

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

DOKTORA TEZİ

OLUMSUZ ZARAR

MEHMET SERKAN ERGÜNE
2502010063




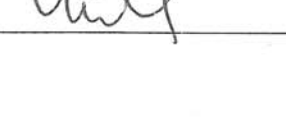

TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. TUFAN ÖĞÜZ

İSTANBUL 2007

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK** Anabilim Dalı Doktora programında kayıtlı **2502010063** numaralı **MEHMET SERKAN ERGÜNE’NİN** hazırladığı “**OLUMSUZ ZARAR**” konulu ~~YÜKSEK LİSANS~~ / DOKTORA TEZİ ile ilgili **Tez Savunma Sınavı**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği’nin 35.Maddesi uyarınca **16.04.2007 PAZARTESİ** günü saat:**10.00** de yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin~~Kabulü~~.....’ne* **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA
PROF.DR. HASAN ERMAN	Kabul	
DOÇ.DR. TURGUT ÖZ	Kabul	
DOÇ.DR. TUFAN ÖĞÜZ	Kabul	
DOÇ.DR. HALUK NAMİ NOMER	Kabul	
DOÇ.DR. YENER ÜNVER	Kabulü	

Öz

Olumsuz zarar, sözleşmesel alana özgü bir menfaat türü olarak, amaçlanan borç ilişkisinin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılan güvenin ihlal edilmesinden doğmaktadır.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, nitelikleri gereği borca aykırılık hükümlerine tâbi tutulmalıdır. Olumsuz zararın kapsamına, fiilî zararlar (*damnum emergens*) ile başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*) girmektedir. Nedensellik bağının farklı olmasından ötürü, olumsuz zarar tazminatı, ifa menfaatiyle sınırlı değildir. Somut olayda aşırıya kaçtığı düşünülen olumsuz zarardan sorumluluk, başka hukukî araçlarla sınırlandırılabilir.

Bu doktora tezi, olumsuz zararı bütün yönleriyle ele alıp incelemeyi amaç edinmektedir.

Tezin konusunu oluşturan sorunların çözümünde, araştırma ve sorgulama metotları kullanılmıştır.

ABSTRACT

Reliance interest is in being reimbursed for losses caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made.

The regulations of contracts in Obligation Law must be applied for the liability of reliance interest. Because the characteristic of reliance interest is related to contract law. Actual damages (*damnum emergens*) and loss of profit (*lucrum cessans*), originating from missing the opportunity to conclude another contract, fall within the scope of reliance interest. Since the chain of causality is different, reliance interest compensation is not limited with expectation interest. Liability from reliance interest, which is believed to be overdone in any given case, may be limited with other legal instruments.

This PhD thesis aims to research and discuss reliance interests in all aspects.

Research and examine methods have been used in settlement of the issues which constitute the subject of this thesis.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı bünyesinde Doktora Tezi olarak hazırladığımız bu çalışmamızın amacı, sözleşmesel alana özgü menfaat türü olan “Olumsuz Zarar”ı bütün yönleriyle incelemektir.

Olumsuz zarar, gerek teorik gerek uygulamadaki boyutları itibarıyla oldukça geniş kapsamlı ve zor bir tez konusudur. Bu çalışma, olumsuz zarara ilişkin olarak ortaya çıkan bütün meseleleri tüketmek, hepsine bir çözüm bulmak iddiasıyla hazırlanmamıştır. Şimdiye kadar tartışılan ve hiç ele alınmamış bazı sorunlara, farklı bir bakış açısı getirilebildiği ölçüde, tezde hedeflenen gayeye ulaşılmış olacaktır.

Tezin danışmanlığını üstlenerek, çalışmamı titiz bir şekilde inceleyip, yapıcı ve yol gösterici eleştirilerde bulunan Hocam Doç. Dr. Tufan Öğüz’e, en içten teşekkürlerimi sunmak isterim. Ayrıca uzun zamandır beraber çalışma şansına eriştiğim diğer Hocalarım Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu, Doç. Dr. Halûk Nomer ve Yard. Doç. Dr. Suat Sarı’ya sunmuş oldukları akademik ortam ve destekleri nedeniyle şükran borçluyum. Sevgili dostum ve meslektaşım Araş. Gör. Nuri Aziz Midyat’a da, Fransızca eserlerin tercümesinde göstermiş olduğu yardımdan ötürü minnettarım.

Tezin hazırlanması safhasının önemli bir kısmı, Almanya’da gerçekleştirilmiştir. 2002–2003 Akademik Yılında Baden-Württemberg Landesstiftung bursu ile Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, 2006 yılında ise Hamburg’daki Max-Planck Enstitüsünde, bu kurumdan alınan bursla dört ay süreyle çalışma imkânı elde edilmiştir. Gerek bu olanakları sağlayanlara gerek Hamburg’da kaldığım süre boyunca beni evlerinde misafir ederek desteklerini hiç esirmeyen Prof. Dr. Dr. hc. Norbert Reich ve değerli eşi Sayın Renate Reich’a bu vesileyle teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR LİSTESİ	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR VE MENFAAT KAVRAMLARI ÇERÇEVESİNDE

OLUMSUZ ZARARIN TANIMLANMASI

A. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI VE İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER.....	4
1. Zarar Kavramı	4
2. İleri Sürülen Teoriler	10
a. Fark (Menfaat) Teorisi	11
b. Somut (Tabii) Zarar Teorisi	15
c. Teorilerin Değerlendirilmesi	16
B. MENFAAT KAVRAMI VE TÜRLERİ	20
1. Menfaat Kavramı ve Tarihsel Gelişimi	20
2. Menfaat Türleri	24
a. Sözleşmesel Alana Özgü Olanlar: Olumlu ve Olumsuz Menfaat	24
b. Bütünlük Menfaati	30
C. OLUMSUZ ZARARIN TANIMLANMASI VE OLUMLU-OLUMSUZ ZARAR AYRIMI..	35
1. Olumsuz Zarar Kavramı	35
a. Olumsuz Zarar Kavramının Ortaya Çıkış Nedeni	35
b. Olumsuz Zararın Tanımlanması	37
c. Olumsuz Zarar-Güven Zararı İlişkisi	46
2. Olumsuz Zarardan Sorumluluğun Sübjektif Şartları	50
a. Güven	50
b. Kusur	52
3. Olumlu-Olumsuz Zarar Ayrımı.....	55
a. Benzerlikler ve Farklılıklar	55
b. Ayrımın İstisnaları:	62
(1) Genel Olarak.....	62
(2) Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar.....	64

(3) Alacağı Temlik Edenin ve Bağışlayanın Sorumluluğu.....	68
c. Ayırımın Sonucu: Birlikte Talep Edilememe.....	71

İKİNCİ BÖLÜM

OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HÂLLERİN

NİTELENDİRİLMESİ

VE

BU NİTELENDİRMEYEN DOĞAN SONUÇLAR

A. MÜŞTEREK HUKUKTA OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN	
TEORİLER.....	76
1. Culpa in Contrahendo Teorisi	76
2. Sebebiyet Verme Teorisi	81
3. Sözleşme Teorisi	82
4. Garanti Sözleşmesi Teorisi.....	84
5. Vekâlet Sözleşmesi Teorisi	85
6. Sözleşme Dışı Sorumluluk Teorisi (Actio Doli)	86
7. Dürüstlük Kuralı Teorisi (Bona Fides).....	87
B. MÜŞTEREK HUKUK SONRASI GÜNÜMÜZE KADAR OLUMSUZ ZARARI TAZMİN	
YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN TEORİLER.....	88
1. Genel Olarak	88
2. İleri Sürülen Teoriler	90
a. Haksız Fiil Teorisi	91
b. Sözleşme Teorisi	97
(1) Kurulacak Sözleşme Teorisi (Amaç Sözleşme Teorisi)	98
(2) İşlem Sorumluluğu Teorisi	99
c. Bağımsız Sebeplerden Doğan (Kendine Özgü) Sorumluluk Teorisi	100
(1) Haksız Fiil Benzeri Teorisi	103
(2) Sözleşme Benzeri Teorisi	103
d. Karma Teori	106
3. Değerlendirme: Olumsuz Zararı Tazmin Yükümlülüğünü Doğuran Hâllerin Nitelendirilmesinde	
Dayanılan Gerekçeler	109
a. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi ve Sözleşmeden Dönmeye Özgü Borca Aykırılık ..	109
b. Diğer Sebepler	128
C. OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HÂLLERE	
UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	130
1. İspat Yükü	131
2. Yardımcı Şahıslardan Sorumluluk	132
3. Sınırlı Ehliyetsizlerin Sorumluluğu.....	139
4. Zamanaşımı	143

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HÂLLERİN

GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

A. GENEL OLARAK..... 150

B. BORÇ İLİŞKİSİNİN HİÇ KURULMAMASI VEYA BAŞTAN İTİBAREN HÜKÜMSÜZ

OLMASINDAN KAYNAKLANAN OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

..... 151

1. Borçlar Kanunundaki Tipik Olumsuz Zarardan Sorumluluk Hâlleri	152
a. Yanılma Nedeniyle Sözleşmenin İptalinde.....	154
b. Üçüncü Kişinin Korkutması Nedeniyle Sözleşmenin İptalinde.....	167
c. Aldatma veya Korkutma Nedeniyle Sözleşmenin İptalinde	172
(1) Aldatmada.....	172
(i) Karşı Sözleşenin Aldatmasında	172
(ii) Üçüncü Kişinin Aldatmasında	174
(2) Korkutmada	174
(i) Karşı Sözleşenin Korkutmasında	174
(ii) Üçüncü Kişinin Korkutmasında.....	176
d. Aldatma veya Korkutmayla Yapılan Sözleşmeye İcazet Vermede	178
e. Temsil Belgesinin Geri Alınmasını İhmal Etmede	183
f. Yetkisiz Temsil Nedeniyle Sözleşmenin Geçersizliğinde	199
2. Borçlar Kanununda Bulunmayan Tipik Olumsuz Zarardan Sorumluluk Hâlleri	220
a. Sözleşmenin Yokluğunda	222
(1) Açık Uyuşmazlıkta	222
(2) Gizli Uyuşmazlıkta	222
(3) Maddî Cebirde	223
(4) Geç Ulaşan Öneri veya Kabul Beyanında	224
(5) Sözleşme Görüşmelerinin Yarıda Kesilmesinde.....	225
b. Ehliyetsizlikte	230
c. Hukuka Aykırılıkta.....	232
d. Ahlâka Aykırılıkta.....	235
e. Başlangıçtaki İmkânsızlıkta	237
f. Muvazaada	246
g. Şekle Aykırılıkta.....	247
h. Karşı Tarafı Yanılmaya Düşürmede.....	250
i. Gabinde.....	251
j. Kısmî Butlanda.....	253

C. BORÇ İLİŞKİSİNİN SONRADAN HÜKÜMDEN DÜŞMESİNDEN KAYNAKLANAN

OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ 254

1. İlân Yoluyla Ödül Sözünden Dönmede.....	256
2. Sözleşmeden Dönmede	260
3. Vekâlet Sözleşmesinin Uygun Olmayan Zamanda Sona Erdirilmesinde.....	276
4. Vedia Sözleşmesinin Vaktinden Önce Sona Erdirilmesinde.....	283
5. Kefalet Sözleşmesinden Dönmede.....	287

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OLUMSUZ ZARARIN HESAPLANMASI, TAZMİNİNE İLİŞKİN ESASLAR

VE

OLUMSUZ ZARARA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERİN CEVAPLANMASI

A. OLUMSUZ ZARARIN HESAPLANMASI ve İSPATI	292
1. Genel Olarak	292
2. Olumsuz Zararın Kapsamına Giren Malvarlığı Kayıplarının Tespiti	293
<i>a. Fiili Zararlar (damnum emergens)</i>	293
(1) Sözleşme Kurma Masrafları	294
(2) Sözleşmenin İfası İçin Yapılan Masraflar ve Uğranılan Diğer Zararlar	296
(3) Yerine Getirilen Edim ve Ondan Elde Edilecek Faydalar	298
(4) Hükümsüz Sözleşmenin Tasfiyesi Nedeniyle Uğranılan Zararlar	301
(5) Usulî İşlemlere İlişkin Masraflar	301
(6) Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat ve Cezaî Şartlar	303
<i>b. Yoksun Kalınan Kâr (lucrum cessans)</i>	304
3. BK.m.31/f.II Uyarınca Talep Edilecek Olumsuz Zararın Hesaplanması	320
4. Kısmî Butlanda Olumsuz Zararın Hesaplanması	323
5. Masrafların Tazmini Açısından BGB § 284'ün Değerlendirilmesi	324
6. Olumsuz Zararın İspatı	327
7. Denkleştirme	334
B. OLUMSUZ ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN ESASLAR	337
1. Genel Olarak Tazminat Kavramı	337
2. Tazminat Türü Olarak Aynen ve Nakden Tazmin	341
3. Tazminat Olarak Sözleşmeden Kurtulma	343
4. Sözleşmeyle Bağlı Kalıp Tazminat Talep Etme	348
5. Tazminatın Hesaplanma Anı	358
6. Tazmin Edilecek Olumsuz Zararın Sınırlandırılması	361
<i>a. Sorunun Ortaya Konması ve Görüşlerin Değerlendirilmesi</i>	361
<i>b. Olumsuz Zarardan Sorumluluğun Sınırlandırılmasında Yararlanılacak Hukukî Kurumlar</i> ..	371
(1) Sorumluluğa Yol Açan Zararın Sınırlandırılması	371
(2) Tazminatın İndirilmesi	374
C. OLUMSUZ ZARARA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERİN CEVAPLANMASI	376
1. İleri Sürülen Eleştiriler	376
2. Eleştirilerin Cevaplanması ve Olumsuz Zararın Gerekliğinin İspatlanması	377
SONUÇ	386
KAYNAKÇA	396
ÖZ GEÇMİŞ	434

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AktG	: Aktiengesetz
ALR	: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Art.	: Artikel
aş.	: Aşağıda
AvK.	: Avukatlık Kanunu
b.	: Bent
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK.	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz/bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Cc	: Code Civil
Cci	: Codice Civile
CISG	: Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DJZ	: Deutsche Juristen-Zeitung
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E	: Entscheidung
E.	: Esas
f.	: Fıkra
GmbHG	: Deutsches Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK.	: İcra ve İflâs Kanunu
İKİD.	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Kap.	: Kapitel
Komm.	: Kommentar
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Türk Medenî Kanunu
N.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW - Rechtsprechungs – Report Zivilrecht
Nr.	: Nummer
OR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	: Randnummer

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SchR	: Schuldrecht
SJ	: La semaine judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
t.	: Tarih
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
t.y.	: Yayınlanma tarihi yok
vd.	: ve devamı
Vorbem.	: Vorbemerkung
vs.	: ve saire
WM	: Wertpapier-Mitteilungen
Yarg.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
y.y.	: Yayınlanma yeri yok
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun bel kemiğini oluşturan zarar kavramı, üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı bir alan olup, farklı açılardan yapılan birçok alt ayrımı bünyesinde taşımaktadır. Örnek olarak *maddî zarar-manevî zarar*, *fiilî zarar-kâr mahrumiyeti-normatif zarar*, *doğrudan zarar-dolaylı zarar-yansıma zarar*, *mevcut zarar-müstakbel zarar-muhtemel-zarar*, *olumlu zarar-olumsuz zarar*, çeşitli zarar türlerini ifade eden ayrımlardır. Ortak bir zarar kavramından türemeleri itibarıyla birbirleriyle çakışan ve çatışan noktaları bulunan bu zarar türlerinin hepsi, bağımsız eserlere konu olabilecek önem ve boyuttadır. Bu çalışmada doktora tez konusu olarak, zarar kavramına yönelik alt ayrımlardan yalnızca birisi olan “*Olumsuz Zarar*” incelenmiştir.

Sözleşmesel alana özgü olumsuz zarar kavramı, uzun yıllardan beri hukukçuları meşgul eden bir konu olmuştur. Zira günden güne gelişen beşeri ve ekonomik ilişkiler, gerçek ve tüzel kişileri sürekli olarak birbirleriyle sözleşmesel temasa geçmeye zorlamıştır. Ancak yapılması amaçlanan sözleşmelerin beklenen neticeye ulaşmaması; hukuk düzeninin sözleşmeler için öngörmüş olduğu geçerlilik şartlarının yerine getirilmemiş olması, bir sözleşme yapmak üzere bir araya gelen tarafların, bu nedenle uğramış oldukların kayıpların, hangi esasa göre ve kim tarafından tazmin edileceği sorununu ortaya çıkarmıştır. Haksız fiil sorumluluğu için aranan şartların gerçekleşmemesi ve taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunmaması, cevap bekleyen hukuksal problemi iyice güçleştirmiştir. Geçersiz sözleşmelerin ortaya çıkardığı zararların tazmini hususunda, Roma hukukunda ve onu takip eden Müşterek hukukta yeterli çözümlerin bulunmaması, Pandekt hukukçularını çeşitli teoriler üretmeye sevk etmiştir. Fakat bunların sadece karşılaşılan bazı sorunların çözümüne yönelik olması, geçersiz sözleşmelerin sebep olduğu zararların tazmini meselesinin bir süre daha karanlıkta kalmasına yol açmıştır. Bütün bu eksiklikleri fark eden Rudolf von Jhering 1861 yılında yayınladığı “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*” adlı meşhur eserinde konuyu sistematik bir şekilde incelemiş ve sözleşmelere özgü olumlu-olumsuz menfaat ayrımını yaparak olumsuz zarar kavramını modern hukuk bilimine kazandırmıştır. Doktrinde yaşanan bu gelişmelere kayıtsız kalmayan Kara

Avrupası kanun koyucuları da, Jhering'in kurguladığı culpa in contrahendo sorumluluğunun etkisinde kalarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne ilişkin münferit hükümleri, ülke kanunlarına koymuşlardır. Hatta İsviçre ve Türk Kanun koyucuları, daha da ileri giderek, Jhering'in öğretisinin dışında kalan bazı hâller için de olumsuz zarardan sorumluluğu öngören düzenlemeler getirmişlerdir.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, Borçlar Kanunumuzun çeşitli hükümlerinde yer almaktadır (BK.m.8/f.II, 26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I, 108/f.II, 396/f.II ve 466/f.II). Bunlardan bir kısmı, borç ilişkisinin baştan itibaren hükümsüz olmasından (BK.m.26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I), bir kısmı da, borç ilişkisinin sonradan hükümden düşmesinden (BK.m.8/f.II,108/f.II, 396/f.II ve 466/f.II) kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluğu düzenlemektedir. Ancak olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri Borçlar Kanunumuzdaki bu düzenlemelerden ibaret değildir; sözleşmenin hiç kurulmadığı ya da geçersizlik yaptırımını ile karşıya kaldığı diğer durumlarda da, culpa in contrahendo esasları uyarınca olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün ortaya çıkması mümkündür.

Borçlar Kanununun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiş olmasına ve uygulamada sıkça karşılaşılmamasına rağmen, olumsuz zarar, Türk hukuk literatüründe çoğunlukla genel eserlerde ve birkaç monografide dolaylı olarak incelenmiştir. Bu eserlerde yer alan genel açıklamalar dışında, olumsuz zarara ilişkin ayrıntılı bilgiye Türkçe kaynaklar üzerinden ulaşmak mümkün değildir. Olumsuz zararın bütün yönleriyle ele alınıp ayrıntısıyla incelendiği bir monografinin bugüne kadar yazılmamış olması, konunun doktora tezi olarak seçiminde önemli bir etken olmuştur.

Bu tez çalışması, dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, ilerideki açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla sorumluluk hukukunun temellerini oluşturan zarar ve menfaat kavramlarına değinilecektir. Zarar ve menfaat kavramları hakkında doktrindeki tartışmalara genel hatlarıyla temas edildikten sonra olumsuz zarar kavramı tanımlanacaktır. Bu kısımda, olumsuz zararı, diğer zarar türlerinden ayıran özellikler ayrıntısıyla açıklanacak, özellikle de sözleşmesel alana özgü olumlu-olumsuz zarar ayırımına vurgu yapılacaktır.

İkinci bölüm, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesine ve bu nitelendirmeden doğan sonuçlara ayrılmıştır. Bu bağlamda, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesiyle ilgili olarak müşterek hukukta ve müşterek hukuk sonrası günümüze kadar ileri sürülen teorilere yer verilecek, ardından konu hakkındaki değerlendirmelerimize geçilecektir. Bölümün en sonunda ise, bu değerlendirmelerle bağlantılı olarak olumsuz zarardan sorumluluğa uygulanacak hükümler tespit edilecektir.

Üçüncü bölümde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin görünüm biçimleri ele alınacaktır. Borçlar Kanunumuzda düzenlenenler ile açık bir düzenleme bulunmamasına karşın culpa in contrahendo esaslarından çıkan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, özellik arz eden ince noktalarına kadar incelenecektir.

Dördüncü bölümde ise, olumsuz zararı oluşturan malvarlığı kayıplarının neler olduğu belirtildikten sonra, olumsuz zararın hesaplanmasına ve tazminatın tespitine ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Bu bölümde ayrıca, olumsuz zarardan sorumluluğun olumlu zararlarla sınırlı olup olmadığı meselesi irdelenecek ve en nihayetinde, olumsuz zarara yöneltilen eleştirilere cevap verilerek, olumsuz zararın, vazgeçilmez bir kavramı olduğu ispatlanacaktır.

Tezin tamamında, yeri geldikçe yabancı hukuk sistemlerine göz atılacak, özellikle de Alman hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleri tahlil edilerek, mukayeseli açıklamalar yapılacaktır. Bundan başka, tezin yalnızca teorik düzeyde kalmaması için, hem Yargıtay'ın hem de İsviçre Federal Mahkemesi ile Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarına bol bol işaret edilecektir. Böylece uygulamaya da katkıda bulunma gayesi, çalışmanın genelinde takip edilmeye çalışılacaktır.

Bu tez çalışması, araştırmada öne çıkan belli başlı hususları ihtiva eden sonuç kısmıyla bitirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR VE MENFAAT KAVRAMLARI ÇERÇEVESİNDE

OLUMSUZ ZARARIN TANIMLANMASI

A. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI VE İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

1. Zarar Kavramı

Günlük hayatta sıkça kullanılması itibarıyla herkesin bilgi sahibi olduğu zarar kavramını tanımlamak, aslında hukukçular bakımından içinden çıkılması en güç ve karmaşık işlerden birisidir¹. Doktrinde, zarar kavramına ilişkin olarak yazılmış birçok esere rastlamak mümkün olduğu gibi, bu eserlerde savunulan görüşlerin büyük bir çoğunluğu da birbirinden farklılıklar göstermektedir. Bütün bu zorluk ve farklılıklara rağmen, zarar kavramına ilişkin olarak şu hususun yine de başlangıçta vurgulanması gerekir. Zarar, hem hukukî hem de ekonomik değerlendirmelerin bir arada yapılmasını zorunlu kılan bir kavramdır². Zira ileride de belirteceğimiz üzere, bir olay neticesinde meydana gelen ekonomik kayıplar, zararın telafisini amaçlayan tazminat ile her zaman aynı miktarda olmadığı gibi, her ekonomik kayıp, hukuken zarar olarak da nitelendirilemez. Ancak birlikte yapılacak değerlendirmeler neticesinde zararın varlığı tespit edilebilir. Dolayısıyla yalnızca bir yönden konuyu ele alan yaklaşımlar, bir başka ifadeyle, sadece hukukî ya da ekonomik bakış açılarıyla zararı belirlemek yönündeki çabalar, tatmin edici çözümler üretmekten uzak kalmaya daima mahkûmdurlar.

İsviçre ve Türk hukuku sistemlerine bakıldığında, zarar kavramı, sorumluluk hukuku alanında sahip olduğu kilit noktaya rağmen, ne haksız fiile ilişkin hükümlerde (OR 41, BK.m.41) ne de sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta (OR 97,

¹ Peter Schlechtriem, "Schadenersatz und Schadensbegriff", **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, München, 1997, s. 232 vd.; Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, Kap. 6, Rn. 251; Gottfried Schiemann, "„Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?", **Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik**, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, s. 259.

² Bkz. ve karşı. Ernst Wolf, "Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis", **Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag**, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976, s. 545 vd.; özellikle s. 558.

BK.m.96), tanımlanmıştır. Yine Alman hukukunda da BGB sistemi içinde zarara ilişkin olarak herhangi bir kanunî tanım bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise, gerçekleşebilecek bütün hâlleri kapsayacak şekilde bir zarar tanımı vermenin mümkün olmamasıdır³. Bu sebeple, kanunî bir tanımdan bilinçli olarak kaçınılmış⁴, sürekli değişen ve gelişen ihtiyaçlara cevap verebilmek amacıyla zararın tanımlanması görevi, doktrin ile yargı kararlarına bırakılmıştır⁵.

³ Hermann Lange/Gottfried Schiemann, **Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Bd. I, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003; s. 26, dn. 2; Niklaus Lüchinger, **Schadensersatz im Vertragsrecht**, Freiburg, Universitätsverlag, 1999, Rn. 39; Schlechtriem, **a.g.m.**, s. 233-235; 239, dn. 44; Wolf, **a.g.m.**, s. 545 vd.; Josef Esser/Eike Schmidt, **Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Teilband 2**, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, s. 179, dn. 1; Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I: Maddî Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı”, **BATİDER**, Aralık 1999, C. XX, S. 2, s. 75.

⁴ Bazı yabancı hukuk sistemlerinde ise, zarar kavramına ilişkin olarak kanun koyucunun bir tanım verme yoluna gittiğini görmekteyiz. Örneğin, Avusturya Medenî Kanunu (ABGB) § 1293’de, zarar kavramının tanımı yapılmıştır: “*Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Recht oder seiner Person zugefügt worden ist*” (Zarar, bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya şahsında meydana gelen her türlü kayıptır). Bu hükümde dikkati çeken, zarar kavramının tanımının oldukça geniş tutulmasıdır; böylece somut olaylarda gerçekleşebilecek bütün hâller kapsam altına alınmaya çalışılmıştır. Bu kanunî tanıma yönelik eleştiriler için bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 53, dn. 53.

⁵ Adalet Bakanlığının 02.04.1998 tarihli Olur’u ile kurulan komisyondan hazırlanmış olduğu Türk Borçlar Kanunu Tasarısının kamuoyuna sunulan ilk hâlinin 50. maddesinde, zarar kavramı şu şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır:

“Zarar, maddî veya manevî olabilir.

Maddî 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, maddî zarardır.

Manevî zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenmelidir.”

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukukî ve ekonomik değerlendirmelerle şekillenen zarar kavramını, bu tarzda belirli kalıplar çerçevesinde kanun metinlerinde tanımlamak doğru değildir. Ayrıca Mommsen’in fark teorisi çerçevesinde getirilen böyle bir zarar tanımı, tazminatın tayininde zarar görenin bütün malvarlığının dikkate alınmasına gerek olmayan hâlleri açıklamakta da yetersiz kalmaktadır (Bkz. I. Bölüm, A 2 c). Nitekim yöneltilen eleştiriler neticesinde bu tanım Tasarıdan isabetli olarak çıkartılmıştır.

İsviçre sorumluluk hukukunda revizyon yapılması amacıyla toplanan komisyonda da, zarar kavramını tanımlamanın mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bkz. Schlechtriem, **a.g.m.**, s. 234.

Hatta komisyon üyelerinden birisi, zarar kavramını tanımlamaya yönelik çalışmaları, bir hukukî masal olarak yorumlamıştır. Bkz. Peter Stein, “Der Schaden: Ein juristisches Märchen”, **SJZ**, 1995, s. 153-154.

Doktrin bakımından ise, zararın tanımının yapılması, sorumluluk hukuku alanında ortaya çıkan sorunların çözülebilmesi bakımından âdeta bir zorunluluk arz etmektedir⁶.

Zarar kavramı, kelime anlamı itibarıyla bir eksilmeyi, olumsuz sonucu, ziyanı veya kaybı ifade etmektedir. Hukukî açıdan ise zarar kavramı, hak sahibinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen eksilme (kayıp) olarak tanımlanabilir⁷. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, hak sahibinin rızasıyla meydana gelen eksilmeler (kayıplar)⁸, bu bağlamda masraflar, iradî olarak gerçekleşmeleri nedeniyle dar anlamda zarar kavramının içeriğine dâhil değildir. Örnek olarak bir sözleşmeyle borç yüklenen kimsenin malvarlığının pasifinin artması, bir malının mülkiyetini devreden, bir hakkından feragat eden, bir malını tüketen, başkası veya bir mal için harcama yapan kimsenin malvarlığının aktifinin azalması, rıza ile meydana geldiğinden zarar teşkil etmez. Ancak masraflar, bunlar aracılığıyla arzu edilen amaca ulaşılamaması hâlinde zarar teşkil eder⁹. Doktrinde von Tuhr tarafından ileri sürülen “*beklentinin boşa çıkması görüşü*”ne (*Frustrationstheorie*) göre, masraflar, belirli bir gayeye ulaşmak için

⁶ Wolf, **a.g.m.**, s. 546.

⁷ Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I**, 14. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 426; Andreas von Tuhr/Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I/Lieferung 1, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1974, s. 83-84; Helmut Heinrichs, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 65. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006, § 249, Vorbem. Rn. 7; Wolfgang Fikentscher, **Schuldrecht**, 9. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997, § 50, Rn. 452; Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri, C. I**, Çev.: Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948, s. 122-123; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 327; 497-498; Halûk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Ankara, y.y., 1961, s. 68; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 472-473; 1009-1010; Christian Grüneberg, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, §§ 1-610**, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München, Verlag C.H. Beck, 2003, § 249, Vorbem. Rn. 8; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I**, 5. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli+Cie AG, 1993, s. 52; Vito Roberto, **Schadensrecht**, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, s. 9; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess, 1964, s. 42; Heinz Rey, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich, Schulthess, 1995, Rn. 151.

⁸ Bazı yazarlara göre, hak sahibinin rızasına dayanan eksilmeler de, hukukî açıdan zarar kavramının içeriğine dâhildir; bunlar sadece tazminat yükümlülüğüne yol açmazlar. Bkz. Karl Oftinger/Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Bd.: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995, § 2, Rn. 8; Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996, s. 5.

⁹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Georg Müller, **Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen**, Berlin, Duncker&Humblot, 1991, s. 23 vd.

yapılmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesine engel olunması durumunda, boşa giden masraflar, bunları yapan bakımından zarar teşkil eder¹⁰.

Rıza dışında meydana gelen bu azalma, *fiilî zarar (damnum emergens)* ve/veya *kâr mahrumiyeti (lucrum cessans)* olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Fiilî zarar, malvarlığının aktiflerinin azalması yahut pasiflerinin artması şeklinde gerçekleşirken, kâr mahrumiyetinde, aktiflerin artmasına veya pasiflerin azalmasına engel olma söz konusudur. Bu ikisinin toplamı (*damnum emergens + lucrum cessans*), bir kimsenin uğramış olduğu zararı, yani malvarlığında rıza dışında meydana gelen azalmayı oluşturur¹¹. Zararın ortaya çıkış şekline göre yapılan fiilî zarar-kâr mahrumiyeti ayrımının, ileride ayrıntısıyla açıklayacağımız olumlu-olumsuz zarar ayrımından farklı olduğunu, şimdiden vurgulamak gerekir.

¹⁰ von Tuhr bu görüşü ortaya atarken, sözleşmeye güvenden kaynaklanan olumsuz menfaatin belirlenmesine yönelik prensipten esinlenmiş ve bunu genelleştirmek istemiştir.

Beklentinin boşa çıkması görüşü (Frustrationstheorie) hakkında bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84; Karsten Küppers, **Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht: Eine Untersuchung zur Kommerzialisierungstheorie und Frustrationslehre**, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., 1976, s. 8 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 255-258; Hartmut Oetker, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432**, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2003, § 249, Rn. 46 vd.; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 21-22; Larenz, **a.g.e.**, s. 503; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 68-69; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000, § 10, Rn. 20; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109**, Bern Stämpfli Verlag, AG, 2000, Art. 97, Rn. 178; Roberto, **a.g.e.**, s. 34-37; Max Keller/Sonja Gabi-Bolliger, **Das schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s. 9; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 194 vd.; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku, C. I-II**, 3. Bası, Ankara, y.y., 1950, s. 151.

Hukuka aykırı bir fiil neticesinde bir kimsenin yapmak zorunda kaldığı masraflar da, onun bakımından zarar teşkil etmektedir. Zira bunlar (örneğin, tedavi masrafları), hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin iradesi dışında ortaya çıkan ihtiyaç ve zorunluluklar nedeniyle yapılmıştır; yoksa o kimse, bu masrafları önceden yapmayı planlamamıştır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 514; Eren, **a.g.e.**, s. 477-479; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 446; bkz ve karşı. Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, (Hatemi), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, C. II**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 4, N. 1. Doktrindeki bu baskın görüşün aksine, yapılan masrafları değil, vücutta meydana gelen olumsuz yöndeki değişiklikleri zarar olarak kabul eden görüş için bkz. Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 6; 48.

Ayrıca, iradesi üzerinde yapılan etki (aldatma veya korkutma) neticesinde bir kimsenin, bir şeyi devre veya tüketime mecbur bırakılması hâlinde de, normalde yapmayacağı bu devir ve tüketim tasarrufları, onun bakımından zarar teşkil etmektedir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84.

¹¹ Kâr mahrumiyetinin (lucrum cessans) zarar kavramının kapsamına dâhil olması hususundaki açıklamalar için bkz. aş. I. Bölüm, A 2 a.

Tazminatın zararın giderilmesine yönelik işlevi dikkate alındığında, borçlar hukukunda, yalnızca maddî açıdan hesaplanabilen (parasal olarak ölçülebilen) bir zarar anlayışı mevcuttur. Tazminatın türü ve miktarının tespiti için, öncelikle meydana gelen zararın belirlenmesini arayan BK.m.42-43 hükümleri de bu temel düşünceye dayanmaktadır¹². Bu sebeptir ki, Alman ve Avusturya hukuklarının aksine¹³, hukukî açıdan zarar kavramıyla ve bu bağlamda olumsuz zarar ile kastedilmek istenen, İsviçre ve Türk borçlar hukukunda daima *maddî zarardır*¹⁴.

Maddî zarar, adından da anlaşılacağı üzere, parasal olarak ölçülebilen değerler üzerinde ortaya çıkan *malvarlığı azalmasını (Vermögensschaden)*¹⁵ ifade etmektedir; yani sadece malvarlıksal değerler (malvarlığının tamamı ya da malvarlığındaki münferit şey) zarar kavramının konusu oluşturmaktadır¹⁶. Şahıs varlığı alanında ortaya çıkan acı, elem ve ızdırabın giderilmesini amaçlayan *manevî zarar*¹⁷, bünyesinde

¹² Bu hükümler her ne kadar haksız fiillere ilişkin olsa da, BK.m.98/f.II'nin yollamasıyla sözleşmeden doğan sorumluluklarda da uygulama alanı bulur.

¹³ Zarar kavramı, Alman hukukunda manevî zararı da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 50; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 16; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 8; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 7; Klaus Budewig/Markus Gehrlein, **Das Haftpflichtrecht nach der Reform**, München, Verlag, C.H. Beck, 2003, Kap. 15, Rn. 6; Deutsch, **a.g.m.**, s. 80-81; Zeytin, **a.g.m.**, s. 75 vd. Hatta aynen tazminin mümkün olduğu hâllerde (BGB § 249), maddî zarar ile manevî zarar arasındaki ayrımın bir anlamı olmadığı da ifade edilmektedir. Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 50; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 24.

Avusturya hukukunda ABGB § 1293'de yer alan zarara yönelik kanunî tanım da, manevî zararı kapsayacak şekilde geniş anlamda kaleme alınmıştır. Bu tanım için bkz. yuk. dn. 4.

¹⁴ Malvarlığı zararı kavramının tarihsel gelişim süreci hakkında bkz. Fatma Tülay Karakaş/Özlem Söğütlü Erişgin, "Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi", **Batider 2006**, C. XXIII, S. 3, s. 157 vd.

¹⁵ Malvarlığı zararı kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 50 vd.; Karl Larenz, "Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht", **Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd I**, München und Berlin, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, s. 489; von Büren, **a.g.e.**, s. 42 vd.; Albrecht Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden", **AcP 163**, 1964, s. 380 vd.; Wolf, **a.g.m.**, s. 545 vd.; Brigitte Keuk, **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1972, s. 9 vd.; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 24 vd.; Roberto, **a.g.e.**, s. 108 vd.; Erwin Deutsch, "Der Ersatz des reinen Vermögensschadens", **Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1995; s. 79-83; Küppers, **a.g.e.**, s. 51 vd.; Wolfgang Grunsky, "Neue höchst-richterliche Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht", **JZ**, 1983, s. 372 vd.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 6, Rn. 252; Eren, **a.g.e.**, s. 473 vd.

¹⁶ Malvarlığının tamamının ya da münferit kısımlarının dikkate alınması, zarar kavramıyla ilgili olarak ileri sürülen teorilerle alâkalıdır. Bu hususta bkz. aş. I. Bölüm, A 2 a-b.

¹⁷ Türk hukukunda yer alan BK.m.49 ve MK.m.25 gibi genel düzenlemelerin aksine, Alman hukukunda manevî tazminat talebi, BGB § 253/f.I'de içeriği itibarıyla bir sınırlamaya tâbi tutulmuştur. Şöyle ki manevî zarara uğrayan kimse, aynen tazminin mümkün olduğu hâllerde, aynen tazmin talebine BGB § 249 uyarınca daima sahip olmasına karşın, aynen tazminin mümkün olmaması du-

deki farklı özellikler nedeniyle Borçlar Kanunumuzun benimsediği zarar anlayışının dışında kalmaktadır¹⁸. Dolayısıyla zarar kavramına ve olumsuz zarara yönelik olarak burada yaptığımız açıklamaların kapsamına, bir nevi gönül alma akçası olan manevî zarar girmemektedir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, uğranılan kayıpların parasal olarak ölçülebilir olması, bir maddî zararın varlığını kabul için tek başına yeterli kriter değildir¹⁹; bu-

rumunda, manevî tazminat adı altında belirli bir miktar paranın ödenmesini (nakden tazminatı) ancak kanunun öngördüğü hâllerde talep edebilmektedir. Manevî tazminata yönelik bu sınırlamayı aşmak amacıyla Alman doktrininde ortaya atılan çözüm yolları, olayların büyük bir çoğunluğunda maddî zarar ile manevî zarar arasındaki ayrımların ortadan kalkmasına sebebiyet vermektedir. Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 50-57.

¹⁸ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 83-84; 125-126; Otfinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 2-7; 56; Hermann Becker, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1941, Art. 41, Rn. 6; 8; Art. 97, Rn. 26; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, I. Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co., 1929, Art. 41, Rn. 74-75; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 149; ORKomm/Schoop, **a.g.e.**, Art. 41, Rn. 8; Ingeborg Schwenger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003, § 14, Rn. 3; § 17, Rn. 1; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 5-6; Roberto, **a.g.e.**, s. 9; Peter Gauch/Walter R. Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II**, 8. Auflage, Zürich, Schulthess, 2003, Rn. 2652; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 338; 514-515; Rey, **a.g.e.**, Rn. 155 vd.; 442; Emil W. Stark, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess, 1988, Rn. 4; 41; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 548; 655; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 146-147; Arsebük, **a.g.e.**, s. 150; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 446; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Hatemi), **a.g.e.**, § 10, N. 1; Ali Bozer, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2002, s. 83.

