göz önünde tuttuğu borçlu ile karşılıklı güvene dayalı borç ilişkisi kurar. Bu ilişkide özen yükümünü ihlal eden borçluyu hafif kusura dayanarak düşük tazminatla sorumlu tutmak borçlunun daha az özen göstermesine de yol açabilecektir.

22. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta alacaklının kusuru konusunda özel bir düzenleme bulunmadığından TBK m. 114/II atfıyla m. 52/I hükmü kıyasen uygulanacaktır. Yargıtay, birlikte kusur değerlendirmesinde zarar görenin tacir olmasını özellikle dikkate almakta, alacaklı konumundaki tacirin basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü nedeniyle borçlusuna ilişkin belli araştırmaları yapmasını beklemektedir.
23. Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50 vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak taraflar, emredici nitelikte olmayan bu hükümler yerine hukuk düzeninin sınırları içinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını serbestçe düzenleyebilir, tazminatı götürü olarak belirleyebilirler. Bu durumda artık TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50 vd. hükümleri uygulama alanı bulamaz. Götürü tazminat, telafi edici tazminattan zararın belirlenmesi noktasında farklıdır.
24. Alman ve Türk-İsviçre Hukuklarında tazminatın temel işlevi telafidir; bu nedenle zarar, tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır; zarar miktarını aşan bir tazminat anlayışı temelde kabul edilmemektedir. Buna karşın icra, iş, fikri mülkiyet ve rekabet hukuku alanlarında tazminatın telafi amacını aşan bazı hükümlere rastlanmakta; bunlar cezalandırıcı tazminat olarak adlandırılmaktadır.
25. Ceza koşulu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun yerine getireceği edimin baştan belirlenmesi esasına dayanır; dolayısıyla ceza koşulu zarardan bağımsızdır. Buna karşın sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmininde ise alacaklının uğradığı zarar miktarına göre değişecek bir tazminat söz konusudur.
26. Dönme cezası ve cayma parası belli bir bedel karşılığı sözleşmeyi ortadan kaldıran ve özleri itibariyle çok farklı olmayan iki kavramdır. Ancak her ikisi de telafi edici tazminat niteliğinde değildir. Zarar ve kusur koşulundan bağımsız temerrüt faizi de telafi edici tazminat niteliğinde değildir.

27. Özel hukukun cezalandırma fonksiyonunu benimsemeyen Kıta Avrupası hukuk sisteminin, tazminatla zenginleşilemeyeceği yönündeki ilkesi karşısında, sözleşme hukukunda menfaat devri yaptırımını kabul edilmemektedir.
28. Türk-İsviçre Hukuklarında açık hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde, kaim değer talebinin kanunun ruhuna uyduğu ifade edilmektedir. Ancak borçluyu tazminat yerine kaim değeri ödemeye zorlayabilecek yasal bir dayanak yoktur. Tazminat olarak sözleşmeden kurtulma yolunun, Türk-İsviçre Hukuklarında uygulanması ise mümkün değildir.
29. Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm, haksız fiilden doğabileceği gibi sözleşmeye aykırılık nedeniyle de ortaya çıkabilir. Bu nedenle TBK m. 54 sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da uygulanacaktır. Türk Hukuku'nda ise katıldığımız baskın görüş, TBK m. 53/b.3'ün TBK m. 114/II atfının kapsamına girdiği, başka deyişle sözleşmesel sorumlulukta da uygulanabileceği yönündedir. Destekten yoksun kalma zararları için sözleşme ilişkisine dayanma olanağı tanınırsa, davacılar kusuru ispat külfetinden kurtulacaklardır. Ayrıca Türk Hukukunda haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımı süreleri farklı olup bu açıdan da talebin dayanağı önem taşımaktadır. Buna karşın 1 Ocak 2020'de İsviçre Borçlar Hukukunda zamanaşımı revizyonunun yürürlüğe girmesiyle, sözleşmesel sorumlulukta (Art. 128a) ve haksız fiil sorumluluğunda (Art. 60) zamanaşımı süreleri yeknesaklaştırıldığından bu açıdan bir fark kalmamıştır.
30. Sözleşmeye aykırılıktan doğan kişiye ilişkin zararlarda da TBK m. 114/II atfıyla m. 75 uygulama alanı bulabilecektir.
31. Sözleşme kurulduktan sonra ayırt etme gücünü kaybeden borçlu kusursuzluğunu ispat edeceğinden, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı tazminle yükümlü olmayacaktır (TBK m. 112). Bu noktada TBK m. 114/II atfıyla, TBK m. 65 uygulama alanı bulacak,

hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücü olmayan borçlunun sorumluluğu doğacaktır. Nitekim burada haksız fiiller alanındaki düzenlemeden ayrılmayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır; her iki borç kaynağında da bu sorumluluğun getirilmesine gerekçe oluşturan hakkaniyet ihtiyacı aynıdır. Kusura dayanmayan sözleşmesel sorumlulukta ayırt etme gücünden yoksun kişiler de sorumluluk altına girebileceğinden TBK m. 65'in uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

32. Müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m. 61-62, m. 162 vd. hükümleri de dikkate alınarak uygulama alanı bulabilecektir. Haksız fiilden doğan müteselsil sorumlulukta, rücu talepleri konusunda TBK m. 73 ile özel bir zamanaşımı süresi getirilmiştir. Halefiyete dayalı genel rücu ilişkisinde ve müteselsil borçluların sorumluluğunun haksız fiile dayanmadığı hallerde TBK m. 73 hükmü uygulama alanı bulmaz. Başka deyişle, hüküm rücu talebinin müteselsil borçlular arasındaki sözleşme ilişkisine dayandığı hallerde uygulanamaz.

33. Zararın ve tazminatın belirlenmesine ilişkin haksız fiil hükümlerinin kıyasen sözleşmeye aykırılıkta da uygulanmasını öngören TBK m. 114/II atfı, zamanaşımına ilişkin TBK m. 72'yi kapsamaz. Nitekim TBK m. 114/II gereği, haksız fiil hükümleri ancak sözleşmesel sorumluluk alanında ayrı bir düzenleme bulunmaması halinde kıyasen uygulanabilecektir. Oysa zamanaşımını düzenleyen genel hüküm TBK m. 146'nın varlığı, TBK m. 72'nin sözleşmesel alanda uygulanabilirliğini engellemektedir. Özel bir hüküm bulunmadıkça sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talepleri TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

34. TBK m. 72/I, c. 2, TBK m. 114/II'nin genişletici yorumu ile sözleşme hukukunda kıyasen uygulanabilmelidir. Bunun için sözleşmeye aykırı davranış bir suç teşkil etmelidir. Ayrıca ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için sözleşmeye aykırı davranışı gerçekleştiren sözleşşenlerden biri olmalıdır; başka deyişle TBK m. 72/I, c. 2, fiili suç teşkil eden ve cezaen sorumlu tutulabilecek (ceza verilebilecek) kişiler hakkında uygulanabilecektir. Bu durumda,

sözleşmenin ifasında ifa yardımcısından yararlanan sözleşene ileri sürülecek taleplerde ceza zamanaşımının uygulanamayacaktır.

35. Türk Borçlar Kanunu m. 74 ceza hukuku ile özel hukuk arasındaki ilişkiyi düzenler. Bu nedenle sadece haksız fiiller hakkında değil, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da geçerlidir. Başka deyişle TBK m. 74'teki bağımsızlık prensibi ve istisnaları, medeni hukuk kapsamında değerlendirilecek tüm taleplere uygulanabilecek genel bir ilke olarak görülmelidir.

36. Geçici ödemelere ilişkin TBK m. 76 sözleşmeye aykırılıkta da uygulanabilecektir.

37. Sorumluluk kuran TBK m. 49, m. 66, m. 67, m. 69 ise TBK m. 114/II atfı kapsamında yer almamaktadır.

## KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız : **“Normun Koruma Amacı Teorisi”**, AÜHFD, Cilt: 59, Sayı: 3, Yıl: 2010 (s. 345-448).
- Acar, Faruk : **“Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayrımı”**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012 (s. 339-346). →Acar, **Tam-Eksik Teselsül**
- Acar, Faruk : **Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2003. →Acar, **Alacaklılar Arası Teselsül**
- Akçay, Ergin : **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Akıncı, Bekir : **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Sayram Yayınları, Konya, 2014.
- Akıntürk, Turgut : **Müteselsil Borçluluk**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.
- Akıntürk, Turgut/  
Ateş, Derya : **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Akkanat, Halil : **“İfada Gecikme ve Borçlunun Temerrüdü”**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000 (s. 1-49). → Akkanat, **Borçlu Temerrüdü**
- Akkayan Yıldırım, Ayça : **“Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”**, İÜHFM, Cilt: 61, Sayı: 1-2, Yıl: 2003 (s. 357-414). →Akkayan Yıldırım, **Cezai Şart**
- Akkayan Yıldırım, Ayça : **“Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”**, İÜHFM Cilt: 74, Sayı: 1, Yıl: 2016 (s. 185-219). →Akkayan Yıldırım, **Bedensel Zarar**
- Akkurt, Sinan Sami : **“Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”**, Uyuşmazlık