İşaret etmek gerekir ki, hukukumuzda zarar kavramının dar ve geniş anlamda kullanılmasına da tesadüf etmekteyiz. *Dar anlamdaki zarar*, maddî zararı ifade ederken, *geniş anlamdaki zarar* kavramına, maddî zararın yanı sıra manevî zarar da dâhil edilmektedir. Böylece geniş anlamda zarar, “bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 472-473; 482-483; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 63; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 472; Hıfzı Veldet, “Umumî Bakımdan Zarar ve Tazminat”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 743; Teoman Akünal, **Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 43; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1**, İstanbul, Beta, 2003, s. 75-76; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 286; Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, C. I**, İstanbul, y.y., 1958, s. 456-457; Aytakin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, 4. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 1986, s. 85-87.

¹⁹ Yukarıda da belirttiğimiz gibi, maddî zarardan söz edebilmek için, onun miktarının parasal olarak hesaplanabilmesinin yanında ayrıca bir malvarlığı azalmasının da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu sebeptendir ki, örneğin, Almanya’da bir tarikatta bedelsiz olarak org çalan müzisyenin, geçirmiş olduğu trafik kazasının ardından çalışmadığı yaklaşık bir yıllık süre için açmış olduğu tazminat davası, bu kişinin zaten ücretsiz olarak çalıştığı, malvarlığında herhangi bir azalmanın ortaya çıkmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu kararda, tarikatın müzisyene sağladığı barın-

nun yanı sıra bir de malvarlığı azalmasının gerçekleşmesi veya ileride gerçekleşecek olması gerekmektedir²⁰. Zararın, hem hukukî hem de ekonomik değerlendirmeleri içeriğinde barındıran bir kavram olması, bu iki unsuru zorunlu kılmaktadır.

Şimdiye kadar ki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, zararın tespiti için, belli durumları birbirleriyle karşılaştırılarak aralarındaki farklılığı ortaya çıkarmak gerekmektedir; yani zararın belirlenebilmesi için bir karşılaştırma yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Buna göre, eksilmeye veya olumsuz yönde bir değişikliğe sebebiyet veren olay sonrası fiilî durum ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak olan farazî durum arasında bir mukayese yapılacaktır; bunun neticesinde ortaya çıkan fark (*fiilî durum - farazî durum*), uğranılan zararı teşkil eder.

Zararın belirlenmesi için bir karşılaştırma yapılması gerektiği tereddütsüz olmakla birlikte, bu karşılaştırmada, hangi ölçütlerin esas alınması gerektiği, bir başka ifadeyle karşılaştırmanın neye göre yapılacağı oldukça tartışmalı bir husustur. Burada hemen işaret etmek gerekir ki, doktrindeki görüşler, esas itibarıyla zararın kapsamının belirlenmesine yönelik olsa da, bünyelerinde ayrıca zarar kavramının tanımı da barındırmaktadırlar.

2. İleri Sürülen Teoriler

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, zarar kavramı, borçlar hukuku alanında üzerinde hararetli tartışmalar yapıldığı en karmaşık konulardan birisi olup, bu uğurda çeşitli yönleriyle birbirinden farklılıklar arz eden birçok görüş ileri sürülmüştür²¹. Fakat çalışmamızın kapsamını aşmamak amacıyla, bunları tek tek anlatmak yerine, doktrinde genel olarak kabul görmüş olan *fark (menfaat) teorisi* ile *somut(tabii) za-*

ma imkânı, hukukî açıdan bir karşı edim olarak kabul edilmemiştir. Karar için bkz. NJW 1988, 2618; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 45.

Tazmin edilecek zararı, malvarlığında gerçekleşen ve parasal olarak hesaplanabilen kayıplar ile sınırlamanın, çoğu zaman tatmin edici olmayan sonuçlara yol açtığı yönünde bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 41.

²⁰ Örnek olarak vücut bütünlüğünün ihlalinde ve destekten yoksun kalmada, malvarlığı azalmasının ileride gerçekleşecek olması, maddî zararın varlığını kabul için yeterlidir.

²¹ Zarar kavramına yönelik bu tartışmalar uygulamaya da yansımış durumdadır; örneğin Almanya'da Federal Mahkemenin (BGH) kararlarında bu hususta ortaya çıkan tutarsızlıklar için bkz. Wolf, **a.g.m.**, s. 546-547.

rar teorisi kısaca ele alınacaktır. Zaten diğer teorilerin²² hemen hemen tamamı, bu ikisinden esinlenmiştir. Dolayısıyla aşağıda açıklayacağımız iki teoriyi bir ağaç gövdesine benzetirsek, diğerlerini bu ağacın yan dalları olarak kabul etmek hiç de yanlış bir nitelendirme olmayacaktır.

a. Fark (Menfaat) Teorisi

Tarihsel temellerini Friedrich Mommsen'in²³ menfaat kavramında (*das Interesse*)²⁴ bulan bu teoriye²⁵ göre, tazmin edilecek zarar (*menfaat*), malvarlığının zarar verici olay sonrasındaki fiilî durumu ile bu zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farktan oluşmaktadır²⁶.

Malvarlığının iki (*fiilî ve farazî*) durumu arasındaki farkın tespitini konu edinmesi nedeniyle fark teorisi (*die Differenztheorie*) olarak adlandırılan bu görüş, Türk ve İsviçre hukuklarında²⁷ olduğu gibi Alman hukukunda²⁸ da baskın olan olarak

²² Bu teorilere ilişkin olarak bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 26 vd.; Ulrich Magnus, **Schaden und Ersatz**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987, s. 11 vd.; Roberto, **a.g.e.**, s. 19 vd.

²³ Friedrich Mommsen, **Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse**, Braunschweig, Schwetschke, 1855, s. 3 vd.

²⁴ Menfaat kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. aş. I. Bölüm, B 1.

²⁵ Fark teorisinin tarihsel oluşum sürecine yönelik açıklamalar için bkz. Schiemann, **a.g.m.**, s. 260 vd.

²⁶ Mommsen tarafından menfaat olarak adlandırılan ve daha sonradan zararın tanımı olarak kabul edilen bu formül, aslında ilk olarak Mommsen tarafından bulunmuş değildir. Zaten, yazar da eserinde, kendisinden önce bu tanımı kullanmış olanlara (Hotman, Puchta, Unterholzner, Arndts) atıf yapmıştır. Bkz. Mommsen, **a.g.e.**, s. 4, dn. 1. Hatta bu yazarların hepsinden önce, Ludwig J. F. Höpfner, 1803 tarihli eserinde, zararı bu düşünce tarzı içinde tanımlamıştı. Bkz. Schiemann, **a.g.m.**, s. 261'den naklen.

²⁷ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 9; Hans Merz, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Erster Teilband, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, 1984, s. 180; 186-187; von Büren, **a.g.e.**, s. 42-43; Roland Brehm, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR**, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006, Art. 41, Rn. 70b; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 18; 34; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 3 vd.; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 151; 153; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2653-2655; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess, 1988, s. 341; Becker, **a.g.e.**, Art. 41, Nr. 6; Keller, A., **Bd. I**, s. 52; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1998, s. 26; Max Keller/Carole Syz, **Haftpflichtrecht**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1990, s. 12; Keller/Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s. 8; Rey, **a.g.e.**, Rn. 151; Stark, **a.g.e.**, Rn. 4; Katharina Schoop/Jolanta Kren Kostkiewicz, **OR HandKommentar zum schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2002, Art. 41, Rn. 8; Art. 97, Rn. 11; bkz. ve karşı Roberto, **a.g.e.**, s. 9 vd.; 101 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi de zararın tanımında fark teorisinden hareket etmektedir. Bkz. BGE 104 II 199; 115 II 475 vd.; 116 II 441 vd.; 127 III 76.

kabul edilmektedir. Doktrinde çok geniş bir alanda kabul görmesinin sonucu olarak, zarar kavramının tanımı, hep fark teorisi çerçevesinde yapılmaktadır; hatta bu eğilim yazarlar arasında öyle kanıksanmıştır ki, fark teorisi, zarar kavramının geleneksel kökleşmiş tanımı olarak benimsenmiştir²⁹.

Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 514; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 548; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 64; Eren, **a.g.e.**, s. 474 vd.; 1010; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 147; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 446; Karahasan, **C. 1**, s. 77; Bozer, **a.g.e.**, s. 83.

Yargıtay da fark teorisini benimsemektedir. Bkz. Yarg. 4 HD., 27.02.1975 t., E. 13954, K. 274; Yarg. 4 HD., 23.12.1982 t., E. 7190, K. 11637 (Bu kararlar için bkz. Karahasan, **C. 1**, s. 77, dn. 48); Yarg. 4 HD., 29.12.1978 t., E. 1978/3173, K. 1978/15053 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 557-558); Yarg. 4 HD., 12.12.1979 t., E. 1979/9779, K. 1979/13899 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 12.01.1982 t., E. 1981/13394, K. 1982/274 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 4 HD., 11.03.1982 t., E. 1982/1406, K. 1982/2552 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 4 HD., 20.09.1982 t., E. 1982/6043, K. 1982/7949 (YKD., 1983, S. 1, s. 46-48); Yarg. 4 HD., 20.06.1983 t., E. 1983/4487, K. 1983/6299 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 4 HD., 04.07.1983 t., E. 1983/6006, K. 1983/6724 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 4 HD., 02.10.1986 t., E. 1986/6103, K. 986/6707 (Yasa Hukuk Dergisi, 1987, s. 391); Yarg. 4 HD., 22.12.1988 t., E. 1988/7637, K. 1988/10964 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 4 HD., 29.05.1989 t., K. 1989/662, E. 1989/4892 (YKD., 1989, S. 11, s. 1555).

- ²⁸ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 27-28; 43-44; Schiemann, **a.g.m.**, s. 259 vd.; Schlechtriem, **a.g.m.**, s. 244; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 6, Rn. 255-259; Palandt/Heinrichs, § 249, Vorbem. Rn. 8-9; Larenz, **a.g.e.**, s.480 vd.; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 183; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 9; Günter Christian Schwarz/Manfred Wandt, **Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht-Schadensrecht-Bereicherungsrecht-GoA**, 2. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2006, s. 517-518; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 8; Deutsch, **a.g.m.**, s. 84-85; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 18 vd. (yazar, fark teorisini eleştirmekte fakat esas itibarıyla da reddetmemektedir); Carsten Nickel, **Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker&Humblot, 2004, s. 33 vd.; Wolfgang Pöggeler, "Schadensersatz", **JA**, 1999, s. 508; Zeytin, **a.g.m.**, s. 77; 83-84; Alman hukukunda fark teorisini kabul eden diğer yazarlar için ayrıca bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 28, dn. 13.

Alman doktrininin önde gelen isimlerinden Medicus, bu anlamda bir fark teorisi taraftarı değildir. Zira yazar, zararı iki durum arasındaki fark olarak tanımlamakta, fakat BGB § 249/f.I'nin aynen tazmin prensibine yer verdiğine işaret ederek, zararı tespit amacıyla yapılacak karşılaştırmada esas alınacak durumların daima toplam malvarlığı olması düşüncesini, daha açık ifadeyle zararın her hâlde bir miktar para olarak gösterilmesini reddetmektedir. Bkz. Dieter Medicus, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005, Rn. 595.

- ²⁹ Zarar kavramı bakımından yapılan çeşitli ayrımlar (zarar türleri) için bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 50-73; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 60-61; Larenz, **a.g.e.**, s. 428 vd.; Keller, A., **Bd. I**, s. 53 vd.; ORKomm/Schoop, **a.g.e.**, Art. 41, Rn. 9 vd.; Brehm, **a.g.e.**, Art. 41, Rn. 70e vd.; Merz, **Obligationenrecht**, s. 188-190; Keller/Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s. 10 vd.; Keller/Syz, **a.g.e.**, s. 13 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 515-518; Schwenzler, **a.g.e.**, § 14, Rn. 13 vd.; Schwarz, **a.g.e.**, s. 123-124; Deutsch, **a.g.m.**, s. 85-86; Eren, **a.g.e.**, s. 477 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 559-566; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 69-71; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Hatemi), **a.g.e.**, § 4, N. 5-18; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 208 vd.; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 472-476; Ataay, **a.g.e.**, s. 88 vd.; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 457 vd.

Alman hukukunda yapılan tabii zarar (*der natürliche Schadensbegriff*) ve normatif zarar (*der normative Schadensbegriff*) ayrımına yönelik eleştiriler için bkz. Wolf, **a.g.m.**, s. 547 vd.

Bizde böyle bir ayrımın kullanılmamasının nedeni, normatif zararın henüz yeterince kabul görmemiş olmasıdır. Doktrinde ilk defa Neuner tarafından ortaya atılan (Robert Neuner, "Interesse

Buna göre, zarar, malvarlığının fiilî durumunda gerçekleşen azalma ile farazî olarak içinde bulunacağı durumda beklenen artışların engellenmesinden (bunların toplamından) oluşmaktadır. Yani, hem fiilî zarar (*damnum emergens*) hem de kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*), zarar kavramının kapsamına girmektedir.

Ancak, fiilî zarar ile kâr mahrumiyetinin belirlenmesi için yapılacak karşılaştırma, esas alınacak ölçütler birbirinden farklıdır. Fiilî zararın tespitinde, malvarlığının zarar verici olay öncesindeki durumu (a) ile bu olay sonrasındaki (b) durumu karşılaştırılır; kâr mahrumiyetinin belirlenmesinde ise, zarar verici olay öncesindeki malvarlığı durumu (a) ile zarar verici olay olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı

und Vermögenschaden”, **AcP 133**, 1931, s. 277) ve Alman doktrini ile uygulamasında önemli bir yer kazanan normatif zarar kavramının temelinde şu düşünce biçimi bulunmaktadır: Zarar kavramının içeriğinin belirlenmesi hukukî bir değerlendirmeye olur; bu nedenle malvarlığında iktisadî açıdan bir azalma olmasa dahi, hukukî değerlendirme ile tazminat yükümlülüğüne yol açabilecek bir zararın bulunduğu sonucuna varılabilir. Bu sayede, yakın zamana kadar malvarlığı unsuru olarak kabul edilmeyen şeylerin de, iktisadî hayattaki önemleri dolayısıyla malvarlığı değeri olarak kabul edilmelerine imkân tanınarak malvarlığı kavramı genişletilmiş ve böylece fark teorisinin sonuçları yumuşatılmıştır. Özellikle de bir malı kullanma olanağından (örneğin taşıt aracının hasar görmesi nedeniyle kullanılamaması) veya tatil yapma imkânından yoksun kalma hâllerinde ve evli kadınların ölüm yahut yaralanma neticesinde ev işlerini göremez hâle gelmesi nedeniyle istenilen tazminat taleplerinde normatif zarar kavramına başvurulmaktadır. Burada hemen işaret etmek gerekli ki, Alman hukukunda normatif zarar kavramının bu kadar yaygın kabul görmesinin altında yatan başlıca sebep, BGB § 253’ün getirmiş olduğu sınırlamayı aşma gayretidir. Zira anılan düzenleme, manevî zararın nakden tazmin edilmesini, kanunun öngördüğü hâller ile sınırlamıştır.

Alman hukukunun aksine normatif zarar kavramı, İsviçre ve Türk hukuklarında fazla taraftar bulmamıştır. Zira zarara uğrayan şeyin veya hakkın maddî değeri yanında bir de kullanma değerinin bulunmadığı, zarardan söz edebilmek için mutlaka bir malvarlığı azalmasının gerçekleşmiş olması gerektiği, ayrıca normatif zarar kavramı çerçevesinde nelerin malvarlığı değeri olarak kabul edileceğinin önceden bilinmediği ve bu belirsizliğin hukuka duyulan güveni sarsacağı ileri sürülmüştür. Bütün bunların yanı sıra, İsviçre ve Türk hukuklarında manevî tazminata içerik olarak bir sınırlama getirilmediğinden Alman hukukunda normatif zarar kavramı yardımıyla elde edilen tazminat yükümlülüğüne, şartları varsa zaten manevî tazminat yoluyla ulaşılabileceği de ifade edilmektedir.

Normatif zarar kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rona Serozan, “**Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**”, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, Zürich und Bern 1980’den ayrı bası, Zürich 1981, s.447-497; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 16 vd.; Roberto, **a.g.e.**, s. 38 vd.; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 13; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 157 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2658; Halûk Burcuoğlu, “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”, **DÜHFD**, Yıl: 1984, S. 2, s. 163-173; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 548-558; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 344-345; 515-516; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı, 1989, s. 290, dn. 102; Alfons Bürge, “Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung”, **Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag**, Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1992, s. 413-432; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 5 vd.; Heinrich Honsell/Friedrich Harrer, “Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht”, **JuS**, 1985, s. 166-167; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 10; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 11; Zeytin, **a.g.m.**, s. 77 vd.

farazî durum (c) karşılaştırılır³⁰. Dolayısıyla, toplam zarar= (a-b)+(c-a) ya da kısaca (c-b) şeklinde formüle edilebilir.

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi fark teorisi, zarar verici olayın tesadüf ettiği münferit hak konusu varlıkta meydana gelen olumsuz yöndeki değişiklikleri değil, bundan dolayı bütün malvarlığında değer itibarıyla meydana gelen eksilmeyi esas almaktadır. Böylece, zarar verici olayın malvarlığında gerçekleştirdiği tüm olumsuz etkiler hesaba katıldığı için, uğranılan zarar bir bütün olarak ele alınmaktadır³¹.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, malvarlığının iki farklı (fiilî ve farazî) durumu esas alınmak suretiyle yapılacak zarar hesaplamasında, sadece zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri değil, ayrıca bu olayın meydana getirdiği olumlu etkiler de (yararlar) dikkate alınır. Zarar ile yararın bu şekilde denkleştirilmesiyle tazmin edilecek zarar miktarının bulunması, fark teorisi bakımından âdetâ zorunluluk arz eden, onun içeriğine dâhil olan bir husustur³². Dolayısıyla fark teorisine göre zarar, elde edilen menfaatlerin düşülmesi (*denkleştirme*) neticesinde malvarlığında geriye kalan olumsuz etkilerdir.

³⁰ Meydana gelen toplam zararın tespitinde, malvarlığının zarar verici olay öncesi durumu ile bu olay sonrasındaki durumu karşılaştırmakla yetinilirse, kâr mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkan zararın tespiti mümkün olmaz; bu tarz bir karşılaştırmada yukarıda da belirttiğimiz gibi, sadece fiilî zarar belirlenebilir. Zira malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile sonrası arasında kâr mahrumiyeti açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kâr mahrumiyetinin de zarar kavramının kapsamında değerlendirilebilmesi için, yapılacak karşılaştırmada, malvarlığının zarar verici olay sonrasındaki durumu ile bu olay olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum dikkate alınmalıdır. Bkz. Heinrich Honsell, "Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht", *JuS*, 1973, s. 70; Keller/Gabi-Bolliger, *a.g.e.*, s. 11; Oftinger/Stark, *a.g.e.*, § 2, Rn. 11; Brehm, *a.g.e.*, Art. 41, Rn. 70e; Eren, *a.g.e.*, s. 476. Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. 4 HD., 17.10.1977 t., E. 8891, K. 9687 (Bu karar için bkz. Karahasan, *C. 1*, s. 79, dn. 54).

³¹ Akünal, *a.g.e.*, s. 52-53.

Fark teorisinin zararı bir bütün olarak ele alması nedeniyle, "*doğrudan zarar-dolaylı zarar*", "*fillî zarar-yoksun kalınan kâr*" gibi alt ayrımlara gerek kalmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. Akünal, *a.g.e.*, s. 52-53.

³² Somut zarar teorisi taraftarlarına göre, malvarlığında meydana gelen olumlu ve olumsuz etkilerin, fark teorisi uyarınca bir değerlendirmeye tâbi tutulmaksızın matematiksel bir işlem gibi dikkate alınması, denkleştirme kurumunun bağımsızlığını yitirmesine sebebiyet vermektedir. Ancak doktrinde Akünal'ın da belirttiği gibi, fark teorisi gereğince tüm malvarlığının dikkate alınması, zarar verici fiil neticesinde ortaya çıkan bütün yararların herhangi bir değerlendirmeden geçirilmeden hesap işlemine dâhil edilmesi anlamına gelmemektedir. Malvarlığının fiilî ve farazî durumu arasındaki farkın saptanması, zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumlu etkilerin tümünün veya bir kısmının dikkate alınıp alınmayacağı meselesinin çözümüne bağlıdır. Fark teorisinin kabul edilmiş olması, denkleştirme kurumunun niteliği ve önemi üzerinde herhangi bir etkide bulunmamaktadır; hatta denkleştirme kurumu, bu teori açısından zararın tayin ve tespitinde zorunlu bir unsurdur. Bkz. Akünal, *a.g.e.*, s. 59-60; karşı. Schiemann, *a.g.m.*, s. 265.

Fark teorisinde, hak konusu varlığın objektif ya da sübjektif değeri yerine bütün malvarlığı göz önünde bulundurulduğundan zarar kavramı, matematiksel açıdan soyut bir değerlendirmeye konu olmaktadır³³. Bu sebeptendir ki, fark teorisi³⁴, zarar verici olay olmasaydı içinde bulunulacak farazî durumun eylemsel olarak tesis edilmesini amaçlayan aynen tazmini açıklamakta yetersiz kalmaktadır³⁵.

b. Somut (Tabii) Zarar Teorisi

Fark teorisine karşı ileri sürülen fakat onun kadar taraftar bulamamış olan somut zarar teorisine (*die konkrete Schadenstheorie*) göre zarar, bir kimsenin sahip olduğu maddî ve manevî varlıklarda meydana gelen eksilme veya değişiklikler yüzünden ortaya çıkan somut kayıptır³⁶. Zararın tespiti için bütün malvarlığının dikkate alınması gibi geniş bir ölçünün kullanılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır; sadece ihlale uğrayan hak konusu varlığın kendisi ve onda meydana gelen eksilmelerin yahut değişikliklerin göz önünde bulundurulması, zararın tespiti için gerekli ve yeterlidir³⁷. Dolayısıyla eksilmeye veya olumsuz değişikliğe neden olan olay sonrası hak konusu

³³ Esasında Mommsen, sadece soyut bir matematiksel hesaplamayı değil, ayrıca hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde bir değerlendirme yapmasını da öngörmüştür. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Schiemann, **a.g.m.**, s. 264; 267.

³⁴ Fark teorisi uygulamada kabul görmüş ve hatta mahkeme kararlarında sürekli olarak vurgulanmış olmasına rağmen, somut ihtilaflarda zarara uğrayanın toplam malvarlığında meydana gelen fark araştırılmamakta, sadece zarara uğrayan münferit hak konusu varlıklar dikkate alınmaktadır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Honsell, **a.g.m.**, s. 71; Keller/Gabi-Bollinger, **a.g.e.**, s. 9; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 84-91; Keuk, **a.g.e.**, s. 20, dn. 42; Rey, **a.g.e.**, Rn. 169; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 152; Stark, **a.g.e.**, Rn. 5; Brehm, **a.g.e.**, Art. 41, Rn. 70 b; karşı. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 43-44.

³⁵ Zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerini gidermek için, fark teorisi çerçevesinde aynen tazmin yoluna başvurmak mümkün ise de, bu gibi hâlleri, bütün malvarlığı yerine zarar verici olayın isabet ettiği münferit hak konusu varlığın kendisini esas alan somut zarar teorisi ile açıklamak için niteliğine daha uygun düşmektedir. Bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 58.

³⁶ Paul Oertmann, **Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht**, Berlin, Guttentag, 1901, s. 5 vd.; açık olmamakla birlikte bu görüşte Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 15-17; özellikle Rn. 52 vd; 112; ayrıca bkz. ve karşı. Wolf, **a.g.m.**, s. 577-578; Honsell, **a.g.m.**, s. 69-75.

Fark teorisi ile somut zarar teorisine yönelik karşılaştırmalı açıklama ve eleştiriler için bkz. Zeuner, **a.g.m.**, s. 381 vd.; Keuk, **a.g.e.**, s. 12-13; 20 vd.; Türk hukuku açısından bu görüşe yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 6-7; 16; Akünal, **a.g.e.**, s. 53 vd.

³⁷ Somut zarar teorisi özellikle de denkleştirme kurumu göz önüne alınmak suretiyle fark teorisine karşı yöneltilen eleştirilerden doğmuştur. Ayrıca bu teoriyi savunanlara göre, fark teorisi, sadece malvarlığı zararını (*Vermögensschaden*) dikkate almakta olup, maddî olmayan zararları, yani hukuk sujesinin manevî varlıklarında meydana gelen eksilme ve değişiklikleri kapsam dışında bırakmaktadır; zararın günlük dildeki anlamına ve BGB'nin düzenleniş tarzına göre bunlar da zarar kavramının içeriğine dâhil edilmelidir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Zeuner, **a.g.m.**, s. 380 vd.; Honsell, **a.g.m.**, s. 70-75; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 29; Akünal, **a.g.e.**, s. 53-60.

varlığın içinde bulunduğu fiilî durum ile bu olay olmasaydı hak konusu varlığın içinde bulunacağı farazî durum arasındaki fark, uğranılan zararı oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere, fark teorisinde olduğu gibi somut zarar teorisinde de, zararın tespiti için bir karşılaştırma yapılmaktadır. Zira zarar kavramı, niteliği itibarıyla her hâlde bir karşılaştırma yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak, fiilî durum ile farazî durum arasındaki bu karşılaştırmada, fark teorisinden ayrımlı olarak tüm malvarlığı değil, sadece zarara uğrayan somut hak konusu varlık dikkate alınmaktadır³⁸.

Sağlamış olduğu bu faydalara karşın, somut zarar teorisi, üstlenilen yükümlülük (üçüncü şahıslara karşı borç altına girme) ya da kâr mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkan malvarlığı zararının nasıl hesaplanacağını açıklamakta yetersiz kalmaktadır³⁹.

c. Teorilerin Değerlendirilmesi

Fark teorisi ile somut zarar teorisi, her ne kadar zarar kavramını değişik açılardan ele almış olsalar da, aslında birbirlerinin varlığını inkâr etmiş değillerdir. Zira gerek bu teorileri ortaya atanlar gerek bunları savunan yazarların büyük bir bölümü,

³⁸ Somut zarar teorisinin yanı sıra, Robert Neuner tarafından ortaya atılan ve Alman literatüründe birçok yazar tarafından benimsenerek geliştirilen “objektif zarar görüşü” de, fark teorisine yönelik ciddi eleştiriler getirmektedir. Bu görüşe göre, malvarlığı zararı, para karşılığında kazanılan ya da devredilen ve objektif olarak değerlendirilebilen bir malvarlığı menfaatinin ihlali anlamına gelmektedir. Zarara uğrayan, tazminat olarak ancak bu objektif değeri talep edebilir. Çünkü bu görüş çerçevesinde tazminat alacağı, “hakkın devam ettirilmesi” (*Rechtsfortsetzungsgedanke*) ya da bir başka deyişle “hakkın takip edilmesi” (*Rechtsverfolgungsgedanke*) amacına dayandığından (bu hususta bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 12, Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 34) tazminat alacağı, ihlal edilen hakkın yerine geçmektedir. Bu sebeple de, zarar esas itibarıyla, ihlale uğrayan şeyin objektif değerinden ibaret olmaktadır. Ancak bu objektif değer üstünde bir zarar meydana gelmişse, alacaklı, -ispat etmek şartıyla- fark teorisi çerçevesinde bunları da talep edebilir. Takip eden zararların (*Folgeschäden*), somut nesnelere üzerinde gerçekleşip gerçekleşmediği ve tazminat yükümlüsünün kusurunun bunları da kapsayıp kapsamadığı, herhangi bir önem taşımamaktadır. Neuner, benimsemiş olduğu objektif zarar kavramının yardımıyla, “üçüncü kişinin zararı”, “gayri maddî haklara yapılan saldırılarda tazminat” ve “farazî illiyet” gibi sorunların daha iyi çözülebileceğini de savunmuştur. Bkz. Neuner, **a.g.m.**, s. 277 vd.; özellikle de s. 290; 296; yine fark teorisine yönelik aynı eleştiriler için bkz. Honsell, **a.g.m.**, s. 72; Keuk, **a.g.e.**, s. 43-51; fark teorisini benimsemekle birlikte farazî illiyet açısından Mommsen’in anlayışını, yanlış olarak nitelendiren görüş için bkz. Schieman, **a.g.m.**, s. 265.

Tazminat talebi sağlayan hükümlerin hem tarihî temelleri hem de içerikleri dikkate alındığında, “hakkın takip edilmesi” gayesine dayanan bu tarzda bir zarar kavramı, “zararın telâfi edilmesi” prensibine aykırı düşmektedir. Zira tazminat talebinin varlığı için hakkın ihlali edilmesi yeterli olmayıp, ayrıca bir zararın da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, zarar kavramına ilişkin olarak yapılan sınıflandırmaların, kanunî ayrımlara dayanmaması hâlinde, sınırlama ve hesaplama zorlukları ortaya çıkacağı gibi hukukî güvenlik de sarsılır. Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 30; Roberto, **a.g.e.**, s. 21-22; Zeytin, **a.g.m.**, s. 84.

³⁹ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 29.

zarar kavramı açısından bir diğerine başvurulmasının önünü kapamamış, hatta bunun âdeta bir zorunluluk olduğunu kabul etmişlerdir. Örneğin fark teorisinin kurucusu olan Mommsen, zarar verici olay nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmenin aynen tazmin edilmesinin mümkün olduğu hâllerde, artık değer belirlemeye gerek olmadığını belirtmiştir⁴⁰. Somut zarar teorisinin önde gelen temsilcisi Oertmann ve objektif zarar kavramını⁴¹ savunarak fark teorisini eleştiren Neuner gibi yazarlar da, fark teorisini açıkça reddetmemiş, kendi zarar anlayışlarının yanında fark teorisinin de tamamlayıcı bir işleve sahip olduğunu benimsemişlerdir⁴².

Yukarıdaki açıklamalar, aslında birbirinden farklı iki zarar kavramının değil, sadece zararın iki farklı görünüş şeklinin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu hâliyle, somut zarar teorisi ile fark teorisinin zarar kavramına yönelik değişik yaklaşımları arasındaki ayrım daha çok teorik düzeyde kalmakta, bu iki teorinin pratik sonuçları etkisini, zararın giderilme biçimi (tazminatın türü) üzerinde göstermektedir⁴³: Şöyle ki, hak konusu varlığın kendisinde meydana gelen olumsuz etkileri esas alan somut zarar teorisi çerçevesinde zararın giderilmesi, aynen tazmin yöntemine ilişkindir. Malvarlığında meydana gelen değer azalmasını göz önünde bulunduran fark teorisi uyarınca zararın karşılanması ise, nakden tazmin yöntemini işaret etmektedir. Sonuç itibarıyla, burada söz konusu olan, meydana gelen zararın, iki değişik yoldan tazmin edilmesidir.

Zararın tespiti için yapılması zorunluluk arz eden karşılaştırma (fiilî ve farazî durum arasındaki fark)⁴⁴ dikkate alındığında, fark teorisi içeriği itibarıyla en uygun

⁴⁰ Mommsen, **a.g.e.**, s. 13.

⁴¹ Bu hususta bkz. yuk. I. Bölüm, dn. 38.

⁴² Oertmann, **a.g.e.**, s. 8 vd.; 59 vd.; Neuner, **a.g.m.**, s. 286-287; 295; 307; 312 vd. Bu hususta ayrıca bkz. Zeuner, **a.g.m.**, s. 380 vd.; Akünal, **a.g.e.**, s. 56 vd.; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 16.

⁴³ Zeuner, **a.g.m.**, s. 383 vd; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 81-83; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 16; ayrıca bkz. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Zweiter Bd.: Recht der Schuldverhältnisse**, 15. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1958, s. 60.

Somut zarar teorisinin ortaya çıkış sebeplerinden birisi olan denkleştirme kurumu açısından da fark teorisi ile somut zarar teorisi arasında herhangi bir farklılık bulunmamakta; aralarındaki ayrımlar sadece görünüşte kalmaktadır. Zira fark teorisinde de, zarar verici olayın doğurduğu olumlu etkiler, soyut bir matematiksel hesaplamayla değil, yapılacak bir değerlendirme neticesinde zararın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 58, dn. 50; 59-60; ayrıca bkz. yuk. dn. 32; karşı. Honsell, **a.g.m.**, s. 74.

⁴⁴ Aksi yönde bkz. Honsell, **a.g.m.**, s. 70-71. Yazara göre, sadece bir şeyin kısmen zarara uğradığı hâllerde fark hesabına ihtiyaç bulunmaktadır. Zira bu tarz durumlarda, zararın telafisi için gerekli olan miktar, iki değer (şeyin sağlam hâlinin değeri ile zarar verici olaydan sonra geriye kalan değeri)

çözüm gibi görünse de, aslında bu teori -belirtildiği üzere- daha çok nakden tazmin bakımından elverişlilik taşımaktadır. Zira bütün malvarlığını esas alan soyut fark hesabı, zarar görenin aynen tazmini talep ettiği hâllere uygun düşmemektedir. Bu nedenle, aynen tazminin söz konusu olduğu durumlarda, zararın tespitine yönelik karşılaştırma, bütün malvarlığı üzerinden değil, sadece zarar verici olayın etkilediği münferit hak konusu varlıkla sınırlı olarak yapılmalıdır⁴⁵. Ancak zarar verici olayın yalnızca münferit değerler üzerinde olumsuz etkiler doğurduğundan bahisle, zararın tespitinde malvarlığının bütününün hiçbir zaman dikkate alınmaması da isabetli değildir. Çünkü münferit hak konusuna isabet eden zarar verici olay, malvarlığındaki diğer değerler üzerinde de pekâlâ olumsuz sonuçlar doğurabilir (örneğin hasara uğrayan araç nedeniyle meydana gelen kâr mahrumiyeti gibi)⁴⁶. Dolayısıyla bu teorilerden sadece birisini benimsemek yerine, her ikisini birbirlerini tamamlayacak şekilde kabul etmek, zarar kavramının açıklanması bakımından daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır⁴⁷.

Alman hukukunda BGB § 249 düzenlemesi de vardığımız bu sonucu destekler nitelikte kaleme alınmıştır. Zira tazminat borçlusunu, tazminat yükümlülüğüne yol açan durum olmasaydı, içinde bulunacak farazî hâli tesis etmekle sorumlu tutan söz konusu hüküm, zararın tespiti bakımından bir karşılaştırma yapılmasını öngörmüş, ancak bu karşılaştırmanın hangi temelde yapılacağı hususunu açık bırakmıştır.

ri) arasındaki farktan oluşmaktadır. Örneğin bu görüş uyarınca, değer kaybı yerine tamir masrafları talep edilirse, yine fark hesabına gerek bulunmamaktadır.

Doktrinde Zeuner'e göre ise, malvarlığının fiilî ve farazî hâli arasında bir farklılığın bulunması, zararın varlığını kabul etmek için her zaman gerekli değildir. Böyle bir farklılığın bulunmadığı durumlarda, bir tazminat talebinin söz konusu olup olmayacağı, yapılacak değer yargılaması neticesinde ortaya çıkacaktır. Bkz. Zeuner, **a.g.m.**, s. 380 vd.

⁴⁵ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 43; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 16.

⁴⁶ İstisnaî olarak zarar verici olay, malvarlığındaki münferit değerleri değil de, sadece malvarlığının bütününü etkileyecek tarzda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, zarar verenin davranışları nedeniyle (zamanında ifa etmeme vs.), alacaklının, üçüncü şahsa karşı bir borç altına girmesi bu şekildedir. Böyle bir durumda, zararın tespiti için sadece fark teorisinin uygulama alanı bulacağı açıktır. Bazen de bunun tam tersi olabilir; yani, zarar verici olay malvarlığının tamamını değil, sadece münferit bir değerini etkilemiş olabilir (örneğin, zarar görenin kol saatinin hasara uğraması gibi). Bu tarz bir hâlde ise, zararın tespitinde malvarlığının tamamının dikkate alınmasına (fark teorisinin uygulanmasına) artık gerek bulunmamaktadır. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 481-482; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, dn. 15; Eren, **a.g.e.**, s. 476; Merz, **Obligationenrecht**, s. 187.

⁴⁷ İsviçre sorumluluk hukukunda revizyon yapılması amacıyla toplanan komisyonda da, zararın malvarlığının fiilî durumu ile farazî durumu arasındaki farktan ibaret olduğu (fark teorisi); fakat bu klasik zarar kavramının çerçevesinde bazı değerlendirmelerin de yapılması gerektiği yönünde bir fikir hâkim olmuştur. Bkz. Schlechtriem, **a.g.m.**, s. 234.

Böylece zararın belirlenmesinde hem bütün malvarlığını hem de münferit hak konusunu esas alan bir karşılaştırma yapmak, BGB § 249 uyarınca mümkün olabilmektedir⁴⁸.

⁴⁸ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 28; karşı. Keuk, **a.g.e.**, s. 16; 19; Honsell, **a.g.m.**, s. 70; Wolf, **a.g.m.**, s. 546.

B. MENFAAT KAVRAMI VE TÜRLERİ

1. Menfaat Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Türk hukuku literatüründe kendisine pek fazla yer bulamayan, buna karşılık Alman doktrininde sorumluluk hukuku alanında çok sıkça bahsi geçen menfaat kavramının (*der Interessebegriff*) ne anlama geldiği hususunda tam bir görüş birliğinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir⁴⁹.

Her ne kadar doktrinde ilk defa Alman yazarlar⁵⁰ tarafından kullanılsa da, menfaat kavramının tarihî temelleri aslında Roma hukukuna kadar inmekte ve Alman hukukundaki etkisi de, “*Müşterek Hukuk*⁵¹ (*römisch-gemeines Recht*)” döneminden gelmektedir⁵². Klâsik Hukuk Dönemi ile birlikte *Interesse* kavramını kullanmaya başlayan Romalılar⁵³, bu sayede zararın belirlenmesinde zarar görenin, zarar konusu şey üzerindeki objektif değeri aşan diğer menfaatlerinin de dikkate alınabilmesinin önünü açmışlardır⁵⁴. Günümüz modern hukuklarındaki uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kriterlerine sahip olmayan Romalı hukukçular, zararın sınır-

⁴⁹ Menfaat kavramı hakkında bkz. Hans-Bernhard Rengier, **Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Interesse und vom Integritätsinteresse**, Berlin, Duncker&Humblot, 1977, s. 41 vd.

⁵⁰ Mommsen, **a.g.e.**, s. 3; bu kavramı Mommsen’den de önce kullanan diğer yazarlar için ayrıca bkz. Mommsen, **a.g.e.**, s. 4, dn. 1; Honsell, **a.g.m.**, s. 69, dn. 4; Keuk, **a.g.e.**, s. 15, dn. 25’de anılanlar.

⁵¹ BGB’nin yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1900 tarihine kadar, Roma hukuku, Ortaçağ Almanya’sında köyden köye, kasabadan kasabaya farklılıklar gösteren Cermen hukukunun yanında tamamlayıcı bir fonksiyona (yedek hukuk kaidesi niteliğine) sahipti; mahallî hukuklarda çözüm bulunamayan hâllerde, Roma hukuku “*müşterek hukuk*” olarak uygulanmaktaydı. Bu hususta bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 13. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 7-8; Hasan Erman, **Medenî Hukuk Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 10; Ergun Özsunay, **Medenî Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1986, s.110; 125; Zahit İmre, **Medenî Hukuka Giriş**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 70; 82. Roma hukukunun Avrupa’ya yayılım süreci ile ilgili olarak ayrıca bkz. Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 58 vd.; Mustafa Dural/Suat Sarı (Dural), **Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 16-17.

⁵² Honsell, **a.g.m.**, s. 69. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Hans Josef Wieling, **Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch**, Köln, Wien, Böhlau Verlag, 1970, s. 9 vd.

⁵³ Menfaat kavramı hakkında yapılan açıklamaların temel noktasını teşkil etmesi nedeniyle şunu belirtmek gerekir ki, “*das Interesse (menfaat)*” kelimesi, Latince’de mevcut olmayıp, kökeni Corpus Iuris Civilis’de yer alan “*id quod interest (davacının menfaati neyi gerektiriyorsa)*” şeklindeki kullanım tarzına dayanmaktadır. Bkz. Dieter Medicus, “**Id Quod Interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes**”, Köln, Böhlau Verlag, 1962, s. 1-7; 294 vd.; Honsell, **a.g.m.**, s. 69; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84, dn. 11; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 56, dn. 57; Roberto, **a.g.e.**, s. 11-12; Schwarz, **a.g.e.**, s. 123; Wieling, **a.g.e.**, s. 9.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karakaş/Söğütlü Erişgin, **a.g.m.**, s. 165 vd.; Wieling, **a.g.e.**, s. 9 vd.

landırılması bağlamında interesse kavramının çok çeşitli alt ayrımlarını da ortaya atmışlardır⁵⁵.

Zararı açıklamak amacıyla ileri sürülen görüşlerden fark teorisinin fikir sahibi Mommsen de, menfaat kavramını doğrudan doğruya Roma hukukundan çıkarmıştır⁵⁶. Roma hukuku kaynaklarını ayrıntılı bir şekilde inceleyen Mommsen'e göre⁵⁷ “*id quod interest*” ifadesi⁵⁸, bir karşılaştırmayı işaret etmektedir; menfaatten anlaşılması gereken, bir kimsenin malvarlığının iki durumu arasında meydana gelen farktır (*Inter-esse*). Bu farkın tespitine yönelik karşılaştırma, zarar verici olay sonrasındaki malvarlığının fiilî durumu ile bu olay olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasında yapılacaktır. Zarar veren, fiilinin bütün sonuçlarından, kendisi için öngörülebilir olmasa da sorumlu olup, zarar görenin uğradığı tüm kayıplar tazmin edilmelidir. Mommsen'in menfaate ilişkin olarak getirdiği bu kapsayıcı ifadeler, bir yandan Roma hukukunda *interesse* kavramına ilişkin olarak yapılan alt ayrımları⁵⁹ ortadan kaldırmış⁶⁰, bir yandan da zarar kavramının tanımı olarak doktrinde çoğunlukla benimsenmiş bulunmaktadır⁶¹.

⁵⁵ “*Interesse circa rem*”, “*interesse extra rem*”, “*interesse singulare – interesse commune – interesse conventum*” şeklinde yapılan alt ayrımlar için bkz. Wieling, **a.g.e.**, s. 26 vd.; Karakaş/Söğütlü Erişgin, **a.g.m.**, s. 166 vd.; özellikle s. 172 vd.

⁵⁶ Mommsen bu görüşünü, kaynaklardaki münferit ifadelerden ziyade, menfaat kavramına dayanan Roma hukukundaki hükümlerin genel içeriklerinden çıkarmıştır. Bkz. Mommsen, **a.g.e.**, s. 4.

⁵⁷ Mommsen, **a.g.e.**, s. 3.

⁵⁸ Bu hususta Roma hukuku kaynaklarında geçen ifadeler ve açıklamaları için bkz. Medicus, **Id Quod Interest**, s. 299 vd.

⁵⁹ Bkz. yuk. I. Bölüm, dn. 65.

⁶⁰ Bkz. Karakaş/Söğütlü Erişgin, **a.g.m.**, s.171; 176.

⁶¹ Olumlu-olumsuz menfaat ayrımını açıkça yaparak modern hukukta bu terminolojinin yerleşmesini sağlayan Jhering de menfaati, zarar anlamında kullanmaktadır. Bkz. 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 (Jhering-Jahrbücher), 4. Bd. (1861), s. 1-112, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 17-20.

Ayrıca diğer yazarlar için bkz. Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, s. 516, dn. 3; Max Keller, **Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse**, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer, 1948, s. 1-2; Karl Scherrer, **Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen**, Zürich, Buchdruckerei Winterthur Vorm. G. Binkert, 1928, s. 1 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 28-29; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, dn. 14; Rn. 21; 66; Medicus, **Schuldrecht**, Rn. 668-669; Larenz, **a.g.e.**, s. 482, dn. 9; Hans Rudolf Barth, **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung**, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer&Co., 1958, s. 68; 83; Fikentscher, **a.g.e.**, § 50, Rn. 459; § 55, Rn. 525; 540; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 15; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 164; Eren, **a.g.e.**, s. 474-475; von Büren, **a.g.e.**, s. 80-81; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 48 vd.; Keller/Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s. 8;

Buna karşılık bazı yazarlar⁶² ise, menfaat ile zararın farklı anlamlara sahip olduğunu ileri sürerek, bunların özdeş kabul edilmesine karşı çıkmaktadırlar⁶³. Bu görüşe göre, Roma hukuku kaynaklarına dayanarak menfaat kavramının, malvarlığının iki durumu arasındaki farktan oluştuğunu ortaya atan Mommsen bir yanılığa düşmüştür⁶⁴; zira Roma hukuku kaynaklarının hiçbir yerinde malvarlığının iki durumu arasında bir karşılaştırma yapılması gerektiği yolunda bir açıklama bulunmamaktadır⁶⁵. Menfaat kavramı, zararı değil, alacaklının tazminat olarak isteyebileceği miktarı ifade etmektedir⁶⁶; yani bu kavram, tazminat yükümlülüğünün kapsamını ve içeriğini belirlemektedir⁶⁷.

Keller/Syz, **a.g.e.**, s. 13; Bucher, **a.g.e.**, s. 341-342; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2722 vd.; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 29-31; Nickel, **a.g.e.**, s. 33; 40; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 239-240; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 49; Pöggeler, **a.g.m.**, s. 506; 508; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 339 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855.

⁶² Keuk, **a.g.e.**, s. 15 vd.; Honsell, **a.g.m.**, s. 69 vd.; Heinrich Honsell, **Quod Interest im Bonae Fidei-Iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 1969; s. 31, dn. 57; 63 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 56-60; 99-106; Wolf, **a.g.m.**, s. 565; Roberto, **a.g.e.**, s. 11-13; 105, dn. 18; bkz. ve karşı Karakaş/Söğütü Erişgin, **a.g.m.**, s. 171 vd.

Bu görüşte olan diğer yazarlar için ayrıca bkz. Roberto, **a.g.e.**, s. 13, dn. 30.

⁶³ Menfaat ile zararın özdeş tutulmasının aynı zamanda etimolojik bir yanlış olduğu yolundaki görüş için bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 53; Honsell, **a.g.m.**, s. 70; Honsell, **a.g.e.**, s. 63 vd.

⁶⁴ Mommsen'in menfaat ile zararı değil, menfaat ile tazminat talebini özdeşleştirdiği, ancak fark teorisine dayanan zarar tanımında bu hususun yazarlarca gözden kaçırıldığı şeklinde bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 56-60.

⁶⁵ Doktrinde Keuk'e göre, "*id quod interest*" ile ilgili olarak Roma hukuku kaynaklarında yer alan ve başka yönde karşılaştırma yapılmasını öngören ifadeler, aynen tazmin yükümlülüğünün amacının tanımlanmasına yöneliktir; burada malvarlığı farkı yerine davalının tazmin etmek zorunda kaldığı münferit mallar (malvarlığı değerlerinin) dikkate alınmaktaydı. Dolayısıyla menfaatin, malvarlığının iki durumu arasındaki farktan oluştuğu yönünde Mommsen tarafından yapılan açıklamalar hatalı bir değerlendirmeye dayanmaktadır. Bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 16.

Menfaatin zarar olarak kabul edilmesine karşı çıkanlardan birisi olan Honsell'e göre de, Corpus Iuris'de yer alan "*id quod interest*" ifadesiyle, malvarlığı farkı değil, tazminat kastedilmişti. Bkz. Honsell, **a.g.m.**, s. 69.

⁶⁶ Honsell, **a.g.m.**, s. 70; Keuk, **a.g.e.**, s. 52 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 57-59; 99 vd.

⁶⁷ Menfaati, tazminat yükümlülüğünün kapsamını belirleyen bir kavram olarak kabul eden yazarlar arasında da bir birlik bulunmamaktadır. Örneğin Keuk'e göre, menfaat kavramı, borçlunun usulü dairesinde davranması hâlinde, alacaklının sahip olacağı elverişli durumu ifade etmektedir. Dolayısıyla Mommsen tarafından hatalı bir biçimde malvarlığı farkı olarak tanımlanan menfaat kavramı, borçlunun usulü dairesinde davranması ile davranmaması arasındaki somut farktan oluşmaktadır. Tazminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde esas alınması gereken de budur; yani amaç, zarar verici olay gerçekleşmeseydi şu an içinde bulunulacak olan durum değil; zarar veren usulü dairesindeki davranışı aracılığı ile sağlamak zorunda olduğu durumun yeniden tesisi olmalıdır. Zira alacaklının menfaati, zarar verici olaydan sonra değil; bu olayın gerçekleşmesinden (zararın meydana gelmesinden) önce de (örneğin, sözleşmenin yapıldığı anda) zaten doğmuş durumdadır. Tazminat yükümlülüğü, alacaklının bu yöndeki menfaatinin gerçekleşmesini sağlayan bir araç niteliğindedir; yani borçlu usulü dairesinde davranmış olsaydı alacaklının sahip olacağı

İleri sürülen görüşler dikkate alındığında, doktrindeki çoğunluğa uyarak menfaat ile zararı özdeş kabul etmek, kanaatimizce hiç de yanlış bir nitelendirme olmayacaktır⁶⁸. Çünkü menfaatin zarardan farklı olduğunu belirterek menfaat ile tazminatı özdeşleştiren yazarların gerekçeleri, bu yöndeki (zarar=menfaat) kabulü engeller nitelikte değildir. Bu yazarların, menfaat ile zararı özdeş kabul etmemelerinin altında yatan gerçek sebep ise, -bize göre- “*id quod interest*” ile ilgili olarak Roma hukuku kaynaklarında yer alan ifadelerden ziyade, kabul ettikleri farklı yöndeki zarar anlayışlarıdır. Zira söz konusu yazarlar, Mommsen’in menfaat kavramına dayanan fark teorisini kabul etmedikleri gibi, buna yönelik ağır eleştiriler de getirmektedirler. Zarar kavramı bakımından kendi benimsedikleriyle tutarlı olabilmek adına, doktrindeki baskın görüşe karşı çıkmışlardır.

Bu konuda son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, fark teorisi çerçevesinde malvarlığı zararı ile özdeşleştirilmesi dışında menfaat kavramının başka anlamları da bulunmaktadır⁶⁹. Örnek olarak menfaat, tazminat alacaklısı bakımından zarar gören malların ifade ettiği değer anlamına da gelmektedir⁷⁰. Daha geniş ifadeyle, menfaat, bir şeyin bir kimse için taşıdığı değer ya da bu kimsenin söz konusu şeye verdiği değer anlamında da kullanılmaktadır⁷¹.

somut elverişli durum (menfaat), tazminat sayesinde başka bir şekilde yerine getirilmektedir. Bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 52 vd.

Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise, tazminat yükümlülüğünün kapsamının (menfaatin) belirlenmesinde, zarardan önceki durum değil, şu an içinde bulunulacak olan farazî durum esas alınmalıdır. Çünkü aksi takdirde (zarardan önceki durumun esas alınması hâlinde), kazanç kaybı, zarar kavramının kapsamı dışında kalacaktır. Bkz. Honsell, **a.g.m.**, s.70.

⁶⁸ Aksi yönde bkz. Karakaş/Söğütü Erişgin, **a.g.m.**, s. 171 vd. Fakat kanaatimizce, yazarların gerekçeleri ile vardıkları sonuç, birbirine uymamaktadır.

⁶⁹ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84, dn. 11; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 28; Larenz, **a.g.e.**, s. 482.

Id quod interest kavramının, Roma hukukunda kullanıldığı farklı anlamlar için bkz. Karakaş/Söğütü Erişgin, **a.g.m.**, s.165, dn. 33.

⁷⁰ Menfaat kavramına ilişkin olarak doktrinde yer alan bütün bu kullanım tarzlarını reddeden görüş için bkz. Wolf, **a.g.m.**, s. 575, dn. 110; bunun eleştirisi için bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 29.

⁷¹ Bunun yanı sıra, bir kimsenin kendi hakkı üzerinde sahip olduğu menfaatten, hukuk tarafından korunan ve korunmayan menfaatten, hukuken dikkate alınmaya değer menfaatten, bazı hukukî kurum ve olaylara bağlı genel menfaatten de söz edilir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 84, dn. 11.

2. Menfaat Türleri

Yukarıdaki bilgilerden de anlaşılacağı gibi, menfaat kavramı, hesaplanacak zararın çıkış noktasıdır⁷². Buna göre, zarara uğrayanın sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesinde veya sözleşmenin hiç yapılmamasında yahut hukukî değerlerinin bütünü korunmasındaki menfaati, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak olgudur. Her biri farklı bir zarar türünü işaret eden bu menfaat türlerinin çerçevesini şu şekilde çizebiliriz:

a. Sözleşmesel Alana Özgü Olanlar: Olumlu ve Olumsuz Menfaat

Zarar kavramına ilişkin olarak yaptığımız açıklamaların kapsamına, sadece haksız fiiller değil, BK.m.98/f.II gereğince aynı zamanda sözleşmeden doğan sorumluluklar da girmektedirler. Buna göre, hem haksız fiillerde hem de sözleşmesel sorumluluklarda tek bir zarar kavramı bulunmaktadır.

Her iki alanda da geçerli olan ortak bir zarar kavramı bulunsa da, sözleşmeden doğan sorumluluklarda, haksız fiillerden farklı olarak iki ayrı menfaat türü bulunmaktadır. Çünkü sadece sözleşmesel sorumluluk alanına özgü olmak üzere, zarar verici olay sonrasındaki fiilî durum ile zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak farazî durum arasındaki farkın karşılaştırılmasında, birbirinden değişik durumlar dikkate alınmaktadır. Hâlbuki haksız fiillerden doğan sorumluluklarda, zararın belirlenmesi amacıyla yapılacak karşılaştırmada bu tarzda farklı durumların esas alınması, yani olumlu ve olumsuz menfaatten bahsedilmesi işin doğası gereği söz konusu değildir⁷³.

⁷² Rengier, **a.g.e.**, s. 56-57.

⁷³ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 125; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 66-67; von Büren, **a.g.e.**, s. 80; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 93; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 48; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 14; Bucher, **a.g.e.**, s. 342; Keller, M., **a.g.e.**, s. 15; Keller/Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s. 8; Schwarz, **a.g.e.**, s. 124; Schwenzler, **a.g.e.**, § 14, Rn. 29; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 342; 515; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Hatemi), **a.g.e.**, § 4, N. 8-10; Eren, **a.g.e.**, s. 482; 1013; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 474; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855-856; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 268; 461-462; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 147, dn. 15; Karahasan, **C. 1**, s. 85 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2**, İstanbul, Beta, 2003, s. 955 vd.; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s. 82; Arsebük, **a.g.e.**, s. 155-156; Ataay, **a.g.e.**, s. 90.

Buna karşın, Alman uygulaması ve doktrininde, haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde de, olumsuz menfaatten söz eden karar ve yazarlara nadiren de olsa rastlanmaktadır. Örneğin bkz. Fikentscher, **a.g.e.**, § 50, Rn. 460; diğerleri için bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 67, dn. 99'da anı-

İşlemsel temas (geschäftlicher Kontakt) nedeniyle taraflar arasında meydana gelen yoğun ve somut güven ilişkisi, borca aykırı davranışların, sözleşmesel sorumluluk alanında olumlu ya da olumsuz menfaat yaptırımına bağlanmasına yol açmıştır. Tesadüfi karşılaşmaların yaşandığı haksız fiil sorumluluğunda ise, böyle bir güven anlayışı bulunmadığından, olumlu ve olumsuz menfaat ayırımına burada yer yoktur⁷⁴. Herkese karşı gösterilmesi gereken davranışlardan doğan soyut, yüzeysel ve anonim düzeydeki güven ortamı, olumlu-olumsuz menfaate dair hesaplamaların haksız fiiller sorumluluğunda yapılması için yeterli sebep değildir.

Fakat hemen işaret etmek gerekir ki, sözleşmesel alanda ortaya çıkan bu iki menfaat türü arasındaki ayırım, sadece zarar verici olay olarak farklı şeylerin dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır; yoksa nitelik itibarıyla birbirinden farklı iki ayrı zarar kavramı mevcut değildir⁷⁵. Hatta bu iki menfaat türünün hesaplama yöntemi de aslında birbirinden farklı değildir; çünkü her ikisinde de, Mommsen'in fark teorisi uygulama alanı bulmaktadır. Burada söz konusu olan farklılık, zararın hesaplanmasındaki olgulardan ve değişik hukukî sebeplerden doğmaktadır. Şöyle ki;

a) ya sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum ile ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle malvarlığının arz ettiği fiilî durum karşılaştırılmaktadır;

b) ya da sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu fiilî hâl ile bu olay hiç gerçekleşseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum karşılaştırılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan “a” seçeneği, olumlu menfaati (*müspet zararı*), “b” ise, olumsuz menfaati (*menfi zararı*) tanımlamaktadır⁷⁶.

Menfaat kavramının kökenleri Roma hukukuna kadar uzansa da, bu iki menfaat türünün ortaya çıkışı, daha sonraki tarihlere rastlamaktadır. Çünkü Romalılar,

lanlar. Haksız fiiller alanında olumsuz menfaatten bahseden bu tarzdaki ifadelerin hatalı oldukları aşikârdır.

⁷⁴ Medicus, *Id Quod Interest*, s. 312-313; MünchKomm/Oetker, *a.g.e.*, § 249, Rn. 125; Lange/Schiemann, *a.g.e.*, s. 67; Keller, M., *a.g.e.*, s. 15.

⁷⁵ Keller, M., *a.g.e.*, s. 16 vd.; karşı. August Simonius, “Über den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1918, s. 243; 247, 252-253; Küppers, *a.g.e.*, s. 58 vd.

⁷⁶ Jhering, *a.g.e.*, s. 17-18.

modern hukuka kendilerinin armağan ettiği “*id quod interest*” ifadesini, “*a-b*” seçeneklerindeki gibi değil de, hep başka (satım parası, kira gibi) değerlerle karşılaştırma yoluna gitmişlerdir. Bu sebeple, geçersiz sözleşmelerden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin düzenlemelere Corpus iuris Civilis’de pek nadiren tesadüf edilir⁷⁷. Öyle ki, Roma hukuku öğretisine geçmiş yalnızca iki hâlde -*hukukî işlemlere konu olamayan mallar (res extra commercium) ile henüz mevcut olmayan terekenin (hereditas non existens) satımında-* olumsuz menfaatten bahsedilmektedir⁷⁸. Nitekim, olumsuz zarar kavramının fikir babası Jhering de, culpa in contrahendo teorisini oluştururken, Roma kaynaklarında yer alan ancak bu iki olayı kendisine hareket noktası olarak seçebilmiştir⁷⁹.

Bu sebeple, bugünkü anlamı itibarıyla olumlu ve olumsuz menfaat ayrımının Roma hukukunda bulunduğunu söylemek mümkün değildir⁸⁰ kaldı ki, o dönemde “*id quod interest*” şeklinde tek bir menfaat kavramı bulunmaktaydı⁸¹.

⁷⁷ Bu hususta bkz. Heldrich, **a.g.e.**, s. 1 vd.

⁷⁸ L. 62 § 1 de contr. emt. (18. 1 Modestinus): Hukukî işleme konu olamayan malların satışına ilişkin düzenleme şu şekildeydi: “*Kutsal, dinsel veya kamuya ait yerler, böyle oldukları bilinmeden satın alındıkları zaman alım satım batıl olmakla birlikte alıcıya, satıcıya karşı bir dava hakkı verilir; bu yolla alıcının aldanmamış olmasındaki menfaati giderilir*”. § 5 J. de emt. et vend. (3.23): Res extra commercium’a ilişkin bu olay, daha da geliştirilerek Institutiones’de şöyle ifade edilmişti: “*Bile bile bir kimse, kutsal, dinsel veya kamuya ait bir yeri, örneğin bir alanı, bir kiliseyi satın alırsa işlem geçerli değildir, fakat satıcı tarafından aldatılmak suretiyle onları kutsal veya kamuya ait olmayan yerler zannederek satın alırsa, elde edilmesi gerekeni elde edemediği için alıcının davasını açmaya yetkili olur ve bu suretle aldanmamış olmasının gerektirdiği menfaati elde eder. Hür bir kimseyi köle olarak satın alırsa, hukukî durum aynıdır*”. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 12-13; Türkçe çeviriler için bkz. Iustinianus, **Institutiones**, Çev. Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968, s. 269; İlhan Ulusan, “Culpa in Contrahendo Üstüne”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, İstanbul 1982, s. 294.

L. 8 (Javolenus) ve 9 (Paulus) de hered. vend. (18. 4): Henüz mevcut olmayan terekenin (hereditas non existens) satışında da, uğradığı zarar nedeniyle alıcının, satıcıya karşı giderimde bulunabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 13.

Fakat hemen belirtmek gerekir ki, Jhering, her ne kadar bu iki hâlde olumsuz zarardan sorumluluğun söz konusu olduğunu söylese de, anılan düzenlemelerin içeriklerinin açık olmaması nedeniyle burada yer alan sorumluluğun hangi menfaat türüne (olumlu veya olumsuz menfaate) ilişkin olduğu hususunda doktrinde aslında bir tartışma yaşanmaktadır. Örneğin Jhering’in yanıldığını, Roma hukukunda bu tarz hâllerde olumsuz menfaatin mevcut olmadığını ileri süren görüş için bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 33 vd.; Jhering gibi olumsuz menfaat sorumluluğunun bulunduğunu kabul eden görüş için bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 6;.

⁷⁹ Jhering, **a.g.e.**, s. 12.

⁸⁰ Jhering, **a.g.e.**, s. 18; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 312-314; Honsell, **a.g.e.**, s. 73; 78; 105; Keller, M., **a.g.e.**, s. 25 vd.; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 285, dn. 119; Wieling, **a.g.e.**, s. 28.

⁸¹ Honsell, **a.g.e.**, s. 78; 89; 105; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 299 vd.

Ancak, yine de vurgulamak gerekir ki, olumlu ve olumsuz menfaat ayrımı, Romalılara tamamıyla da yabancı değildi; bugünkü kavramlarla benzerlikler gösteren hâller de bulunmaktaydı⁸². Örneğin, *actio redhibitoria* (ayıp sebebiyle satış sözleşmesinden dönme davası), olumsuz menfaatin, *actio quanti minoris* (satış sözleşmesinde ayıp sebebiyle semenin indirilmesi davası) ise, olumlu menfaatin tazminini hedeflemektedir⁸³.

Olumsuz menfaat kavramı, doktrinde ilk kez Savigny tarafından kullanılmış⁸⁴; modern hukuk anlamında ise, bu iki menfaat türüne öncelikle Mommsen değinmiştir⁸⁵. Daha sonra Jhering, *Culpa in contrahendo* isimli o ünlü eserinde⁸⁶, olumlu-olumsuz menfaat ayrımını açıklığa kavuşturarak bugünkü terminolojinin yerleşmesini sağlamıştır.

Daha önceden de belirttiğimiz üzere, sözleşmesel sorumluluk alanında ortaya çıkan zararın belirlenmesi amacıyla yapılacak karşılaştırmada, her iki menfaat türü değişik çıkış noktalarına dayanmakta ve bu husus, ikisi arasındaki ayrımı belirlemektedir. Buna göre, olumlu-olumsuz menfaat ayrımı, tazmin edilecek zararın, sözleşmeden doğan bir borcun ihlalden mi, yoksa bir sözleşmesel ilişkiye güvenden mi

⁸² Ancak, şunu itiraf etmek gerekir ki, bu konuya (olumlu-olumsuz menfaat ayrımına) ilişkin olarak detaylar üzerinde kesin bir açıklık elde etmek pek olası gözükmemektedir. Çünkü, bir takım teoriler oluşturabilmek amacıyla metinlerin vaktiyle değiştirilmiş olması, soruna ışık tutacak güvenilir kaynakların bulunmasını engellemektedir. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 6.

Aynı kaynaklara dayanmalarına rağmen birbirinden tam aksi yönde sonuçlara ulaşan yazar sayısının doktrinde çokça bulunması, bu durumu en iyi şekilde özetlemektedir.

⁸³ Jhering, **a.g.e.**, s. 18; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 314; Honsell, **a.g.e.**, s. 70-72; 78; 105.

Satış sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getiremeyen satıcıya karşı (özellikle zapta karşı tekeffülde) açılan bir diğer dava türü olan *actio empti*'de hangi menfaatin tazminin söz konusu olduğu ise tartışmalıdır. Bu hususta bkz. Jhering, s. 19-20; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 53; 314; Honsell, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 28, dn. 119; Türkan Rado, **Roma Hukukunda maldaki ayıplardan dolayı satıcının mesuliyeti**, Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası, İstanbul, y.y., 1945, s. 610-611.

Kullanılan Latince terimlerin Türkçe karşılıkları için bkz. Ziya Umut, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 6; 11-12.

⁸⁴ Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 237'den; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 313'den; Marc Leonhard, "Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung", **AcP** 199, 1999, s. 661, dn. 2'den; Honsell, **a.g.e.**, s. 72, dn. 36; s. 87'den; Bucher, **a.g.e.**, s. 342, dn. 54'den; Bohrer, **a.g.e.**, s. 99, dn. 22 ve s. 259'dan; Keller, M., **a.g.e.**, s. 25-26'dan naklen.

⁸⁵ Mommsen, **a.g.e.**, s. 107. Nitekim Jhering de, o ünlü eserinde, menfaatin bu iki türüne kendisinden önce Mommsen tarafından değinildiğini açıkça ifade etmiştir. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 17, dn. 17.

⁸⁶ Jhering, **a.g.e.**, s. 17-18.

kaynaklandığıyla alâkalıdır⁸⁷; daha açık söyleyişle, olumlu menfaat, sözleşmenin geçerli olmasına, olumsuz menfaat ise inanılan sözleşmenin hükümsüzlüğüne dayanmaktadır⁸⁸.

Tabi hiç şüphe yok ki, haksız fiil oluşturan bir eylemin aynı zamanda taraflar arasında mevcut olan bir borç ilişkisine (dürüstlük kuralından ya da sözleşmeden doğan bir ilişkiye) de aykırılık teşkil etmesi mümkündür. Taleplerin yarışmasının söz konusu olacağı bu durumda, alacaklının istemi üzerine daha lehte olan borca aykırılık hükümleri uygulanırsa, tazminat hesabında yine olumlu ve olumsuz menfaat ayırımına gidilecektir.

Her ne kadar haksız fiiller alanında olumlu–olumsuz menfaat ayrımının bulunmadığını sürekli olarak vurgulasak da, bu ayrımın, bazen haksız fiilden kaynaklanan tazminat taleplerinin hesaplanmasında etkili olabileceğini de yeri gelmişken belirtmek gerekir⁸⁹. Örneğin sözleşme görüşmeleri aşamasında karşı görüşmecinin tehditlerine maruz kalan taraf, çeşitli nedenlerle sözleşmeyi iptal etmek istemezse, haksız fiil hükümlerine dayanarak isteyebileceği tazminatın tayininde, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan olumsuz menfaati göz önünde bulundurulacaktır⁹⁰.

Bütün bu açıklamalara karşın, zarar-menfaat ilişkisini farklı açıdan ele alarak, olumlu ve olumsuz menfaat arasında bu şekilde (farklı hesaplamaları konu edinen iki ayrı zarar türü olduğu yönünde) bir ayırım yapılmasına karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır⁹¹. Bu yazarlara göre, olumlu ve olumsuz menfaat arasındaki ayırım, iki farklı zarar türüne değil, tazminatın nasıl hesaplanacağı sorununa ilişkindir; çünkü alacaklının olumlu ya da olumsuz menfaatinin karşılanıp karşılanmayacağı hususu, zarardan tek başına anlaşılmamaktadır. Bu aşamada, hangi menfaatin tazmin edile-

⁸⁷ Bu iki farklı menfaat türünün tek bir zarar kavramıyla açıklanmasına yönelik aksi yöndeki eleştiriler için bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 98. Ancak bize göre, yazarın yaptığı bu eleştiriler ve önerdiği çözümler, pek anlaşılır nitelikte değildir.

⁸⁸ Jhering, **a.g.e.**, s. 18.

⁸⁹ Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 67.

⁹⁰ Bu ihtimalde BK.m.31/f.II'nin aradığı istisnai şartlar gerçekleşmiş olursa, zarar görenin, borca aykırılık hükümlerine dayalı culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca, olumsuz zarar talebinde bulunabileceğini hatırlatmak gerekir. Bu hususta bkz. aş. III. Bölüm, B 1 d.

⁹¹ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 103 vd.

ceği henüz belli olmadığı için, alacaklının her iki yöndeki (olumlu ve olumsuz menfaatin kapsamına giren) kayıplarını da ispatlaması gerekmektedir⁹².

Bize göre, ileri sürülen bu düşünceyi kabul etmek hukuken mümkün değildir; çünkü ileride ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere, her ne kadar zarar kavramından – özellikle de kanunda yer alan zararın tazminine yönelik düzenlemelerden- hangi menfaat türünün tazmin edileceği sonucu tam olarak çıkarılamasa ve bunun için bir değerlendirme yapılması gerekse de⁹³, olumlu veya olumsuz menfaati doğuran hukukî sebeplerin belirliliği bakımından hukukumuzda yine de herhangi bir karışıklık mevcut değildir. Olumlu ve olumsuz menfaatin aynı olayda birlikte tazmin edilmesinin mümkün olmadığı hukuk sistemimizde, tazminat talebinde bulunan alacaklının her iki yöndeki menfaatini ispatlaması zorunlu olmadığı gibi, aynı zamanda da gereksizdir. Bu iki menfaat türü arasında zaman zaman ortaya çıkan belirsizliğin nedeni, -iddia edilenin aksine hukukî sebep değil- somut olayda hangi zarar kalemlerinin neyin kapsamına girdiğini tespit etmekteki güçlüklerdir. Bu noktada ortaya çıkan zorlukların derecesi ise, diğer zarar türlerine ilişkin olarak sorumluluk hukuku alanında yaşanan genel sorunlardan daha fazla değildir⁹⁴.

Bu açıklamalar neticesinde şunları söylemek mümkündür⁹⁵: Genel zarar kavramı içinde yer alan, ancak farklı olguların hesaplanmasına dayanan iki ayrı zarar türü bulunmakta⁹⁶ ve bu durum, sözleşmeden doğan sorumluluk alanındaki olumlu-olumsuz menfaat ayırımına karşılık gelmektedir. Sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, hangi zararların tazmin edileceği meselesi, korunan menfaatin türüne bağlı olarak değişiklik göstermektedir. İhlal edilen yükümlülüğün türü, zarar verenin sorumluluğunun ölçüsünü belirlemektedir.

⁹² Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 106 vd.

⁹³ Medicus, **Id Quod Interest**, s. 312; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 111.

⁹⁴ Ernst Rabel, Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, **ZSR**, 27, 1908, s. 291; ayrıca bkz. aş. IV. Bölüm, C 2.

⁹⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 15 vd.; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86-87; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 63-64; Bucher, **a.g.e.**, s. 341 vd.; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 312; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 48 vd.; Pöggeler, **a.g.m.**, s. 508.

⁹⁶ Olumsuz zararın genel anlamda zararın görünüm biçimlerinden biri olmadığı yönünde ayrıca bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 298.

b. Bütünlük Menfaati

Sözleşmeden ya da sözleşme görüşmelerinden doğan tazminat talepleri, yakın zamana kadar yalnızca olumlu ve olumsuz menfaat ayırımına indirgenmekteydi. Ancak bu ayırımın meydana gelen tüm zararları karşılamaya yeterli olmadığı; bir başka deyişle, sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri çerçevesinde verilen zararların mutlaka olumlu veya olumsuz menfaat biçiminde ortaya çıkmadığı görülünce, bunların dışında kalan başka bir menfaat türünün daha tazminat alacaklısı bakımından dikkate alınması zorunluluğu benimsenmiştir. Alman doktrininde geliştirilen⁹⁷ ve artık İsviçre literatüründe de yavaş yavaş benimsenmeye başlanan *bütünlük menfaati* (*Integritätsinteresse/Erhaltungsinteresse*)⁹⁸ kavramı, bir kimsenin hukukî değerlerinin bütünlüğü; yani kişi ve malvarlığı değerlerinin korunması, her türlü müdahaleden uzak tutulması anlamına gelmektedir.

Sözleşmesel veya sözleşme öncesi ilişkiler sırasında ortaya çıkan öyle bazı zarar kalemleri vardır ki, bunların ne olumlu ne de olumsuz zarar başlığı altında giderilmesi mümkündür. Çünkü bunlar, ifanın gerçekleşeceği yahut sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde alacaklıda oluşan haklı beklentiye değil; onun sözleşme ya da sözleşme görüşmelerine yabancı olan haklarına, özellikle de mutlak olarak korunan değerlerine (vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı, mülkiyet hakkı vs.) ilişkindir. Alacaklının bu hukuksal değerleri, sözleşme görüşmeleri sürecinden ve edimin ifasından bağımsız olarak borçlu tarafından her an ihlal edilebilir durumdadır. Örneğin Alman uygulamasına konu olan meşhur muşamba topu ve muz kabuğu kararlarında⁹⁹ dükkânda bulunan alıcıya tanınan tazminat talebi, sözleşme masrafları ile başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kâr kayıplarının giderilmesini değil; sözleşme görüşmeleri sırasında onun vücut bütünlüğünde meydana gelen zararların karşılanmasını amaçlamaktaydı. Culpa in contrahendo sorumluluğunun işletildiği bu

⁹⁷ Açıklamalar ve yazarlar için bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 49. Karş. Keuk, **a.g.e.**, s. 162.

⁹⁸ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 344 vd.; Rengier, **a.g.e.**, s. 53 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 342, dn. 54; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 210; 213; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2727; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 67; 70; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 32.

Bütünlük menfaati, (*Integritätsinteresse/Erhaltungsinteresse*), koruma menfaati olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Heinrich Stoll, "Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen", **AcP 136**, 1932, s. 298 vd.

⁹⁹ RGZ 78, 239 vd.; BGH NJW 1962, 31-32.

olaylarda hükmedilen tazminat, sözleşme görüşmelerini yürüten alıcının bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet etmekteydi.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, alacaklının olumlu ve olumsuz menfaatinin sınırlarına girmeyen zararlar, yalnızca sözleşme görüşmelerinde değil; ayrıca sözleşmenin ifası aşamasında da ortaya çıkabilir. Bir başka ifadeyle, bütünlük menfaati, culpa in contrahendo sorumluluğunun yanı sıra, sözleşmenin olumlu ihlalinde de söz konusu olabilir¹⁰⁰. Örneğin bir sirk gösterisinde, kafeslerinden kaçan yılanların biletli izleyicileri ısırması veya eve televizyon tamiri için gelen ustanın yerdeki döşemeye zarar vermesi hâllerinde, hep olumlu menfaatin dışında kalan bir zarar gerçekleşmiş olur. Zira uğranılan kayıplar, sözleşmede kararlaştırılan borca ilişkin değildir; ifa (sirk gösterisi veya televizyon tamiri) borçlu tarafından düzgün bir şekilde yerine getirildiği hâlde alacaklının sözleşmesel edim değişimi dışında sahip olduğu bütünlük menfaati borçlu tarafından ihlal edilmiştir.

Bu bilgiler ışığında bütünlük menfaatinin kapsamına giren tipik zararları şu şekilde belirtebiliriz¹⁰¹:

1) Kişiyeye Gelen Zararlar (BK.m.45-46)

—Bedensel zararlar (tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar);

—Ölüm hâlinde uğranılan zararlar (cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar);

2) Şeyeye Gelen Zararlar

Kişiyeye gelen zararların aksine kanunda bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmasa da, bütünlük menfaatinin kapsamına giren kayıplar özellikle şunlardan

¹⁰⁰ Rengier, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁰¹ Hemen işaret etmek gerekir ki, zarar verici olayla birlikte tesadüfen ortaya çıkan tehlikeler, bütünlük menfaatinin kapsamına girmez. Söz gelimi, trafik kazasında zarar gören kimsenin, ehliyetsiz araç kullandığı tespit edilir ve bu yüzden ona bir trafik cezası kesilirse, zarar veren bundan sorumlu olmaz. Bkz. Rengier, **a.g.e.**, s. 54; 57.

ibaret olacaktır: Objektif hesaplamayı öngören özel hükümler (örneğin, TTK.m.785; 1112; 1113) saklı kalmak kaydıyla zarar gören şeyin subjektif değeri, sabit değeri olan nesnelere bakımından (örneğin sanat eserlerinde) yenisini edinme masrafları¹⁰²; tamir masrafları, eşyanın sürüm değerindeki azalmalar ve şeyin işletmeden geri kalması veya iyi fiyatla satılamaması dolayısıyla mahrum kalınan kayıplar, bütünlük menfaatinin içeriğine dâhil olan zarar kalemleridir.

3) Saf Malvarlığı Zararları

Herhangi bir mutlak hakkı ihlal etmeyen, fakat malvarlığında yine de azalma meydana getiren zararlar da, bütünlük menfaatinin kapsamına girer¹⁰³. Örneğin alacaklı, borçlunun temerrüdü neticesinde, üçüncü bir şahsa tazminat ya da cezaî şart ödemek zorunda kalmışsa, bu sorumluluk nedeniyle malvarlığında ortaya çıkan kayıpların giderilmesini, bütünlük menfaati gereğince talep edebilir¹⁰⁴.

Dikkat edilmelidir ki, bütünlük menfaati sayesinde korunmak istenen hukuksal durum, taraflar arasındaki özel hukukî bağlantıdan; yani sözleşmede kararlaştırılan edimden veya sözleşme görüşmelerinden soyuttur¹⁰⁵. Bu yönüyle bütünlük men-

¹⁰² Değeri sabit olmayan bir nesne söz konusuysa, bu takdirde onun satış değeri dikkate alınmalıdır; tabii onun kullanılmış olmasından kaynaklanan değer düşüklüğü de tazminat hesabında göz önünde bulundurulacaktır. Bkz. Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 6, Rn. 360; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 398.

¹⁰³ Saf malvarlığı zararı kavramı için bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 401, dn. 507; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 15-16; Eren, **a.g.e.**, s. 480; Çiğdem Kırcı, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 9 vd.

Bu tanımdan yola çıkarsak, saf malvarlığı zararını olumsuz bir biçimde de ifade edebiliriz: Bedensel ve şeye ilişkin zararların dışında kalan diğer zararlardır. Bkz. Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 60, dn. 83.