- Mahkemesi Dergisi, Cilt: 0, Sayı: 13, Yıl: 2019 (s. 39-59).
- Akman, Galip Sermet : **“Tehlikeli ve Zarara Yakın İşlerde İşçinin Sorumluluğu”**, İÜHFM, Cilt: 42, Sayı: 1-4, Yıl: 1976 (s. 423-436)
- Akman, Galip Sermet : **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976. → Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**
- Aksoy, Hüseyin Can : **“Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Yıl: Aralık 2018 (s. 999-1018).
- Akünel, Teoman : **Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977.
- Akyılmaz, Bahtiyar/  
Evren, Çınar Can/  
Türkoğlu Üstün, Kamile/  
İsbir, Begüm/  
Karagöz Cin, Emine/  
Albal, Hilal/  
Çıtak, Halim Alperen : **“İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış”**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2015 (s. 167-198).
- Akyol, Şener : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995. → Akyol, **Borçlar Genel**
- Akyol, Şener : **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006. → Akyol, **Dürüstlük Kuralı**
- Akyol, Şener : **Medeni Hukukta Çelişki Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. → Akyol, **Çelişki Yasağı**
- Akyol, Şener : **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. → Akyol, **Üçüncü Şahıs**
- Albaş, Hakan : **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

- Albayrak, Hakan : **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. → Albayrak, **Yaklaşık İspat**
- Albayrak, Süleyman : **İfa Güçsüzlüğü (TBK m. 98)**, T.C. Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2018.
- Altınok Ormancı, Pınar : **Zararı Azaltma Külfeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Altunkaya, Mehmet : **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Antalya, O. Gökhan : **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme”**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, İzmir, 2013 (s. 185-200). → Antalya, **Geçici Ödeme**
- Antalya, O. Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. →Antalya, **Cilt V/1,3**
- Antalya, O. Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar-Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019. →Antalya, **Cilt V/1,1**
- Antalya, O. Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,2, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri-Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. →Antalya, **Cilt V/1,2**
- Antalya, O. Gökhan/  
Topuz, Murat : **Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri**, Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Apaydın, Eylem : **“Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Fiil Sorumluluğunda Bir Zarar Kalemi Olarak Zararı Önleme Masrafları”**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: Aralık 2020 (s. 219-244). →Apaydın, **Zararı Önleme Masrafları**
- Apaydın Eylem : **“Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının**

**Kronolojisi”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan,**  
Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Yıl: 2013 (s. 201-274). → Araydın, **Kronoloji**

Aral, Fahrettin : **“Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu”, BATİDER, Cilt: X, Sayı: 3, Yıl: 1980 (s. 733-758). → Aral, Temyiz Kudreti**

Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011. → Aral, **Kötü İfa**

Aral, Ayşe : **“Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 2, Yıl: 2018 (s. 325-366).**

Arkan Akbıyık, Azra : **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999.

Armbrüster, Christian : **“Drittschäden und vertragliche Haftung”, recht-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1993 (s. 84-91).**

Arpacı, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Arsebük, Esat : **“Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, Sayı: 16, Yıl: 1936 (s. 987-996).**

Arslan, A. İsmet : **“Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (I)”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, Yıl: 1980 (s. 157-178). → Arslan, Tazminat Taleplerine Etki (I)**

Arslan, A. İsmet : **“Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (IV)”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 7, Sayı:3, Yıl: 1981 (s. 325-249). → Arslan, Tazminat Taleplerine Etki (IV)**

Artuk, Mehmet Emin/  
Gökçen, Ahmet /  
Alşahin, Mehmet Emin/  
Çakır, Kerim : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020.

Aslan, Yavuz Can : **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- Ataay, Aytekin : **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım**, 4. Bası, Der Yayınları, İstanbul 1986. → Ataay, **Borçlar Genel**
- Ataay, Aytekin : **Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar**, İkinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969. → Ataay, **Şahıslar Hukuku**
- Atalay, Oğuz : **Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001.
- Atamer, Yeşim M. : **“İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”**, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (s. 217-260). → Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**
- Atamer, Yeşim M. : **“Paket Tur Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 6/C’nin Revizyonuna İlişkin Teklifler”**, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, Editör: M. Murat İnceoğlu, Cilt: II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008 (s. 87-101). → Atamer, **Paket Tur**
- Atamer, Yeşim M. : **“Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 6, Yıl: Mayıs 2006 (s. 8-37) → Atamer, **Değerlendirme**
- Atamer, Yeşim M. : **“Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”**, Yargıtay Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1-2, Yıl: Ocak-Nisan 1996 (s. 99-132) → Atamer, **Sözleşmesel Sorumluluk**
- Atamer, Yeşim M. : **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996. → Atamer, **Haksız Fiil**
- Atamer, Yeşim M. : **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005. → Atamer, **CISG**
- Atamer, Yeşim M./

- Okutan Nilsson, Gül : **“Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”**, BATİDER, Cilt: 29, Sayı: 3, Yıl: 2013 (s. 31-82).
- Ateş, Derya : **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Atlıhan, Özen : **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Yıl: 2005 (s. 291-328).
- Avcı Braun, Cihan : **“Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”**, AÜHFD, Cilt: 64, Sayı: 1, Yıl: 2015 (s. 37-64).
- Ayan, Mehmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020. →Ayan, **Borçlar Genel**
- Ayan, Mehmet/  
Ayan, Nurşen : **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ayan, Serkan : **“6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”**, DEÜHFD, Cilt: 12, Özel Sayı, Yıl: 2010 (s. 717-793).→Ayan, **TTK m. 1530**
- Ayan, Serkan : **“Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 4, Yıl: Ekim 2020 (s. 3-59). →Ayan, **Rücu Zamanaşımı**
- Aybay, Memet Erdem : **Bir Tazminat Türü Olarak: Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Aydın Özdemir, Elif : **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

- Aydıncık, Şirin : **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Aydoğdu, Murat/  
Ayan, Serkan : **Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ayiter, Kudret : **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953. → Ayiter, **Tasarruf Muameleleri**
- Ayiter, Nuşin : **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968 → Ayiter, **Mamelek**
- Ayrancı, Hasan : **“Sözleşme Kurma Zorunluluğu”**, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 3, Yıl: 2003 (s. 229-252). → Ayrancı, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**
- Ayrancı, Hasan : **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006. → Ayrancı, **Munzam Zarar**
- Badur, Emel : **“Geçici Ödemeler”**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 114, Yıl: Şubat 2016 (s.14-25).
- Bağatur, Ege : **“Medeni Hukuk ile Ceza Hukuku Arasındaki İlişki, BK'nun 53. Maddesinin İncelenmesi”**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1965, Sayı: 5 (s. 578-583).
- Barlas, Nami : **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1992.
- Barth, Rudolf Hans : **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Unter dem Gesamtspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung**, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1958.
- Baş Süzel, Ece : **“Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 167, Yıl: Temmuz 2018 (s. 9-37). → Baş Süzel, **Sözleşme Kurma Zorunluluğu**
- Baş Süzel, Ece : **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Menfaat Devri Yaptırımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015. → Baş Süzel, **Vekaletsiz İş Görme**

- Baş, Ece : **“Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”**, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt: 8, Sayı: Özel, Yıl: 2013 (s. 623-655). → Baş, **Aynen İfa Talebi**
- Başalp, Nilgün : **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Başoğlu, Başak : **“Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”**, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Cilt II, İKÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 1, Özel Sayı, Yıl: Ocak 2016 (s. 617-637). →Başoğlu, **Cezalandırıcı Tazminat**
- Başoğlu, Başak : **“Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”**, İÜHFM, Cilt: 66, Sayı: 2, Yıl: 2008 (s. 287-310). →Başoğlu, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**
- Başoğlu, Başak : **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 → Başoğlu, **Aynen İfa**
- Başoğlu, Başak : **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. →Başoğlu, **Çevre Zararları**
- Başözen, Ahmet : **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- Başpınar, Veysel : **“Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”**, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009 (s. 215-238). → Başpınar, **Değerlendirme**
- Başpınar, Veysel : **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998. →Başpınar, **Kısmi Butlan**
- Başpınar, Veysel : **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004. →Başpınar, **Özen**

- Baygın, Cem : **“Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, Sayı: 1-2, Yıl: 2000 (s. 345-377).
- Baysal, Başak : **“Fransız Sorumluluk Hukuku Reformu”**, Sorumluluk Hukuku, Seminerler-2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (s. 61-97). →Baysal, **Reform**
- Baysal, Başak : **Haksız Fiil Hukuku (BK m. 49-76)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. → Baysal, **Haksız Fiil**
- Baysal, Başak : **Sözleşmenin Uyarlanması, BK m. 138-Aşırı İfa Güçlüğü**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020. →Baysal, **Uyarlama**
- Baysal, Başak : **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012. →Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**
- Becker, Hermann : **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Auflage**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1945. →Becker, **BK-OR**
- Becker, Walter G. : **Das Recht der unerlaubten Handlungen, System in Vorlesung und Diskussion**, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1976 →Becker, **Unerlaubten Handlungen**
- Belen, Herdem : **“Borçlunun Temerrüdü”**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Cilt I, Editörler: Doç. Dr. Herdem Belen, Av. İsmail Altay, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 (s. 412-432) → Belen, **Temerrüt**
- Belen, Herdem : **“Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması”**, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001 (s. 499-542). →Belen, **Cezai Şart**
- Belen, Herdem : **“Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı: 2014/I (s. 89-114). →Belen, **Temel Kavramlar**

- Belen, Herdem : **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014. →Belen, **Kısa Şerh**
- Belen, Herdem/  
Ercan Çitaklayım, Cannur : **“Malvarlığı Değeri Olarak Eser ve Malvarlığına Etki Açısından Eser Sahibinin İşlemleri”**, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012 (s. 207-243).
- Belling, Detlev W./  
Belen, Herdem : **“Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması”**, Legal Hukuk Dergisi, No: 46, Ekim 2006 (s. 3025-3037).
- Berger-Steiner, Isabelle : **Das Beweismass im Privatrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008.
- Berki, Şakir : **“Türk Medeni Kanununda Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti”**, AÜHFD, Cilt: 26, Sayı: 1-2, Yıl: 1969 (s. 117-134).
- Bilgen, Mahmut : **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Bilgin Yüce, Melek : **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Birinci Uzun, Tuba : **“CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”**, DEÜHFD, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2014 (s. 151-192). →Birinci Uzun, **CISG**
- Birinci Uzun, Tuba : **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. →Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**
- Birsel, Mahmut T./  
Sevi, Ali Murat : **“3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı”**, DEÜHFD, Cilt: 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009 (s. 1029-1070).
- Bosshard, Erich : **Neuere Tendenzen in den Lehre zum Begriff der Widerrechlichkeit nach Art. 41 OR**, Schulthess Verlag, Zürich, 1988.
- Brand, Oliver : **Schadensersatzrecht**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2015.

- Brandt, Hans : **Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit**  
**Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht,**  
**Bürgerlichen Recht und Konkursrecht,** Heft 6,  
Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1936.
- Brehm, Roland : **Berner Kommentar, Kommentar zum**  
**schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht,**  
**Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3.**  
**Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch**  
**unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR,** 3. Auflage,  
Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006. → Brehm, **BK-OR**
- Brinker, Jürgen : **Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz,**  
Duncker&Humblot, Berlin, 1982.
- Brox, Hans/  
Walker, Wolf-Dietrich : **Allgemeiner Teil des BGB,** 36. neu bearbeitete  
Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.
- Brunner, Hans-Ulrich : **Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die**  
**Vertragshaftung,** Universitätsverlag, Freiburg, 1991.
- Bucher, Eugen : **“Die Obligations-Entstehungsgründe ausserhalb**  
**von Verträgen und Delikten”,** Prof. Dr. Necip  
Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Seçkin Yayıncılık,  
Ankara, 2004 (s. 25-52). → Bucher, **Verträgen und**  
**Delikten**
- Bucher, Eugen : **Berner Kommentar, Kommentar zum**  
**schweizerischen Privatrecht, Band I, 2. Abteilung, 1.**  
**Teilband,** Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern, 1976  
→ Bucher, **BK-ZGB**
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner**  
**Teil ohne Deliktsrecht,** 2. Auflage, Schulthess Verlag,  
Zürich, 1988 → Bucher, **Obligationenrecht**
- Budak, Ali Cem/  
Karaaslan, Varol : **Medeni Usul Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Burcuoğlu, Haluk : **“Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem**  
**Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle**  
**Getirilen Yenilikler”,** İsviçre Medeni Kanunu ve  
Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, 80 Jahre  
Schweizerisches ZGB und OR in der Türkei,  
Symposium vom 28 April 2006, İstanbul 2007 (s. 87-  
120). → Burcuoğlu, **Yenilikler**

- Burcuoğlu, Haluk : **“Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”**, DÜHFD, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 1984 (s. 163-173). →Burcuoğlu, **Kullanım Olanğı**
- Buz, Vedat : **“Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011 (s. 91-111). →Buz, **İfa**
- Buz, Vedat : **“Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 1, Yıl: 1994 (s. 23-40). →Buz, **İmkânsızlık**
- Buz, Vedat : **“Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK md. 60 Üzerine Düşünceler”**, BATİDER, Cilt: XXIX, Sayı: 2, Yıl: 2013 (s. 19-57). →Buz, **TBK m. 60**
- Buz, Vedat : **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014. →Buz, **Temerrüt**
- Buz, Vedat : **“Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu”**, BATİDER, Cilt 28, Sayı: 3, Yıl: Eylül 2012 (s. 5-42). →Buz, **Sigortacı**
- Bürge, Alfons : **“Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung”**, Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992 (s. 413-432).
- Büyüksağış, Erdem : **“Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olmasının Hukuki Niteliği: Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım”**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I, GSÜHFD, 2004 (s. 203-240). → Büyüksağış, **Manevi Zarar**
- Büyüksağış, Erdem : **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. → Büyüksağış, **Maddi Zarar**
- Can, Hacı : **Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. → →Can, **Sözleşme Hukuku**
- Can, Hacı : **Sigorta Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021. → Can, **Sigorta**

- Canaris, Claus-Wilhelm : **“Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”**, JuristenZeitung 20, Nr. 15/16, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1965 (s. 475-482). → Canaris, **JZ**
- Canaris, Claus-Wilhelm : **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 1971 → Canaris, **Die Vertrauenshaftung**
- Cansel, Erol/  
Özel, Çağlar : **“Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan-Cilt 1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013 (s. 713-733)
- Canyürek, Murat : **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- Cartier, Michael : **Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR**, digiprint, Eschen FL 2007.
- Ceylan, Ebru : **6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Düzenlemeler**, Leges Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Chapuis, Olivier : **“Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?”**, AJP 2005, Heft 6 (653- 667).
- Chen-Wishart, Mindy : **Contract Law**, 5th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CHK-OR : **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016. → Yazar Soyadı, **CHK-OR**
- Cuendet, Jean : **La Faute Contractuelle Et Ses Effets, Étude de L’article 99, Al. 3 CO**, 2ème Edition, Imprimerie Staempfli&Cie Sa Berne, 1970.
- Cumalıoğlu, Emre : **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal (Anticipatory Breach-Antizipierter Vertragsbruch, Borcun Vadede İfa Edilmeyeceğinin Öngörülebilmesi ve Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Çabri, Sezer : **6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. →Çabri, TKHK
- Çabri Sezer : **“Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde Fahiş Cezai Şartın İndirilip İndirilemeyeceği Sorunu”**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 11, Yıl: 2006 (s. 913-929). →Çabri, **Cezai Şart**
- Çağa, Sema : **Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması, Ankara 1973.
- Çağlayan Aksoy, Pınar : **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Çakırca, Seda İrem : **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Çamoğlu, Ersin : **“Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”**, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011 (s. 407-418).
- Çandarlı, Zahid : **Borçlar Hukukunda Müruru Zaman ve Buna Mütedair Temyiz Mahkemesi Kararları**, Titaş Basımevi, Ankara, 1943. →Çandarlı, **Müruruzaman**
- Çandarlı, Zahid : **“Müteselsil Borçlu ve Alacaklıların Zamanaşımı Kesimi”**, Adalet Dergisi, Aralık 1945, Yıl: 36, Sayı: 12 (s. 1288-1295). →Çandarlı, **Zamanaşımı Kesimi**
- Çelik, Çelik Ahmet : **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.
- Çetiner, Bilgehan : **“TBK Tasarısı ile BM Satım Hukuku’nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 58, Yıl: 2007 (s. 3139-3152). →Çetiner, **Satıcının Sorumluluğu**
- Çetiner, Bilgehan : **Hapis Hakkı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010. →Çetiner, **Hapis Hakkı**
- Çınar, Ömer : **“Paket Tur Sözleşmeleri”**, Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editör

- Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016. → Çınar, **Milli Şerh**
- Çınar, Ömer : **“Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz 2009 (s. 91-115). → Çınar, **Cezai Şart**
- Çilenti Konuralp, Ayşen : **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan : **Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Dappen, Robert K. : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 7. Auflage, Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020. → Dappen, **BSK-OR**
- Dayıoğlu, Yavuz : **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlâli Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011
- Decurtins, Carl : **Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts**, Dissertation, Zürich, 1956.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan : **“Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo ve Güven Sorumlulukları”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2009 (s. 219-230) → Demircioğlu, **Sorumluluk Hukuku**
- Demircioğlu, Huriye Reyhan : **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 → Demircioğlu, **Culpa In Contrahendo**
- Demirsatan, Barış : **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Deschenaux, Henri/

- Tercier, Pierre : **Sorumluluk Hukuku**, Çeviren Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983.
- Deutsch, Erwin : **“Der Ersatz des reinen Vermögensschadens”**, Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1995 (s. 79-94).
- Develioğlu, H. Murat : **“21 Temmuz 2015 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Işığında Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlığın Sonuçları”**, GSÜHFD, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 2017 (s. 157-174).
- Deynekli, Adnan : **“Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011 (s. 45-99).
- Dinar, Cem : **Türk Medeni Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Dirican, Gökhan : **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Durak, Yasemin/  
Şahin, Turan : **“Hatır İçin Taşıma”**, İÜHFM, Cilt: 73, Sayı: 1, Yıl: 2016 (s. 339-362).
- Dural, Mustafa : **“İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”**, BATİDER, Cilt VII, Sayı: 1, Yıl: Haziran 1973 (s. 11-58). →Dural, **İmkânsızlık Kavramı**
- Dural, Mustafa : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976. →Dural, **Sonraki İmkânsızlık**
- Dural, Mustafa/  
Öğüz, M. Tufan : **Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Dural, Mustafa/  
Öğüz, Tufan/  
Gümüş, Mustafa Alper : **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş On Yedinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Dural, Mustafa/  
Sarı, Suat : **Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

- Edis, Seyfullah : **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- Egger, August : **“Gayrimümeyyizlerin Hukuki Muameleleri”**, Çeviren: Tahir Çağa, Adliye Ceridesi, 31. Sene, 2. Sayı, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940 (s. 122-133).
- Ehrat, Felix R./  
Widmer Markus : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. → Ehrat/Widmer, **BSK-OR**
- Eichler, Hermann : **Die Rechtslehre vom Vertrauen**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1950.
- Ekici Şahin, Meral : **Ceza Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Ekinci, Hüseyin : **“Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”**, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 8, Yıl: Nisan 2007 (s. 21-28).
- Elgin, Haydar : **“Borçlunun Temerrüdü ve Şartları”**, Adalet Dergisi, Yıl: 1977, Sayı: 3 (s. 7-18).
- Emmerich, Volker : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§241-432**, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2007. → Emmerich, **Münchener Kommentar-BGB**
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra : **“Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”**, İÜHFM, Cilt: 74, Sayı: 2, Yıl: 2016 (s. 709-738). → Ercoşkun Şenol, **TBK m. 27**
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra : **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. → Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**
- Erçin, Ferhat : **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi (B.K. 53. Madde)**, Der Yayınları, İstanbul, 2000.
- Erdem, Mehmet : **“Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (s. 663-684). → Erdem, **Dönme Tazminatı**