¹⁰⁴ Bazı yazarlar, *sorumluluk menfaati (Haftungsinteresse)* olarak adlandırılan bu hâli, sadece bütünlük menfaati çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu düşünceye göre, alacaklının üçüncü şahsa karşı yüklenmiş olduğu tazminat veya cezaî şartın, borçlu ile arasındaki sözleşmesel ilişkiyle herhangi bir bağlantısı yoktur; bundan bağımsız olarak alacaklının malvarlığının pasif kısmında artış meydana gelmektedir. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 145, dn. 157; 291; 402.

Ancak bize göre, üçüncü şahıslara karşı yüklenilen sorumluluklar, bütünlük menfaatinin yanı sıra olumlu ya da olumsuz menfaat kapsamında da değerlendirilebilir. Zira alacaklının üstlenmek zorunda kaldığı cezaî şart veya tazminat, her ne kadar farklı bir hukukî ilişkiden doğmuş olsa da, borçlu ile kendi arasındaki güven bağının zedelenmesinden, yani borçlunun sözleşme ya da davranış yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden (olumlu ya da olumsuz menfaati oluşturan) hareketlerinden kaynaklanmaktadır. Bu gerçeği görmezlikten gelerek sorunu sadece bütünlük menfaatine hasretmek isabetli bir yaklaşım tarzı değildir. Ayrıca bkz. aş. IV. Bölüm, A 2 a (6).

¹⁰⁵ Bazı durumlarda, sözleşmede kararlaştırılan edimin ifa edilmemesi, alacaklının bütünlük menfaatinin doğrudan doğruya etkileyebilir. Örneğin doktorla yapılan tedavi sözleşmesi veya ödünç sözleşmesinde olduğunda gibi, alacaklının hukukî değerleri sözleşmenin içeriğini oluşturuyorsa, olumlu menfaatle birlikte bütünlük menfaati de korunmuş olur. Fakat böyle bir kesişme, işin doğası gereği bütünlük menfaati ile olumsuz menfaat arasında mevcut değildir. Zira sözleşmenin hüküm-

faati, sözleşme ya da en azından sözleşme benzeri hukukî ilişkinin (*özel bir bağlantının/Sonderverbindung*) mevcudiyeti şartını arayan olumlu ve olumsuz menfaatten ayrılmaktadır. Bunun yanı sıra, içerik itibarıyla da aralarında başka farklılıklar daha bulunmaktadır¹⁰⁶. Şöyle ki, bütünlük menfaati, ifanın gereği gibi yapılmasına veya hüküm ifade ettiğine inanılan sözleşmeden kaynaklanan zararların karşılanmasına değil¹⁰⁷; sadece taraflar arasındaki işlemsel alana (özel bağlantıyı doğuran hukuksal sebebe) yabancı olan değerlerin korunmasına hizmet etmektedir¹⁰⁸. Bu sebeptir ki, aynı olayda hem bütünlük menfaatinin hem de olumlu veya olumsuz menfaatin birlikte talep edilmesi mümkündür. Bunlar, olumlu ve olumsuz menfaat ayrımının aksine¹⁰⁹, birbirlerini dışlamazlar. Yine korunan değerlerin farklı olmasından ötürü, bütünlük menfaatinin kapsamına giren kayıpların toplamının, olumlu yahut olumsuz menfaat miktarını da aşması da pekâlâ mümkündür. Örneğin, sirk gösterisini seyretmek için bilet parası ödeyen seyircinin yaralanmasıyla ortaya çıkan yüksek tedavi masrafları, herhangi bir engele takılmadan talep edilebilir.

Bütünlük menfaatinin tanımlamaya, bağımsız karakterini ön plana çıkarmaya ve onu diğerlerinden ayırmaya yönelik bu çabalardan sonra şu hususu da hemen vurgulamamız gerekir: Bütünlük menfaati, somut olayların büyük bir çoğunluğunda

süzlüğünden doğan olumsuz menfaatin, alacaklının hukukî değerlerini etkileyen içerikte bir edim yükümlülüğünü yaptırma bağlamış olmasından bahsedilemez. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 379-380.

¹⁰⁶ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 371.

¹⁰⁷ Bütünlük menfaati ile olumsuz menfaat arasında şöyle bir benzerlik bulunmaktadır: Her ikisinde de tazminat talebi, “*olumsuz*” bir şeye yönelmiştir; hukukî değerlerin ihlal edilmesi veya sözleşmenin hüküm ifade etmemesi tarzında meydana gelen durumun tazminat yoluyla hiç olmamış hâle getirilmesi amaçlanır. Hâlbuki olumlu menfaatte ise, tazminat talebi “olumlu” bir sonuca yöneliktir; hiç ya da düzgün şekilde yapılmayan ifanın tazminat yoluyla yapılmış gibi sayılması hedeflenir. Bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 162 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 371, dn. 466; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 70; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2727; Rengier, **a.g.e.**, s. 53, dn. 68; Mao-zong Huang, **Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo**, Tübingen, Barbara v. Spangenberg KG, 1974, s. 25 vd.; bkz. ve karş. Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 6, Rn. 285.

¹⁰⁸ Kâr mahrumiyetinin hesaplanması bakımından da, bütünlük menfaati, diğerlerinden ayrılmaktadır. Bütünlük menfaatinde, zarar görenin başka kişilerden gelecekte elde edeceği kazanç umutları kayba uğramaktadır; hâlbuki olumlu menfaatte, alacaklının borcun ifası sayesinde elde etmeyi düşündüğü kazançlardan yoksun kalması söz konusudur.

Bu açıdan bakıldığında, olumsuz menfaat ile bütünlük menfaati arasında (kazanç kayıplarının başka kişilerle sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğması yönünde) bir benzerlik bulunsa da ikisi yine de birbirinden farklıdır. Çünkü bütünlük menfaatinde, sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı içinde bulunulacak farazi durum dikkate alınmaz; sadece zarar verici davranışın gerçekleşmemiş olması hâli göz önünde bulundurulur. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 408-411.

¹⁰⁹ Olumlu ve olumsuz menfaatin birlikte talep edilemeyeceği yönündeki açıklamalar için bkz. aş. I. Bölüm, C 3 c.

aslında farklı bir sorumluluk rejiminin uygulanmasını gerektirmez. Şöyle ki, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olduğu hâllerde, alacaklının bütünlük menfaati, sözleşmenin olumlu ihlali (BK.m.96) çerçevesinde tazmin edilir; modern öğreti davranış yükümlülüklerinin ihlalinin de artık borca aykırılık yaptırma bağlamaktadır¹¹⁰. Bu açıdan bakıldığında, bütünlük menfaati kavramı, yalnızca sözleşme görüşmeleri sürecinde ortaya çıkan zararlar bakımından özel bir anlam taşımaktadır. Ancak bu ihtimalde de, varılan sonuç değişmeyecektir. Çünkü daha sonradan ayrıntısıyla açıklayacağımız gibi¹¹¹, bugün doktrinde hâkim olan görüş, sözleşme görüşmeleri evresinde karşı yana verilen zararları, olumsuz ve bütünlük menfaati ayrımı yapmaksızın tümüyle borca aykırılık hükümlerine tâbi tutmaktadır. Dolayısıyla gerek sözleşmenin ifasında gerek sözleşme görüşmelerinde alacaklının bu ilişkilere yabancı olan değerlerine zarar verilmiş olması, uygulanacak sorumluluk rejimi bakımından bir farklılık yaratmamaktadır. Yalnızca taraflar arasında sözleşme ya da sözleşme görüşmelerinin olmadığı durumlarda, bütünlük menfaati haksız fiil hükümlerine bağlanacaktır¹¹²; zaten bu ihtimalde bütünlük menfaatinin karşısında yer alan olumlu ve olumsuz menfaatten de söz edilemez.

¹¹⁰ Bkz. aş. II. Bölüm, dn. 167.

¹¹¹ Bkz. aş. II. Bölüm, B 3 a.

¹¹² Bazı yazarlar ise, bütünlük menfaatinin öncelikli olarak haksız fiil hükümlerine tâbi olduğunu ve borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi için, meydana gelen zarar ile tarafların özel ilişkisi (sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri) arasında bir bağlantının olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 372 vd.; özellikle Rn. 412 vd. Davranış yükümlülüklerinin ihlalinin, borca aykırılık kapsamında değerlendirmeyen bu düşünce biçiminin eskimiş ve aşılışmış olduğu yönünde bkz. aş. II. Bölüm, dn. 167.

C. OLUMSUZ ZARARIN TANIMLANMASI VE OLUMLU-OLUMSUZ ZARAR AYRIMI

1. Olumsuz Zarar Kavramı

a. Olumsuz Zarar Kavramının Ortaya Çıkış Nedeni

Jhering'in müşterek hukuk döneminde ayrıntılı bir şekilde açıklayıp modern hukuk bilimine kazandırdığı olumsuz zarar kavramı, hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisine giren tarafların uğradığı kayıpların tazmin edilmesi ilkesine dayanmaktadır. Hükümsüz bir sözleşmenin neden olduğu zararların tazmini bakımından Pandekt hukukunun yeterli çözümler içermediğini fark eden Jhering, Roma kaynaklarına geçmiş bazı olaylardan hareket ederek oluşturduğu culpa in contrahendo teorisiyle¹¹³, iradeler arasındaki uyumsuzluk yüzünden geçersiz sayılan sözleşmelerde, kusuruyla bu duruma sebebiyet veren kişinin, oluşan zararı gidermesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Roma kaynaklarındaki eksiklik yüzünden Pandekt hukukunda henüz tam bir çözüme kavuşturulamamış bu sorun hakkında yazdığı "Culpa in contahendo" isimli o çığır açıcı incelemesinde Jhering, sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden zarar görenin en azından olumsuz menfaatinin giderilmesi gerektiğini savunmuştur. Jhering, bu teorisini oluştururken, özellikle esaslı yanılma nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olması olgusunu kendisine hareket noktası olarak seçmiştir¹¹⁴. Yazar, o dönemdeki irade teorisinin etkisiyle, esaslı yanılmanın yol açtığı irade uyumsuzluğu yüzünden kurulmayan sözleşmelerde, yanılan tarafın karşı yana kusuruyla zarar vermesi durumunda, bunun kimin tarafından üstlenilmesi gerektiği meselesinde, kanunun ve doktrininin suskun kaldığını; ayrıca sözleşmesel kusur (*contractliche Culpa*) ile haksız fiile ilişkin kuralların (*actio legis Aquiliae*) da bir çözüm getirmekten uzak olduğunu tespit etmiş, bu hususta bir kanun boşluğu bulunduğu gerçeğini ortaya çıkarmıştır¹¹⁵.

¹¹³ Bkz. aş. II. Bölüm, A 1.

¹¹⁴ Jhering, **a.g.e.**, s. 7 vd.

¹¹⁵ Jhering, bu sonuca ulaşırken şu örnekleri vermiştir: "... Bir kimse, bir maldan 100 Pfund (Pfund=yarım kilo) ismarlamak istiyor; fakat Pfund ile Centner'i (Centner= elli kilo) birbirine karıştırıyor. 100 Centner mal geldiğinde, onun tarafından iade ediliyor... Yanlışlık gerçekten ispatlanabildiği takdirde, bu sözleşmenin geçersiz olduğu şüphesizdir. Boşa çıkan paketleme ve gönderme masraflarına kim katlanacaktır?...". "... Bremen'e seyahat eden bir arkadaşımın, benim için 1/4 kutu puro siparişi vermesini rica ettim. Ancak, o yanlışlıkla 4 kutu sipariş eder. 4 Kutu puro gönderildiğinde, benim tarafımdan reddedilir. Gönderici, iki defa nakliye masraflarına katlan-

Bu ve buna benzer durumlarda, borç ilişkisinin hüküm ifade etmemesi yüzünden, bir borcun varlığından ve onun ihlalinden hukuken bahsedilemeyeceği için, ifaya ilişkin çıkarları hedefleyen olumlu zararın tazmini de talep edilemeyecektir. Ayrıca, bir mutlak hakkın ihlali de çoğu zaman söz konusu olmayacağı için, haksız fiil hükümleri çerçevesinde de herhangi bir giderim talebi ileri sürülemeyecektir¹¹⁶. İşin niteliği gereği hem ifaya ilişkin çıkarını (ifa ya da olumlu zararının tazmini talebini) isteyemeyen hem de haksız fiil hükümlerine dayanamayan kimsenin, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceğine güvenmesi yüzünden uğramış olduğu kayıpların, tazmin edilmemesi; malvarlığındaki azalmalara, güvenen kimsenin bizzat kendisinin katlanması (*casum sentit dominus*) adil görülmemiştir. Zira aksi hâlde, Jhering'in deyişiyle, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimse, karşı tarafın görüşmelerdeki kusurlu davranışına kurban edilmiş olacaktır¹¹⁷. Bu sebeple, hükümsüz borç ilişkilerinin yol açtığı ve ifa borcuna aykırılıktan doğan zararların kapsamı dışında kalan diğer zararlar¹¹⁸, olumsuz zarar adı altında toplanmıştır. Bu hâliyle olumsuz zarar, ifa menfaati ile hiç tazminat talep edememe arasında âdeta uzlaştırıcı bir orta yol olarak benimsenmiştir.

Bu anlayışa göre, her kim, aslında hükümsüz olan fakat geçerli gibi gözükten bir hukukî işlem yapma iradesinde bulunarak karşı tarafta güven uyandırır, bu yüzden meydana gelen zararı tazmin etmek zorundadır.

Olumsuz zarar kavramının ortaya çıkışında etkili olan bu düşünce biçimi¹¹⁹, aslında hukukumuzun diğer kurumlarına da yabancı değildir; örneğin sebepsiz zen-

mak zorunda mıdır ya da o, haberciden veya benden bunların tazmin edilmesini talep edebilir mi?...". "... Burada bir tazminat davasına ihtiyaç olduğunu kim hissetmez ki? Ancak şu var ki, bizim kaynaklarımız bu sorun hakkında derin bir suskunluk içerisinde..." Jhering, **a.g.e.**, s. 7; 9.

¹¹⁶ Burada haksız fiilden söz edebilmek için sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan davranışların, ya aldatma, korkutma ve haksız rekabette olduğu gibi özel bir davranış kuralının kapsamına girmesi veya BK.m.41/f.II gereğince ahlaka aykırı bir amaçla kasten yapılmış olması gerekir. Bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 323; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı (Serozan), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, § 19, N. 1.

¹¹⁷ Jhering, **a.g.e.**, s. 8.

¹¹⁸ Sorumluluk hukuku bakımından, her zarar, bir kayıp teşkil ettiği hâlde, her kayıp, zarar anlamına gelmemektedir. Buradaki "*kayıp*" ifadesiyle kastedilen, teknik anlamında zarar teşkil eden azalmalardır. Zarar kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, A 1.

¹¹⁹ Bu hususta bkz. Woldemar Marcusen, "Das negative Vertragsinteresse im schweizer. Obligationenrecht und im deutschen Entwurf", **ZBJV**, 1890, s. 121 vd.

ginleşmede, iyiniyetli iade yükümlüsünün zenginleşmenin kalıcılığına güvenmesi yüzünden uğramış olduğu kayıpların iade borcundan mahsup edilmesinin temelinde de benzer anlayış bulunmaktadır¹²⁰. Şöyle ki, sebepsiz iktisap edilen şeyin kendi değeri azalmış veya ortadan kalkmış olmasa bile, iktisap yüzünden iyiniyetli iade borçlusunun başka malvarlığı değerleri azalmış veya ortadan kalkmışsa, iade yükümlülüğü de bu ölçüde azalmakta ve böylece iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin malı iktisap etmek için yapmış olduğu masraflar, onun iade borcuna mahsup edilmektedir¹²¹.

b. Olumsuz Zararın Tanımlanması

Olumsuz zarar, geniş anlamı itibarıyla herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir¹²²; dar anlamı bakımından ise, sözleşme öncesindeki bir yükümlülüğün ihlalden doğan zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir¹²³. Görüldüğü üzere, olumsuz zarar, tıpkı adı gibi “*olumsuz*” bir sonuca yönelmekte; borçlunun zarar verici davranışını sanki hiç yapılmamış bir hâle getirmeyi (olmuşu olmamış yapmayı) amaçlamaktadır. Böylece zarar verici olay olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanması; bu sayede malvarlığındaki azalmaların giderilmesi hedeflenmektedir¹²⁴.

Sorumluluk hukuku alanında uygulama ve doktrine çoğu zaman güçlükler yaşatan olumsuz zararı tanımlamak, kanaatimizce çalışmamızın en zor kısmını oluşturmaktadır. Zira bilindiği üzere, olumsuz zarardan sorumluluk, sadece pozitif hukumuzdaki münferit düzenlemelerden ibaret değildir; ayrıca Jhering’in genel kabul görmüş *culpa in contrahendo* öğretisi de, olumsuz zarardan sorumluluğun bir diğer önemli kaynağıdır. Olumsuz zararın bu denli geniş bir yelpazeye yayılmış olmasının yanı sıra, ortaya çıktığı her bir hâlin, diğerlerinden farklı olgulara dayanması, örneğin Borçlar Kanununun kendi içindeki düzenlemelerin bile birbirinden değişik şekilde kaleme alınması (BK.m.26/f.I, 29/f.II, 39/f.I, 108/f.II), olumsuz zararın tanımlanma-

¹²⁰ Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, Zweiter Bd., Erste Hälfte, Berlin, Verlag von Duncker&Humblot, 1957 (Nachdruck), s. 594, dn. 147.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Uluhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, Kazancı, 1984, s. 155 vd.; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 155 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 784 vd.

¹²² Menfaat kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, B 1.

¹²³ Keller, M, **a.g.e.**, s. 5; Scherrer, **a.g.e.**, s. 4.

¹²⁴ Keuk, **a.g.e.**, s. 162; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 371, Rn. 466.

sını güçleştiren bir başka sebeptir. Bu yüzden ki, tazminatın hesabında olumsuz menfaatin dikkate alındığı bütün hâlleri kapsayacak şekilde bir olumsuz zarar tanımı vermek, çok isabetli değildir. Bununla beraber, *birazdan belirteceğimiz ayrık nite-likteki olumsuz zarardan sorumluluk hâllerini bir kenara bıraktığımız takdirde*, bas-kın olan özellikleri ön plana çıkarmak suretiyle ortak bir olumsuz zarar tanımı yap-mak yine de mümkündür: Olumsuz menfaattaki zarar verici olaydan anlaşılması ge-reken, sözleşmenin kurulmasına veya geçerliliğine yahut ifasına ilişkin olarak karşı tarafta doğrudan doğruya uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır. Buna göre olum-suz zarar, hüküm ifade etmeyen borç ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulduğuna, kurulacağına veya geçersizliğin bilinmesine rağmen ifa edileceğine dair oluşturulan haklı güven sebebiyle meydana gelmektedir. Taraflardan birisi, amaçlanan sözleşme ile hukuken bağlandığına veya onunla bağlanacağına inanmakta ve daha sonradan bu inancı boşa çıkarılmaktadır. Zarar verici olayın, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması tarzında meydana gelmesi, olumsuz zararı diğer zarar türlerinden ayıran ve bu hâliyle ona rengini veren en önemli özelliktir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu tanımda yer alan güvenin uyandırılması ve boşa çıkarılması (ihlal edilmesi) ifadelerinin bir arada kullanılması bilinçli bir şekilde yapılmıştır. Zira zarar verici olay olarak sadece güvenin boşa çıkarılmasından söz edilirse, mevcut sözleşmesel ilişkiyi sona erdiren bir hakkın kullanıldığı (örneğin iptal beyanı gibi) hâllerde, zarar verici olayın da gerçekleşmiş olduğunu kabul etme zorunluluğu ortaya çıkar. Hâlbuki olumsuz zararı doğuran olay, esasında sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüğünün ihlalidir. Dolayısıyla zarar verici olayın, hak-kın kullanılmasından (sözleşmenin iptalinden) ibaret olmadığı; sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklandığı ve hakkın kullanılmasıyla da (söz-leşmenin iptaliyle) aktif hâle geldiği şeklindeki doğru sonuca ulaşabilmek için, güve-nin uyandırılması ve boşa çıkarılmasından birlikte bahsetmek gerekir¹²⁵. Bu sebeple-dir ki, zarar verici olay olarak karşımıza çıkan güvenin uyandırılması ve boşa çık-a-rılması (ihlal edilmesi) eyleminin hiç gerçekleşmemesindeki menfaat, olumsuz zarara

¹²⁵ Keller, M., a.g.e., s. 6.

tekabül etmektedir. Zarar gören, borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğine dair kendisinde güven uyandıran açıklamanın hiç yapılmamasındaki menfaatini talep etmektedir¹²⁶.

Buna göre *olumsuz zarar, bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimşenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalmadır*. Daha genel bir ifadeyle olumsuz zarar, hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğine veya hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına güvenmekten doğan zarar olarak da tanımlanabilir¹²⁷. Bura-

¹²⁶ Keller, M., **a.g.e.**, s. 6; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 320; bkz. ve karşı. Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 229 vd.; 241 vd.

¹²⁷ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; Rabel, **a.g.m.**, s. 291; Keller, M., **a.g.e.**, s. 5 vd.; Scherrer, **a.g.e.**, s. 53; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 64; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; Rengier, **a.g.e.**, s. 50; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 31; Hans Landtwin, **Der Falsus procurator im schweizerischen Obligationenrecht**, Zug, J. Speck&Cie., 1929, s. 47; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 213 vd.; 253; 348; Schwarz, **a.g.e.**, s. 317; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 340; Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Yamaner, 2006, s. 37; 154; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 284; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 427; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 633; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Robert Ditttrich/Helmuth Tades, **Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch**, I. Bd., 36. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2003, § 878, E 23-24; Nickel, **a.g.e.**, s. 44; Eren, **a.g.e.**, s. 1079; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, s. 537; Karahasan, **C. 1**, s. 86; Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Giriş ve Madde 1-40, C. 1**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 84; Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 51-108, C. 3**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 3589-3590.

Yargıtay da önüne gelen olaylarda, olumsuz zarar kavramı için benzer ifadeler kullanmaktadır. Bkz. Yarg. 15. HD., 07.05.1981 t., E. 1981/331, K. 1981/1050 (YKD., 1981, S. 9, s. 1179-1180); Yarg. 15. HD., 25.05.1981 t., E. 1981/825, K. 1981/1234 (YKD., 1982, S. 3, s. 391); Yarg. 15. HD., 07.10.1982 t., E. 1982/1701, K. 1982/1920 (Yasa Hukuk Dergisi, 1982, s. 1486-1487); Yarg. 15. HD., 12.05.1983 t., E. 1983/1307, K. 1983/1255 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 21.01.1986 t., E. 1985/2510, K. 1986/26 (YKD., 1986, S. 6, s. 848); Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 792-793); Yarg. 11. HD., 20.02.1990 t., E. 1988/9411, K. 1990/1087 (YKD., 1990, S. 8, s. 1174-1178); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 822); Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1678); Yarg. 19. HD., 26.11.1993 t., E. 1992/9997, K. 1993/8033 (YKD., 1994, S. 10, s. 1658); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7129, K. 1994/9463 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7280, K. 1994/9464 (YKD., 1995, S. 4, s. 605); Yarg. 13. HD., 27.02.1995 t., E. 1995/1133, K. 1995/1891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 18.09.1995 t., E. 1995/4410, K. 1995/4735 (YKD., 1996, S. 4, s. 575); Yarg. 13. HD., 11.03.1996 t., E. 1996/281, K. 1996/2118 (Yasa Hukuk Dergisi, 1996, s. 1393); Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920 (YKD., 1996, S. 7, s. 1089); Yarg. 13. HD., 30.05.1996 t., E. 1996/5059, K. 1996/5329 (Yasa Hukuk Dergisi, 1996, s. 1881); Yarg. 15. HD., 03.02.1997 t., E. 1997/47, K. 1997/556 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 26.02.1997 t., E. 1997/259, K. 1997/1034 (YKD., 1998, S. 10, s. 1496); Yarg. 15. HD., 23.02.1998 t., E. 1998/73, K. 1998/627 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 631); Yarg. 13. HD., 16.02.1999 t., E. 1999/504, K. 1999/908 (İKİD., 2000, s. 15082); Yarg. 13. HD., 31.01.2002 t., E. 2001/11083, K. 2002/891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 14.10.2002 t., E. 2002/3327, K. 2002/4594 (YKD., 2003, S. 5, s. 743); Yarg. 15. HD., 16.09.2003 t., E. 2003/578,

dan hareketle zararın tespiti amacıyla yapılacak karşılaştırmada fark (menfaat) teorisine¹²⁸ sadık kalınırsa, olumsuz zararın belirlenmesi şu şekilde olacaktır: Güvenen kimsenin malvarlığının, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü (sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması) yüzünden aldığı fiilî durum ile bu zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi (borç ilişkisinin hüküm ifade edeceğine dair uyandırılan güven boşa çıkarılmasaydı) güvenen kimsenin malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasındaki fark, uğranılan olumsuz zararı ifade eder¹²⁹. Bu tanımın içeriğine sadece uyandırılan güvenin boşa çıkarılması ile nedensellik bağı içinde bulunan zararların gireceğini yeniden önemle belirtmek gerekir¹³⁰. Aksi hâlde, sözleşmenin yapılışı sırasında meydana gelen bütün zararların tazmin edilmesi gerektiği sonucu çıkar ki, bunun olumsuz zararın kendisine has olan güven karakteriyle bağdaşmayacağı aşîkârdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, olumsuz zararın tazminini mümkün kılan zarar verici olay, hüküm ifade ettiğine güvenilen borç ilişkisinin hükümsüz olmasıdır. Buradaki hükümsüzlük, sözleşmenin ya hiç kurulmamasından (yokluk) ya da geçersiz bir şekilde yapılmasından (geçersizlik sebeplerinden biriyle sakat olmasından) kaynaklanabilir. Bu sebeple, güvenen kimsenin “*sözleşmeyi hiç yapmasaydı*” veya “*sözleşmeyi hiç kurmasaydı*” uğramayacak olduğu zarar biçimindeki ifadeler, yokluk hâlini içermemeleri nedeniyle olumsuz zararı tanımlamak bakımından yeterli değildir¹³¹. Doktrinde sıklıkla yer alan bu ifadeler, aynı zamanda hiç kurulmamış bir söz-

K. 2003/3937 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 25.09.2003 t., E. 2003/1040, K. 2003/4324 (www.yargitay.gov.tr); Yarg. 15. HD., 09.02.2004 t., E. 2003/3637, K. 2004/538 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E.2004/13-208, K. 2004/211 (YKD., 2004, S. 10, s. 1493-1500); Yarg. 15. HD., 28.06.2004 t., E. 2003/6730, K. 2004/3623 (Yargı Dünyası, Tanıtım Sayısı 2005, s. 229).

¹²⁸ Olumsuz zarara yönelik bu tanım, zarar kavramını açıklamak amacıyla Mommsen tarafından ileri sürülen ve doktrinde genel kabul gören fark teorisine dayanmaktadır. Bu hususta bkz. yuk. I. Bölüm, A 2 a.

¹²⁹ Zarar kavramını açıklayan görüşlerden bir diğeri olan somut (tabii) zarar teorisi çerçevesinde (bkz. yuk. I. Bölüm, A 2 b), olumsuz zarar şu şekilde tanımlanabilir: Sözleşmenin kurulacağına veya geçerliliğine dair uyandırılan güvenin ihlal edilmesiyle ortaya çıkan zarar verici olayın isabet ettiği münferit malvarlığı değerinin içinde bulunduğu durum ile bu zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi söz konusu münferit malvarlığı değerinin içinde bulunacağı durum arasındaki fark, güvenen kimsenin uğradığı olumsuz zararı ifade eder.

¹³⁰ Keller, M., **a.g.e.**, s. 6; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 349; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 17.

¹³¹ Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, bazı yazarların (Bkz. Kırca, **a.g.e.**, s. 207, dn. 1121) olumsuz menfaati “... bir kişinin sözleşme kurulması sebebiyle gördüğü zarar...” biçiminde ta-

leşmenin “*yapılmasından/kurulmasından*” söz ettikleri için de isabetli değildir¹³². Bütün bunların yerine, daha kapsamlı ve doğru olması açısından, “*sözleşmenin hüküm ifade edeceğine veya ifa edileceğine güvenmeseydi alacaklının (güvenen kimse- nin) uğramayacak olduğu zarar*”¹³³ veya “*güvenilen sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı meydana gelmeyecek olan zarar*” ifadesi benimsenmelidir.

Bu açıklamalarla bağlantılı olarak şunu da vurgulamak gerekir ki, olumsuz zararı, kısaca *sözleşmenin geçerliliğine yönelik güvenden doğan zarar* olarak tanımlamak da aslında çok isabetli değildir. Çünkü kullanımı son derece yaygın olan ve olumsuz zararın güven karakterini öne çıkarması açısından aslında faydalı olan bu ifade biçimi, sadece geçerli olarak gözüken *mevcut* bir sözleşmeye güven nedeniyle uğranılan kayıpların tazmin edileceği izlenimi uyandırmaktadır¹³⁴. Hâlbuki olumsuz zararın kapsamına yalnızca bu tür malvarlığı kayıpları değil, ayrıca güvenilen sözleşmenin kurulmasından önce yapılan masraflar (örneğin noter masrafları, önceden ödenen vergiler gibi malvarlığı kayıpları) da girmektedir. Hatta bunlar olumsuz zarardan sorumluluğun en tipik örnekleridir; yeter ki, uyandırılan güvenle nedensellik bağı içinde bulunsunlar. Dolayısıyla olumsuz zarara yönelik en bilindik bu kısa formül (*sözleşmenin geçerliliğine yönelik güvenden doğan zarar*) kullanılırken, belirttiğimiz hususlar gözden kaçırılmamalı ve onun lafzından kaynaklanan dar içeriğine bağlı kalınmamalıdır¹³⁵.

nımlaması ve böylece sözleşmenin hiç kurulmadığı durumlarda, olumsuz zarar ifadesinin kullanılmasının isabetli olmadığını ileri sürmesi, yerinde bir değerlendirme değildir. Hatalı olduğu aşıkâr olan bu görüş, kavramın tarihsel açıdan oluşum sürecine de ters düşmektedir. Zira olumsuz zarar kavramını sistematik bir biçimde ortaya koyan Jhering, müşterek hukuk döneminde hâkim olan irade teorisinin etkisiyle, özellikle de sözleşmenin hiç kurulmadığı hâlleri göz önünde bulundurarak culpa in contrahendo kuramını oluşturmuştur.

¹³² Bu ifade biçimleri ayrıca, sözleşmenin kurulmasından önce yapılan masrafların olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamına girmediği yolunda yanlış bir izlenim uyandırdığı için de doğru değildir. Bkz. Alfred Koller, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg, Universitätsverlag, 1985, s. 126, dn. 486.

¹³³ Öz, *Eser Sözleşmesi*, s. 284, dn. 78.

¹³⁴ Rabel, *a.g.m.*, s. 294; Simonius, *Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages*, s. 270 ve s. 271-272, dn. 87; Koller, *a.g.e.*, s. 126, dn. 486; ayrıca bkz. Lüchinger, *a.g.e.*, Rn. 254.

¹³⁵ Bu tarzda bir yanlışlığa düşen yazarlar için bkz. Scherrer, *a.g.e.*, s. 39, dn. 12; s. 46, dn. 23; 49 vd.; Kirca, *a.g.e.*, s. 207, dn. 1121.

Yeri gelmişken işaret edelim ki, BK.m.26/f.I, 39/f.I ve 108/f.II’de olumsuz zararı karşılamak üzere kullanılan “*mukavelenin bu suretle feshinden*¹³⁶ *mütevellit*” “*akdin sahih olmamasından tahaddüs eden*” ve “*akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zarar*” ifadeleri¹³⁷ de çok isabetli değildir¹³⁸. Çünkü sözleşmenin yerine getirilmemesi de, “*sözleşmenin geçersizliğinin*” bir sonucudur. Von Tuhr’un da belirttiği gibi, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde alacaklı, sözleşme ifa edilmiş olsaydı elde edeceği olumlu menfaati de kaybetmektedir. Sorumluluğun dayanağının karşı tarafın korunmaya değer haklı güveni olduğunu vurgulamakta yetersiz kalan söz konusu düzenlemeler, sadece olumsuz zararı değil, aynı zamanda olumlu zararı da çağrıştırmaktadır. Bütün bu anlatım eksikliklerine karşın, anılan maddelerin olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin olduklarından yine de tereddüt etmemek gerekir. Zira BK.m.26/f.II ve 39/f.II’de yer alan “*daha fazla tazminat*”, “*daha fazla zarar*” ifadelerinin, sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan ifa menfaatine tekabül etmesi, “*sözleşmenin hükümsüzlüğünden*” doğan zararın “*olumsuz zarar*” şeklinde anlaşılmasını âdeta zorunlu kılmaktadır. Ayrıca BK.m.106 ve 108’de, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar arasında alacaklıya tanınan seçim hakkı da, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın olumsuz menfaate yönelik olduğunu bir kez daha kanıtlamaktadır.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, BK.m.26/f.I ve 39/f.I’de kastedilenin olumsuz zarar olduğu noktasında İsviçre ve Türk öğretilerinde herhangi bir şüphe mevcut olmasa olsa da, bunlar yerine, “*hukukî işlemin hüküm ifade edeceğine güvenden doğan zarar*” ifadesinin kullanılması, kanaatimizce teknik açıdan daha doğru olurdu. Nitekim Alman hukukunda olumsuz zarardan sorumluluğu düzenleyen BGB § 122/f.I ve § 179/f.II hükümleri, bu şekilde kaleme alınmışlardır. Şöyle ki, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptaline ilişkin BGB § 122/f.I’de, “*beyanın geçerliliğine güvenden kaynaklanan zarar*” ifadesine yer verilmiş; yetkisiz temsile dair BGB §

¹³⁶ BK.m.26/f.I’deki fesih tabiri, Borçlar Kanunumuzda sıklıkla rastlanılan terim yanlışlarından birisi olup, burada söz konusu olan sözleşmenin yanılma sebebiyle iptalidir.

¹³⁷ İsviçre Borçlar Kanununun 26, 39 ve 109. maddelerinde de, aynı anlama gelecek şekilde “*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens*” ifadesi kullanılmıştır.

¹³⁸ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; Scherrer, **a.g.e.**, s. 48-49; Landtwing, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 344, dn. 64; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 6; Koller, **a.g.e.**, Rn. 405; Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, Yasa Yayınları, 1988, s. 140; ayrıca bkz. ve karşı. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 247 vd.

179/f.II’de ise, “*temsil yetkisine güvenden kaynaklanan zarar*” ifadesi kullanılmıştır¹³⁹.

Olumsuz zararın temelinde uyandırılan güvenin ihlal edilmesi olgusu bulunduğundan, sözleşmelere özgü bu zarar türünü¹⁴⁰, *güven zararı (Vertrauensschaden)* olarak da adlandırmak kural olarak mümkündür. Zaten doktrinde de çoğu kez, olumsuz zarar ile güven zararı birbirleriyle eş anlamlı olacak (*olumsuz zarar = güven zararı*) şekilde kullanılmaktadır¹⁴¹. Ancak buradaki güvenin, sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair uyandırılan güvenle sınırlı olduğunu gözden kaçırmamak gerekir; aksi takdirde olumsuz zarardan sorumluluk, temelinde bulunan güvenin korunması anlayışından ötürü sınırları ve kapsamı belli olmayan bir şekle bürünür. Çünkü genel anlamdaki güven zararından farklı olarak her türlü güven ihlali, olumsuz zararın içeriğine dâhil değildir; sadece

¹³⁹ Başlangıçtaki imkânsızlıkta olumsuz zarardan sorumluluğu düzenleyen eski BGB § 307 hükmünde de benzer ifadeler yer almaktaydı. 2002 reformuyla yürürlükten kalkan bu hükmün birinci fıkrasında, olumsuz zarar, diğer tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi yüzünden uğramış olduğu zarar şeklinde tanımlanmıştı (eski BGB § 307/f.I).

¹⁴⁰ Olumlu–olumsuz zarar ayrımının sözleşmelere özgü olduğu yolundaki açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, B 2 a.

¹⁴¹ von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 596; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; Rabel, **a.g.m.**, s. 291 vd.; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 2; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 5; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 228; 230; 243-244, dn. 44a; Scherrer, **a.g.e.**, s. 4-5; Ludwig Kuhlenbeck, “Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (§ 153 BGB), **DJZ**, 1905, s. 1143; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 124; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 4; § 249, Vorbem. Rn. 17; Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Bd., Das Rechtsgeschäft**, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1979, s. 423; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 64; Martin Ahrens, **BGB Kommentar**, Herausgegeben von Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, Neuwied, Luchterhand, 2006, § 122, Rn. 5; Keller, M., **a.g.e.**, s. 15; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2724; 2726; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 211; Larenz, **a.g.e.**, s. 431; Medicus, **Schuldrecht**, Rn. 668; KommBGB/Wendtland, **a.g.e.**, § 122, Rn. 7; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Rn. 15; Fikentscher, **a.g.e.**, § 50, Rn. 460; § 50, Rn. 556; Rudolf Nirk, “Culpa In Contrahendo-Eine Geglückte Richterliche Rechtsfortbildung Quo Vadis”, **Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1975, s. 88; von Büren, **a.g.e.**, s. 81; Bucher, **a.g.e.**, 342; Schwenzer, **a.g.e.**, § 14, Rn. 29; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 10; Art. 39, Rn. 5; 7; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 6, Rn. 284; Nickel, **a.g.e.**, s. 40; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 636; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 284; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 340; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 14; Peter Apathy/Andreas Riedler, **Schwimmann ABGB Praxis Kommentar, Bd. 4, §§ 859-1089 ABGB**, 3. Auflage, Wien, LexisNexis ARD Orac, 2006, § 878, Rn. 11; Dittrich/Tades, **ABGB**, § 878, E 24; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 140; Buz, **a.g.e.**, s. 240; Veldet Hıfzı, **a.g.m.**, s. 744; Mustafa Fadıl Yıldırım, **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara, Nobel, 2002, s. 268; Clasen, Die Haftung für Vertrauensschaden, **NJW**, 1952, s. 14; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht**, 31. Auflage, München, Verlag, C.H. Beck, 2006, s. 331; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, s. 537. Karş. Lüchinger, **a.g.e.**, dn. 315; 901; 1195; 1200.

sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde karşı tarafta uyandırılan güvenin ihlalin-den doğan alışveriş menfaatine ilişkin kayıplar, olumsuz zararın kapsamına girmektedir. Bir başka ifadeyle zarar gören, olumsuz zarar çerçevesinde sözleşmenin hüküm ifade edeceği hakkında kendisinde oluşan güven hiç uyandırılmasaydı hangi durumda bulunacak idiyse, o hâle sokulmasını talep etmektedir. Örnek olarak bir sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güveni boşa çıkarılan zarar gören, amaçlanan sözleşmeyi kurmaya yönelik yaptığı masrafların ve kaçırdığı fırsatların giderilmesini talep edebilecekken, bu sözleşmeden elde edeceğine inandığı kârın karşılanmasını isteyemeyecektir. Yine bunun gibi, bir taşınmaz satışı için İstanbul'dan Antalya'ya giden zarar gören, Antalya'da ayrıca kısa süreli bir tatil yapmışsa ya da başka sözleşme görüşmelerinde bulunmuşsa, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair kendisinde uyandırılan güven yüzünden uğradığı zararların (örneğin amaçlanan sözleşmeyi kurmaya ve ifa etmeye yönelik yaptığı masrafların, kaçırdığı fırsatların) tazmin edilmesini talep etme hakkına sahip olduğu hâlde, tatil harcamalarının ya da başka sözleşme masraflarının tazmin edilmesini isteyemeyecektir.