- Erdem, Mehmet : **“Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara, 2009 (s. 97-124). → Erdem, **Götürü Tazminat**
- Erdem, Mehmet : **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. → Erdem, **Zamanaşımı**
- Eren, Fikret : **“Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden”**, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Zürich 1981. → Eren, **Haftung**
- Eren, Fikret : **“Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”**, Prof. Dr. Murat Koloğlu’ya 80. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1975 (s. 461-491). → Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. → Eren, **Borçlar Genel**
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. → Eren, **Borçlar Özel**
- Eren, Fikret : **“Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)”**, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, Cilt I, Editörler: Sema Uçakhan Güleç/Necdet Basa, Ankara, 2016 → Eren, **Kişiyeye İlişkin Zarar**
- Eren, Fikret : **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağı Kuramı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975. → Eren, **Uygun İlliyyet**
- Ergenekon, Yılmaz : **Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.
- Ergüne, M. Serkan : **“Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”**, İÜHFM, Cilt: 62 Sayı: 1-2, Yıl: 2004 (s. 351-380). → Ergüne, **İmkânsızlık**
- Ergüne, M. Serkan : **Olumsuz Zarar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008 → Ergüne, **Olumsuz Zarar**
- Ergüne, M. Serkan : **“Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hâllere Genel Bir Bakış”**,

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,  
Cilt: 5, Yıl: 2006 (s. 31-47). →Ergüne, **Aynen Tazmin**

Ergüne, M. Serkan : **“Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”**, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Editörler: Prof. Dr. Samim Ünan/Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (s. 11-24) →Ergüne, Destekten Yoksun Kalma

Erişir, Evrim : **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Erlüle, Fulya : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Erman, Hasan : **“Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”**, İÜHFM, Cilt: 38, Sayı: 1-4, Yıl: 2011 (s. 601-620). → Erman, **Akit Serbestisi**

Erman, Hasan : **Medeni Hukuk Dersleri (Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku)**, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016 → Erman, **Medeni Hukuk**

Ertaş, Şeref/  
Petek, Hasan : **Spor Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Erten, Ali : **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Erzurumluoğlu, Erzan : **Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1970.

Esser, Josef/  
Schmidt, Eike : **Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band I, Teilband 2**, 8. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.

Fellmann, Walter : **“Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht”**, ZSR 106/I, 1987 (s. 339-366). →Fellmann, **Verschuldensbegriff**

Fellmann, Walter : **“Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht”**, SJZ, 91, 1995 (s. 41-50). →Fellmann, **Schadenersatzrecht**

- Fellmann, Walter : **“Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem-Versuch einer Zwischenbilanz”**, ZSR 128/I, 2009 (s. 473-496). → Fellmann, **Widerrechtlichkeit**
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976. → Feyzioğlu, **Cilt I**
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969. → Feyzioğlu, **Cilt II**
- Fikentscher, Wolfgang : **Schuldrecht**, 9. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997.
- Fikentscher, Wolfgang/  
Heinemann, Andreas : **Schuldrecht**, Zehnte Auflage, De Gruyter Lehrbuch, Berlin-New York, 2006.
- Fischer, Thomas : **Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz**, Dissertation, Zürich, 1997.
- Flume, Werner : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts-Zweiter Band-Das Rechtsgeschäft**, Vierte Unveränderte Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2012.
- Franko, Nisim : **“Hatır Nakliyatı Mefhumu”**, DÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1988 (s. 175-216).
- Frey, Tom : **Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR**, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 278, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Friedrich, Klaus : **“Der Vertragsbruch”**, AcP, 178, No. 5, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1978 (s. 468-493).
- Furrer, Andreas/  
Müller-Chen, Markus : **Obligationenrecht-Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2018.
- Furrer, Andreas/  
Müller-Chen, Markus/  
Çetiner, Bilgehan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Gabriel, Bruno : **Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden**, Entlebuch, Freiburg, 1987.

- Gauch, Peter : **“Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”**, Recht, 1996/6 (s. 225-239).  
→Gauch, **Haftpflichtrecht**
- Gauch, Peter/  
Schluep, Walter R./  
Schmid, Jörg/  
Rey, Heinz/  
Emmenegger, Susan : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008.  
→Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, **Band II**
- Gauch, Peter/  
Sweet, Justin : **“Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden”**, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Verlag, Zürich, 1989 (s. 117-140).
- Gautschi, Alain : **Solidarschuld und Ausgleich**, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2009.
- Genç Arıdemir, Arzu : **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Genç, Ali Ahmet : **Satıcının Ayrıptan Doğan Sorumluluğunda Alıcının Dönme Hakkının Sınırları (TBK-TKHK-CISG)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Glannon, Joseph W. : **The Law of Torts**, (Examples & Explanations Series), Second Edition, Aspen Law and Business, 2000.
- Glarner, Jacques : **Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung Unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen**, Dissertation, Bern, 1935.
- Glöckner, Hans Peter : **Positive Vertragsverletzung**, Die Geburt des Rechtinstituts, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2006.
- Gonzenbach, Rainer : **Culpa in contrahendo im schweizerischen Recht**, Stämpfli Verlag, Bern, 1987.
- Gonzenbach, Rainer/  
Zellweger-Gutknecht, Corinne : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag,

Basel, 2011. →Gonzenbach/Zellweger-Gutknecht,  
**BSK-OR**

Gökcan, Hasan Tahsin : **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**,  
Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Gökçen, Ahmet/  
Balcı, Murat/  
Çakır, Kerim/  
Alşahin, Mehmet Emin : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Adalet  
Yayınevi, İstanbul, 2021.

Gökyayla, Kadir Emre : **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Seçkin  
Yayıncılık, İstanbul, 2004. →Gökyayla, **Destekten  
Yoksun Kalma**

Gökyayla, Kadir Emre : **“Hapis Hakkının Haksız Kullanılmasından Doğan  
Zararın Tazmini”**, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2009 (s.  
1-26). →Gökyayla, **Hapis Hakkı**

Gökyayla, Kadir Emre : **“Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesine  
İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”**,  
Legal Fikrî ve Sınâî Haklar Dergisi, 2012, S. 30 (s. 3-  
29). →Gökyayla, **FSEK m. 68**

Gökyayla, Kadir Emre : **“Kaza Sonucu Bakıma Muhtaç Duruma Düşen  
Kişinin Evli Olması Tazminattan İndirim Sebebi  
Midir?, Yargıtay 4. HD.’nin Bir Kararının  
Değerlendirilmesi”**, Maltepe Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dergisi, 2008/1 (s. 199-214). Gökyayla,  
**Yargıtay Kararı**

Gökyayla, Kadir Emre : **“Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına  
Aykırı Mıdır?”**, Prof. Dr. Aydın Aybay Armağanı,  
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1  
(s. 401-420) →Gökyayla, **Hakkın Geç Kullanılması**

Gözütok, Zeki : **Faiz Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

Grandmoulin, Jean : **De l’unité de la responsabilité ou nature délictuelle  
de la responsabilité pour violation des obligations  
contractuelles avec application à la combinaison de  
la responsabilité & de l’incapacité**, Thèse de doctorat,  
Rennes, 1892.

- Greger, Reinhard : **Beweis und Wahrscheinlichkeit**, Carl Heymanss Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978
- Grunsky, Wolfgang : **“Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden”**, NJW 1975, Heft 14 (s. 609-612).
- Gsell, Beate : **“Aufwendungsersatz nach § 284”**, NJW 2006, Heft 3 (s. 125-127).
- Guhl, Theo/  
Koller, Alfred/  
Schnyder, Anton K./  
Druey, Jean Nicolas : **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- Gül, İbrahim : **“Türk Özel Hukukunda Tazminatın Caydırma İşlevinin Yetersizliği”**, BATİDER, Cilt: 33, Sayı: 3, Yıl: 2017 (s. 101-125). →Gül, Tazminat
- Gül, İbrahim : **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. → Gül, Medeni Ceza
- Güleryüz, M. Tarık/  
Zorluoğlu Yılmaz, Ayça : **“Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 141, Yıl: Mart-Nisan 2019 (s. 325-362).
- Gümüş, Mustafa Alper : **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Günay, Cevdet İlhan : **Cezai Şart**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Gündoğdu, Fatih : **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Gündüz, Ş. Deren : **Olumlu Zarar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Günel, Mustafa Cahit : **Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- Günergök, Özcan : **Haksız Fiil Hukukunda Ceza Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- Güngör, Hayriye Gonca : **“Borçlar Kanunu Tasarısıyla Getirilen Yeni Kurumlar ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler-Düzeltilmeler”**, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 24/2005, Sayı: 95, Ekim 2005 (s. 9-24).
- Güral, Jale : **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1953.
- Gürpınar, Damla : **“Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri”**, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012 (s. 253-299). → Gürpınar, **Haksız Fiil**
- Gürpınar, Damla : **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006. → Gürpınar, **Bilgi Verme**
- Gürsoy, Kemal Tahir : **“Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”**, AÜHFD, Cilt: 31, Sayı: 1, Yıl: 1974 (s. 149-184). → Gürsoy, **Yarışma**
- Gürsoy, Kemal Tahir : **“Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”**, AÜHFD, Cilt: 29, Sayı: 1-2, Yıl: 1972 (s. 143-197). → Gürsoy, **Destekten Yoksun Kalma**
- Gürzumar, Osman Berat : **“Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”**, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan’dan Ayrı Bası, Sayı: 2004/1, İstanbul, 2006.
- Hatemi, Hüseyin : **“Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi”**, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006 (s. 223-230). → Hatemi, **Değerlendirme**
- Hatemi, Hüseyin : **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 → Hatemi, **Medeni Hukuk**
- Hatemi, Hüseyin : **Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Enstitüsünün Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu’ndan

Ayrıbasım, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.  
→Hatemi, **Tüzelkişiliğin Sorumluluğu**

Hatemi, Hüseyin/  
Gökyayla, K. Emre

: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Havutçu, Ayşe

: **“İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2011 (s. 317-337). → Havutçu, **İfa Engelleri**

Havutçu, Ayşe

: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, 1995  
→Havutçu, **Temerrüt**

Heierli, Christian/  
Schnyder, Anton K.

: **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011. → Heierli/Schnyder, **BSK-OR**

Helvacı, İlhan

: **“Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler”**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 4, Yıl: Ağustos 2005 (s. 100-109). →Helvacı, **Hukuka Aykırı Eylem**

Helvacı, İlhan

: **“Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), Cilt: 55, Sayı: 4, Yıl: 1997 (s. 145-172). →Helvacı, **Temyiz Kudreti**

Helvacı, Mehmet

: **“Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”**, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001 (s. 219-232). → Helvacı, **İBK m. 759**

Helvacı, Mehmet

: **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000. → Helvacı, **Faiz**

Helvacı, Serap/

- Durgun Arslan, Çisil : **“İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Yıl: Aralık 2019 (s. 907-924).
- Helvacı, Serap/  
Erlüle, Fulya : **Medeni Hukuk**, 6. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Honig, Richard : **İllyet Nazariyesine Dair**, Çeviren: M. Yavuz Abadan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 2, Yıl: 1936 (s. 169-188).
- Honsell, Heinrich : **“Der Ersatz reiner Vermögensschäden in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung”**, Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, herausgegeben von Thomas Rauscher/Heinz-Peter Mansel, Sellier, München, 2001 (s. 483-508). → Honsell, **Ersatz**
- Honsell, Heinrich : **“Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”**, Festschrift 50 Jahre schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2010 (s. 255-271). → Honsell, **Differenztheorie**
- Honsell, Heinrich : **“Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht”**, Juristische Schulung, 1973 (s. 69-75). → Honsell, **Herkunft und Kritik**
- Honsell, Heinrich/  
Harrer, Friedrich : **“Schaden und Schadensberechnung”**, Juristische Schulung, 1991 (s. 441-448).
- Honsell, Heinrich/  
Isenring, Bernhard/  
Kessler, Martin A. : **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2013.
- Hönig, Michael : **Zur Haftungsproblematik bei Fernwirkungen eines Schadensereignisses**, Dissertation, München, 1975.
- Huber, Christian : **Fragen der Schadensberechnung**, 2. unveränderte Auflage, MANZ Verlag, Wien, 1995. → Huber, **Schadensberechnung**

- Huber, Ulrich : **Leistungsstörungen, Band I**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999. →Huber, **Band I**
- Huguenin, Claire : **Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2019.
- Işıқтаç, Yasemin : **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- İşintan, Pelin : **Sözleşme Müzakereleri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.
- İmre, Zahit : **“Gayrimümeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler”**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974 (s. 335-374). → İmre, **Gayrimümeyyizler**
- İmre, Zahit : **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949. → İmre, **Kusursuz Mesuliyet**
- İnal, H. Tamer : **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- İnan, Ali Naim : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.
- İnan, Ali Naim/  
Yücel, Özge : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- İnceoğlu, M. Murat : **“İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”**, AÜHFD, 80. Yıl Armağanı, Cilt: 54, Sayı: 4, Yıl: 2005 (s. 149-182).
- İnceoğlu, M. Murat : **“Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri”**, BATİDER, Cilt: 24, Sayı:4, Yıl: Aralık 2008 (s. 77-121). →İnceoğlu, **Manevi Tazminat**
- İnceoğlu, M. Murat/  
Baş Süzel, Ece/

- Aytekin İnceoğlu, Asuman : **“Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Yıl: Eylül 2016 (s. 149-209).
- İnceoğlu, M. Murat/  
Paksoy, Meliha Sermin : **“Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m. 55)”**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013 (s. 1383-1412).
- İstanbul Şerhi : Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Ed.: M. Turgut Öz/Faruk Acar/K. Emre Gökyayla/H. Murat Develioğlu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. →Yazar, **İstanbul Şerhi**
- İstemi, Mehmet : **“Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”**, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt III, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011 (s. 2685-2722).
- İyimaya, Ahmet : **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1990.
- Jaeger, Peter : **Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen**, Schulthess & CO AG, Zürich, 1946.
- Jäggi, Peter : **“Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung”**, Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Universitätsverlag, Freiburg, 1968 (s. 181-197).
- Jaun, Manuel : **Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung**, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin : **“Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Yıl: Mart-Nisan 2019 (s. 887-916).→ Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Öncelenmiş Borca Aykırılık**
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin : **Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. → Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu**

- Kaneti, Selim : **“Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”**, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981 (s. 143-162). → Kaneti, **Hukuka Uygunluk**
- Kaneti, Selim : **“Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980 (s. 29-66). → Kaneti, **Kusur**
- Kaneti, Selim : **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2007. → Kaneti, **Hukuka Aykırılık**
- Kapancı, Kadir Berk : **“Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2016 (s. 511-552) → Kapancı, **TBK m. 74**
- Kapancı, Kadir Berk : **“Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2016 (s. 247-270). → Kapancı, **Dönme Cezası**
- Kapancı, Kadir Berk : **“Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013 (s. 655-683). → Kapancı, **Götürü Tazminat**
- Kapancı, Kadir Berk : **“Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”**, İKÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: Ocak 2016 (s. 661-684). → Kapancı, **Sözleşme Cezası**
- Kapancı, Kadir Berk : **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. → Kapancı, **Birlikte Borçluluk**
- Kaplan, İbrahim : **“Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim”**, Terazî Hukuk Dergisi, Sayı: 25, Yıl: Eylül 2008 (s. 17-38). → Kaplan, **Tasarı**
- Kaplan, İbrahim : **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. → Kaplan, **Müdahale**

- Kaplan, Mikail Bora/  
Türel, Ege : **“Yapısal Yatkinlıkta Nedensellik Kurulması ve Riskin Paylaşılması”**, Başak Baysal (Ed.), Sorumluk Hukuku Seminerler 2016, İstanbul, 2016 (s. 199-228).
- Kara, Etem : **“Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir”**, DEÜHFD, Cilt: 19, Sayı:3, Yıl: 2017 (s. 2127-2163).
- Karabağ Bulut, Nil : **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014. →Karabağ Bulut, **MK m. 23**
- Karabağ Bulut, Nil : **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009. →Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**
- Karacabey, Ömer Faruk : **“Hakların Yarışması”**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, Yıl: 1980 (s. 666-685).
- Karahasan, Mustafa Reşit : **Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003. →Karahasan, **Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**
- Karahasan, Mustafa Reşit : **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003. →Karahasan, **Cilt I**
- Karakaş, Fatma Tülay : **“Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”**, AÜHFD, Cilt: 55, Sayı: 2, Yıl: 2006 (s. 143-156). →Karakaş, **Ev Kadını**
- Karakaş, Fatma Tülay : **“Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”**, AÜHFD, Cilt: 62, Sayı: 3, Yıl: 2013 (s. 729-760). →Karakaş, **Karine**
- Karakaş, Fatma Tülay : **“Tatildeki Dinlenme Olanğından Yoksun Kalınması”**, BATİDER, Cilt: 23, Sayı: 4, Yıl: 2006 (s. 183-203). →Karakaş, **Dinlenme Olanğı**
- Karakaş, Fatma Tülay : **Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2004. →Karakaş, **Normatif Zarar**
- Karakaş, Fatma Tülay/

- Söğütlü Erişgin, Özlem : **“Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”**, BATİDER, Cilt: XXIII, Sayı: 4, Yıl: 2006 (s. 157-181).
- Karan, Yeliz : **“Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Editör: Prof. Dr. Tufan Ögüz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013 (s. 723-749).
- Kartal, Dilşah Buşra : **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Kartal, Dilşah Buşra/  
Öğün, Pınar : **“TBK m. 473/I Hükmü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi”**, Sorumluluk Hukuku Seminerleri-2016, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (s. 229-252).
- Kaya, Esra Bahar : **“Sözleşmeye Aykırılıkta Kusur Karinesi”**, Sorumluluk Hukuku-Seminerler 2018, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (s. 279-302).
- Kaya, Mine : **“Yargı Kararları Yönünden Bedensel Zararların Değerlendirilmesi”**, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, Cilt I, Editörler: Sema Uçakhan Güleç/Necdet Basa, Ankara, 2016 (s. 153-265).
- Kayam, Övgü Sıla : **Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler**, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Keller, Alfred : **Haftpflicht im Privatrecht, Band I**, sechste, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2002. → Keller, **Band I**
- Keller, Alfred : **Haftpflicht im Privatrecht, Band II**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1998. → Keller, **Band II**
- Keller, Max : **Das Negative Interesse im Verhältnis zum Positiven Interesse**, Verlag H. R. Sauerländer&Co., Aarau, 1948. → Keller, **Das Negative Interesse**
- Keller, Max/