“Uyandırılan güvenin ihlal edilmesi olgusunun” olumsuz zarara rengini veren bir unsur olduğunu sürekli olarak vurgulasak da, bu unsurun her zaman için homojen bir yapı taşımadığını; olaydan olaya değişiklikler gösterdiğini de söylemek gerekir¹⁴². Örneğin olumsuz zarardan sorumluluğun öngörüldüğü MK.m.452/f.II'de, vesayet altındaki kişinin, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı *“yanılmış”* olması, yani ehliyetli olduğuna dair karşı tarafta özel bir güven uyandırması aranmıştır¹⁴³. Buna karşılık, üçüncü şahsın korkutmasına maruz kalanın ve yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğuna ilişkin BK.m.29/f.II ve 39 hükümlerinde durum tam tersinedir. Çünkü kanun koyucu, her iki düzenlemede de, olumsuz zarardan sorumluluk için kusurun varlığını bir şart olarak görmemiş, zarar görenin iyiniyetli olmasını gerekli ve yeterli kabul etmiştir. Hatta öyle ki, BK.m.39'daki olumsuz zarardan sorumlulukta, yetkisiz temsilcinin özel çaba sarf ederek kendisiyle işlem yapan üçüncü şahsı temsil yetkisinin varlığına inandırması dahi gerekli değildir. Sorumlu tutulan kimsenin bir başkası adına hareket etmesi ve temsil yetkisi hu-

¹⁴² Lüchinger, a.g.e., Rn. 324 vd.

¹⁴³ MK.m.452/f.II hükmü hakkında bkz. aş. III. Bölüm, dn. 5.

susunda susması olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için yeterli kabul edilmiştir; üçüncü şahsın, yetkisiz temsilciye yönelik ayrıca şahsî bir güven duymasına ihtiyaç yoktur.

Bu başlık altındaki açıklamalarımızda hemen değindiğimiz gibi, olumsuz zarara ilişkin olarak yukarıda yaptığımız tanımlar, olumsuz zarardan sorumluluğun bütün görünüm biçimlerini kapsamamaktadır. Çünkü *sözleşmeden (daha genel ifadeyle borç ilişkisinden)*¹⁴⁴ *dönenin, karşı tarafın korkutmasına veya maddî cebire maruz kalanın, ayırt etme gücüne sahip olmayanın ve zor durumda bulunduğu için gabne uğrayan tarafın ileri sürdüğü olumsuz menfaat, güven zararı karakterine sahip değildir.* Zira bu ihtimallerde, zarar gören kimsenin uğramış olduğu malvarlığı kayıpları, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlalden doğmamaktadır. Şöyle ki, borç ilişkisinin sonradan hükümden düştüğü hâllerde, tek taraflı borç ilişkisi ya da sözleşme zaten geçerli olarak kurulmuş olduğundan zarar gören kimsenin, bu yönde boşa çıkarılmış bir güveninden bahsedilemez. Karşı sözleşmenin korkutması veya maddî cebir hâlinde de, korkutmaya maruz kalan tarafın, serbest iradesiyle yapmadığı sözleşme için güven beslediğini söylemek doğru bir nitelendirme olmayacaktır¹⁴⁵. Çünkü tehdit edenin, korkuttuğu tarafta sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde bir güven uyandırdırması işin doğası gereği mümkün değildir. Yine aynı şekilde, ayırt etme gücüne sahip olmayan veya zor durumda kaldığı için gabne uğrayan sözleşmenin de, yapmış oldukları işlemin geçerli olacağına dair güven beslediklerinden söz edilemez; onlar sadece karşı yanın kendisine düşen davranış yükümlülüklerine yerine getirmemesi yüzünden zarara uğramışlardır. Dolayısıyla belirttiğimiz bu hâllerde ortaya çıkan olumsuz zararı şu şekilde tanımlayabiliriz: Zarar verenin, sözleşmeden dönme hâlinde sözleşmeyi ihlal eden, diğer hâllerde

¹⁴⁴ Olumsuz zararı tanımlarken doktrinde genellikle yapıldığı üzere, sadece sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik güvenden bahsetmek aslında biraz dar bir ifade biçimidir; zira olumsuz zarardan sorumluluk sadece sözleşmelerden değil; pekâlâ tek taraflı borç ilişkilerinden de meydana gelebilir (örneğin BK.m.8/f.II). Bundan sonraki açıklamalarımızın çoğunluğunda, alışılan biçimiyle “sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik güven” ifadesini kullanacak olsak da, tek taraflı borç ilişkilerinde doğacak olumsuz zarardan sorumluluk hâllerini de gözden kaçırmamak gerekir.

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 145.

Karşı tarafın korkutması yüzünden sözleşme yapan kimsenin, artık bu sözleşmeyle bağlı olduğunu düşünerek masraf yaptığı hâllerde de durum aynıdır. Zira bu ihtimalde, korkutulan kimse, sözleşmenin geçerliliğine yönelik güven duyduğu için değil; yapmak zorunda kaldığı görünüşteki sözleşmenin doğuracağı olası hukukî yaptırımlardan kurtulmak amacıyla hareket etmektedir.

ise edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine¹⁴⁶ aykırılık teşkil eden davranışları yüzünden hükümsüz bir borç ilişkisinin karşı tarafın malvarlığında meydana getirdiği rıza dışı azalmadır.

Yukarıdaki tespitleri dikkate aldığımızda, doktrinde sıkça dile getirilen şu kısa ifade biçimini, olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinin hepsini kapsayacak ortak bir tanımlamaya dönüştürebiliriz. Buna göre olumsuz zarar, tek taraflı borç ilişkisinin veya sözleşmenin bahsi hiç söz konusu olmasaydı, uğranılmayacak olan malvarlığı azalmasıdır¹⁴⁷. Olumsuz menfaatinin giderilmesini isteyen zarar gören, hükümsüz olan borç ilişkisinden hiç bahsedilmeseydi içinde bulunacağı farazî durumun tesis edilmesini talep etmektedir.

c. Olumsuz Zarar-Güven Zararı İlişkisi

Az önce de vurguladığımız gibi, olumsuz zarar, tarihsel temelleri tabîî hukuk okuluna kadar uzanan güven zararının bir görünüm biçimidir¹⁴⁸. Bununla beraber, bu iki kavramı her zaman birbirleriyle eş anlamlı olacak şekilde kullanmamak gerekir. Zira olumsuz zararın bazı türleri, aslında bir güven zararı niteliğinde olmadığı gibi, her güven zararı da, bir olumsuz zarar değildir. Güven sorumluluğu¹⁴⁹, başkalarının

¹⁴⁶ Bkz. aş. II. Bölüm, B 3 a.

¹⁴⁷ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 10; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 64; Schwenger, **a.g.e.**, § 14, Rn. 31; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 211; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 144; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 63; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 9; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Giriş, Sözleşmeler, C. I**, İstanbul, Filiz Kitabevi (forma hâlinde), t.y., s. 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Landtwing, **a.g.e.**, s. 46-47.

¹⁴⁸ Rabel, **a.g.m.**, s. 294.

¹⁴⁹ Güven sorumluluğu, sonuçları bakımından, “*hukukî görünüşe güven*” ve “*fiilî görünüşe güven*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Hukukî görünüşe güvende, güvenen kişi, tanınan bir ifa talebi yardımıyla güvendiği duruma uygun hâle sokulur. Örnek olarak şekle aykırı taşınmaz satışında, satıcının güven uyandırıcı davranışlarına muhatap olan alıcıya mülkiyetin nakline yönelik bir talep hakkının tanınması gibi. Fiilî görünüşe güvende ise, güvenen kişi, yaratılan güven kendisinde hiç oluşmasaydı içinde bulunacağı duruma tazminat talebi sayesinde getirilmeye çalışılır; yani bu son ihtimalde, güvenen kimseye, uğramış olduğu zararlar nedeniyle yalnızca giderim isteme hakkı verilir. Söz gelimi şekle aykırı taşınmaz satışında, ifa talebini ileri süremeyen iyiniyetli alıcının, bu sözleşmenin bahsi hiç gündeme gelmeseydi uğramayacak olduğu zararın giderilmesini talep etmesi gibi. Bkz. Kırca, **a.g.e.** s. 135-136.

Olumlu-olumsuz zarar ayırımına dayanarak, ilk hâli “*olumlu güven korunması*”, ikincisini ise “*olumsuz güven korunması*” tarzında da isimlendirebiliriz. Bkz. Claus-Wilhelm Canaris, **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1971, s. 5-6; 526 vd.; Peter Loser-Krogh, “Vertrauenshaftung und Schutzpflicht –Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung”, **Recht und Internationalisierung, Festgabe ge-**

haklı olarak inanabileceği bir güven ortamı yaratan kişinin, bundan ötürü sorumlu tutulmasıdır¹⁵⁰; bir başka söylemle, hukukî bir sonucun gerçekleşmesi için “güven”¹⁵¹ olgusunun asıl rolü oynadığı her durum, doktrinde “güven sorumluluğu” olarak kabul edilmektedir¹⁵². Ancak her güven durumu, sorumluluğa sebebiyet vermez; yalnızca özel bir bağlantı hâlinde bir borcun doğum sebebi olarak güvenin korunması esas alındığında söz konusu olur. Yani oluşturulan güven, buna inanan tarafın kararlarına ve davranışlarına etki etmediği sürece sorumluluk sebebi olmaz¹⁵³. Buradan hareketle, güven zararı kavramını, üçüncü şahıslarda yaratılan güven nedeniyle kişi ve malvarlığı alanında meydana gelen her türlü azalma şeklinde ifade edebiliriz. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, güven zararını doğuran olay, uyandırılan güvenin daha sonradan boşa çıkarılmış olmasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, sözleşme görüşmeleri ya da sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan olumsuz zarar, güven zararının somut bir uygulama örneğidir. Fakat ne var ki güven zararı, sadece sözleşme görüşmeleri evresinde söz konusu olan culpa in contrahendo sorumluluğundan ibaret değildir. Çünkü güven sorumluluğu, sözleşmenin kurulması aşamasının yanı sıra, sözleşmenin devamında ve sonrasında ortaya çıkan davranış yükümlülüklerini de kapsayan bir üst kavramdır¹⁵⁴. Hatta kaynağını oluşturan Alman

widmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 2000 St. Gallen durch die Juristische Abteilung der Universität St. Gallen, Zürich, Schulthess, 2000, s. 128; Peter Loser-Krogh, “Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung”, **ZSR**, 144, 2/2003, II. Halbband, s. 137-138; Michael Bohrer, **Die Haftung des Dispositionsgaranten: Ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung**, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1980, s. 276 vd.; 296 vd.; Şener Akyol, **Medenî Hukukta Çelişki Yasası**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 31.

¹⁵⁰ Canaris, **a.g.e.**, s. 439 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁵¹ Güven kavramı öğretisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hermann Eichler, **Die Rechtslehre vom Vertrauen**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, s. 1 vd.

¹⁵² Canaris, **a.g.e.**, s. 1-2; 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**, Bern, Verlag Stämpfli&AG, 1986, Rn. 150; Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2004, Rn. 959 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 135; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 806; Eugen Bucher, “Die Obligations-Entstehungsgründe Ausserhalb von Verträgen und Delikten”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 42 vd.

¹⁵³ Bkz. Loser-Krogh, **Haftung aus Treu und Glauben**, s. 137; Kırca, **a.g.e.**, s. 135, dn. 707-708.

¹⁵⁴ Stephan Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung**, Freiburg, Universitätsverlag, 2001, s. 109; Hans Peter Walter, “Vertrauenshaftung im Umfeld des

hukukundaki teknik ve dar anlamıyla güven sorumluluğu, olumsuz zarar sorumlululuğundan farklı olarak, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi hep üçlü ilişkilerdeki adeletsiz sonuçları gidermek üzere ortaya atılmış ve geliştirilmiştir. Yani güven sorumluluğu aslında, sözleşmenin tarafı olmamış ama sözleşme görüşmelerini dışardan etkilemiş “üçüncü kişinin” sorumluluğuna (örneğin bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluk/Haftung für Rat und Auskunft)¹⁵⁵ ilişkin bir kavramdır¹⁵⁶. Hâlbuki olumsuz zarardan sorumluluk ise, genel olarak culpa in contrahendo şemsiyesi altında iki kişinin karşı karşıya geldiği ikili ilişkilerde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla olumsuz zarar, geniş anlamdaki (sadece üçlü ilişkileri kapsamayan) güven zararı üst başlığı altında yer alan bir alt kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, güven olgusunun ön planda yer aldığı her türlü zararı, olumsuz zarar olarak nitelendirmek mümkün değildir; yalnızca sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde karşı sözleşende uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından oluşan malvarlığı kayıpları (alışveriş menfaati), güven sorumluluğu çatısı altında yer alan olumsuz zarar kavramına dâhildir.

Bütün bunların yanı sıra, olumsuz zararın ortaya çıktığı her hâl de, güven sorumluluğu olarak kabul edilemez. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, tek taraflı borç ilişkisinden ya da sözleşmeden dönenin (BK.m.8/f.II, 108/f.II, 396/f.II, 466/f.II)¹⁵⁷, karşı tarafın korkutmasına veya maddî cebire maruz kalanın, ayırt etme gücü olmayanın ve zor durumda olduğu için gabne uğrayanın talep ettiği olumsuz menfaat dar anlamda bir güven zararı (Vertrauensschaden) niteliğinde değildir. Çünkü borç ilişkisinin sonradan hükümden düştüğü hâllerde, taraflar arasındaki ilişki zaten baştan itibaren geçerli bir şekilde kurulmuş olduğundan, onun geçerli olarak kurulduğuna ya da kurulacağına dair bir güvenin uyandırılmasından ve korunmasından söz

Vertrages”, **ZBJV**, 1996, s. 273 vd.; özellikle s. 292; 295; Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Rn. 151; Kırca, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁵⁵ Bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluk hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 772 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 39 vd.; Bohrer, **a.g.e.**, s. 7 vd.

¹⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3.

¹⁵⁷ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86-87; Keller, M., **a.g.e.**, s. 11, dn. 37; 180-181; Bucher, **a.g.e.**, s. 345; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 269-270; Jean Anex, **L'intérêt Négatif, Sa Nature Et Son Etendue**, Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1977, s. 109-110; Lüchinger, **a.g.e.**, dn. 246; 311; Rn. 225; 255; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 418, dn. 671; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 41, dn. 95; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 140, dn. 101; 159; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 359, dn. 113; Eren, **a.g.e.**, s. 1079; Uygur, **C. 3**, s. 3590.

edilemez. Burada söz konusu olan, geçerli şekilde kurulmuş borç ilişkisinin varlığını devam ettireceği (*hüküm ifade etmeye devam edeceği*) yönünde uyandırılan güvenin, borçlunun davranışlarıyla boşa çıkmasıdır. Dönme üzerine tazmin edilecek malvarlığı kayıpları, borç ilişkisinin geçerli olacağına yönelik uyandırılan güvenin ihlaliyle uygun nedensellik bağı içinde bulduklarından değil, dönülen borç ilişkisi hiç olmasaydı, yapılmayacak olduklarından olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamında yer almaktadır. Görüldüğü üzere, borç ilişkisinin yenilik doğuran beyanla hükümden düşmesi neticesinde ihlal edildiği kabul edilen güven olgusu, güven sorumluluğunun temelinde yer alan özelliklere pek uymamakta; ikisi arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Vurguladığımız diğer hâllerde de, işlemsel temas nedeniyle malvarlığında azalma meydana gelen kimsenin talep ettiği tazminat, yine bu anlamda bir güven zararı görünümünde değildir. Zira korkutma yoluyla sözleşme yapma iradesi sakatlanmanın, maddî cebir altında sözleşme yapmaya sevk edilenin, ayırt etme gücü olmayanın ya da zor durumda kaldığı için gabne uğrayanın, amaçlanan sözleşmeye yönelik güven duyduğunu ve bu sebeple de zarara uğradığını söylemek mümkün değildir¹⁵⁸. Anılan ihtimallerdeki zarar verici olay, işlemsel temas sırasındaki davranış yükümlülüklerine aykırı hareketlerden doğmaktadır. Bu tarz durumlarda olsa olsa, sözleşme görüşmelerinin dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yürüyeceği yönündeki genel bir güvenin ihlalden söz edilebilir.

Şayet güven zararı kavramı, sınırları zorlanarak geniş anlamda ele alınırsa, yukarıda belirttiğimiz tarzdaki güven olgularının varlığından ötürü, bu ihtimallere özgü olumsuz zarar hâlleri de, güven sorumluluğu kapsamında düşünülebilir¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Zor durumda kaldığı için gabne uğrayan taraf, ancak çok istisnai hâllerde sömürüldüğünün farkında değildir; olayların genelinde edimler arasında aşırı dengesizlik olduğunu bilmesine karşın sözleşme yapmak zorunda olan kimse konumundadır. Ancak dikkat etmek gerekir ki, buradaki açıklamalar sadece zarar görenin zor durumda kalmasından ötürü gabne uğradığı hâllere ilişkindir. Gabinin şartlarının gerçekleştiği diğer hâllerde (hiffet ve tecrübesizlikte), olumsuz zarardan sorumluluk tipik bir güven zararı görünümündedir.

¹⁵⁹ Burada kullandığımız “geniş ve dar anlamda güven zararı” ifadeleri, “dar anlamda güven sorumluluğu” kavramı ile karıştırılmamalıdır. Şöyle ki, güven sorumluluğu, açıklamadan doğan sorumluluk (*Erklärungshaftung*) ve dar anlamda güven sorumluluğu (*Anvertrauenshaftung*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Açıklamadan doğan sorumluluk, kişinin yapmış olduğu yanlış açıklama ve bilgilendirmelerden ötürü söz konusu olmaktadır. Dar anlamda güven sorumluluğu ise, zarar görenin, işlemsel temas sırasında yaratılan güvene dayanarak hayat, sağlık ve mülkiyete ilişkin hukukî değer-

2. Olumsuz Zarardan Sorumluluğun Sübjektif Şartları

Olumsuz zararı, bir borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlalden doğan malvarlığı kaybı şeklinde tanımlayınca, buradan kaynaklanan sorumluluğun sübjektif şartlarını da şu şekilde belirleyebiliriz:

a. Güven

Şimdiye kadarki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, olumsuz zarardan sorumluluğunun öncelikli şartı, zarar görenin sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven duymuş olmasıdır. Buna göre olumsuz zarar talebinde bulunan taraf, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılıp ihlal edilen güveni yüzünden malvarlığı kaybına uğramış olmalıdır¹⁶⁰. Fakat hiç şüphe yok ki, her güven olgusu, olumsuz zararın varlığını kabul etmek için yeterli değildir. Olumsuz menfaatin güven zararı karakterini taşıması, zarara uğrayanın ayrıca iyiniyetli olmasını, yani onun boşa çıkarılan güveninin haklı olmasını gerektirmektedir. Zira olumsuz zarar talebi, ancak korunmaya değer haklı bir güvenin bulunduğu hâllerde, ortaya çıkar ve varlığını sürdürür¹⁶¹.

Önemle vurgulanmalıdır ki, salt sözleşme görüşmelerine girişmekle, olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için varlığı aranan güven şartı, kendiliğinden gerçekleşmiş olmaz. Yani işlemsel temas sırasındaki her davranış yükümlülüğünün ihlali, zarar görenin haklı güvene sahip olduğu anlamına gelmez; korunmaya değer bir güvenin bulunup bulunmadığı, her somut olayda ayrıca araştırılmalıdır.

Sözleşmenin hüküm ifade etmediğini bilen veya bilmesi gereken taraf, uyandırılıp ihlal edilen herhangi bir güvene sahip olmadığından, bu yüzden uğramış olduğu zararların giderilmesini karşı yandan isteyemez. Bununla birlikte, bu prensibe şu istisnaların getirilmesi kaçınılmazdır:

—Her iki tarafın da hükümsüzlüğü bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde, sözleşmenlerden biri geçersizliğe rağmen sözleşmenin yine de yerine getirileceğine

lerini, diğer tarafın etkisine açık bırakması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bkz. Canaris, **a.g.e.**, s. 532 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁶⁰ Olumsuz zararın, güven zararı biçiminde ortaya çıkmadığı istisnai hâllerde (bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c), bu şartın varlığı için niteliği gereği aranmayacaktır.

¹⁶¹ Keller, M., **a.g.e.**, s. 244 vd.; bkz. ve karşı. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 148-149; Koller, **a.g.e.**, Rn. 810 vd.

dair karşı yanda özel bir güven yaratmışsa, bu yönde oluşturulan güveni boşa çıkarılan taraf olumsuz zarar talebinde bulunabilecektir. Bu ihtimalde zarar görenin uyarılan güveni, sözleşmenin fiilen yerine getireleceğine yöneliktir.

—Zarar görenin kusurlu olduğu her durumda, olumsuz zarar talebinin ileri sürülemeyeceği söylenemez; aksine bir tutum haksız neticelerin ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Bu durum özellikle de, zarar görenin hafif ihmaline karşılık, zarar verenin kasten ya da ağır ihmalle hareket ettiği hâllerde karşımıza çıkar. Borçlar Kanunumuzda bu sert sonuca yol açacak bazı münferit düzenlemeler (BK.m.26/f.I, 39/f.I) bulunsa da, bunların genel hükümler uyarınca yumuşatılarak yorumlanmasına ihtiyaç bulunmaktadır¹⁶². Çünkü sözleşmesel ve haksız fiiller alanında ortaya çıkan diğer zarar türlerinin hepsinde, zarar görenin birlikte kusuru, BK.m.44/f.I gereğince tazminatta bir indirim sebebi olarak dikkat alınmaktadır¹⁶³. Öyleyse olumsuz zarardan sorumlulukta da, bu noktada bir farklılık yaratmaktan kaçınılmalı ve zarar görenin birlikte kusuru, zarar veren konumundaki diğer sözleşen için mutlak bir kurtuluş sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Kısacası zarar görenin kusurlu sayıldığı hâllerde, olumsuz zarara yönelik sorumluluktan tamamıyla vazgeçmek yerine, onun birlikte kusuru BK.m.44/f.I çerçevesinde tazminatta bir indirim sebebi olarak hesaba katılmalıdır¹⁶⁴.

—Zarar görenin sözleşmedeki hükümsüzlük sebebini daha sonradan öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği hâllerde, o ana kadar ortaya çıkmış olan olumsuz zarardan sorumluluk varlığını korumaya devam eder¹⁶⁵. Zira Roma hukukundan bu yana kabul edilen ilke uyarınca, sonradan gelen kötüniyet, iyiniyetin korunmasını engellemez (*mala fides superveniens*). Böylece zarar gören, uğramış olduğu malvarlığı kayıplarının giderilmesini sonraki kötüniyetinden etkilenmeksizin talep etme hakkına sahiptir; sonraki kötüniyet tazminat hesabında, sadece “zarar görenin zararı artırmama yükümlülüğü” çerçevesinde dikkate alınır.

¹⁶² Bkz. aş. III. Bölüm, B 1 a; f.

¹⁶³ Hiç şüphe yok ki, hâkim, zarar görenin kusurunun derecesini dikkate alarak tazminatın miktarını indirebileceği gibi tazminatı tamamen de kaldırabilir.

¹⁶⁴ Scherrer, **a.g.e.**, s. 35; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 148-149 (ancak bu son yazar, bizden farklı olarak BK.m.26/f.I ve özellikle de 39/f.I’deki düzenlemelerin lafzına sadık kalma eğilimindedir).

¹⁶⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 245-246.

Zarar veren tarafın borç ilişkisinin hükümsüzlüğünü bilmemesi ve bilmesi gerekmemesi, olumsuz zarara yönelik sorumluluktan onu kurtarmaya tek başına yeterli değildir; tazminat yükümlülüğünden sıyrılabilmesi için zarar görende sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde oluşan güvenin uyandırılması ve ihlal edilmesinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispatlamak zorundadır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu istisnai hâllerde ise, zarar verenin içinde bulunduğu subjektif şartlar, zaten tazminatın hesabında hiçbir şekilde dikkate alınmaz.

b. Kusur

Olumsuz zarardan sorumluluğun bir diğer şartı, zarar verenin kusurlu olmasıdır. Sorumluluk hukukumuzda hâkim olan genel ilkelerle uyumlu olarak, zarar veren ancak kusurlu olarak sebebiyet verdiği olumsuz zarardan ötürü sorumlu tutulur. Kusurun olmadığı yerde sorumluluk da yoktur; meğerki kusursuz sorumluluk hâli bulsun (örneğin BK.m.55, 100).

Zarar verenin kusuru, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde zarar görende oluşan güvenin uyandırılıp boşa çıkarılmasına ilişkin olmalıdır. Bu kusur ögesi, aynı zamanda zarar verenin işlemsel temas sırasındaki davranış yükümlülüklerini yerine getirmediği ve böylece zarar gören ile arasındaki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini ihlal ettiği anlamına da gelmektedir¹⁶⁶. Sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumlulukta ise, zarar verenin kusuru, onun dönmeye neden olan borca aykırı (sözleşmeyi ihlal eden) davranışında aranacaktır.

Burada dikkat etmek gerekir ki, olumsuz zararın güven zararı görünümünde olmadığı istisnai hâllerde¹⁶⁷, zarar verenin işlemsel temas sırasındaki davranış yükümlülüğünü ihlal etmesi, sözleşmeden dönme hâlinde ise sözleşmeye aykırı hareket etmesi, kusur şartının gerçekleşmesi bakımından yeterlidir; zarar verenin kusurlu davranışının, ayrıca güven uyandırma biçiminde ortaya çıkmasına gerek yoktur.

Zarar verenin her türlü kusuru (hafif ihmali dahi), olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için gerekli ve yeterlidir (BK.m.98)¹⁶⁸; kusurun derecesi, yalnızca

¹⁶⁶ Bkz. aş. II. Bölüm, B 3 a.

¹⁶⁷ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

¹⁶⁸ Olumsuz zarardan sorumluluğun borca aykırılık kurallarına tâbi olduğu hususunda bkz. aş. II. Bölüm B başlığı altındaki ayrıntılı açıklamalar.

tazminatın hesaplanmasında bir rol oynar (BK.m.43). Tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşme için kanun koyucunun farklı sorumluluk rejimi öngörmüş olduğu hâllerde de durum aynıdır. Örneğin BK.m.243 uyarınca bağışlayan, sadece kastından ya da ağır ihmalinden dolayı sorumlu tutulsa da, bağışlama sözleşmesinin hükümsüzlüğü nedeniyle karşı sözleşen bir zarara uğramışsa, bağışlayan her türlü kusurundan ötürü sorumlu olur. Bağışlama sözleşmesi geçerli olsaydı sadece belli bir ağırlığa ulaşmış kusurundan sorumlu tutulacak bağışlayanın, sözleşmenin geçersizliği hâlinde her türlü kusurundan sorumlu tutulmasını yadırgamamak gerekir¹⁶⁹. Zira sözleşme görüşmelerine girişen taraflar arasında dürüstlük kuralı gereğince kurulduğu varsayılan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, onların yapmayı amaçladıkları sözleşmeden gerek doğumu gerek sonuçları itibarıyla tamamıyla bağımsızdır. Amaçlanan sözleşmenin tâbi olduğu düzenlemeler, sözleşmenin hükümsüzlüğüne bağlı olarak ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluğun şartlarını hiçbir şekilde etkilemez¹⁷⁰. Aksi yöndeki düşünce, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan MK.m.2 kaynaklı hukukî ilişkinin akıbetini, tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşmeye bağlı kılmak sonucunu doğurur ki, bu görüş doktrinde çoktan beri terk edilmiş bulunmaktadır¹⁷¹.

Olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için kusur her ne kadar gerekli olsa da, vazgeçilmez bir şart değildir. Jhering'in zarar verenin kusurunu culpa in contrahendo öğretisinin zorunlu bir unsuru olarak görmüş olması da, varılan sonucu değiştirmeyecektir. Zira Jhering'in bizzat kendisi, teorisi için objektif kusuru kâfi görmek suretiyle sebebiyet verme prensibine (*Veranlassungsprinzip*) yaklaşan çözümler benimsemiştir¹⁷². Bu sebeptendir ki, Jhering'in ortaya attığı bu sorumluluk biçiminin, aslında "*diligentia*" (*özen*) yükümünün ihlalinden kaynaklandığını söylemek daha

¹⁶⁹ Amaçlanan sözleşmedeki hafif sorumluluk rejiminin uygulanacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 325-326; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 192; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 255; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 22; BGBKomm/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 111; Karl Spiro, "Die Haftung für Abschluß- und Verhandlungsgehilfen: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo", **ZSR**, 127, I. Halbband, 1986, s. 642.

¹⁷⁰ Somut olayın özelliklerini dikkate alan hâkimin, borçlu için bir fayda sağlamayan bu hukukî ilişkiden doğan tazminatın miktarını düşük tutması, elbette ki mümkündür (BK.m.98/f.I).

¹⁷¹ Bkz. aş. II. Bölüm, B 2 b (1).

¹⁷² Bkz. aş. II. Bölüm, A 1; ayrıca bkz. aş. II. Bölüm, dn. 169.

doğru bir nitelendirme olacaktır. Dolayısıyla olumsuz zarardan sorumluluktaki kusur kavramını da bu çerçevede değerlendirmek gerekir¹⁷³.

Bütün bunlardan başka, işlemsel temas sırasında meydana gelen zararların tazmininin kusur şartına bağlı kılınıp kılınmaması, esas itibarıyla kanun koyucunun bir tercihidir; ülkede hâkim olan hukuk politikası, bu sorunun cevabını belirlemektedir. Zaten Jhering'in kendisi de, daha sonraki bir çalışmasında zarar verenin kusurunu hukuk politikasına ait ikincil bir sorun olarak ele almıştır¹⁷⁴. Bu sebeptir ki, yasal düzenlemeler sayesinde, kusur sorumluluğu ilkesine bazı istisnaların getirilmesi pekâlâ mümkündür¹⁷⁵. Örneğin yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin sorumluluğu, İsviçre ve Türk hukuklarında kusur şartına bağlı iken (BK.m.26/f.I), Alman hukukunda kusursuz sorumluluk esası geçerlidir (BGB § 122/f.I).

Nitekim olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin kimi düzenlemeler, Borçlar Kanunumuzda kusur şartından bağımsız olarak kaleme alınmıştır¹⁷⁶. BK.m.8/f.II, 29/f.II, 39/f.I, 396/f.II ve 466/f.II uyarınca olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için zarar veren tarafın kusurlu olmasına ihtiyaç yoktur¹⁷⁷. Borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği veya etmeye devam edeceği yönünde zarar görende oluşan güveninin boşa çıkması, yeterli kabul edilmiş; zarar verenin sübjektif durumu dikkate alınmamıştır. Hakkaniyet esasına dayanan BK.m.29/f.II hariç olmak üzere, olumsuz zarardan sorumluluğun kusura dayanmadığı diğer hâllerde tazminat yükümlülüğünün altındaki sebep, zarar verenin davranışının (ilân yoluyla verdiği sözden dönenin, yetkisiz temsilcinin, vekâlet sözleşmesini uygun olmayan zamanda sona erdirenin ve vedia sözleşmesini vaktinden önce sona erdirenin) objektif açıdan kınanabilir olmasıdır.

¹⁷³ Özellikle de belli bir konuda deneyimi bulunan meslek sahiplerinin, mesleki faaliyetleri çerçevesinde girişmiş oldukları işlemsel temaslardan doğan olumsuz zarardan sorumlulukta, objektif kusur anlayışı kabul edilmelidir.

¹⁷⁴ Jhering, **Schuldmoment**, s. 38, dn. 73 (Bohrer, **a.g.e.**, s. 98, dn. 11 ve s. 188-189'dan naklen).

¹⁷⁵ Kusursuz sorumluluğu düzenleyen istisnai bir hüküm olmadığı müddetçe, zarar verenin kusurlu olması daima aranacaktır. Zira hukukumuzdaki temel prensip, kusura dayalı sorumluluktur.

¹⁷⁶ Alman hukukunda ise, BGB §§ 122/f.I ve 179/f.II hükümlerindeki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bkz. aş. II. Bölüm, dn. 169; III. Bölüm, B 1 a; f.

¹⁷⁷ Türk Borçlar Kanunu tasarisının 599. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan olumsuz zarara yönelik sorumluluğun da, kusurdan bağımsız olduğunu burada vurgulamak gerekir. Bkz. aş. III. Bölüm, C 5.

Bu bağlamda son olarak belirtmek gerekir ki, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde tarafların zarar verenin sorumluluğunu ağırlaştırıcı ya da hafifletici anlaşmalar¹⁷⁸ yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3. Olumlu-Olumsuz Zarar Ayrımı¹⁷⁹

a. Benzerlikler ve Farklılıklar

Olumsuz (menfi) ve olumlu (müspet) zarar arasındaki teknik ayrımlara geçmeden evvel, sıkça kullandığımız bu kavramların terminolojik kökenine değinmekte fayda bulunmaktadır. Sözleşmeler alanında ortaya çıkan bu iki farklı zarar türünün adlandırılması, konuyu sistematik bir biçimde inceleyen ünlü Alman hukukçusu Jhering'e aittir¹⁸⁰. Jhering, olumlu zararın (*das positive Interesse/expectation interest*), sözleşmenin geçerli olmasını, olumlu bir şeyin varlığını; olumsuz zararın (*das negative Interesse/reliance interest*) ise, sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olmasını, olumsuz bir şeyin varlığını gerektirmesinden hareketle, her iki zarar türünü kısaca olumlu ve olumsuz zarar şeklinde adlandırmıştır¹⁸¹. Hukukumuzdaki olumsuz (*menfi*)–olumlu (*müspet*) zarar kavramları da, Alman hukuk diline Jhering'in etkisiyle yerleşen bu ifadelerin (*das negative Interesse–das positive Interesse*), kelimesi kelimesine Türkçeye çevrilmesiyle oluşmuştur.

Olumsuz–olumlu zarar arasındaki ayrımın daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle olumlu zararı kısaca açıklamak gerekmektedir¹⁸². Olumlu zarar, borçlunun, sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi (*kötü ifa*)¹⁸³ nedeniyle

¹⁷⁸ Sorumluluğu hafifletme yönündeki anlaşmalar (*sorumsuzluk anlaşması*), BK.m.99 ve 100/f.II-III hükümlerine tâbi olacaktır.

¹⁷⁹ Menfaat (*das Interesse*) kavramı çerçevesinde olumsuz ve olumlu zarar ayrımı hakkında yaptığımız önceki açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, B 2 a.

¹⁸⁰ Bu hususta bkz. yuk. I. Bölüm, B 2 a.

¹⁸¹ Jhering, **a.g.e.**, s. 17-18; bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 5; Buz, **a.g.e.**, s. 239, dn. 1.

¹⁸² Olumlu zarar hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 114 vd.; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 68 vd.; Keuk, **a.g.e.**, s. 109 vd.; 155 vd.; özellikle s. 161 vd.; Rengier, **a.g.e.**, s. 49 vd.

¹⁸³ BGB hazırlanırken, Pandekt hukukçusu Mommsen'in Roma hukukundan esinlenerek 19. Yüzyılda ileri sürdüğü teoriye dayanılarak, yalnızca "*temerrüt*" ve "*imkânsızlık*" şeklinde iki ifa etmeme hâli kabul edilmişti. Fakat bu ikili ayrımın yetersiz kaldığı; "*temerrüt ve imkânsızlık*" dışında da bazı borca aykırılık hâllerinin bulunduğu anlaşılınca bunlar, "*borca olumlu aykırılık (borcun olumlu ihlali)*" başlığı altında toplanmıştır. Üçüncü tür borca aykırılık hâllerinin bu şekilde adlan-

alacaklının uğramış olduğu zararı ifade eder (*Nichterfüllungsschaden*)¹⁸⁴. Bir başka deyişle olumlu zarar, alacaklının malvarlığının, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden içinde bulunduğu fiilî durum ile borcun gereği gibi ifası hâlinde içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farktır¹⁸⁵. Bu özelliğiyle olumlu zarar,

dırılarak ortaya koyulması, doktrinde ilk kez Hermann Staub tarafından gerçekleştirilmiştir. Bkz. Hermann Staub, **Die positiven Vertragsverletzungen**, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 93 vd.; Hans Peter Glöckner, **Positive Vertragsverletzung: Die Geburt eines Rechtsinstituts**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2006, s. 29 vd.

“*Borca olumlu aykırılık (borcun olumlu ihlali)*” şeklindeki tabirin, ifanın gereği gibi yapılmadığı bütün hâlleri kapsamadığı; zira bu tür ihlallerin her zaman olumlu bir davranıştan kaynaklanmadığı; pekâlâ olumsuz bir hareketten de doğabileceği (örneğin yapılması gereken bir şeyin yapılmaması gibi) ileri sürülerek bu tür borca aykırılıklar için “*borcun gereği gibi ifa edilmemesi*” ya da “*kötü ifa*” tabirinin kullanılması önerilmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Andreas B. Schwarz, “Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Çev.: Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 770; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 18, N. 1; Rona Serozan, “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, İstanbul, **İstanbul Üniversitesi MHAD**, No. 18, 1990’dan Ayrı Bası, s. 34; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 17; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 47 vd.; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 400-402; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1974, s. 107; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 319; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 90, dn. 1; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2533 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 974; Eren, **a.g.e.**, s. 1000-1003; Eugen von Lackum, **Verschmelzung und Neuordnung von “Culpa in Contrahendo” und “Positiver Vertragsverletzung (Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom “einheitlichen Schutzpflichtverhältnis)**, Bonn, Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn, 1970, s. 125 vd.

Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri arasında kötü ifa hallerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, kötü ifa teşkil eden durumların tümü, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkla birlikte, genel bir borca aykırılık hükmü olan BK.m.96 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak burada BK.m.96’nın doğrudan doğruya uygulanmayacağını, MK.m.2’deki dürüstlük kuralından, BK.m.96 ve 101’in sözleşmeye aykırılık kurallarından ve ayrıca ayıplı ifaya ilişkin özel düzenlemelerden toplu “*hukukî kıyas*” yoluyla türetilebilecek bir genel ilkenin uygulanması gerektiği yolundaki görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 18, N. 6; Serozan, **Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 36.

¹⁸⁴ Jhering, **a.g.e.**, s. 17-18; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 63; 65-66; Scherrer, **a.g.e.**, s. 1; Keller, M., **a.g.e.**, s. 3-4; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 210; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 114; 213; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 339; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 632-633; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 426; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68; Nitschke, **a.g.e.**, s. 37.

Aynı yönde bkz. Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 791-792); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 822); Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1678); Yarg. 13. HD., 27.02.1995 t., E. 1995/1133, K. 1995/1891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920 (YKD., 1996, S. 7, s. 1088); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E.2004/13-208, K. 2004/211 (YKD., 2004, S. 10, s. 1498).