- Gabi-Bolliger, Sonja : **Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main, 1988.
- Keller, Max/  
Schmied-Syz, Carole : **Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen**, 5. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2001.
- Keller, Roland : **Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts**, Zürich Universität Dissertation, 2004.
- Kessler, Martin A. : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. → Kessler, **BSK-OR**
- Keuk, Brigitte : **Vermögensschaden und Interesse**, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1972
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru : **“Geçici Ödemeler”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110, Yıl: Ocak-Şubat 2014 (s. 109-128).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **“Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”**, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2006 (s. 163-182). → Kılıçoğlu, **Geçici Ödemeler**
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **“Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”**, AÜHFD, Cilt: 29, Sayı: 3-4, Ankara, 1973 (s. 185-225). → Kılıçoğlu, **Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi**
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020. → Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020. → Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Medeni Hukuk (Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku)**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019. → Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**

- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.  
→Kılıçoğlu, **Halefiyet**
- Kırca, Çiğdem : **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.
- Kızır, Mahmut : **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Kocaağa, Köksal : **“İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”**, TBB Dergisi, Sayı: 74, Yıl: 2008 (s. 149-157).  
→Kocaağa, **Götürü Tazminat**
- Kocaağa, Köksal : **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. → Kocaağa, **Ceza Koşulu**
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/  
Hatemi, Hüseyin/  
Serozan, Rona/  
Arpacı, Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem- Sözleşme**, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014. →Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş**
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/  
Hatemi, Hüseyin/  
Serozan, Rona/  
Arpacı, Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016. →Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/  
Hatemi, Hüseyin/  
Serozan, Rona/  
Arpacı, Abdülkadir

: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Cilt II**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998. → Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**

Koçhisarlıoğlu, Cengiz

: **“Karine ve Borçlar Kanununun 96. maddesindeki Kusur Karinesi”**, Yargıtay Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3, Yıl: Temmuz 1984 (s. 272-284). → Koçhisarlıoğlu, **Kusur Karinesi**

Koçhisarlıoğlu, Cengiz

: **Haksız Eylem Kusuru**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1990. → Koçhisarlıoğlu, **Haksız Eylem Kusuru**

Koçhisarlıoğlu, Cengiz/  
Erişgin, Özlem

: **“Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”**, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (s. 1243-1271).

Koller, Alfred

: **“Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen”**, AJP, 12/1992 (s. 1483-1500). → Koller, **Positive Vertragsverletzungen**

Koller, Alfred

: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017. → Koller, **Obligationenrecht**

Koller, Jürg

: **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2003. → Koller, **Genugtuung**

Konuralp, Haluk

: **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Koşar, Günhan Gönül

: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Koziol, Helmut

: **“Recovery for Economic Loss in the European Union”**, Arizona Law Review Vol. 48, No. 4 (s. 871-895).

Köprülü, Bülent

: **Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 1-2. Kitaplar**, 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.

- Körner, Alexandra : **Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität**, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.
- Kramer, Ernst A. : **“Noch einmal, Zum Problem des “mittelbaren” Schadens”**, Zeitschrift für Verkehrsrecht 19, 1974 (s. 129-132). →Kramer, **Mittelbaren Schadens**
- Kramer, Ernst A. : **Juristische Methodenlehre**, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2019. →Kramer, **Methodenlehre**
- Krauskopf, Patrick : **Der Vertrag zugunsten Dritter**, Universitätsverlag, Freiburg, 2000.
- Kuntalp, Erden/  
Barlas, Nami/  
Ayanoğlu Morali, Ahu  
/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/  
İpek, Mehtap/  
Yaşar, Mert/  
Koç, Sedef : **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Kunter, Nurullah : **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.
- Kurt, Leyla Müjde : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016. →Kurt, **Sonraki İmkânsızlık**
- Kurt, Leyla Müjde : **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012. →Kurt, **Temerrüt**
- Kurtulan, Gökçe : **“Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı: 1, Yıl: Mayıs 2017 (s. 465-504).
- Kutlu Sungurbey, Ayfer : **Yetkisiz Temsil (özellikle culpa in contrahendo-sözleşmenin görüşülmesinde kusur- ve olumsuz zarar)**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988.
- Kürşat, Zekeriya : **“İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”**, Prof. Dr. Ergun

- Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004 (s. 751-778).
- Landmann, Valentin : **Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 1975.
- Lange, Hermann/  
Schiemann, Gottfried : **Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Band I, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- Larenz, Karl : **“Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht”**, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1965 (s. 489-507). →Larenz, **Der Vermögensbegriff**
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band- Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987. →Larenz, **Schuldrechts**
- Lehnertz, Friederike : **“Die Bedeutung des Bestehens einer Haftpflichtversicherung für den Billigkeitsanspruch gemäss § 829 BGB”**, Versicherungsrecht, 1974.
- Looschelders, Dirk : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2016.
- Lüchinger, Niklaus : **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Universitätsverlag, Freiburg, 1999.
- Magnus, Ulrich : **Schaden und Ersatz**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1987.
- Makaracı Başak, Aslı/  
Tek, Gülen Sinem : **“Türk Borçlar Kanununda Getirilen Geçici Ödemeler Hakkında Düşünceler”**, DEÜHFD, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı: 2014 (s. 1111-1142).
- Mazlum, İsmet : **“Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri”**, TBBD, Sayı: 106, Yıl: 2013 (s. 313-344).
- Medicus, Dieter : **“Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadenersatz Kollektivschaden”**, JZ, vol. 61, no. 17, 2006 (s. 805-812). → Medicus, **JZ**

- Medicus, Dieter : **Id Quod Interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes**, Böhlau Verlag, Köln, 1962.  
→Medicus, **Id Quod Interest**
- Medicus, Dieter : **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, 13. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006.  
→Medicus, **Schuldrecht**
- Medicus, Dieter/  
Petersen, Jens : **Bürgerliches Recht**, 25. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2015.
- Meister-Oswald, Elisabeth : **Haftpflicht für ausservertragliche Schädigungen durch Kinder**, Schulthess Verlag, Zürich, 1981.
- Memiş, Muhammed Şamil/  
Yılmaz, Çiğdem : **“Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi Kapsamında Sebeplerin Yarışması Hükmünün Değerlendirilmesi”**, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (s. 349-370).
- Merz, Hans : **Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem**, Ausgewählte Abhandlungen zum Privat und Kartellrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1977. →Merz, **Die Widerrechtlichkeit**
- Merz, Hans : **Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Erster Teilband**, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Frankfurt am Main, 1984. →Merz, **Obligationenrecht**
- Mitchell, Charles/  
Mitchell, Paul : **Landmark Cases in the Law Contract**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008.
- Mock, Christian : **Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung**, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006.
- Mommsen, Friedrich : **Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse**, Braunschweig, Schwetschke, 1855.
- Müller-Chen, Markus : **Folgen der Vertragsverletzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 1999.
- Nart, Serdar : **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Narter, Sami : **Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Nazikioğlu, O. Işık : **“Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü: Borçlar Kanununun (106-108)inci maddeleri hakkında bir tetkik”**, AÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1-2, Yıl: 1951 (s. 658-684).
- Neuner, Robert : **“Interesse und Vermögensschaden”**, AcP 133, Heft 3, Mohr Siebeck, 1931 (s. 277-314).
- Nomer, Haluk Nami : **“Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (s. 53-60). →Nomer, **Müteselsil Sorumluluk**
- Nomer, Haluk Nami : **“Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”**, İÜFHM, Cilt: 55, Sayı: 3, Yıl: 1997 (s. 243-260). →Nomer, **Halefiyet**
- Nomer, Haluk Nami : **“Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)”** Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, İstanbul, 2011 (s. 249-255). → Nomer, **Rücu**
- Nomer, Haluk Nami : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020. →Nomer, **Borçlar Genel**
- Nomer, Haluk Nami : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996. →Nomer, **Maddi Tazminat**
- Nomer, Haluk Nami : **“Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”**, İÜHFM, Cilt: 57, Sayı: 1-2, Yıl:1999 (s. 241-264). →Nomer, **Para Borcu**
- Nomer, Haluk Nami/  
Ergüne, M. Serkan : **Eşya Hukuku Cilt: II- Rehin Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- O'Sullivan, Janet : **O'Sullivan & Hilliard's The Law of Contract**, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Oertli, Theres : **Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe**, Dissertation, Luzern 2004.
- Oertmann, Paul : **Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht**, I. Guttentag Verlagsbuchhandlung G.m.b.H., Berlin, 1901.
- Oetker, Hartmut : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil § 241-432, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- Oftinger, Karl/  
Stark, Emil W. : **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 1995.
- Oğuzman, M. Kemal : **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955. →Oğuzman, **İş Akdinin Feshi**
- Oğuzman, M. Kemal/  
Barlas, Nami : **Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 26. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/  
Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021. →Oğuzman/Öz, **Cilt II**
- Oğuzman, M. Kemal/  
Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020. →Oğuzman/Öz, **Cilt I**
- Oğuzman, M. Kemal/  
Seliçi, Özer/  
Oktay Özdemir, Saibe : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020. →Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**
- Oğuzman, M. Kemal/  
Seliçi, Özer/  
Oktay-Özdemir, Saibe : **Eşya Hukuku**, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018. →Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**

Oktay Özdemir, Saibe/  
Elçin Grassinger, Gülçin

: **“Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Ölen Mağdurun (Destek Olanın) Müterafik Kusurunun Kusursuz Sorumluluk Hallerinde de Dikkate Alınması”**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (s. 1243-1267).

Omağ, Merih Kemal

: **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiliyeti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Oser, Hugo/  
Schönenberger, Wilhelm

: **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1929.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin

: **“İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1-2, Yıl: Haziran-Aralık 1999 (s. 60-118).

Öcal Apaydın, Bahar/  
İnce Akman, Nurten

: **“Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Yıl: Haziran 2019 (s. 220-261).