¹⁸⁵ Dikkat edileceği üzere, burada fark teorisinden hareket edilmiştir; zarar kavramını açıklayan teorilerden bir diğeri olan somut (tabii) zarar görüşü bakımından ise olumlu zarar şu şekilde tanımlanabilir: Borcun ifa edilmemesi nedeniyle bundan etkilenen münferit malvarlığı değerinin içinde bulunduğu fiilî durum ile borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı o malvarlığı değerinin içinde bulunacağı farazî durum arasındaki fark, alacaklının uğramış olduğu olumlu zararı ifade eder.

borcun ifası hâlinde alacaklının sahip olacağı menfaate¹⁸⁶ tekabül etmekte¹⁸⁷, ifanın surrogatı niteliğine bürünmektedir¹⁸⁸. Buna göre olumlu zarar, sözleşmeden doğan borç zamanında ve düzgün bir şekilde ifa edilmiş olsaydı alacaklının içinde buluna-acağı farazî durumu tesis etmeyi (status ad quem); o şartlar altında alacaklının elde edebileceklerini tazmin etmeyi hedeflemektedir¹⁸⁹. Bu açıklamalardan da anlaşılaca-ğı üzere, olumlu zarar içerik olarak, tıpkı adı gibi “olumlu” bir sonuca yöneliktir; hiç ya da düzgün bir şekilde yapılmayan ifanın tazminat yoluyla yapılmış sayılmasını (gerçekleşmeyi gerçekleşmiş hâle getirmeyi) hedeflemektedir¹⁹⁰.

Yukarıdaki bilgiler ışığında olumlu-olumsuz zarar ayrımını kısaca şu şekilde özetleyebiliriz:

Olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki en önemli farklılık, korunan men-faat bakımından ortaya çıkmaktadır¹⁹¹. Olumlu zarar, sözleşmede kararlaştırılmış olan ifaya yöneliktir. Borçlunun taahhüt ettiği edimi önceden planlandığı şekilde gereği gibi yerine getireceği ve bu sayede bazı kazançlar elde edeceği hususunda alacaklıda oluşan haklı beklenti korunmaktadır. Hâlbuki sıkça vurguladığımız gibi, olumsuz zararda sözleşmedeki ifa menfaati değil; bir sözleşmenin geçerli olarak ku-rulduğu veya kurulacağı yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceği yönünde uyandırılan güven korunmaktadır. Böylece gerek sarf edilen masrafların gerek başka bir sözleş-

¹⁸⁶ Olumlu menfaat için eşanlamlı olarak kullanılan ifa menfaati kavramı da, Alman hukuk dilinden (*das Erfüllungsinteresse*) gelmektedir. Buradaki ifa menfaatiyle kastedilen, ifanın gerçekleşmemesinden ötürü alacaklının uğramış olduğu zarardır.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Almanca’da kullanılan “*positiver Schaden*” ifadesiyle kaste-dilen olumlu zarar olmayıp, fiilî zarardır (damnum emergens); dolayısıyla bunları birbirine karış-tırmamak gerekir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 85, dn. 13; Keller, M., **a.g.e.**, s. 2; Bucher, **a.g.e.**, s. 342, dn. 55; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 62; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2724; Buz, **a.g.e.**, s. 240, dn. 2; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68, dn. 2. Zira fiilî zarar aşağıda da açıklayacağımız üzere, hem olumlu hem de olumsuz menfaatin konusunu oluşturabilmektedir. Bizim hukuk termi-nolojimizde, fiilî zarar ile olumlu zarar kavramları ayrı ayrı ifade edildiğinden, böyle bir karışıklık söz konusu değildir.

¹⁸⁷ Jhering, **a.g.e.**, s. 18; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 86; Keller, M., **a.g.e.**, s. 3-4; Bucher, **a.g.e.**, s. 342; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 117; 213; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 339; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 359; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁸⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 632.

¹⁸⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 342; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 117; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁹⁰ Keuk, **a.g.e.**, s. 162; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 371, dn. 466.

¹⁹¹ Lüchinger, **a.g.e.**, s. 329 vd.

me yapma fırsatından vazgeçmenin, faydasız kayıplar olmayacağı yolunda uyandırılan güvenin boşa çıkması engellenmektedir.

Olumlu zararı doğuran olay, sözleşmeden doğan borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olmasıdır; dolayısıyla olumlu zarar bakımından da aslında geniş anlamda bir güvenin ihlali söz konusudur¹⁹². Zira alacaklının, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan edimi yerine getireceği hususunda haklı bir beklentisi bulunmaktadır¹⁹³. Ancak buradaki güven, olumsuz zarardan farklı olarak, sözleşmenin geçerliliğine değil; sözleşmede kararlaştırılan borcun ifa edileceğine yöneliktir. Bir başka ifadeyle, buradaki güvenden anlaşılması gereken, alacaklının, sözleşmenin kuruluşu sırasında borçlunun açıklamış olduğu borçlanma iradesine dayanarak, ortaya konan edim taahhüdüne güvenmeye ve onun ifasını talep etmeye yetkili olmasıdır¹⁹⁴. Bu sebeptir ki, olumlu zarar talebinde bulunan alacaklı, uğramış olduğu zararın kendisinde uyandırılan güveninin boşa çıkarılması dolayısıyla meydana geldiğini ispatlamak zorunda değildir; çünkü alacaklının borçluya yönelik bir kişisel güven beslemesi, sorumluluğun zorunlu bir şartı değildir. Geçerli bir sözleşmenin varlığı, bu sorumluluk bakımından gerekli ve yeterlidir. Hatta ifanın yerine getirileceği hususunda alacaklıda hiç güven oluşmamış olsa bile, borçlu gene de alacaklının olumlu zararından ötürü sorumlu olacaktır. Buna karşın olumsuz zarardan sorumlulukta ise, alacaklı, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenin ihlal edilmesi yüzünden zarara uğradığını ispatlamak zorundadır¹⁹⁵.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, olumsuz zarardaki tazminat yükümlülüğünün doğumu ve kapsamı, olumlu zararın aksine, ortaya konan güven olgusuna kural olarak doğrudan doğruya bağlıdır. Öyle ki, olumsuz zarar, sadece fiilen gösterilen güveni koruma altına almaktadır; güvenin boşa çıkarılması yalnızca sorumluluğun hukuksal sebebi değil, ayrıca tazminat hesabının da ölçüsüdür. Bu sebeptir ki,

¹⁹² Keller, M., **a.g.e.**, s. 15-16; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 193 vd.

¹⁹³ Zaten dar anlamda bütün borca aykırılıkların temelinde güven ihlali bulunmaktadır. Bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 307; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22.

¹⁹⁴ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 193 vd.; özellikle Rn. 208-212; 334.

¹⁹⁵ Olumsuz zararın dar anlamda güven zararı niteliğinde olmadığı hâllerde, zarar gören, uğramış olduğu kayıpların sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenden kaynaklandığını, elbette ispatlamak zorunda değildir.

olumsuz zarar talebinde bulunan alacaklı, yaptığı masrafları ve kaçırdığı fırsatları, yani “güven yatırımlarını” (*Vertrauensinvestitionen*)¹⁹⁶ ispatlamak zorundadır.

Korunan menfaatlerin farklı olmasından ötürü, bu iki zarar türünün hesaplanması da farklılık göstermektedir; daha doğrusu hesaplamada dikkate alınan olgular birbirinden farklılıklar taşımaktadır¹⁹⁷. Olumlu zarar, ifanın gerçekleşeceği hususunda alacaklının fiilen beslediği güvenden bağımsız olarak, borçlanılan edim ve onun yol açtığı kayıplar (*damnum emergens*) ile sözleşmenin gereği gibi ifası hâlinde alacaklının elde edeceği kazançlar (*lucrum cessans*) dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Olumsuz zarardan sorumlulukta ise, bağlayıcı bir sözleşmenin bulunmaması nedeniyle güvenilen sözleşmedeki edim taahhüdü ve onun sağlayacağı faydalar, kısacası girişilen sözleşme ilişkisinin içeriği tazminat hesabında etkili değildir. Bunun yerine alacaklı, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine hiç güvenmeseydi içinde bulunacağı farazî duruma yeniden getirilmesini; yani bu sözleşme dolayısıyla yapmış olduğu masrafların ve başka bir sözleşmeyi akdetme fırsatını kaçırmamasından doğan kâr kayıplarının tazmin edilmesini isteyebilmektedir. Dikkat edileceği üzere, olumsuz zararın kapsamına giren kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*), alacaklının sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmesi yüzünden kendisine kazanç getirecek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını değerlendirmemesinden kaynaklanan kayıplara göre hesaplanmaktadır; yoksa güvenilen sözleşmeden doğrudan doğruya elde edilecek kazançların tazmininin olumsuz zarar yoluyla talep edilmesi mümkün değildir¹⁹⁸. Başka bir söylemle zarar gören, kendisinde uyandırılan güvenin yöneldiği olguların gerçekleşmesini (sözleşmenin hüküm ifade etmesi hâlinde elde edeceklerini) talep edemez; bunların giderilmesi, ancak olumlu zarar çerçevesinde mümkün olabilir. Zira bağlanılan sözleşmeden elde edilecek kazançlar (*lucrum cessans*), sadece olumlu zararın içeriğine dâhildir.

İfa gereğince yerine getirilseydi, alacaklının yine de yapacak olduğu masraflar, olumlu zararın hesabında göz önünde bulundurulmaz; alacaklı bunlara katlanmak

¹⁹⁶ Kavram için bkz. Canaris, **a.g.e.**, s. 510 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 338; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 59.

¹⁹⁷ Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 333 vd.; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 243; 247, 252-253.

¹⁹⁸ Yarg. 11. HD., 20.02.1990 t., E. 1988/9411, K. 1990/1087 (YKD., 1990, S. 8, s. 1174-1178).

zorundadır¹⁹⁹. Örneğin sözleşmeyi kurmak için harcanan noter harçları, seyahat masrafları vs²⁰⁰. Çünkü bu tarz masraflar ile borçlunun borca aykırı davranışı arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır²⁰¹. Bunlar, alacaklının o sözleşmeden sağlayacağı kazancın içeriğinde yer almakta ve olumlu zararın tazminiyle birlikte karşılanmış olmaktadır²⁰². Olumsuz zarardan sorumluluğa baktığımızda ise, sözleşmenin ifa edi-

¹⁹⁹ Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 66; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 176; özellikle Rn. 182 vd.; Havutçu, **a.g.e.**, s. 76; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 855, dn. 2; Yarg. 15. HD., 31.10.1978 t., E. 1978/2088, K. 1978/2083 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 231-232).

²⁰⁰ Başka bir sözleşme kurmak amacıyla yapılan masraflar ise, olumlu zarar çerçevesinde ileri sürülebilir. Örneğin olumlu zararın somut yönüme göre hesaplandığı hâllerde, ikame alım masrafları veya yeni bir sözleşme akdetmek için yapılan masraflar, olumlu zararın içeriğine dâhildir. Bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 74.

Olumlu zararın kapsamına girecek olan masrafların tespitinde aşağıdaki tarzda bir ayırım yapılması gerekmektedir:

a. Sözleşmenin ihlali yüzünden doğan ve gereği gibi ifa yapılmış olsaydı hiç meydana gelmeyecek olan kayıplar (sözleşme ihlali ile nedensellik bağı içinde bulunanlar), olumlu zararın kapsamında yer alır. Örneğin ihtar çekme, mehil verme masrafları, fazladan yapılan nakliye harcamaları vs. Borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı, alacaklı bunları hiç yapmayacaktı.

b. Sözleşmenin gereğince ifası hâlinde yine yapılacak olmakla beraber, sözleşmenin ihlali yüzünden boşa çıkan (arzulanan amaca ulaşmayan) masraflar da olumlu zararın kapsamına girer. Zira alacaklının ifa talebinin değeri, en azından yaptığı masraflar kadar olmalıdır. Örneğin alacaklının, karşı edimi kabul etmek ve/veya kendi edimini muhafaza etmek için yaptığı masraflar (mesela depo masrafları veya sigorta primleri vs.) bu kategoridedir. Sözleşmenin ihlali ile bu masrafların yapılması arasında bir neden sonuç ilişkisi yoktur; fakat masrafların yapılmasıyla elde edilmek istenen sonuca, sözleşmenin ihlali yüzünden ulaşılamamaktadır. Böylece sözleşmenin ihlali ile masraflar sayesinde ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmemesi arasında bir nedensellik bağı bulunmaktadır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 170 vd.; Keuk, **a.g.e.**, s. 158; Havutçu, **a.g.e.**, s. 74 vd.

Alman hukukunda BGB § 284 hükmüyle alacaklıya, olumlu zararının (BGB §§ 280, 283) yerine, borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan (amacına ulaşmayan) masraflarının tazminini talep etme hakkı tanınmıştır. Ayrıntılar için bkz. Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHFİM**, C. LVIII, S. 1-2, Yıl: 2000, s. 236-237; Mehmet Serkan Ergüne, “Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Hâlleri ve Sonuçları”, **İÜHFİM**, C. LXII, S. 1-2, 2004, s. 363-364; ayrıca bkz. aş. IV. Bölüm, A 5.

²⁰¹ Çok istisnai durumlarda sözleşme yapma masrafları da, olumlu zararın kapsamına girebilir. Örneğin sözleşmeden doğan borç ifa edilseydi alacaklı yaptığı masrafları bir üçüncü kişiden elde edebilecekti idiyse, bunlar da olumlu zararın kapsamına (*damnum emergens*) dâhil olur. Zira bu masrafların alacaklının malvarlığına zarar olarak yansması ile borçlunun borca aykırı davranışı arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu ihtimalde, alacaklı ile ifa gerçekleşseydi masrafları ödeyecek olan üçüncü kişi arasındaki ilişki, bağışlama ya da karşılıklılık amacını güden herhangi bir sözleşme olabilir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855, dn. 2.

²⁰² Bu masrafların ayrıca tazmin edilmesi, ifa gereği gibi yerine getirilseydi alacaklının içinde bulacağı durumdan daha iyi bir hâle sokulmasına sebebiyet verir. Örneğin bir satış sözleşmesinde, malın kendisininin 10.000 \$, nakliye masraflarının da 1000 \$ olduğunu düşünelim. Satıcının temerrüde düşmesi üzerine ifa yerine olumlu zarar talebinde bulunan alıcı, sözleşme gereği gibi yerine getirilseydi malı bir başkasına 13.000 \$ bedelle satacağını ispatladığı takdirde, onun net kâr kaybı (13.000 \$ - 11.000\$ =) 2000 \$ tutarında olacaktır. Şayet nakliye masrafları ayrıca tazmin edilirse, alıcının kâr mahrumiyeti, 3000 \$ miktarına çıkmış olur. Sözleşmeden doğan borç düzgün bir şekilde ifa edilmiş olsaydı alıcının elde edebileceği toplam kâr 2000 \$ olacağına göre, nakliye mas-

leceği düşüncesiyle yapılan fakat boşa çıkan bu tarz masrafların tazmin edilmesi herhangi bir sorun yaratmamaktadır; hatta tam tersine bunlar, olumsuz zararın tipik görünüm biçimleridir. Zira alacaklı, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmeseydi, bu masrafları hiç yapmayacaktı. Olumlu zarar için kabul edilen, borcun ihlali olmasaydı bile yapılacak olma kriteri, artık burada geçerli değildir. Çünkü olumsuz zararın kapsamında yer alan kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*), güvenilen sözleşmeden değil, daha elverişli başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından meydana geldiğinden, kaybedilen kazançların tazmin edilmesi, aynı zamanda güvenilen sözleşmeye dayanılarak yapılan masrafların da giderilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bir başka ifadeyle, güvenilen sözleşme nedeniyle yapılan masraflar, olumsuz zarardan sorumlulukta *lucrum cessans* olarak değil; ayrıca tazmin edilmesi gereken *damnum emergens* biçiminde karşımıza çıkar. Ancak bu sayededir ki, alacaklı, sözleşmenin hiç yapılmaması ya da görüşülmemesi hâlinde içinde bulunacağı duruma getirilmiş olur.

Aralarındaki bu farklılıklara rağmen, bazı zarar kalemlerinin tazmini bakımından olumlu ve olumsuz zararın birbirleriyle örtüşmesi de mümkündür. Şöyle ki, amaçlanan sözleşmede kararlaştırılan bedel ile bu sözleşmenin geçerliliğine güvenildiği için yapma fırsatının kaçırıldığı sözleşmedeki bedelin aynı olması durumunda, olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatine miktar olarak denk düşer²⁰³. Bunun yanı sıra, olumlu zarar çerçevesinde kâr mahrumiyetinin (*lucrum cessans*) karşılandığı hâllerde, aynı zamanda olumsuz zararın bir kısmını oluşturan fiilî zararlar (*damnum emergens*) da giderilmiş olur²⁰⁴. Zira bir sözleşmeden elde edilecek kâr, çoğu zaman o sözleşme dolayısıyla yapılan masrafların hesaplamaya katılmasıyla (masrafların eklenmesiyle) oluşmaktadır. Ayrıca amaçlanan sözleşmenin yerine getirilmemesi yüzünden yapılan masraflar (örneğin ihtar çekme ve dava masrafları vs.) ile üçüncü şahıslara ödenen tazminat, cezaî şart

raflarının ayrıca hesaba katılması, tazminatın zararı giderici işleviyle ve zenginleşme yasağıyla bağdaşmamaktadır.

²⁰³ Bkz. aş. IV. Bölüm, A 2 b.

²⁰⁴ Keller, M., **a.g.e.**, s. 248; ayrıca bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 182 vd.; 317.

tutarları da, hem olumsuz hem de olumlu menfaatin fiilî zarar (*damnum emergens*) kısmında yer almaktadır²⁰⁵.

Her ikisi de bir borç ilişkisindeki nispi yükümlülüklerin ihlalden meydana gelmiş olsa da, olumsuz ve olumlu zarar arasındaki bir diğer önemli farklılık, hukukî sebeplerinde yatmaktadır. Şöyle ki, ifa menfaatinin hedefleyen olumlu zarar, geçerli bir sözleşmeden kaynaklandığı hâlde²⁰⁶, olumsuz zarar, sözleşmeden dönme hâli hariç olmak üzere herhangi bir edim borcu içermeyen, sadece davranış yükümlülüklerinden ibaret olan borç ilişkisinin ihlalden doğmaktadır²⁰⁷. Bu bağlamda olumsuz zarar, olumlu zararın tam aksine, kural olarak bir sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllerde ortaya çıkmaktadır. Olumsuz zararın var olma nedeni, geçerli bir sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi değil; bilakis o sözleşmeyi geçerli bir biçimde kurmaya ya da devam ettirmeye yönelik eylemlerin yapılmamasıdır.

b. Ayrımın İstisnaları:

(1) Genel Olarak

Olumlu–olumsuz zarar ayırımına yönelik olarak belirtmiş olduğumuz genel kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Zira bazı hâllerde, taraflar arasındaki borç ilişkisinin geçerli olup olmaması olgusu, talep edilecek tazminatın içeriğini (olumlu ya da olumsuz zararın tazmin edilip edilmeyeceğini) belirleyici tek etken niteliğine sahip olmaktan çıkmaktadır:

Şöyle ki, sözleşmenin geçerli olarak ayakta kaldığı hâllerde, bu sözleşmeye güvenden ötürü olumsuz zarar talebinde bulunmak, kural olarak mümkün değildir. İfa menfaatinin istenebileceği bu tarz ihtimallerde olumsuz zararın ileri sürülmesi, kavramın varlık sebebine aykırılık teşkil etmektedir. Bununla beraber BK.m.31/f.II düzenlemesi, bu konuda önemli bir istisna içermektedir²⁰⁸. İcazet faraziyesini kaleme alan bu hükme göre, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, mutlaka tazminat talebinden de vazgeçildiği anlamı-

²⁰⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 248.

²⁰⁶ Jhering, **a.g.e.**, s. 17-18; Rabel, **a.g.m.**, s. 291; Keller, M., **a.g.e.**, s. 4-5; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 339 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 855; Barth, **a.g.e.**, s. 68. Karş. Nickel, **a.g.e.**, s. 69 vd.

²⁰⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. aş. II. Bölüm, B 3 a.

²⁰⁸ Bu hükme ilişkin olarak bkz. aş. III. Bölüm, B 1 d.

na gelmemektedir. Aldatılan veya korkutulan kimse, kendisi aleyhine doğabilecek daha sakıncalı sonuçları önlemek amacıyla sözleşmeyi iptal etmekten kaçınmışsa, bir başka ifadeyle sözleşmeyle bağlı kalma zorunluluğunu hissetmişse, onun güven zararlarını isteme hakkı saklı tutulmuştur²⁰⁹. Böylece hukuken geçerli olarak kabul edilen bir sözleşmenin neden olduğu malvarlığı kayıplarının olumsuz zarar adı altında tazmin edilmesi, BK.m.31/f.II çerçevesinde olanaklı kılınmıştır.

Olumlu zarar, borca aykırılık sebebiyle meydana gelse de, her borç ilişkisinin ihlali mutlaka olumlu zarara yol açmamaktadır. Sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralı (MK.m.2) gereğince kurulan, içeriği özen ve koruma yükümlülüğünden ibaret olan borç ilişkisine aykırılık ("*culpa in contrahendo*" veya daha genişletilmiş bir teori olan "*edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*"), her zaman olumlu zararın tazminine neden olmaz; hatta bu tarz durumlarda çoğu kez olumsuz zararın tazmini söz konusu olur. Bunun nedeni ise, belirtilen yapı içerisinde (MK.m.2 uyarınca) kurulan borç ilişkilerinde, sözleşme ile kararlaştırılmış bir edim borcunun bulunmamasıdır²¹⁰.

Yalnızca geçerli bir sözleşmeden doğan edimin ihlal edilmesi olumlu zarara sebebiyet verse de, bazen taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu hâllerde de olumlu zararın talep edilmesine hukuken cevaz verilmiştir. Örneğin yanılmaya ilişkin olan fakat aldatma ve korkutmada²¹¹ da kıyasen uygulama alanı bulan BK.m.26/f.II uyarınca, hâkim, hakkaniyet gerektiriyorsa, olumsuz zarar yerine olumlu zararın tazminine hükmedebilmektedir. Yine yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen BK.m.39/f.II'de de benzer gerekçeyle olumlu zararın tazmin edilmesine imkân tanınmıştır. Sözleşmenin geçersiz olduğu bu tarz durumlarda, esas olan yukarıdaki prensipler uyarınca sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenden kaynaklanan o-

²⁰⁹ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 340-341; Bucher, **a.g.e.**, s. 223; Becker, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 457; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 382; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 107; Lüchinger, **a.g.e.**, dn. 255; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 139-141; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 269; BGE 89 II 239 vd.

²¹⁰ Bkz. aş. II. Bölüm, B 3 a.

²¹¹ Üçüncü kişi tarafından yapılan korkutma nedeniyle sözleşmenin iptal edildiği hâllerde, BK.m.29/f.II uyarınca ödenecek tazminat bakımından BK.m.26/f.II kıyasen de olsa uygulama alanı bulmaz; yani korkutulan kimse, hakkaniyet gerektiriyorsa, sözleşmenin karşı tarafının sadece olumsuz zararından ötürü sorumlu tutulabilir; olumlu zarara hükmedilemez. Bkz. aş. III. Bölüm, B 1 b.

olumsuz zararın giderilmesi ise de, kanun koyucu hakkaniyet düşüncesiyle olumlu zararın istenebilmesini olanaklı kılmış ve böylece olumlu-olumsuz zarar arasındaki teorik ayrıma bir istisna getirmiştir²¹².

(2) Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar

Yukarıdaki istisnaların yanı sıra, kötü ifa nedeniyle meydana gelen bazı zarar kalemlerinde de, olumlu-olumsuz zarar ayırımına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira gereği gibi ifa etme borcuna aykırı davranış neticesinde meydana gelen tüm dolaylı ve dolaysız zararlar, olumlu-olumsuz zarar ayırımından bağımsız olarak tazmin edilir²¹³. Bu prensiple uyumlu olarak kanun koyucu, satış, kira ve eser sözleşmesinde, zabta ve ayıba karşı tekeffül borcunun sonuçlarını düzenleyen hükümlerde (BK.m.192, 205/f.II, 250/f.II, 360, TKHK.m.4/f.II, 4A/f.II), meydana gelen zararın türüyle (olumlu ya da olumsuz zarar olup olmadığıyla) ilgilenmeksizin ayıp sebebiyle uğrılan tüm zararların karşılanmasını öngörmüştür. Burada tazmini söz konusu olan kayıplar, ayıplı ifa ile nedensellik bağı içinde bulunan zararlardır. Buna göre, “*ayıptan doğan zararlar*” şeklindeki bir nitelendirme, aslında olumlu-olumsuz zarar ayırımının dışında kalan, özel bir zarar türünü oluşturmaktadır²¹⁴.

Bütün bu açıklamalarımıza karşın, BK.m.205/f.II ve III’deki düzenlemelerde yer alan “*doğrudan ve dolaylı zarar*”²¹⁵ kavramları üzerinde önemli tartışmalar ya-

²¹² Simonius, *Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages*, s. 277-278.

²¹³ Lange/Schiemann, *a.g.e.*, s. 66-67.

²¹⁴ Heinrich Honsell, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 3. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2003, Art. 208, Rn. 8; Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s. 342; Öz, *Eser Sözleşmesi*, s. 292; Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 187; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 647; ayrıca bkz. Simonius, *Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages*, s. 264 vd.; Stephan Hartmann, *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2005, Rn. 733.

²¹⁵ BK.m.205/f.II ve III, sözleşmeden dönen alıcıya, ayıp nedeniyle uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini talep etme hakkı tanırken, eser sözleşmesine ilişkin BK.m.360’dan farklı olarak kendi içinde bir ayrıma gitmiştir (Tartışmalar için bkz. Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 186 vd.; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, 3. bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 206-207.) BK.m.205/f.II’ye göre alıcı, “*ayıplı mal teslim edilmesinden doğrudan doğruya kaynaklanan zararlarının (doğrudan zararının)*” tazmin edilmesini isteyebilir. Burada, doğrudan zararlar bakımından kusura dayanmayan bir sebep sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık, BK.m.205/f.III’de ise, “*diğer her türlü zararlar (dolaylı zararlar)*” için kusura dayanan bir sorumluluk öngörülmüştür. Zira anılan hükme göre, satıcı, “*diğer her türlü zarardan*” doğan sorumluluktan kurtulabilmek için kendisine ait hiçbir kusurun bulunmadığını ispat etmek zorundadır.

şanmaktadır²¹⁶. Doktrindeki baskın görüşe göre, burada olumlu–olumsuz zarar ayrımı bulunmakta olup; doğrudan zarar, sadece olumsuz zararı, hatta olumsuz zararın yalnızca fiilî zarar kısmını; dolaylı zarar ise kâr kaybından oluşan olumlu zararı kapsamaktadır²¹⁷. Bir başka görüşe göre, BK.m.205/f.II ve III’deki tazminat talepleri, sözleşmeden dönme hâlinde tanınmış olduklarından, burada sadece olumsuz zarardan bahsetmek gerekir; olumsuz zararın bu iki türü, nedensellik bağına göre belirlenmelidir²¹⁸. Daha farklı bir düşünceye göre ise, doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarının her ikisi de, olumlu menfaate yöneliktir²¹⁹.

Az önceki ifadelerimizden de anlaşılacağı gibi, doktrinde yapılan bu sınıflandırmalar isabetli değildir. Çünkü BK.m.205/f.II-III’de yer alan “*doğrudan-dolaylı zarar*” kavramları²²⁰, olumlu-olumsuz zarar ayrımını tam olarak karşılamamakta-

²¹⁶ Bkz. Willi Fischer, **Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht: Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute**, Zürich, Schulthess, 1985, s. 11 vd.; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 42, Rn. 40.

²¹⁷ Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, y.y., 1963, s. 115-119; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, 6. Bası, İstanbul, Evrim Dağıtım, 1990, s. 192-193; **ÖBİ II**, s. 206-207; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 171-172; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2002, s. 137-140; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I**, 4. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 294; Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Bası, Ankara, Seçkin, 2004, s. 125, dn. 244-245. Diğer yazarlar için bkz. Fischer, **a.g.e.**, 13 vd.

Yargıtay da, BK.m.205 ile paralellik gösteren BK.m.192/4 ve son fıkra hükümlerindeki tazminat taleplerini, olumsuz-olumlu zarar ayrımına tâbi tutmaktadır. Bkz. Yarg. HGK., 07.06.2000 t., E. 2000/13-924, K. 2000/946 (Yasa Hukuk Dergisi, 2000, s. 1614-1615).

²¹⁸ Herbert Schönle, “Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 Co, SJ 1977, s. 465 vd. (Tandoğan, **ÖBİ I/1**, s. 193 ve Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 146’den naklen).

²¹⁹ Rainer Gonzenbach, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Stämpfli&Cie AG, 1987, s. 12; ayrıca bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 221 vd.

²²⁰ BK.m.205/f.II-III’de yer alan doğrudan–dolaylı zarar şeklindeki ayırım, eski İsviçre Borçlar Kanununun 116. maddesinde de bulunmaktaydı. Anılan hüküm, sözleşme ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerini, doğrudan zarar ile sınırlamıştı. Ancak doğrudan zarar–dolaylı zarar arasındaki sınırı belirlemede yaşanabilecek tutarsızlıklar nedeniyle revizyon sonrası İsviçre Borçlar Kanununun 99. maddesinde, bu ayırım ortadan kaldırılmıştır. Bugün itibarıyla kanunumuzda doğrudan zarar–dolaylı zarar ayrımı, yalnızca satış sözleşmesinde satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen (BK.m.192; 205) hükümlerde bulunmaktadır. Ayrıca adı şirkete ilişkin bir hüküm olan BK.m.527’de de doğrudan doğruya zarar kavramı hâlâ yer almaya devam etmektedir. Buna karşılık, benzer bir durumu düzenleyen vekâletsiz iş görmeye dair BK.m.413’de ise, tazminat talebi, hâkimin takdirine atıf yapılmak suretiyle sınırlanmıştır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 89, dn. 13.

Satış sözleşmesinde yer alan doğrudan ve dolaylı zarar ayrımına ilişkin düzenlemenin tarihi gelişimi hakkında bkz. Fischer, **a.g.e.**, s. 29 vd.

dır²²¹. Şöyle ki, ayıptan doğan zararların sadece belli bir kısmı olumlu zarar karakterine sahiptir; örneğin satılan arabanın verimli çalışmaması, inşa edilen binanın iyi kira geliri getirmemesi, zehirli yemin hayvanın ölümüne neden olması gibi. Bu tarz hâllerde, meydana gelen kayıplar, ifa menfaatine karşılık gelmektedir²²². Ancak ayıptan doğan zararların öyle başka görünüm şekilleri de vardır ki, bunların olumlu zarar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Örneğin satılan televizyondaki ayıp nedeniyle elektrik tesisatında meydana gelen kısa devrenin yangına yol açması veya ayıplı mal satışı neticesinde üçüncü şahısların uğradığı zararları tazmin etme sorumluluğu, olumlu zararın kapsamına girmeyen ayıptan doğan zarar niteliğindedir. Bu tür zararların, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine dair uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından değil, ayıplı ifadan dolayı ortaya çıkmaları, bunların gerçek anlamda olumsuz zarar olarak kabul edilmelerini de engellemektedir²²³.

Ayrıca gerek sözleşme görüşmeleri gerek sözleşmenin ifası sırasında meydana gelen tüm zararları, olumlu ve olumsuz zarar başlığı altında toplamak da isabetli değildir. Çünkü olumlu ve olumsuz zarar türleri, en geniş anlamıyla bir sözleşmeye

²²¹ Karş. Fischer, **a.g.e.**, s. 254.

²²² Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 204-205; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 293.

²²³ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 293.

Bu tür zararların tazmin edilmesinin, sözleşmeden dönmenin sonuçları ve olumsuz zarar kavramıyla uyum içinde olduğunu da söylemek gerekir. Zira sözleşmeden dönme hâlinde istenebilecek olumsuz zarar, güven zararı karakterinde olmayıp, o sözleşmenin yapılması nedeniyle meydana gelen zarar özelliğine sahiptir. Burada da, ayıplı ifaya neden olan sözleşmesel ilişki hiç kurulmasaydı (böyle bir sözleşmeden hiç bahsedilmeseydi), uğranılmayacak olan zarar söz konusudur. Aynı mantığı, ayıplı ifa dışında kalan zararlar bakımından da yürütmek mümkündür. Şöyle ki, kötü ifa, ayıp şeklinde ortaya çıkmıyorsa (örneğin, evin boyanması sırasında yer döşemelerinin zarar görmesi gibi) ve sözleşme ilişkisi geçerli bir biçimde hâlâ ayakta ise, BK.m.96 uyarınca olumlu zararın (ifa menfaatinin) tazmini söz konusu olacaktır; eğer sözleşmeden dönme yoluna başvurulmuşsa, ayıplı ifanın kapsamına girmeyen bu tür zararlar, yukarıdaki gerekçelerle artık olumsuz zarar niteliğine bürünecektir. Yani o sözleşme hiç yapılmıyaydı, bunların meydana gelmesi de söz konusu olmayacaktı. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 293, dn. 109a.

Gerçi belirtmek gerekir ki, kötü ifa hâlinde, BK.m.96 hükmünde sadece olumlu zararın tazmini düzenlenmiş olup, ayrıca sözleşmeden dönme imkânına yer verilmemiştir. Dolayısıyla ayıplı ifa dışındaki kötü ifa zararının mevcut olduğu hâllerde, alacaklının sözleşmeden dönmeyle birlikte olumsuz zarar talep edip edemeyeceği kabul edilecek görüşe göre farklılık arz edecektir. Bazı yazarlar, BK.m.96'nın kapsamına giren kötü ifa ve kusurlu imkânsızlık hâllerinde de, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Schwarz, **a.g.m.**, s. 759 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 9-10; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 17; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 873-874; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 284-294; 301-308; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 13 vd.; § 18, N. 7; Serozan, **Müspet İhlal ve Cupla in Contrahendo**, s. 36; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 51; aksi yöndeki görüş için bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 105, dn. 79; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 314-315; 384; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 158.

güvenden (geçerli olacağına ya da ifa edileceğine inanmaktan) kaynaklanan *alışveriş menfaatine* hizmet etmektedir. Hâlbuki sözleşmeye yönelik güven olgusu ihlal edildiğinde alacaklının, yalnızca alışveriş menfaati değil, bunun dışında kalan ve mutlak olarak korunması gereken başkaca değerleri (vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı vs.) de zarar görmüş olabilir (*bütünlük menfaati/Erhaltungssinteresse*)²²⁴. Ayıplı ifa hâlinde de durum aynen bu şekildedir. Örnek olarak satış konusu arabanın fren sistemindeki ayıp nedeniyle meydana gelen kazada, hem satılan aracın hem de alıcının bizzat kendisi zarar görmüşse, alıcının vücut bütünlüğünde meydana gelen zararları, olumlu ya da olumsuz zarar kavramıyla ifade etmek mümkün değildir. Burada, alıcının alışveriş menfaati (olumlu ve olumsuz zararın) dışında kalan ve ayrı bir kategoriye oluşturan bütünlük menfaati, satıldaki ayıp yüzünden zarara uğramıştır.

Bize göre, doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki sınırı, olumlu-olumsuz zarar ayrımı çerçevesinde değil, nedensellik bağının yoğunluk derecesine göre tespit etmek gerekir²²⁵: Doğrudan zarar kavramı, ayıplı malın normal tahsis amacı çerçevesinde kullanılmasıyla meydana gelen ilk zararları ifade eder. Bir başka ifadeyle, ayıplı ifa ile yoğun bir nedensellik bağı içinde olan ve zaman yönünden de genel olarak ayıplı malın teslimine en yakın düşen kayıplardır. Söz gelimi satış konusu kremdeki ayıp yüzünden alıcının vücudunda deri hastalıklarının baş göstermesi veya ayıplı malı teslim almak için yapılan masraflar, doğrudan zarara örnek olarak gösterilebilir. Dolaylı zarar kavramından anlaşılması gereken ise, ayıplı ifa olgusuna başka olayların eklenmesi sonucunda doğan refakat zararlarıdır. Örneğin aracın fren sistemindeki ayıbın yol açtığı kazada yaralanan alıcının, tedavi gördüğü hastanede yapılan yanlış iğne sonucu sakat kalması ya da ayıplı aracın bir üçüncü kişinin yaralanmasına sebep olması veya fabrikada kullanılmak üzere satılan makinenin ayıp yüzünden çalışmamasından ötürü alıcının uğramış olduğu kâr mahrumiyeti gibi.

Netice itibarıyla şu hususun altını çizmek gerekir ki, ayıptan doğan zararlar, ister olumlu zarar niteliğinde olsun ister olmasın, herhangi bir ayrıma gidilmeksizin

²²⁴ Bütünlük menfaati kavramı hakkında açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, B 2 b.

²²⁵ BSK OR I/Honsell, **a.g.e.**, Art. 208, Rn. 8; Hartmann, **Die Rückabwicklung**, Rn. 733; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı (Serozan), **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 85; 101. Bkz. ve karşı. Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 26; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 88-89; Aral, **a.g.e.**, s. 141-143. Diğer yazarlar için bkz. Fischer, **a.g.e.**, s. 17 vd.

ve sözleşmenin ayakta tutulup tutulmadığına bakılmaksızın tazmin edilirler²²⁶. Burada artık olumlu–olumsuz zarar ayırımına ve bu ayırımın temelini oluşturan şartların varlığına yer yoktur.

Son olarak değinmek gerekir ki, ayıplı ifanın yol açmadığı olumsuz zararların tazmininin ayrıca istenmesine herhangi bir engel yoktur. Ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönen alacaklı, ayıptan doğan zararlar yanında sözleşme görüşmeleri sırasında yaptığı masrafların ve daha avanatajlı başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kâr mahrumiyetinin giderilmesini de talep edebilecektir. Zira bu tarz malvarlığı kayıpları, ayıba bağlı zarar kavramının kapsamına girmeyip, olumsuz güven sorumluluğunun bir görünümü niteliğindedir. Dolayısıyla bunların, sözleşmeden dönmeye bağlı olarak genel hükümler çerçevesinde (BK.m.108/f.II) tazmin edilmeleri de her zaman için mümkündür²²⁷.

(3) Alacağı Temlik Edenin ve Bağışlayanın Sorumluluğu

Doğrudan–dolaylı zarar ayırımıyla bağlantılı olarak, alacağı temlik edenin ve bağışlayanın tazminat sorumluluğuna ilişkin BK.m.171/f.I ile BK.m.243 düzenlemelerine de kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

BK.m.171/f.I'e göre, alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu, temlik edilen alacak tutarının tamamını karşılamaya yönelik değildir. Temlik eden, bu hüküm uyarınca esas olarak, alacağın temliki karşılığında aldığı anapara ve faizinden sorum-

²²⁶ Borçlar Kanunu, ayıptan kaynaklanan doğrudan ve dolaylı zararların tazmini bakımından, BK.m.205 hükmünde sadece sözleşmeden dönme hâli için bu imkânı öngörmüş olsa da, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullandığı hâllerde de, BK.m.205/f.II ve III hükümleri kıyas yoluyla uygulama alanı bulur. Zira zararın aynı sebepten (ayıplı ifa yüzünden) meydana geldiği dikkate alındığında, ayıptan doğan zararların sözleşmeden dönme hâli dışında tazmin edilmeyeceğini söylemek hiç de isabetli bir sonuç değildir. Buna göre alıcı, BK.m. 202 uyarınca semenin indirilmesi ya da BK.m.203 uyarınca ayıpsız misliyle değiştirme hakkını kullandığı takdirde, ayıplı ifa dolayısıyla uğradığı doğrudan ve dolaylı zararların da tazmin edilmesini talep edebilecektir. Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 152; 154; Aral, **a.g.e.**, s. 146; 148; burada BK.m.96'nın uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. Edis, **a.g.e.**, s. 124-127; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 173; 181; Feyzioğlu, **Özel Borç İlişkileri**, s. 296; Tandoğan, **ÖBİ I/1**, s. 197-198 (yazar, ayıpsız misli ile değiştirmede BK.m.205/f.II'nin de kıyasen uygulanabileceğini ayrıca belirtmektedir; bkz. Tandoğan, **ÖBİ I/1**, s. 199); Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 86; karş. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 42, Rn. 46.

Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamına giren sözleşmelerde ayıptan doğan zararların tazmini bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir; sözleşmeden dönmeyen yan sıra diğer hakların kullanıldığı hâllerde de ayıptan doğan zararların tazmin edilmesini açıkça öngörmüştür (TKHK.m.4; 4/A).

²²⁷ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 295.

lu tutulmuştur. Temlik eden ayrıca, devralanın temlik işlemi ve borçluya karşı semeresiz kalan takibi dolayısıyla yapmış olduğu masrafları da tazmin etmek zorundadır²²⁸.

BK.m.171/f.I'deki tazminat yükümlülüğünün bu şekilde sınırlanmış olmasından hareket eden bazı yazarlar²²⁹, burada temlik edenin, olumsuz zarardan sorumluluğunun mevcut olduğunu ileri sürmekte ise de, böyle bir değerlendirmeye katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü istenebilecek tazminatın kapsamına yasal bir sınırlama getirilmiş olması, olumsuz zarardan sorumluluğun kabulü için tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Olumsuz zararın, içeriğinden ziyade *ortaya çıkış şekliyle kimlik kazandığını* ve bu özelliği sayesinde diğer zarar türlerinden ayrıldığını gözden kaçırmamak gerekir.

BK.m.171/f.I'deki tazminat sorumluluğu, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik uyandırılan güvenin ihlalinden doğmamaktadır. Zira BK.m.171/f.I'deki sorumluluğun kapsamına giren hâllerde, taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem, alacak hiç mevcut olmasa bile hükümsüz değildir. BK.m.169 gereğince sözleşme geçerli bir şekilde hükümlerini doğurmaya devam ettiğinden, zarar görenin bu yönde uyandırılıp boşa çıkarılan bir güveninden de söz edilemez. BK.m.171/f.I hükmü, alacağı temlik edenin kusurdan bağımsız garanti sorumluluğunun (BK.m.169) içeriğini belirleyen, ona sınırlamalar getiren bir düzenlemeden ibarettir. Bir başka ifadeyle, burada söz konusu olan, alacak satımı sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan zararlardan sorumluluğunun özel bir şekilde formüle edilmiş olmasıdır. Bu hâliyle BK.m.171/f.I'de yer alan sınırlı tazminat sorumluluğu, niteliği itibarıyla satış söz-

²²⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s. 147 vd.

²²⁹ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 173, Rn. 2; Eugen Spirig, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilband V 1K, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung: Art. 164-174 OR**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1993, Art. 173, Rn. 23; Max Keller/Christian Schöbi, **Das schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1984, s. 54.

leşmesindeki “*doğrudan zarar*” kavramına karşılık gelmekte²³⁰ ve böylece olumlu-olumsuz zarar ayırımının ötesinde kalmaktadır²³¹.

Kaldı ki, BK.m.171/f.I hükmünün *ratio*'su da vardığımız bu sonucu destekler niteliktedir. Zira kanun koyucu, ifa menfaatinin karşısında yer alan olumsuz zarardan sorumluluğu vurgulamak için değil; alacak ticaretinin borçlu aleyhine sakıncalar doğurabileceği şeklindeki tarihsel kaygının etkisiyle anılan düzenlemeyi Borçlar Kanunuza yerleştirmiştir²³².

Zararın ortaya çıkış biçimiyle ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz gerekçeler, bağışlayanın sorumluluğuna ilişkin BK.m.243 için de aynen geçerlidir²³³. Zira bağışlayanın, kasıt ya da ağır ihmali bulunmadıkça bağışlanan şeyin neden olduğu zararlardan ötürü sorumlu olmayacağını; ancak bağışlanan şeyi veya alacağı özel olarak taahhüt ettiği hâllerde tazminat yükümlülüğü altına gireceğini ifade eden BK.m.243 hükmü, ayba karşı sorumluluğu özel olarak kaleme alan bir düzenlemeden ibarettir. Bu ihtimalde de, zarar görenin, yani bağışlamayı kabul edenin uğramış olduğu malvarlığı kayıpları, sözleşmenin geçerliliğine yönelik uyandırılan güvenin ihlalden kaynaklanmamaktadır²³⁴.

²³⁰ Aynı yönde bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 229; 233; Engin, **a.g.e.**, s. 150-151, dn. 11.

²³¹ Bu ihtimalde, ifa etmemeden kaynaklanan sınırlı olumlu zarardan sorumluluğun söz konusu olduğu yolundaki görüş için bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 266.

²³² Bu hususta bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 147-148.

²³³ Bkz. ve karşı Keller, M., **a.g.e.**, s. 228; burada olumsuz zarardan sorumluluğun söz konusu olduğunu ileri süren aksi görüş için bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 314.

Benzer nitelikteki BGB §§ 523/f.I ve 524/f.I hükümlerinin, olumsuz zarardan sorumluluğu düzenlediklerine dair Alman doktrininde baskın olarak ileri sürülen aksi yöndeki görüş bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 65; KommBGB/Gehrlein, **a.g.e.**, Art. 523, Rn. 2; Art. 524, Rn. 2; Susanne Wimmer-Leonhardt, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 516-534 (Schenkungsrecht)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005, § 523, Rn. 6; Art. 524, Rn. 5; Palandt/Weidenkaff, **a.g.e.**, Art 523, Rn. 2; Art. 524, Rn. 6; Elke Hermann, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I**, Herausgegeben von Harm Peter Westermann, 11. Auflage, Münster-Köln, Aschendorff Rechtsverlag, 2004, Art. 523, Rn. 2; Art. 524, Rn. 2.

²³⁴ Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 266-267; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co., 1936, Art. 248, Rn. 3; 8; 11; Hermann Becker, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551**, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1934, Art. 248, Rn. 2; 4.

c. Ayrımın Sonucu: Birlikte Talep Edilememe

Olumlu ve olumsuz zarar arasındaki ayrımın sonucu, hiçbir zaman ve hiçbir nedenle bu iki menfaat türünün birlikte (kümülatif olarak) talep edilememesidir²³⁵. Zira alacaklı, hem sözleşmenin ifası hâlinde içinde bulunacağı farazi durumun hem de bu sözleşme hiç yapılmıyaydı içinde bulunacağı farazî durumun aynı anda tesis edilmesini isteyemez. Bir başka deyişle alacaklı, bir yandan sözleşmedeki ifa menfaatinin sağlanmasını, diğer yandan da ifa menfaatini talep ettiği sözleşme hiç gündeme gelmeseydi yapmayacak olduğu masraflar ile kaçırılmayacağı tekliflerin tazmin edilmesini talep edemez. Görüldüğü üzere, olumlu ve olumsuz zararın aynı olayda birlikte tazmin edilmesi istemi, hukukî mantığın tamamıyla dışında kalmaktadır. Bu sebeptendir ki, olumlu ve olumsuz zarar birbirini dışlamakta, birinin varlığı diğerinin yokluğunu gerektirmektedir²³⁶.

²³⁵ Simonius, *Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages*, s. 261 vd.; Koller, *a.g.e.*, Rn. 415; Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s. 342; Lüchinger, *a.g.e.*, Rn. 215-216; Keuk, *a.g.e.*, s. 160-161; Keller/Gabi-Bolliger, *a.g.e.*, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), *a.g.e.*, § 16, N. 5; 9; § 17, N. 19.

Yukarıda belirttiğimiz olumlu–olumsuz zarar ayrımının dışında kalan ayıptan doğan zararları, tabidir ki, bu ifadenin dışında tutmak gerekir.

²³⁶ Yargıtay, bazı kararlarında bu hususları gözden kaçırarak hatalı açıklamalarda bulunmaktadır: “... *Davalı, sorumluluğunu azaltacak veya kaldıracak herhangi bir def'i ileriye sürüp ispat etmemiştir. O halde sözkonusu akti ilişkinin sonuç doğuracağı inancı ile davacının yaptığı tüm ödeme ve masraflardan (menfi zarar) ve sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile uğranılan zararlardan (müsbet zarar) davalı sorumludur...*” Bkz. Yarg. HGK., 28.09.1994 t., E. 1994/2-47, K. 1994/564 (YKD., 1994, S. 12, s. 1897); Yarg. HGK., 09.10.1996 t., E. 1996/2-406, K. 1996/672 (Yasa Hukuk Dergisi, 1997, s. 222); Yarg. HGK., 18.09.1996 t., E. 1996/2-498, K. 1996/595 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 478); ayrıca bkz. Yarg. HGK., 02.04.1997 t., E. 1997/2-7, K. 1997/286; Yarg. HGK., 07.06.2000 t., E. 2000/2-959, K. 2000/972 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yargıtay, eser sözleşmesine ilişkin BK.m.369 kapsamındaki tazminat hesaplamalarında da, hatalı olarak olumlu ve olumsuz zararın birlikte istenebileceğini söylemektedir. Bkz. Yarg. 15. HD., 13.10.1994 t., E. 1994/414, K. 1994/5816 (İKİD., 1995, s. 11251); Yarg. 15. HD., 02.04.1998 t., E. 1998/833, K. 1998/1348 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 637-638); ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 05.10.1987 t., E. 1986/4079, K. 1987/3415 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Hâlbuki BK.m.369 kapsamında hesaplanan tazminatta, olumlu ve olumsuz zararın birlikte karşılanması söz konusu değildir. Buradaki sorun, Yargıtay’ın aslında ifa menfaatinin kapsamında yer alan inşaat masraflarını, olumsuz zarar kalemi olarak yanlış nitelendirmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü BK.m.369 uyarınca eser sözleşmesi ileriye etkili olarak feshedildiğine göre, o ana kadar yapılan ifaya yönelik harcamaların sanki sözleşme ilişkisi hiç kurulmamış gibi olumsuz zarar kalemi olarak tanımlanması isabetli değildir. Bu tarz masraflar, fesih ile birlikte istenebilecek olan olumlu zararın içeriğinde yer alır. Yargıtay’ın anılan kararlardaki açıklamaları, BK.m.369 çerçevesinde tazmin edilecek olumlu zararın hesaplanması usulünden başka bir şey değildir. Şöyle ki, BK.m.369 uyarınca tazmin edilecek olumlu zararın hesaplanması hakkında *müspet veya menfi metot* şeklinde iki imkân bulunmakta olup, Yargıtay bunlardan sonuncusunu benimsemiş gözükmektedir. BK.m.369 kapsamında ödenecek tazminatın belirlenmesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Öz, *Eser Sözleşmesi*, s. 143 vd.

Alacaklı olumlu zararının, yani sözleşmeden doğan borç ifa edilmiş olsaydı elde edeceklerinin tazmin edilmesini talep ediyorsa²³⁷, artık borcun gereği gibi ifası hâlinde olumsuz zarar kapsamında yer alan kayıplara katlanmak zorundadır²³⁸. Örneğin buğday alımına ilişkin sözleşme yapmak üzere sürekli Anadolu'ya seyahat etmek zorunda kalan alıcı, bu sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi üzerine olumlu zararının tazminini, yani ifa gerçekleşmiş olsaydı (buğdaylar teslim edilseydi) malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum ile ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle içinde bulunduğu fiilî durum arasındaki farkın (örneğin buğdayların üçüncü kişilere satışından elde edilecek kârın, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle üçüncü kişilere karşı üstlenilen sorumlulukların, aynı buğdayı başka yerden daha yüksek fiyatla satın almak zorunda kalmanın ve ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğranılan diğer fiilî zararların) tazminini talep ediyorsa, ayrıca bu sözleşmeyi kurmak amacıyla yaptığı masrafların (noter ve seyahat masrafları ile sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya ödenen ücret vs.) ve bu sözleşmeye güvenmesi yüzünden kaçırdığı daha elverişli sözleşme tekliflerinden doğan kayıplarının tazmin edilmesini talep edemeyecektir²³⁹.

Zaten daha önceden de ifade ettiğimiz üzere²⁴⁰, bir sözleşmeden elde edilecek kâr, o sözleşme yüzünden yapılan masrafların hesaplamaya katılmasıyla oluştuğundan, olumlu zarar çerçevesinde kâr mahrumiyetinin (*lucrum cessans*) karşılandığı hâllerde, aynı zamanda olumsuz zararın bir kısmını oluşturan fiilî zararlar (*damnum emergens*) da çoğu kez giderilmiş olur. Yine ifa etmeme nedeniyle yapılan masraflar, hem olumsuz hem de olumlu menfaatin fiilî zarar (*damnum emergens*) kısmına dâhil

²³⁷ Olumlu zararın kapsamı hakkındaki açıklamalar için bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 134 vd.; Havutçu, **a.g.e.**, 69 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 66.

²³⁸ Karş. Ingeborg Schwenzer, "Aufwendungsersatz bei nicht durchgeführten Verträgen", **Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, s. 658 vd.

²³⁹ Daha elverişli sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kayıpların olumlu zarar miktarından fazla olduğu hâllerde, alacaklı eğer olumlu zararın tazmini ile karşılanamayacak bu kayıpların giderilmesini istiyorsa, -şartları bulunmak kaydıyla- sözleşmeden dönüp olumsuz zarar talebinde bulunmalıdır.

Bu tarz durumlarda, her türlü spekülasyonların önüne geçmek amacıyla, talep edilebilecek olumsuz zarar miktarının, olumlu zararı aşmaması, onunla sınırlı olması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 160.

Olumsuz zarar tazminatının, olumlu zarar miktarıyla sınırlı olup olmadığı hususundaki açıklamalar için bkz. aş. IV. Bölüm, B 6 a.

²⁴⁰ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 a.

olduğundan, olumlu zararın karşılanmasıyla birlikte olumsuz zararın fiilî zarar kısmında yer alan bu masraflar da tazmin edilmiş olur. Dolayısıyla alacaklının, aynı olayda olumlu ve olumsuz zararı birlikte talep etmesi, onun bu zarar kalemleri bakımından borçludan iki kez tazminat elde etmesine yol açar. Borçlu aleyhine ortaya çıkan bu haksız neticenin, sorumluluk hukukumuzda hâkim olan “zarar görenin zenginleşmesi yasağına” aykırı düştüğü açıktır.

Kaldı ki, bu tarz durumlarda, teknik anlamda bir olumsuz zararın meydana gelmediğini de söylemek mümkündür²⁴¹. Zira iradî olarak yapılan masrafların ve bilerek kaçırılan tekliflerin zarar teşkil edebilmesi için, bunların sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle boşa çıkması gerekmektedir. Aynen ifanın yerine verilen ve onun surrogatı olan olumlu zararın tazmini hâlinde, bu masrafların ve kaçırılan tekliflerin boşa çıktığını, onlar ile arzu edilen amaca ulaşılmadığını ileri sürmek hukuken mümkün değildir.

Sonuç olarak, gerek teorik gerek pratik engeller yüzünden, olumlu veya olumsuz zarardan biri talep edildiği takdirde, ayrıca diğerinin istenmesine olanak yoktur. Alacaklı, ya birine ya da ötekine kavuşma hakkına sahiptir.

Olumlu ve olumsuz zararın tazmini noktasında yaptığımız bu tespitler, sözleşmelere özgü sorumluluk hukukunun bel kemiğini oluşturan ayrımlardır ve bunların göz ardı edilerek aşılması mümkün değildir. Nitekim Alman hukukunda yapılan büyük reform sonrasında bile, bu ayrımlar büyük bir özenle muhafaza edilmiştir. Zira 2002 yılında yürürlüğe giren BGB § 284 hükmü sayesinde alacaklı, aslî edimin surrogatı olan olumlu zararının “yerine”, ifaya kavuşacağı inancıyla makul seviyede yaptığı ve borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masraflarının (*frustrierte Aufwendungen*) tazmin edilmesini talep etme hakkına kavuşmuştur²⁴². Ancak her ikisinin (hem ifa yerine olumlu zararın hem de edime kavuşulacağı umuduyla boşuna yapılan masrafların) bir arada talep edilmesi yeni BGB sistemi içerisinde de olanaklı

²⁴¹ Zarar kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, A 1.

²⁴² BGB § 284 hükmüyle korunmak istenen menfaatin türüne ilişkin tartışmalar için bkz. aş. IV. Bölüm, A 5.

değildir²⁴³. Alacaklının hem ifayı hem de masraflarını talep etmesine izin verilmiş, ya birini ya da ötekini isteme hususunda seçim hakkı tanınmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde şunu vurgulamak gerekir ki, olumlu-olumsuz zararın doğumu için gerekli olan şartlar birbirinden farklı olduğundan, alacaklı uğramış olduğu zararın tazmini bakımından, kümülatif bir talep hakkına sahip olmadığı gibi, onun bu hususta herhangi bir alternatif imkânı da bulunmamaktadır. Alacaklı, kendi dileğine göre, olumlu ya da olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edemeyecektir; onun böyle bir seçim hakkı yoktur Zira -daha önceden de belirttiğimiz üzere- olumlu zararın doğumu için taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olması gerekirken, olumsuz zarar bakımından, taraflar arasındaki borç ilişkisinin hükümsüz olması kural olarak gerekmektedir²⁴⁴. Her iki zarar türü açısından varlığı aranan şartların taban tabana zıt olması, olumlu ve olumsuz zararın, aynı olayda birbirlerinin alternatifi olacak şekilde ileri sürülmesini de engellemektedir. Bununla birlikte, *de lege ferenda olarak önerdiğimiz sistem çerçevesinde borçlunun kusuru yüzünden sözleşmeden dönme ve edimin başlangıçtaki objektif imkânsızlığı hâllerinde, olumlu ve olumsuz zararın seçimlik olarak bir arada bulunması mümkündür*²⁴⁵.

Ayrıca işaret etmek gerekirse, aynı zarar verici olay sebebiyle meydana gelen kayıplar, kısmen olumlu kısmen de olumsuz zarar çerçevesinde tazmin edilemez;

²⁴³ Reiner Schulze, **Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar**, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, § 284, Rn. 3; Hansjörg Otto, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2004, § 284, Rn. 1; 18-19; MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 284, Rn. 29; Beate Gsell, **Das neue Schuldrecht in der Praxis**, Herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, s. 333-334; Barbara Dauner-Lieb, **Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch**, Herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002, § 2, Rn. 52; Leonhard, **a.g.m.**, s. 694; Peter Huber/Florian Faust, **Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002, Kap. 4, Rn. 48; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002, Rn. 226; Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schäfer/Holger Wendtland (Rolland), **Das neue Schuldrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002, § 1, Rn. 31; Horst Ehmann/Holger Sutschet/Thomas Finkenauer/Wolfgang Hau, **Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten**, München, Verlag Franz Vahlen, 2002, s. 121.

²⁴⁴ Olumlu-olumsuz zararın tazminindeki bu kuralın istisnaları için bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 b (1).

²⁴⁵ Bkz. aş. III. Bölüm, B 2 e; C 2.

tazminatın belirlenmesi aşamasında, zarar türleri arasında bu tarzda karma bir yöntemde de başvurulamaz.

İKİNCİ BÖLÜM
OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HÂLLERİN
NİTELENDİRİLMESİ

VE

BU NİTELENDİRME DEN DOĞAN SONUÇLAR

A. MÜŞTEREK HUKUKTA OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN TEORİLER

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin hukukî niteliğinin daha iyi kavranabilmesi için, bu kavramın ilk kez kullanılmaya başlandığı müşterek hukuk doktrinine kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır¹.

1. Culpa in Contrahendo Teorisi

Daha önceden de belirttiğimiz üzere², olumsuz zarar kavramını sistematik bir biçimde inceleyerek modern hukuk bilimine kazandıran her ne kadar Jhering olsa da, sözleşmelere özgü bu zarar türünü doktrinde ilk kez kullanan yazar Jhering değildir; ondan önce de olumsuz zarar kavramı –bugünkü hâliyle olmasa da- kullanılmaktaydı. Zira Jhering’in culpa in contrahendo teorisinden önce de, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle meydana gelen zararın tazmini bir sorun olarak varlığını sürdürmekteydi. Ancak bu zararın sözleşmenin hiç kurulmaması ya da geçersiz olması nedeniyle doğduğu, o dönemdeki hukukçular tarafından henüz bilinmemekteydi³. Bu sebep-

¹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Caspar Melliger, **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch**, 2. Auflage, Zürich, Zürcher&Furrer, 1898, s. 32 vd.; Walter Brock, **Das negative Vertragsinteresse**, Berlin, Guttentag, 1902, s. 48 vd.; 149 vd.; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 236 vd.; Walter Scholz, **Verschulden beim Vertragsschluß (Culpa in contrahendo)**, Göttingen, Göttinger Tageblattes, 1930, s. 8 vd.; Heinz Hildebrandt, **Erklärungshaftung**, Berlin und Lepizig, Walter de Gruyter & Co., 1931, s. 38 vd.; Bohrer, **a.g.e.**, s. 97 vd.

² Bkz. yuk. I. Bölüm, B 2 a.

³ Bu dönemde genel olarak bilinen teori, “*hazır olmayanlar arasında yapılan icabın geri alınmasından doğan sorumluluğa*” ilişkin bulunmaktaydı. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 12, dn. 6; Keller, M., **a.g.e.**, s. 25, dn. 2.

ledir ki, karşılaşılan sorunlar bakımından uygulama alanı bulacak ortak prensipleri belirlemek yerine, hep münferit çözümler üretilmeye çalışılmıştır.

Pandekt hukukundaki bu yetersizliği tespit eden Jhering, “*Culpa in contrahendo*” isimli o meşhur eserinde konuya bilimsel açıdan yaklaşarak olumlu-olumsuz zarar ayırımının esaslarını belirlemiştir. Jhering, diğer yazarlardan farklı olarak, karşılaşılan somut olaylar için münferit çözümler üretmek yerine, olumsuz zarardan sorumluluğun temelinde bulunan prensipleri ortaya koymuş, soruna ortak bir bakış açısıyla tek elden yaklaşmıştır⁴.

Jhering, Roma hukukunda bugünkü hâliyle olumlu-olumsuz zarar ayırımının bulunmadığını belirtse de, olumsuz zarardan doğan sorumluluğu, yine de hep Roma hukukuyla bağlantılı olarak açıklamıştır⁵. Böylece modern hukukta da uygulanabilecek temel prensipler için, Roma hukuku kaynaklarında kendisine pozitif dayanak noktaları bulmaya çalışmıştır⁶. Öyle ki, ileri sürdüğü *culpa in contrahendo* teorisinin temelinde Roma hukuku öğretisine geçmiş iki olay bulunmaktadır⁷: Bunlardan birisi, hukukî işlemlere konu (alışverişe elverişli) olamayan malların (*res extra commercium*), diğeri ise, henüz mevcut olmayan bir terekenin (*hereditas non existens*) satışına ilişkindir⁸. Jhering, Roma hukukunda satışın imkânsızlık nedeniyle batıl sayıldığı bu iki hâlde⁹, satıcının, alıcının olumsuz zararını gidermekle yükümlü olduğu sonucuna varmış ve bu neticeyi, sözleşmenin geçerliliğine güvenden kaynak-

⁴ Jhering’in çalışması hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Byoung Jo Choe, **Culpa in Contrahendo bei Rudolph von Jhering**, Göttingen, Verlag Otto Schwarz und Co, 1988, s. 7 vd.

⁵ Jhering, **a.g.e.**, s. 12 vd.

⁶ İşaret etmek gerekir ki, Jhering, teorisini temellendirirken Roma kaynaklarına sarılmış olsa da, aslında klasik Roma hukukunda sözleşme görüşmelerindeki kusurdan kaynaklanan bir sorumluluk rejimi genel olarak benimsenmemişti; yalnızca kasıtlı davranıştan doğan bir sorumluluk hâli mevcuttu. Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Karl Heldrich, **Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung**, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1924, s. 1 vd.

⁷ Jhering’in Roma hukuku kaynaklarını yorumlarken hataya düştüğünü ileri sürerek, eleştiriler getiren görüş için bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 25 vd.

⁸ Jhering, **a.g.e.**, s. 12; 53 vd. Jhering’in hareket noktasını oluşturan Roma hukukundaki bu düzenlemelerin Türkçe metinleri için bkz. yuk. I. Bölüm, dn. 78.

⁹ Alışverişe elverişli olmayan malların satışının Roma hukukunda batıl olarak kabul edildiği hususunda bkz. Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umur, II. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959; s. 433; Rado, **a.g.e.**, s. 121.

lanan zararların meydana geldiği diğer bütün hâller için genelleştirmiştir¹⁰. Bu sayede, sözleşme görüşmelerindeki kusur anlamına gelen culpa in contrahendo teorisini oluşturmuştur¹¹.

Sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin bu iki olayda, kusurun var olup olmadığı ve eğer kusur varsa, bunun sözleşme içi mi yoksa sözleşme dışı mı olduğu Roma hukuku öğretisinde tartışılmamış olsa da, Jhering, teorisine temel olarak seçtiği söz konusu olaylarda kusurun (*culpa*) varlığını ortak bir özellik olarak kabul etmiştir¹². Buradan çıkardığı sonucu diğer hâller için de uygulayan Jhering, kusurun varlığını teorisi açısından olmazsa olmaz bir şart niteliğinde görmüş¹³ ve âdeta bir faraziye olarak kusur kavramını kurgulamıştır¹⁴. Fakat işaret etmek gerekir ki, Jhering culpa

¹⁰ Doktrindeki bir görüşe göre, edimin imkânsızlığı Roma hukukunda bir butlan sebebi olsa da, bazı kaynaklarda, alıcının iyiniyetli olması hâlinde hür bir insanın (*Homo Liber*) satışına ilişkin sözleşme geçerli olarak kabul edilmiştir. Roma hukukunda, hür bir insanın satışı, hukukî işlemlere konu olmayan malların (*res extra commercium*) satışıyla eşdeğer tutulduğuna göre, *res extra commercium* niteliğindeki malların satışına ilişkin sözleşme de geçerli olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla Roma hukukunda bu hususta yeknesak bir düzenleme mevcut olmayıp, birbirleriyle çelişen sonuçlar bulunmaktadır. Bu çelişki dikkate alındığında, sözleşmelerin geçersizliği hâlinde söz konusu olacak bir sorumluluk prensibini, Roma hukuku kaynaklarından çıkarmak mümkün değildir. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 30 vd.; bu çelişkiye dikkat çeken bir başka yazar için bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 285, dn. 119.

Gerçekten de Roma'da klâsik hukuk prensibine göre, hür bir kimsenin iyiniyetli alıcıya köle gibi satılması geçerli olarak kabul edilmişti. D.18, 1, 70; D. eod. 5'de Paulus bu sonucu şu şekilde gerekçelendirmiştir: “Çünkü hür bir insanı, bir köleden ayırt edebilmek zordur”. Bkz. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 433, dn. 24'den naklen.

¹¹ Jhering'in 1861 yılında culpa in contrahendo teorisine ortaya attığı bu sorumluluk biçimi, 19. yüzyıldaki hukuk anlayışı bakımından aslında tamamıyla yeni bir şey değildi. Zira o dönemin Prusya ve Avusturya devletlerinin Medenî Kanunlarında culpa in contrahendo teorisine öncülük eden bir takım kurallar yer almaktaydı (ALR I 4 § 79, ALR I 5 §§ 33, 36, 53, 105, 284, 285, ALR II 2 § 135; ABGB §§ 248, 866, 869, 878). Nitekim Jhering de, teorisini gerekçelendirirken bu yasal düzenlemelere sıklıkla değinme gereğini hissetmiştir. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 39 vd.

¹² Karl Silbermann, **Beiträge zur Lehre von der culpa in contrahendo**, Breslau, Merkur, 1927, s. 12-13; Ulsan, **a.g.m.**, s. 295; Kırca, **a.g.e.**, s. 162.

¹³ Jhering'e göre, sorumluluğu haklı kılan neden, satıcının dürüst davranma (*bona fides*) yükümünde aranmamalıdır; zira tazminat yükümlülüğünün şartı, satıcının kusurudur. Kanun koyucu, satıcıyı tazminatla yükümlü kıldığında, onu şu şekilde sorumlu tutmaktadır: “.. .Bu sözleşmeyi hiç yapmamalıydın, çünkü bu engeli bilmek zorundaydın, bilgisizliğin nedeniyle karşı taraf bir zarara uğradı...”. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 31.

Yine Jhering'e göre, kusurun varlığı kabul edilmezse, tazminat yükümlülüğü, tamamıyla tecrit edilmiş bir hüküm olarak gözüktür; kusurun kabulüyle birlikte tazminat yükümlülüğü, sözleşme teorisinin temel prensiplerine bağlı tutulmuş olur. Böylece, sorumluluk, tazminat davasının normal karakterini elde eder. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁴ Jhering'in teorisini oluştururken seçtiği bu usul, doktrinde herkes tarafından kabul görmüş değildir. Şöyle ki bazı yazarlara göre, Jhering, culpa in contrahendo teorisinin temelindeki prensibi Roma kaynaklarından çıkarmamıştır; zaten kafasında daha önceden yer alan bu düşüncüyü Roma kaynaklarına uydurmaya çalışmıştır. Bkz. Brock, **a.g.e.**, s. 49; Keller, M., **a.g.e.**, s. 29 vd.; 46-47.

in contrahendo teorisinde, Roma hukukundaki kusur anlayışından farklı olarak, somut olayın özelliklerini dikkate almayan *objektifleştirilmiş kusur* kavramını benimsemiştir¹⁵. Böylece kendisine sürekli olarak Roma kaynaklarında dayanak noktaları arayan Jhering, teorisi için vazgeçilmez gördüğü kusuru Roma öğretisinden farklı olarak değerlendirmiş¹⁶, sübjektif kusur yerine objektif kusurun varlığını yeterli görmüştür¹⁷.

Jhering, ileri sürdüğü bu teori çerçevesinde, sözleşmenin hükümsüzlüğüne (yokluk ya da geçersizliğe) rağmen, olumsuz zarardan sorumluluğun, yine de sözleşmesel nitelikte olduğunu açıkça belirtmiştir¹⁸. Zira ona göre¹⁹, bir sözleşmeyle asıl amaçlanan şey, kararlaştırılan edimin ifasıdır; bir başka deyişle, bir sözleşmenin esas etkisi, edimin ifasını sağlamak yönünde meydana getirdiği yükümlülüktür. Varlığı gerekli olan herhangi bir hususun bulunmaması durumunda, sözleşmenin asıl amacı akamete uğrar ve böylece sözleşme geçersiz olarak adlandırılır. Çünkü bir sözleşmenin geçerli veya geçersiz sayılmasına ilişkin kavramlar, sözleşmedeki asıl amaca göre belirlenir. Bununla birlikte, bir sözleşmeden ifa borcunun yerine getirilmesi dışında başka yükümlülükler de doğmaktadır (örneğin verilen şeyin iadesi veya tazminat gibi); yani bir sözleşmenin kurulması, taraflar için sadece ifa borcunu değil, ayrıca başka yükümlülükleri de meydana getirmektedir. Böylece aslı edimin hukukî

¹⁵ Jhering, **a.g.e.**, s. 32 vd.

Jhering'in şu açıklamaları, yazarın objektif kusur anlayışını benimsediğini en iyi şekilde ortaya koymaktadır: Hazır olmayanlar arasında yapılan öneride, şayet öneren kabulün ulaşmasından önce ölmüş ve öneriyi kabul eden de bu durumu bilmiyorsa, ortaya çıkan zarar tazmin edilmelidir. Ölümlü kusur olarak nitelendirmenin imkânsız olduğu bu olayda, kusur şurada kendini göstermektedir. Öneride bulunan taraf, hazır olmayanlar arasında ortaya çıkabilecek bu tarzdaki olumsuzluklara engel olmak için önerisini şahsen sözlü olarak yapmalıydı; daha emin bir yol olan kendisinin sözlü bildirimini yerine, mektup ya da aracı şahıs gibi güvensiz araçlar kullanmak suretiyle kusurlu olarak hareket etmiştir. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 75-77.

Buna karşın, Jhering'in benimsediği kusur anlayışını tatmin edici bulmayan görüş için bkz. Silbermann, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁶ Bu hususta bkz. Brock, **a.g.e.**, s. 50-51; Keller, M., **a.g.e.**, s. 35-36; 44; Scherrer, **a.g.e.**, s. 7; Silbermann, **a.g.e.**, s. 13; ayrıca bkz. ve karşı. Theodor Bühler-Reimann, "Zum Problem der culpa in contrahendo: Rechtfertigt es die culpa in contrahendo, die herkömmliche Einteilung der Haftung in eine vertragliche und in eine außervertragliche aufzugeben?", **SJZ**, 1979, s. 359; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 143 vd.

¹⁷ Jhering'in teorisi için kurguladığı kusur anlayışındaki bazı zorlama çözümler, yazarın zaman zaman sebebiyet verme prensibine (*Veranlassungsprinzip*) yaklaşmasına yol açmıştır. Bkz. Heinrich Stoll, "Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen", **Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht**, 1923, s. 532, dn. 3.

¹⁸ Jhering, **a.g.e.**, s. 23 vd.; 45-48.

¹⁹ Jhering, **a.g.e.**, s. 27-30.

bir engelden ötürü talep edilemiyor olması, o sözleşmeden tazminat borcunun doğmasına engel teşkil etmez. Zira gerek Roma'daki gerek şu andaki kullanım tarzına göre bir sözleşmenin geçersizliği, o sözleşmede her türlü sonucun değil; sadece belli bir sonucun (ifa borcunun) bulunmamasını ifade eder²⁰.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, Jhering, hükümsüz sözleşmeden ifa borcu dışında başka yükümlülüklerin doğabileceğini söyleyerek culpa in contrahendo sorumluluğunu, görüşülen (tarafarca kurulması amaçlanan) sözleşmeye dayandırmıştır²¹. Bir başka ifadeyle Jhering, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmesel niteliğini, sonradan kurulan veya kurulacak olan sözleşmeye dayalı diligentia yükümünün ihlalinden çıkarmış; kurulmakta olan sözleşme ilişkisindeki kusur ile mevcut bir sözleşmedeki kusuru sonuçları itibarıyla birbiriyle eşdeğer tutmuştur²².

Ancak Jhering'in bu görüşü²³, doktrinde haklı olarak bazı eleştirilere konu olmuştur. Çünkü görüşmelerdeki kusurun, sözleşmenin geçersizliğine ya da hiç ku-

²⁰ Jhering, Roma hukukundaki "*actio empti*"yi (satış sözleşmesine dayanarak alıcının açtığı dava) dikkate alarak bu sonuca varmıştır. Zira yazar, "*actio empti*"nin, sözleşmenin geçersizliği hâlinde tazminat davası işlevini gördüğünü belirtmektedir. Jhering ayrıca, bozucu şarta bağlı olarak yapılan satış sözleşmesinde, şartın gerçekleşmesinden sonraki durumun, sözleşmenin hiç yapılmamış sayılmasıyla; sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmasıyla eşdeğerde olduğunu, fakat bu durumda dahi "*actio venditi*" (satış sözleşmesine dayanarak satıcının açtığı dava), yani sözleşmeye dayanan dava açıldığını söylemektedir. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 28-29.

Latince terimlerin Türkçe karşılıkları için bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 6; 13.

²¹ Jhering'in burada benimsemiş olduğu görüş daha sonradan "*amaç sözleşme teorisi (Zielvertrags-theorie)*" şeklinde adlandırılmıştır. Bkz. aş. II. Bölüm, B 2 b (1).

²² Jhering'in olumsuz zarardan sorumluluğu temellendirmek üzere ortaya attığı bu fikrin isabetli olmadığını; çünkü böyle bir düşünce silsilesi içinde, tazminat talebinin olumsuz değil, ancak olumlu zarara yönelik olabileceğini ileri süren görüş için bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 40-43.

²³ Müşterek hukuk dönemine ait culpa in contrahendo teorisinin uygulama alanı, zamanla Alman doktrini ve uygulaması tarafından genişletilmiştir. Culpa in contrahendo teorisinin Alman hukukundaki gelişim süreci için bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 55 vd.; Bohrer, **a.g.e.**, s. 97 vd.; 145 vd.

Jhering, culpa in contrahendo teorisini oluştururken, teorisinin bugünkü uygulama alanından yalnızca belirli bir kısmına değinmiştir; yani sözleşme görüşmeleri sırasında öne çıkan davranış yükümlülüklerinin tamamını sistematik bir biçimde incelemiş değildir. Eserine koyduğu başlıktan da anlaşılacağı gibi (*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*), Jhering, sadece hükümsüz (kurulmamış ya da geçersiz) hukukî işlemler açısından sorunu ele almıştır. Jhering'in culpa in contrahendo'yu böyle dar bir çerçevede incelemesi, o dönemde oldukça güçlü olan irade teorisinden kaynaklanmaktadır. Zira yazar, bu teorisinin etkisiyle culpa in contrahendo incelemesini, taraflar arasında yöneltilmesi gerekli irade beyanları, özellikle de bağlayıcı icap sonrasındaki evreye hasretmiştir. Bkz. Uslan, **a.g.m.**, s. 286.

Daha sonradan gene Alman doktrininden Franz Leonhard, "*culpa in contrahendo*" ifadesi yerine "*sözleşmenin kurulması sırasındaki kusur*" kavramını önermiş ve bu tarzda bir sorumluluğun, Jhering'den farklı olarak ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür. Zira yazara göre, sözleşmenin geçersiz olması durumunda, herhangi bir sorumlulu-

rulmamasına neden olduğu hâllerde, ortaya çıkan yükümlülüklerin kaynağını yine o hükümsüz sözleşmede aramak hiç de mantıkî değildir. Bu hukukî sonuçların dayanağı, amaçlanan hükümsüz sözleşme olmayıp; başka bir şey olmalıdır²⁴.

2. Sebebiyet Verme Teorisi

Bu teoriye göre²⁵, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, sebebiyet verme prensibine dayanmaktadır. Tıpkı Jhering gibi anılan görüşteki yazarlar da, kaynaklarda kendilerine pozitif temeller bulabilmek amacıyla sorunu hep Roma hukukuyla bağlantılı olarak incelemişlerdir²⁶. Ancak Jhering'den farklı olarak, sebebiyet verme teorisi, sorumluluğun doğumu için kusurun varlığını gerekli görmemiştir. Bir zarara sebebiyet veren kimse, zararın meydana gelmesinde kusurlu olup ol-

ğa ihtiyaç yoktur. Sözleşmenin kurulması sırasındaki özen yükümlülüklerinin kapsamı, BGB § 242'de yer alan dürüstlük kuralına göre tespit edilir. Bu yükümlülükler, sadece açıklama ve bilgi vermeye ilişkin olmayıp, haksız fiil açısından korunan menfaatleri de kapsar; ancak bunların yalnızca kusurlu olarak ihlali tazminat sorumluluğuna yol açar. Bkz. Franz Leonhard, **Verschulden beim Vertragsschlusse**, Berlin, Vahlen, 1910, s. 3 vd.; 58 vd.