Öğüz, M. Tufan

: **“Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme”**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Editör: M. Tufan Öğüz, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013 (s. 838-846). →Öğüz, **Adam Çalıştıran**

Öğüz, M. Tufan

: **“İfa İmkânsızlığı”**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Cilt II, Editörler: Doç. Dr. Herdem Belen, Av. İsmail Altay, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 (s. 327-331). →Öğüz, **İfa İmkânsızlığı**

Öğüz, M. Tufan

: **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007. →Öğüz, **Vakıf**

Öğüz, M. Tufan

: **“Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Editör: Gökhan Antalya, Legal Yayınları, İstanbul, 2012 (s. 103-110). →Öğüz, **Hükümsüzlük**

Öktem Çevik, Seda

: **“Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Cilt III, Editörler: Doç. Dr. Herdem Belen, Av. İsmail Altay, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 (s. 97-112).

Önen, Turgut

: **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1975.

Öz, M. Turgut

: **“Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılması”**, MHAD, Sayı: 16, Yıl: 1985 (s. 131-172). →Öz, **Temerrüt**

Öz, M. Turgut

: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989. →Öz, **Eser Sözleşmesi**

Öz, M. Turgut

: **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. →Öz, **Yenilikler**

Özcan Büyüktanır,  
Burcu G.

: **“Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini”**, AÜHFD, Cilt: 67, Sayı: 3, Yıl: 2018 (s. 495-534).

Özdemir, Hayrunnisa

: **“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”**, ERÜHFD, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2016 (s. 33-81).

- Özden Merhacı, Selin : **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Özden, Selin : **“Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları”**, BATİDER, Cilt: XXVI, Sayı: 3, Yıl: 2010 (s. 89-125).
- Özel, Çağlar : **“Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”**, AÜHFD, Cilt: 50, Sayı:4, Yıl: 2001 (s. 81-106).
- Özen, Burak : **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Özkaya, Eraslan : **Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Özsunay, Ergun : **“Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşıdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu”**, İÜHFM, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl: 2011 (s. 161-180). →Özsunay, **Hatır Taşınması**
- Özsunay, Ergun : **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979. →Özsunay, **Gerçek Kişiler**
- Özsunay, Ergun : **Medeni Hukuka Giriş**, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986. →Özsunay, **Medeni Hukuk**
- Öztan, Bilge : **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Paksoy, Meliha Sermin : **Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. →Paksoy, **Sözleşmeyi İhlal**
- Paksoy, Meliha Sermin : **Zamanaşımından Feragat (TBK m. 160)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012. →Paksoy, **TBK m. 160**
- Parlak Börü, Şafak : **“Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”**, TBBD, Sayı: 129, Yıl: 2017 (s. 195-228).
- Pekcanıtez, Hakan : **“Bekletici Sorun”**, DEÜHFD, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 1980 (s. 249-275). →Pekcanıtez, **Bekletici Sorun**

- Pekcanitez, Hakan : **Medeni Usul Hukuku-Cilt 2**, On İki Levha Yayıncılık, 15. Baskı, İstanbul 2017. →Pekcanitez, **Medeni Usul**
- Pekcanitez Usûl : **Medeni Usûl Hukuku Cilt I-Cilt II-Cilt III**, Editörler: Hakan Pekcanitez/Muhammet Özokes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. → Yazar, Pekcanitez Usûl
- Pekmez, Cüneyt : **“Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bir Bakış”**, TAAD, Sayı: 21, Yıl: Nisan 2015 (s. 489-522). →Pekmez, **Kusursuz Sorumluluk**
- Pekmez, Kadir Erk : **Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. →Pekmez, **Paket Tur**
- Petek, Hasan : **“Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Taleplerinde Ceza Davası Zamanaşımının Uygulanması”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 153, Yıl: Mayıs 2017 (s. 105-137).
- Portmann, Wolfgang : **“Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?”**, Schweizerische Juristen Zeitung, Band 93, Heft 14, Schulthess, Zürich, 1997 (s. 273-279).
- Prütting, Hanns : **Gegenwartsprobleme der Beweislast**, Verlag C.H. Beck, München 1983.
- Rado, Türkan : **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Reisoğlu, Safa : **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Rey, Heinz : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage Schulthess, Zürich, 2008.
- Rey, Heinz/  
Wildhaber, Isabelle : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 5. Auflage Schulthess, Zürich-Basel, 2018.
- Roberto, Vito : **Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.

- Roberto, Vito/  
Schister, Roman : **“Leichtes Verschulden-kein Reduktionsgrund”**, HAVE, 4/2014 (s. 431-434).
- Rüetschi, David : **“Aurea mediocritas- Gedanken zum Begriff der mittleren Fahrlässigkeit”**, HAVE, 2/2009 (s. 137-144).
- Rümelin, Max : **Die Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Objektiven Schadensersatzpflicht**, Mohr Siebeck Verlag, Freiburg und Leipzig, 1896.
- Sanlı, Kerem Cem : **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007. →Sanlı, **Haksız Fiil**
- Sanlı, Kerem Cem : **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. →Sanlı, **Sözleşme Hukuku**
- Sanlı, Kerem Cem : **“Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi?”**, BATİDER, Cilt: 30, Sayı: 3; Yıl: 2014 (s. 95-173). →Sanlı, **Borca Aykırılık**
- Sarı, Suat : **“Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”**, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011 (s. 299-304).
- Sayın, Feyza Eren : **Paket Tur Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Saymen, Ferit H./  
Elbir, Halid K. : **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958.
- Saymen, Ferit Hakkı : **Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Umumi Prensipler**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1948.
- Schenker, Franz : **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Universitätsverlag, Freiburg 1988.
- Schiemann, Gottfried : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254**

- (**Schadenersatzrecht**), Neubearbeitung, Sellier- de Gruyter, Berlin, 2005. →Schiemann, **Staudinger**
- Schiemann, Gottfried : **Neues allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?**, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.
- Schlechtriem, Peter : **“Schadenersatz und Schadensbegriff”**, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Heft 2, C.H. Beck’s Verlag, München, 1997 (s. 232-253).
- Schlechtriem, Peter/  
Schmidt-Kessel, Martin : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- Schnyder, Anton K./  
Portmann, Wolfgang/  
Müller-Chen, Markus : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2013.
- Schönenberger, Beat : **“Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie”**, HAVE, 1/2004 (s. 3-12).
- Schwarz, Andreas B. : **Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1**, Çeviren: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948.
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.
- Seçer, Öz : **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Seiler, Philippe : **Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung**, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2011.
- Seliçi, Özer : **“Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, 1980 (s. 61-69).
- Serozan, Rona : **“Culpa In Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 1968 (s. 108-129). →Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**

- Serozan, Rona : **“Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimleri”**, Prof. Dr. Yavuz Alangoya’ya Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007 (s. 715-741). →Serozan, **Sözleşme Sorumluluğu**
- Serozan, Rona : **“Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Editör: Prof. Dr. Turhan Esener, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990 (s. 67-101). →Serozan, **Manevi Tazminat**
- Serozan, Rona : **“Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004 (s. 195-208). →Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**
- Serozan, Rona : **“Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler”**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (12-13 Mayıs 1979, Ankara), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980 (s. 170-176). →Serozan, **Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler**
- Serozan, Rona : **“Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung”**, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, (Zürich und Bern 1980’dan ayrı bası), Schulthess Verlag, Zürich, 1981 (s. 447-495). →Serozan, **Tendenzen zur Normativierung**
- Serozan, Rona : **“Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 58, Sayı: 1-2, Yıl: 2000 (s. 231-248). →Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri**
- Serozan, Rona : **“Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”**, İÜMHAD, Cilt: 15, Sayı: 18, Yıl: 1990 (s. 27-42). →Serozan, **Yürürlükteki İfa Engelleri**

- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 8. Baskı, İstanbul, 2018. →Serozan, **Medeni Hukuk**
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. →Serozan, **Sözleşmeden Dönme**
- Sert, Selin/  
Cihan, Ali Hulki : **“Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi”**, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, ERÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2013 (s. 901-918).
- Sirmen, A. Lale : **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Somer, Pervin : **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar**, Derin Yayınları, İstanbul, 2008.
- Spiro, Karl : **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjaehrungs- Verwirkungs- und Fatalefristen**, B.I, Die Verjährung der Forderungen, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1975. →Spiro, **Die Begrenzung**
- Spiro, Karl : **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Stämpfli & Cie. Verlag, Bern, 1984. →Spiro, **Haftung**
- Staub, Hermann : **“Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen”**, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, I. Guttentag Verlagsbuchhandlung, G.M.b.H., Berlin, 1902 (s. 29-56).
- Stoll, Heinrich : **Die Lehre von den Leistungsstörungen**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1936.
- Stöckli, Hubert : **“Notizen zur Widerrechtlichkeit”**, Festschrift für Franz Riklin, Herausgegeben von M. A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Quelo, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007 (s. 227-243).
- Ströfer, Joachim : **Schadensersatz und Kommerzialisierung**, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 70, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.
- Sungurbey, İsmet : **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1963. →Sungurbey, **Kişisel Haklar**
- Sungurbey, İsmet : **Acemoğlu'nun “Tapulama Kanunu...”**, **“Eşya Hukuku Meseleleri”** adlı kitapları ve Serozan'ın

**hukukçuluk yöntemi üstüne notlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971. →Sungurbey, **Notlar**

Şahin Caner, Ayşenur : **Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Şener, Battal : **“Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler”**, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan-I, Cilt: 19, Özel Sayı, Yıl: 2017 (s. 1623-1690).

Şenocak, Kemal : **Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009. →Şenocak, **Hayat Sigortası**

Şenocak, Zarife : **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995. → Şenocak, **İfa Yardımcısı**

Tahiroğlu, Bülent : **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

Tandoğan, Haluk : **“Hukuka Aykırılık Bağı”**, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980 (s. 5-28) → Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**

Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. →Tandoğan, **Cilt I/1**

Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. →Tandoğan, **Cilt II**

Tandoğan, Haluk : **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981. →Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**

Tandoğan, Haluk : **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963. → Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**

Tandoğan, Haluk : **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. →Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**

- Tandoğan, Haluk : **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957. → Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**
- Tanrıver, Süha : **Medeni Usul Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Taşpınar, Sema : **“Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”**, AÜHFD, Cilt: 45, Sayı: 1, Yıl: 1996 (s. 533-572).
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **“Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı”**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980 (s. 205-221). → Tekinay, **Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı**
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **Borçlular Arasında Akdi Teselsül**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956. → Tekinay, **Teselsül**
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963. → Tekinay, **Destekten Yoksun Kalma**
- Tekinay, Selahattin Sulhi/  
Akman, Sermet/  
Burcuoğlu, Haluk/  
Altop, Atilla : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.  
→ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Genel**
- Tekinay, Selahattin Sulhi/  
Akman, Sermet/  
Burcuoğlu, Haluk/  
Altop, Atilla : **Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.  
→ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Eşya Hukuku**
- Tercier, Pierre/  
Pichonnaz, Pascal/  
Develioğlu, H. Murat : **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tiftik, Mustafa : **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994.

- Topuz, Murat : **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 17, Yıl: 2011 (s. 257-295). → Topuz, **Geçici Ödemeler**
- Topuz, Murat : **“Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat”**, 5. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016 (s. 292-298). → Topuz, **Normatif Zarar**
- Topuz, Murat : **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020. → Topuz, **Maddi Zarar**
- Topuz, Seçkin/  
Canbolat, Ferhat : **“Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”**, AÜHFD, Cilt 57, Sayı: 3, Yıl: 2008 (s. 673-718).
- Treitel, Sir Guenter : **The Law of Contract**, 11th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.
- Tuncer Kazancı, İdil : **“Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”**, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 23, Yıl: 2012 (s. 75-126).
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976. → Tunçomağ, **Borçlar Genel**
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, 1963. → Tunçomağ, **Cezai Şart**
- Tuor, Peter/  
Schnyder, Bernhard/  
Schmid, Jörg/  
Rumo-Jungo, Alexandra : **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel, 2015.

- Turanboy, Kürşat : **“Müteselsil Sorumluluk Kavramı ve Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısının Hükümleri”**, e-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi (Çevrimiçi), Yıl: Aralık 2009, Sayı: 94.
- Tutar, Elce : **“Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”**, Terazî Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 125, Yıl: Ocak 2017 (s. 29-41).
- Tutumlu, Mehmet Akif : **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1991.
- Türk, Burak/  
Yılmaz, Çiğdem : **“Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”**, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, Editör: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (s. 371-408).
- Türker, Erhan : **“Ceza Mahkemesi Kararlarının Haksız Fiiller Konusunda Hukuk Hâkiminin Kararlarına Etkisi”**, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, Yıl: 1980 (s. 310-321).
- Uçar, Salter : **Cezai Şart ve Uygulaması**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993.
- Ulusan, İlhan : **“Culpa in Contrahendo Üstüne”**, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan Cilt: 1, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1982 (s. 275-319).
- Ulus, Ayşe Elif : **Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Umar, Bilge : **“Borçluya İsnat Olunamayan İmkânsızlık Sebebiyle Ademi İfa”**, Adalet Dergisi, Sayı: 9-10, Ankara, 1961 (s. 963-982).
- Umar, Bilge/  
Yılmaz, Ejder : **İspat Yükü**, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980.

- Ünal, Mehmet : **“Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”**, AÜHFD, Sayı: 1, Cilt: 35, Yıl: 1978 (s. 397-437).
- Üstündağ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II**, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 2000.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah : **“Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı”**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 169-170, Yıl: 2018 (s. 203-256).
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : **“Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat”**, Prof. Dr. Ebül’ûla Mardin’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1944 (s. 739-758).
- von Bar, Carl Ludwig : **Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, Besonders im Strafrechte**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871.
- von Bar, Christian (Ed.) : **Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another**, Oxford University Press, 2009.
- von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 1964.
- von Jhering, Rudolf : **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts**, 4. Band, 1861, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Verlag Gehlen, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1969.
- von Tuhr, Andreas : **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: I-II**, (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.
- von Tuhr, Andreas/  
Escher, Arnold : **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1974.
- von Tuhr, Andreas/  
Peter, Hans : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1979.

- Vuraloğlu, Mehmet Oğuz : **Borçlar Hukukunda Zararın Varlığı Şartından Bağımsız Ödeme Yaptırımları**, T.C. Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Walker, Wolf-Dietrich : **“Die Entschädigung für Immaterielle Schäden Nach Deutschem Zivilrecht-Grundlagen und Aktuelle Probleme”**, Prof. Dr. M. İlhan Uluslan’a Armağan, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (s. 743-756).
- Walter, Gerhard : **Frei Beweiswürdigung**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1979.
- Walter, Hans Peter : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung Art. 1-9 ZGB**, Bern 2012. →Walter, **BK-ZGB**
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000. →Weber, **BK-OR**
- Weidt, Heinz : **Antizipierter Vertragsbruch**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008.
- Weiss, Andreas W. : **Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.
- Werro, Franz : **“Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR”**, ZSR 116, I. Halbband, 1997 (s. 343-386). →Werro, **Sorgfaltspflichtverletzung**
- Werro, Franz : **The Swiss Tort reform: a Possible Model for Europe?**, European Tort Law Eastern and Western Perspectives, ed. Mauro Bussani, Stämpfli Verlag, Bern, 2007 (s. 81-102). →Werro, **Reform**
- Widmer Lüchinger, Corinne/  
Wiegand, Wolfgang : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 7. Auflage, Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger/David Oser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020. →Widmer Lüchinger/Wiegand, **BSK-OR**

- Widmer, Pierre/  
Wessner, Pierre : **Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts**, Erläuternder Bericht, Bern, 2000.
- Wiegand, Wolfgang : **“Die Leistungsstörungen Teil 1: Die Nichterfüllung”**, recht 1983 (s. 1-9).
- Wiegand, Wolfgang : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. →Wiegand, **BSK-OR**
- Wolf, Ernst : **“Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis”**, Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976 (s. 545-578).
- Yağcıoğlu, Ali Haydar : **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014. →Yağcıoğlu, **Müteselsil Sorumluluk**
- Yağcıoğlu, Burcu : **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019. →Yağcıoğlu, **Ceza Koşulu**
- Yavuz, Cevdet : **“Fransa’da İspat Külfeti ile İlgili Son İçtihat Gelişmeleri”**, Yargıtay Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Yıl: 1983 (s. 31-50). →Yavuz, **İspat Külfeti**
- Yavuz, Nihat : **“Culpa in Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları”**, Yargıtay Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1-2, Yıl: 2002 (s. 61-103). → Yavuz, **Haricen Satış**
- Yavuz, Nihat : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt (m. 1-338)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. →Yavuz, **Şerh**
- Yavuz, Nihat : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. →Yavuz, **Yenilikler**
- Yavuz İpekyüz, Filiz : **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

- Yazıcıoğlu, Emine/  
Şeker Öğüz, Zehra : **Sigorta Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Yıldırım, Kâmil : **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990.
- Yıldız, Mustafa Göktürk : **Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yılmaz, Ejder : **Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Yung, Walter : **“Temyiz Kudretinden Mahrum Olan Bir Kimse Tarafından Yapılan Hukuki Muameleler ve Üçüncü Şahısların Korunması”**, Çeviren: Haluk Tandoğan, Ankara Hukuk Fakültesi 40.Yıl Armağanı, Ankara, 1966 (s. 485-495).
- Yünlü, Semih : **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Zellweger, Hans Jacob : **Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1972.
- Zeuner, Albrecht : **“Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”**, AcP 163, Heft 4, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1964 (s. 380-400).
- Zevkliler, Aydın : **“Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”**, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan’a Armağan, C. III, Ankara, 2016 (s. 799-819).
- Zevkliler, Aydın/  
Gökyayla, K. Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Zevkliler, Aydın/  
Acabey, M. Beşir/  
Gökyayla, K. Emre : **Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku- Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.
- Zeytin, Zafer : **“Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-III Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı”**,

BATİDER, Cilt: 22, Sayı: 1, Yıl: 2003 (s. 185-200).  
→Zeytin, Boşa Geçen Tatil Zamanı

Zeytin, Zafer : “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı”, BATİDER, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 1999 (s. 73-89). → Zeytin, Özel Kullanım Kaybı

Zeytin, Zafer : “İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (s. 1423-1446)  
→Zeytin, İfa Yardımcısı

Zimmermann, Reinhard : “Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact”, Tort and Insurance Law Yearbook/European Tort Law-2003, Ed: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger, SpringerWienNewYork, Vienne, 2004 (s. 2-30).

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari>

<https://www.legalis.ch/de/>

<https://www.swisslex.ch/de/>

## ÖZGEÇMİŞ

Hilal Daver, ilköğrenimini Gaziemir Dokuz Eylül İlköğretim Okulunda, ortaöğrenimini İzmir Anadolu Kız Lisesinde tamamlamıştır. 2006-2010 yılları arasında Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğrenim görmüştür. 2010 yılında yüksek lisans eğitimine Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde devam etmiş, 2013'te "Borcun İfasında Borçlunun Rolü" başlıklı yüksek lisans tezini sunmuştur. 2013 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Programında doktora eğitimine başlamıştır.

2011-2019 yılları arasında Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışan Hilal Daver, Eylül 2019'dan bu yana Kocaeli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulunda öğretim görevlisi olarak görevine devam etmektedir.