Zamanla doktrin ve uygulama, her iki yazarın farklı yöndeki görüşlerini birleştirmiştir. Nitekim bugünkü klâsik öğretiyeye göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin kurulup kurulmamasından ya da geçerli olup olmamasından bağımsız bir nitelik taşımakta ve salt sözleşme görüşmelerine başlamakla taraflar arasında MK.m.2 uyarınca doğmaktadır. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğu, sadece hükümsüz sözleşmeler için değil; ayrıca geçerli bir şekilde yapılmış hukukî işlemler (culpa in solvendo hakkındaki açıklamalarımız için bkz. aş. II. Bölüm, dn. 165) için de uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 7; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 359; Eren, **a.g.e.**, s. 1084; Ulusan, **a.g.m.**, s. 285-286; Kırca, **a.g.e.**, s. 166; BGE 77 II 135 vd.; RGZ 104, 267; 107, 362; 159, 54 vd.

²⁴ Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 539 vd.; Larenz, **a.g.e.**, s. 109; Ali Naim İnan, "Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukukî Sebeplerini İzzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma", **Adalet Dergisi**, Ocak 1954, Yıl: 45, S. 7-8, s. 1003; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 101, dn. 11; Rona Serozan, "**Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**", MHAD Yeni Seri – Yıl: 1, No.3'den Ayrı Bası, İstanbul 1968, s. 6; Ulusan, **a.g.m.**, s. 300, dn. 62; 306-307; Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa in Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1985, C. 11, S. 1-2, s. 245; Cem Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, C. IV, S. 1-2, s. 349.

²⁵ Melliger, **a.g.e.**, s. 145 vd.

²⁶ Melliger'in Roma hukuku kaynaklarına dayanarak ileri sürdüğü sebebiyet verme prensibini, Regelsberger, eski Alman örf ve âdet hukukuna dayanarak yeniden ileri sürmüştür. Önceleri garanti sözleşmesi teorisi taraftarı olan yazarın daha sonradan ortaya attığı bu farklı düşünce doktrininde pek kabul görmemiştir. Zira Regelsberger, sorumluluğun hangi zarar türüne (olumlu zarara mı yoksa olumsuz zarara mı) yönelik olduğu hususunu açık bırakmıştır. Ayrıca yazarın, hem kullandığı kaynaklar kuşkulu hem de teorisi içerik olarak soyut ve sınırsız nitelikte görülmüştür. Bkz. Brock, **a.g.e.**, s. 166 vd.; Scherrer, **a.g.e.**, s. 12; Keller, M., **a.g.e.**, s. 62-63; Silbermann, **a.g.e.**, s. 13-14; Ulusan, **a.g.m.**, s. 296.

madığına bakılmaksızın, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü sayılmıştır (*objektif sorumluluk*).

Roma hukuku kaynaklarını baz alarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin sebebiyet verme esasına dayandığını söylemek, açıkça ne kabul edilebilir ne de reddedilebilir²⁷. Fakat kesin olan şudur ki, Roma hukukundaki ana prensip, kusura dayanan sorumluluktadır (*sübjektif sorumluluk*); sebebiyet verme sorumluluğu ancak istisnai olarak uygulama alanı bulmaktaydı²⁸. Dolayısıyla Roma kaynaklarındaki kusurun varlığını inkâr ederek, objektif sorumluluk esasına dayanan genel bir prensip ortaya koymak mümkün değildir²⁹.

3. Sözleşme Teorisi

Bu teoriye göre, amaçlanan hukukî ilişki meydana gelmiş olmasa da, taraflar arasında görüşmeler sırasında bir sözleşme kurulmuştur. Bu sözleşmenin kurulması için, iradelerin birbirine uygun olmasına da ihtiyaç yoktur; irade uyuşması sadece hukukî ilişkinin varlığı bakımından gereklidir. İrade uyuşması olmamasına rağmen taraflar arasında kurulduğu kabul edilen sözleşme, edim borcu değil, sadece meydana gelen olumsuz zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü doğurur.

Dikkat edileceği üzere, sözleşme teorisi³⁰, olumsuz zararın sözleşmesel sorumluluk doğurduğu sonucuna, Jhering'in culpa in contrahendo teorisinden farklı olarak, tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşmeden (amaçlanan sözleşme kuramından) yola çıkarak varmamaktadır.

Sözleşme teorisinin ileri sürülmesindeki başlıca neden, günlük hayatın doğurduğu pratik ihtiyaçlara cevap verebilmek gayesidir. Zira bu teoriyi savunan yazar-

²⁷ Keller, M., *a.g.e.*, s. 47.

²⁸ Roma hukuku tarihi boyunca sorumluluk prensipleri bakımından devamlı değişme ve gelişmeler yaşanmıştır. Borçlunun içinde bulunduğu hâl ve şartları dikkate almayan objektif sorumluluk prensibi, Roma hukukunun eski devirlerinde, klâsik hukuk ve Bizans hukukuna oranla daha fazla uygulama alanı bulmaktaydı. Iustinianus hukukunda ise, kusur esasına dayanan sübjektif sorumluluk prensibi hâkim durumdaydı. Objektif sorumluluğun uygulandığı hâller, Roma hukukunun bu son devrinde sadece bir istisna niteliğindedir. Bkz. Rado, *a.g.e.*, s. 35-37.

²⁹ Silbermann, *a.g.e.*, s. 13; Scherrer, *a.g.e.*, s. 11-12; Keller, M., *a.g.e.*, s. 48-51.

³⁰ Bu teoriyi savunan yazarlar için bkz. Keller, M., *a.g.e.*, s. 52, dn. 86 ve Scherrer, *a.g.e.*, s. 8, dn.7'de belirtilenler.

lara göre, borçlandırıcı sözleşme kavramı ve onun esasları, gündelik hayatın gerekle-riyle uyum içinde değildir; onları karşılamaktan uzaktır.

Hukuk düzeninin benimsemiş olduğu sözleşme kavramının dışına çıkan bu teoriyi tasvip etmek mümkün değildir. Gerçi hukukumuzda da, irade uygunluğu ol-madan sadece beyanların uyuşması ile sözleşmenin kurulması mümkündür³¹; ancak bu durum (sözleşmenin kurulması), kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Hâl-buki sözleşme teorisi, olumsuz zarardan sorumluluğa ulaşabilmek amacıyla, ancak bir kusurun varlığı hâlinde sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varmaktadır³². Bunun yanı sıra, taraflar arasında herhangi bir hukukî ilişkinin meydana gelmediğini; sadece bir sözleşmenin kurulmuş olduğunu söylemek de pek isabetli değildir. Çünkü sözleşme, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin temelidir; amaçlanan hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu, sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığıyla yakından alâkalıdır. Eğer bir sözleşmenin kurulduğu kabul ediliyorsa, onunla bağlantılı sonuç-ların da benimsenmesi hem hukukî hem de mantıkî bir zorunluluktur³³.

Sözleşme teorisinin aksadığı bir diğer nokta ise, birbirine uygun irade beyan-larının hiç bulunmadığı (yokluk) hâllerdir³⁴. Bu tarz durumlarda, olumsuz zarardan sorumluluk yine ayrı bir sözleşme temelinde açıklanacaksa, uygun irade beyanlarının yokluğuna rağmen taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmuş olduğunu farazî olarak kabul etme zorunluluğu ortaya çıkacaktır³⁵. Böyle bir çözümün ise, isabetli olmayaca-ğı aşikârdır.

³¹ Örneğin açıklamada yanılma hâllerinde, irade uyuşması olmamasına rağmen karşılıklı beyanların uygunluğu sayesinde sözleşme kurulmuş olmaktadır.

³² Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 52-53.

³³ Taraflar arasında hükümlerini doğuran ayrı bir sözleşmenin kurulduğu kabul ediliyorsa, artık olumsuz zararın değil, olumlu zararın tazmininden bahsetmek gerekir.

³⁴ Aslında belirtmek gerekir ki, sözleşmenin geçersiz olarak kurulduğu ya da sonradan geçersiz hâle geldiği durumlarda, sözleşme teorisi ile Jhering'in culpa in contrahendo teorisi arasında olumsuz zararın hukukî niteliği açısından pratik olarak bir fark bulunmamaktadır.

³⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 54.

4. Garanti Sözleşmesi Teorisi

Garanti sözleşmesi teorisine göre³⁶, bir sözleşmeyi yapan kimse, sözleşmenin geçerliliği hususunda karşı tarafta yaratmış olduğu güvenin olumsuz sonuçlarından sorumlu olmalıdır. Zira diğer tarafın bilmediği ve bilmesinin gerekmediği hükümsüzlüğün meydana getirdiği sonuçlardan sorumlu olmayı taraflar örtülü (zımnî) olarak üstlenmişlerdir. Buna göre, olumsuz zarar ile sorumlu olan kimse, yarattığı güvenin yıkılmasına (boşa çıkmasına) neden olan davranışlarından kaynaklanan zararı tazmin etmeyi garanti etmiş sayılmaktadır. Anılan teori uyarınca, asıl sözleşmenin yapıldığı esnada taraflar arasında bir de yan sözleşme meydana gelmektedir; asıl sözleşme geçersiz olduğu takdirde, bu sözleşmenin geçerliliğine güvenerek zarar gören tarafın uğramış olduğu kayıplar, örtülü olarak kurulduğu kabul edilen ve olumsuz menfaatin karşılanmasını hedefleyen garanti sözleşmesi uyarınca tazmin edilir.

Dikkat edileceği üzere bu hukukî yapı içerisinde, bir sözleşmeyi kurmak niyetinde olan tarafların, dürüstlük kuralının gereği olarak ayrıca garanti sözleşmesinin yapılmasına yönelik iradelerinin de bulunduğu faraziyesinden hareket edilmektedir.

Garanti sözleşmesi teorisine karşı getirilecek en önemli eleştiri şudur ki³⁷, olumsuz zarar sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde söz konusu olduğuna göre, sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumundan da bahsedilemez³⁸. Ayrıca bu görüş, somut olaylarda da uygulanabilecek nitelikte değildir. Zira taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında mümkün olduğu mertebe kendi menfaatlerini korumaya çalıştıklarından, örtülü olarak böyle bir garanti sorumluluğunu üstlenmeyi de pek düşün-

³⁶ Bkz. Brock, **a.g.e.**, s. 151; Hildebrandt, **a.g.e.**, s. 39; Melliger, **a.g.e.**, s. 112, dn. 2; Walther Zweig, **Die Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluss**, Breslau, Steindruckerei, t.y., s. 12, dn. 23; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 5, Scherrer, **a.g.e.**, s. 8; Bohrer, **a.g.e.**, s. 100-101; Keller, M., **a.g.e.**, s. 54, dn. 94 ve Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 238'de anılan yazarlar.

Garanti sözleşmesini savunan yazarlardan Windscheid, sonradan bu teoriyi terk ederek, sorumluluğun doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığını (*ex lege*) ileri sürmüştür. Bu husustaki açıklamalar bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 5; Scherrer, **a.g.e.**, s. 8; 10-11.

³⁷ Garanti sözleşmesi teorisi, Roma hukuku açısından da yetersizlikler göstermektedir. Çünkü, örtülü olarak meydana geldiği kabul edilen bir garanti sözleşmesine dayanarak dava açmak, Roma hukukunda mümkün değildi (*pacta nuda*); dava edilebilen bir sözleşme hâline gelebilmesi için stipulatio şekline sokulması gerekirdi. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 55.

³⁸ Keller, M., **a.g.e.**, s. 56.

mezler³⁹. Dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesi bakımından tarafların garanti sorumluluğunu üstlendiklerini söylemek, çoğu zaman mümkün değildir⁴⁰.

5. Vekâlet Sözleşmesi Teorisi

Müşterek hukuk doktrininde önerinin geri alınması ihtimali için ileri sürülen vekâlet sözleşmesi teorisi⁴¹, aslında olumsuz zarardan sorumluluğun genel esaslarını belirlemek amacıyla ortaya atılmış değildir. Zaten bu hukukî yapı içinde olumsuz zararın tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin niteliğini açıklamaya çalışmak, isabetli bir değerlendirme tarzı da olmazdı⁴². Zira vekil, vekâleti yürüttüğü sırada yapmış olduğu masrafları isteyebilirken, daha elverişli sözleşme tekliflerini kaçırmamasından kaynaklanan kâr mahrumiyetini talep edemez⁴³. Hâlbuki, olumsuz zararın kapsamına sadece fiilî zararlar (*damnum emergens*) değil, ayrıca başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan zararlar (*lucrum cessans*) da girmektedir⁴⁴.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, olumsuz zararın tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin niteliğini vekâlet sözleşmesi çerçevesinde açıklamaya çalışmak, zarar görene tanınan korumanın her zaman eksik kalmasına neden olacaktır⁴⁵.

³⁹ Hiç şüphe yok ki, taraflar, asıl sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkacak olan olumsuz zararın giderilmesi hususunda garanti sözleşmesi de yapabilirler. Bu hususta bkz. aş. II. Bölüm, B 1.

⁴⁰ Scherrer, **a.g.e.**, s. 8; Keller, M., **a.g.e.**, s. 57; Zweig, **a.g.e.**, s. 12-13.

⁴¹ Bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 118, dn. 1; Brock, **a.g.e.**, s. 158; Hildebrandt, **a.g.e.**, s. 38 ve Keller, M., **a.g.e.**, s. 58, dn. 102'de belirtilen yazarlar.

⁴² Önerinin geri alınması hâli için ileri sürülen vekâlet sözleşmesi teorisi, sözleşmelerin kuruluşu bakımından da kabul edilebilir nitelikte değildir. Zira öneride bulunan kimse, muhatabına vekâlet vermemektedir; sadece onu sözleşme önerisini kabul etmeye davet etmektedir. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 58-59.

Tartışmalı olmakla beraber kabul edilen görüşe göre, öneri hukukî niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 186, dn. 38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 83-84.

⁴³ Scherrer, **a.g.e.**, s. 8-9; Keller, M., **a.g.e.**, s. 59-60; bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 151 vd.

⁴⁴ Bu hususta bkz. aş. IV. Bölüm, A 2 b.

⁴⁵ Hatta öyle ki, olumsuz zararın, iradenin yokluğu ya da taraflardan birisinin fiil ehliyetinin bulunmamasından ötürü meydana geldiği hâllerde, vekâlet sözleşmesi teorisi hiçbir koruma sağlamayacaktır. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 60.

6. Sözleşme Dışı Sorumluluk Teorisi (Actio Doli)

Jhering tarafından ortaya atılan culpa in contrahendo teorisindeki kusurun varlığına kuşkuyla yaklaşan ünlü hukuk düşünürü Mommsen, sözleşmeden doğan sorumluluğu kabul etmemiş ve ancak satıcının kasıtlı (dolus) davranışları söz konusu olduğunda sorumluluğuna gidilebileceğini ileri sürmüştür. Mommsen'in bu görüşüne göre⁴⁶, Roma hukuku sadece kastı (dolus)⁴⁷ borçlandırıcı bir sebep olarak tanımıştı; dolayısıyla sözleşmenin geçersizliği nedeniyle meydana gelen zararlar da, ancak actio doli⁴⁸ çerçevesinde tazmin edilebilir.

Önceden de belirttiğimiz gibi, Roma kaynaklarında, olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin olarak herhangi bir açıklık bulunmadığından, bu hususta temel bir prensibin ya da bir istisnanın geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir⁴⁹. Bu sebeple, Roma hukukuna dayanarak olumsuz zarardan sorumluluğu actio doli ile açıklamak isabetli bir yaklaşım tarzı değildir. Ayrıca zarar verenin kastını gerektiren actio doli teorisi⁵⁰, tatmin edici çözümler vermekten de uzak niteliktedir. Zira olumsuz zararı doğuran olaylarda⁵¹, yalnızca çok nadir hâllerde zarar verenin kastından söz edilebilir; onun kusuru çoğunlukla ihmal derecesinde kalmaktadır.

Bu teori taraftarlarının, Roma hukuku açısından kasıt (dolus) ile ağır ihmali (culpa lata) eş değer tutmaları da, bir başka eleştiri konusudur. Zira Roma kaynaklarda buna dair herhangi bir kesinlik bulunmamaktadır⁵².

⁴⁶ Friedrich Mommsen, **Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse**, Braunschweig, Schwetschke, 1853, s. 122 vd. Pek taraftar bulamamış bu teoriyi savunan diğer yazarlar için bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 122, dn. 1; Scherrer, **a.g.e.**, s. 10, dn. 12 ve Keller, M., **a.g.e.**, s. 60, dn. 113'de anılanlar.

⁴⁷ Roma hukukunda aldatma anlamına gelen dolus tabiri, sonradan geniş bir mana kazanarak her türlü haksız hareket etme niyetini (kastı) ve hatta dürüstlük kuralına aykırı hareketleri ifade etmek için kullanılmıştır. Bkz. Rado, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁸ *Actio doli*, bir işlemi aldatmanın etkisiyle yapmış olan kimsenin yüklenmiş olduğu mükellefiyetlerden kurtulabilmesi için, aldatan tarafa bir sene zarfında açabileceği *arbitraria praetor* davasıdır. Ayrıca verdiği sözü tutmayan kötüniteliyle aleyhine de açılabilen ve meydana gelen zararın dört mislinin verilmesini gerektiren, şerefsizliğe neden olan davadır. Bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁹ Keller, M., **a.g.e.**, s. 61.

⁵⁰ Zarar görenin, davalı konumundaki zarar verenin daima kastını ispat etmek zorunda olması, bu teorinin bir başka yetersizliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 61.

⁵¹ Olumsuz zarara yol açan zarar verici olay için bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b.

⁵² Silbermann, **a.g.e.**, s. 13; Scherrer, **a.g.e.**, s. 9; Keller, M., **a.g.e.**, s. 61. Türk doktrininde Rado'ya göre, Iustinianus hukukunda dolus ile culpa lata genellikle aynı hükümlere tâbi tutulmuştu. Bkz. Rado, **a.g.e.**, s. 39; 41.

7. Dürüslük Kuralı Teorisi (Bona Fides)

Müşterek hukuk doktrinde fazlaca benimsenmemiş olan bu teorinin temsilcileri⁵³, geçersiz sözleşmelerden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünü sadece dürüslük kuralına (*bona fides*)⁵⁴ dayandırmıştır⁵⁵.

Hâlbuki doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi⁵⁶, olumsuz zarardan sorumluluğun dürüslük kuralı aracılığıyla açıklanmaya çalışılması, onun hukukî zeminini kaybetmesine sebebiyet verir. Zira dürüslük kuralı, bir tazminat talebinin hukukî sebebini tek başına oluşturamaz; o sadece en üstte yer alan bir prensip olarak her türlü hukukî ilişkinin yönelmiş olduğu adalet düşüncesinden çıkarılan bir talep niteliğindedir.

⁵³ Bkz. Silberman, **a.g.e.**, s. 14, dn. 2; Melliger, **a.g.e.**, s. 143, dn. 1; Scherrer, **a.g.e.**, s. 9-10, dn. 11-12; Hildebrant, **a.g.e.**, s. 42 ve Keller, M., **a.g.e.**, s. 63, dn. 122'de yer alan yazarlar.

⁵⁴ *Bona fides* tabiri, iyiniyet, sadakat, dürüslük ve namuslu olma anlamına gelir. Yani bugünkü anlamı itibarıyla burada söz konusu olan MK.m.2'deki dürüslük kuralıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, *bona fides* esasının uygulandığı borç ilişkilerinin sayısı zaman içinde gittikçe artmış olmasına rağmen, Roma hukukunda dürüslük kuralı, bugünkünden farklı olarak bütün Medenî hukuku kapsayan genel bir prensip hâline gelmemiştir. Bkz. Rado, **a.g.e.**, s. 52-53.

⁵⁵ Önceleri sadece hileli davranışlar nedeniyle söz konusu olan sorumluluk, Roma devletinin büyümesine paralel bir biçimde gelişmiş ve daha ince bir nitelik kazanmıştır. Şöyle ki, salt aldatmaya dayalı sorumluluk türünün yetersizliği dolayısıyla *bona fides*'e aykırı davranışların da sorumluluğa tâbi tutulması düşüncesi zamanla Roma öğretisinde benimsenmiştir. Böylece yalnızca kasıtlı davranışlar değil, ayrıca ihmal derecesindeki fiiller de *bona fides*e aykırı olarak kabul edilmiştir. Bkz. Zweig, **a.g.e.**, s. 1-2; Ulsan, **a.g.m.**, s. 293.

⁵⁶ Scherrer, **a.g.e.**, s. 9-10; Keller, M., **a.g.e.**, s. 63; ayrıca bkz. ve karşı. Silberman, **a.g.e.**, s. 14.

B. MÜŞTEREK HUKUK SONRASI GÜNÜMÜZE KADAR OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN TEORİLER

1. Genel Olarak

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesinde, birbirinden farklı iki yol izlenebilir: Ya arzu edilen belirli bir hukukî durumdan hareket edilerek istenilen sonuca ulaşmayı sağlayacak hukukî bir yapı aranır ya da böyle bir sonuçla ilgilenmeksizin olumsuz zarardan sorumluluğunun hukukî niteliği araştırılır⁵⁷. Gerek yasama yetkisinin kullanılmasında gerek bilimsel alanda savunulacak teorilerde, bu iki usulden hangisinin benimseneceği kural olarak bir tercih sorunudur. Ancak bu hususta yapılacak tercihte, tam bir serbesti de bulunmamaktadır. Zira hem kanunumuzdaki hükümlerin pek esnek olmaması hem de olumsuz zarardan sorumluluk bakımından öne çıkan ortak bir hukukî anlayışın bulunmaması, birinci yolun benimsenmesini güçleştirmektedir. Dolayısıyla olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesinde ikinci yolun benimsenmesi, yani belirli bir sonuca ulaşmak gayesinden uzak bir şekilde araştırma yapılması, bize daha isabetli gözükmemektedir.

Bu inceleme yapılırken, kanun koyucunun düzenlemelerini göz ardı etmek, onlardan bağımsız olarak bir şeyler söylemek elbette ki mümkün değildir. Çünkü olumsuz zarardan sorumluluk bakımından, Borçlar Kanunumuzda (BK.m.8/f.II, 26f.I, 29/f.II⁵⁸, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I, 108/f.II, 396/f.II, 466/f.II) tıpkı Alman hukukunda (örneğin, BGB §§ 122/f.I, 179/f.II, 1298) olduğu gibi çeşitli hâller için birbirinden farklı düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin BK.m.26'ya göre, sözleşmenin yapılma sebebiyle iptalinde olumsuz zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zarar verenin kusurlu olması gerekmektedir. Hâlbuki BK.m.29/f.II ile BK.m.39/f.I'de ise, olumsuz zarardan sorumluluk için kusurun varlığı gerekli görülmemiştir.

Bununla birlikte kanunumuzdaki farklı düzenlemelerin varlığı, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin, –BK.m.108/f.II'deki sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumluluk hariç olmak üzere⁵⁹- aynı hukukî zeminde ince-

⁵⁷ Scherrer, *a.g.e.*, s. 13.

⁵⁸ Karş. Simonius, *Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages*, s. 274.

⁵⁹ Bkz. aş. II. Bölüm, B 3 a.

lenmesine yine de engel değildir⁶⁰. Ayrıca tazminat yükümlülüğünün kusura dayanması ya da dayanmaması, bu bakımından ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmemektedir⁶¹. Zaten olumsuz zarar kavramını ilk kez sistematize eden müşterek hukuk doktrininde de, sorun bütüncül açıdan ele alınmış, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, ayrı ayrı değil, hep aynı hukukî yapı içerisinde incelenmiştir.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin hukukî niteliğinin ne olduğunu araştırmadan evvel şunu söylemek gerekir ki, taraflar, amaçladıkları sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan güven kayıplarının tazmin edilmesi yönünde garanti sözleşmesi yapabilirler⁶². Gerçi sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar genelde kendi menfaatlerini en üst düzeyde korumak istediklerinden, somut olaylarda böyle bir şeyle pek karşılaşılmaz; ama yine de, bu tarzda bir garanti sözleşmesinin yapılmasına hukuken bir engel yoktur⁶³. Örneğin ihale yoluyla yapılan sözleşmelere konulan iki ihale arasındaki bedel farkının, ihalenin feshine neden olandan isteneceği yönündeki kayıtlar hep bu niteliktedir. Yapılması amaçlanan sözleşmenin geçersiz olması, garanti sözleşmesinin de geçersiz olmasını gerektirmez⁶⁴. Çünkü garanti sözleşmesinde, edim değil, tazminat yükümlülüğü taahhüt edilmektedir. Görüşmeler evresinde taraflarca bir garanti sözleşmesi yapılmış olduğu takdirde⁶⁵, olumsuz zarardan sorumluluğun, başkaca ek şartlar aramaksızın borca aykırılık kurallarına (BK.m.96 vd.) tâbi olacağı şüphesizdir⁶⁶. Dolayısıyla aşağıdaki açıklamalar, yalnızca olumsuz zarardan sorumluluk hakkında bir garanti sözleşmesinin yapılmadığı hâlleri kapsamaktadır.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; Rabel, **a.g.m.**, 320-321; aksi görüş için bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 15-16.

⁶¹ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BK.m.39 düzenlemesi hakkında benzer yöndeki açıklamalar için bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 116.

⁶² Keller, M., **a.g.e.**, s. 57; Rabel, **a.g.m.**, s. 316.

⁶³ Hatta olumsuz zarardan sorumluluğu güvence altına alan kefalet ya da rehin gibi şahsî ve aynı teminatlar da verilebilir.

⁶⁴ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 262, dn. 67.

⁶⁵ Böyle bir ihtimalde, olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için gerekli olan şartlar mevcut olmasa (örneğin zarar gören iyiniyetli değilse) bile, garanti veren, karşı tarafın olumsuz zararını tazmin etme borcu altına girer. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 58.

⁶⁶ Bkz. aş. II. Bölüm, C.

2. İleri Sürülen Teoriler

Müşterek hukuku takiben modern hukuk doktrininde de, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâlleri açıklamak üzere birbirinden farklı birçok teori ileri sürülmüştür. Olumsuz zararın meydana geliş tarzı itibarıyla, borca aykırılık ve haksız fiil hükümlerinin uygulama alanlarının teorik sınırında yer alması, belli bir hukukî sonuca hedefleyen görüşlerde bazı varsayımlardan hareket edilmesine yol açmıştır. Bu bağlamda, öğreti ve uygulamada hararetli tartışmalar yaşanmış ve bugüne kadar herkesin üzerinde görüş birliğine vardığı bir sonuca henüz ulaşılamamıştır. Bu hâliyle olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin hukukî niteliğinin belirlenmesi meselesi, borçlar hukukunun dogmatik açıdan en çetrefilli alanlarından birisidir.

Ortaya atılan teorilerin neler olduğuna geçmeden önce şu hususa önemle dikkat çekmek gerekir: Tipik anlamdaki olumsuzdan zarar sorumluluğun temelinde sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılması, bir başka ifadeyle sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlal edilmesi olgusu bulunduğu⁶⁷, bu konu, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan kaynaklanan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ile de çok yakın bir ilişki içindedir. Bilindiği üzere, Jhering tarafından ortaya atılan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna göre⁶⁸, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte taraflar arasında, MK.m.2'deki dürüstlük kuralı gereği birbirlerine karşı özen gösterme yükümlülüğü doğar. Taraflar veya yardımcıları, diğer yanın sözleşme yapma iradesini etkileyebilecek hususlar hakkında aydınlatıcı doğru bilgiler verme, karşı sözleşenin ve onun koruma alanında bulunan üçüncü kişilerin şahıs ve malvarlığı değerlerini zarardan uzak tutmak için gerekli tedbirleri alma borcu altına girerler. Bir taraf, bu yükümlülüklerine aykırı hareket ederek açıklanması gereken hususları açıklamaz, yanlış bilgi verir, gereken dikkati

⁶⁷ Tipik olumsuz zarardan sorumluluk hakkında bkz. aş. III. Bölüm, B.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Silbermann, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 3 vd.; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 357 vd.; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 192-193; Larenz, **a.g.e.**, s. 105 vd.; Uluşan, **a.g.m.**, s. 284 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 5 vd.; Serozan, **Müşpet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 38-42; Hans Stoll, "Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo", **Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, s. 435 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 35; 69-70; 321 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 9-10; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 99 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 975 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1083 vd.; İnan, **a.g.m.**, s.878 vd.; Yılmaz, s. 234 vd.; Baygın, **a.g.m.**, s. 345 vd.

göstermez veya sözleşme yapma niyeti bulunmaksızın görüşmelere girişirse, karşı tarafa verdiği zarardan ötürü sorumlu olur. Buradaki sorumluluğun dayanağı, sözleşmenin kurulmasından önceki veya kuruluşu sırasındaki kusurlu davranışla karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır⁶⁹.

Dolayısıyla olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesine ilişkin olarak aşağıda yer alan görüşler, aynı zamanda culpa in contrahendo sorumluluğunu açıklamak üzere doktrinde ileri sürülen teorilerin bir özeti⁷⁰.

a. Haksız Fiil Teorisi

Önceleri İsviçre doktrininde kendisine önemli ölçüde yer bulan, fakat günümüzde artık pek fazla taraftarı kalmamış olan bu teoriye göre⁷¹, olumsuz zararı taz-

⁶⁹ Alman hukukunun etkisiyle artık İsviçre ve Türk hukuklarında da culpa in contrahendo sorumluluğunun bir güven sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Kurt Ballerstedt, “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, **AcP** 151, 1950/1951, s. 501 vd.; 507; Bohrer, **a.g.e.**, s. 145 vd.; Canaris, **a.g.e.**, s. 532; 539; Claus-Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen”, **JZ**, 1965, s. 476 vd.; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 61; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 1; Nirk, **a.g.m.**, s. 73; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 108-109; Hartmann, **Die Rückabwicklung**, Rn. 729; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 71; Peter Gottwald, “Die Haftung für culpa in contrahendo”, **JS**, 1982, s. 878; August Simonius, “Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre”, **Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1942, s. 242; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 233; 323; 806; Bruno Schmidlin, “Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung?”, **Festschrift für Franz Bydlinski**, Wien, Springer Verlag, 2002, s. 416; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 945; 959 vd.; Kurca, **a.g.e.**, s. 137 vd.; Walter, **a.g.m.**, s. 292; bkz. ve karşı Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teilbd. V/1a: Allgemeine Einleitung und Art. 1-17 OR**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1973, Art. 1, Rn. 589.

Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD., 01.12.2005 t., E. 2005/2865, K. 2005/11959 (YKD., 2006, S. 5, s. 787).

⁷⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 19 vd.; 64 vd.; Silbermann, **a.g.e.**, s. 22 vd.; Dieter Medicus, “Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, Schulthess, 1989; s. 205 vd.; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 361 vd.; Walter Erman, “Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen”, **AcP** 139, 1934, s. 273-336; Karl Larenz, “Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo”, **Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag**, Berlin, Duncker&Humboldt, 1975, s. 397 vd.; İnan, **a.g.m.**, s. 878 vd.; Ulsan, **a.g.m.**, s. 301 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 116 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1085-1087; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 323-324.; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 243 vd.; Baygın, **a.g.m.**, s. 347 vd.

⁷¹ Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 232 vd.; 276, dn. 10; 277 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 101 vd.; Max Keller/Christian Schöbi, **Das schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s. 42 vd.; Scherrer, **a.g.e.**, s. 24-25; özellikle 26 vd.; 69 vd.; Piotet, **a.g.m.**, s. 225 vd.; Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, 2. Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, 1992, Rn. 144 vd.; Koller, **a.g.e.**, s. 150, dn. 583; Rn. 393 vd.; 813; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 57-

min etme yükümlülüğü, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin BK.m.41'in özel bir görünüm biçimidir⁷². Sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüklerinin, herkese karşı gösterilmesi gereken kimseye zarar vermeme (*neminem laedere*) ve güveni sarsma tarzındaki *genel yükümlülükten* farklı bir yanı yoktur. Sözleşme görüşmelerine giren tarafların düşüncelerini açıklarken, karşı tarafca yanlış yorumlanabilecek tutum ve davranışlardan sakınmaları, herkesten uyulması beklenen soyut özen yükümünün bir gereğidir.

Yine bu görüşe göre, sözleşmesel bir sorumluluktan bahsedebilmek için, öncelikle geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin mevcut olması gerekmektedir. Sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar arasında henüz bir sözleşme mevcut olmadığından, bu esnadaki kusurlu davranışlar, sözleşmenin ihlali anlamına gelmemektedir; görüşülen sözleşmenin daha sonradan kurulmuş ve hatta ifa edilmiş olması da sonucu değiştirmez. Çünkü sözleşme olmadan sözleşmesel sorumluluktan da söz edilemez. Bu nedenle, culpa in contrahendo sorumluluğu, haksız fiil hükümlerine (BK.m.41 vd.) tâbi olmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ile Yargıtay da, eski kararlarında bu görüşten yana tutum sergilemiştir⁷³.

BK.m.41'in uygulanması için gerekli olan hukuka aykırı eylemin tespitinde haksız fiil teorisini savunan yazarlar arasında bir birlik olduğu söylenemez. Bazı yazarlar⁷⁴, hüküm ifade etmeyen bir sözleşmenin kurulmasını, başlı başına hukuka aykırı bir eylem olarak kabul ederken; diğer bazıları⁷⁵, geçersiz bir sözleşmenin yapıl-

60 (ancak yazar zamanaşımı süresi bakımından bir ayırım yapmakta, Borçlar Kanununda düzenlenmiş culpa in contrahendo'nun görünüm biçimlerinde (BK.m. 26, 31/f.III, 36/f.II, 39) zamanaşımı süresinin BK.m.125'e tâbi olduğunu; diğer hâllerde ise BK.m.60'daki sürenin uygulanacağını ileri sürmektedir); ayrıca bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37.

⁷² İşaret etmek gerekir ki, Fransız öğretisi ve uygulamasındaki baskın görüş, -yeni bazı yazarlar dışında- geçersiz sözleşmelerden doğan tazminat taleplerini, hâlâ haksız fiil sorumluluğuna ilişkin 1382 Cc hükmüne dayandırmaktadır. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rainer Hornung, **Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, s. 221 vd.

⁷³ BGE 36 II 203; 40 II 372; 45 II 554; 49 II 64 vd.; Yarg. HGK., 21.12.1966 t., E. 1966/3-134, K. 1966/326 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁴ Scherrer, **a.g.e.**, s. 30-31.

⁷⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 91-92; 95; 101 vd. Yazara göre, sadece güvenin ihlal edilmesi, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez; aksi takdirde bir hakkın kullanılmasından ibaret olan sözleşmenin iptalini de hukuka aykırı olarak kabul etmek gerekirdi; yine güvenin uyandırılması da tek başına hukuka aykırı olarak görülemez. Hukuka aykırı davranış, sözleşmenin kurulacağına ya da geçerliliğine yönelik olarak taraflardan birinde güvenin uyandırılması ve daha sonradan bunun ihlal edilmesidir (güvenin uyandırılması + güvenin ihlali). Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 87.

masını değil; bu sözleşmenin hüküm ifade edeceği (kurulacağı yahut geçerli olacağı) yönünde karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasını, hukuka aykırı eylem olarak nitelendirmektedir.

Olumsuz zararın ortaya çıkış anı bakımından, yanılma hâlinde sözleşmenin iptal edilmesi (BK.m.26) veya yetkisiz temsilde icazet verilmemesi gerekmede (BK.m.39) ise de, bunlar tazminat talebinin hukukî niteliğini belirlemede etkili olamaz. Zira tazminat yükümlülüğü, her ne kadar sözleşmenin iptalinin ya da sözleşmeye icazet verilmemesinin doğrudan doğruya bir sonucu olsa da, iptal yahut icazet vermeme, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı davranışın nedensellik sürecinde sadece bir unsur niteliğindedir⁷⁶. Tazminat yükümlülüğü, iptal veya icazet vermeme nin sonucunda değil; sözleşmenin iptaline imkân veren yanılma ya da icazet verilmeyen sözleşme yüzünden meydana gelmektedir. Yani sözleşmenin hükümsüz olması, tazminat yükümlülüğüne yol açmaktadır; geçersizliğin hangi sebepten kaynaklandığının, burada herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Haksız fiil teorisi çerçevesinde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, BK.m.41'in özel bir görünüm biçimi olarak ele alındığından, hukuka aykırı davranış (hükümsüz sözleşme) dışında haksız fiile ait diğer şartların da (kusur, zarar, nedensellik bağı) somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple, haksız fiil teorisini savunan yazarlar, kusursuz sorumluluğu düzenleyen BK.m.29/f.II ve 39/f.I hükümlerini, kendileriyle tutarlı olmak adına haksız fiil benzeri olarak kabul etmektedirler⁷⁷.

Meseleye BK.m.41 çerçevesinde yaklaşan haksız fiil teorisinin olumsuz zardan sorumluluğa etkilerini şu şekilde özetlemek mümkündür⁷⁸:

—Yardımcı şahısların sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu eylemlerinden ötürü sorumluluk BK.m.55'e tâbidir⁷⁹.

⁷⁶ Scherrer, **a.g.e.**, s. 29; Keller, M., **a.g.e.**, s. 98.

⁷⁷ Scherrer, **a.g.e.**, s. 26; 32; Keller, M., **a.g.e.**, s. 94-95; 102; 104.

⁷⁸ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 9; Keller, M., **a.g.e.**, s. 105-107; Scherrer, **a.g.e.**, s. 77 vd.

⁷⁹ Haksız fiil teorisini savunan yazarlardan Simonius, daha sonraki başka bir çalışmasında, BK.m.55 hükmünün doğurduğu elverişsiz sonuçlar nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğunun borca aykırılık hükümlerine tâbi olmasını önermiştir. Bkz. Simonius, **Die Bedeutung des Vertrauensprinzips**, s. 242-243.

—Olumsuz zarara uğrayan davacı, zarar veren davalının kusurunu ispatlamalıdır; meğerki aksi yönde açıkça bir düzenleme mevcut olsun (BK.m.8/f.II).

—Tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için davalının ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir (MK.m.16/f.II); ayrıca sözleşme yapma (tam fiil) ehliyeti aranmaz. Örneğin sınırlı ehliyetinizin yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği hâllerde, MK.m.16/f.III gereğince BK.m.39'daki olumsuz zarardan sorumluluk, sınırlı ehliyetliler bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁸⁰. Zira MK.m.16/f.III, sınırlı ehliyetlilerin haksız fiillerinden sorumlu olduklarını açıkça hükme bağlamıştır. Sınırlı ehliyetli, kendi kanunî temsilcisinin (veli veya vasisinin) rızası olmadan bir başkası adına yetkisiz temsilci olarak sözleşme yapmışsa, haksız fiil teşkil eden bu davranışından ötürü karşı tarafın uğradığı olumsuz zarardan MK.m.16/f.III ve BK.m.39 uyarınca sorumlu olacaktır.

—Olumsuz zararın tazminine yönelik talep hakkı, BK.m.60'daki bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir. Bir yıllık sürenin başlangıcı, zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği andır. Tazminat talebi, her hâlde zarar verici eylemin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (BK.m.60)⁸¹.

Bütün bu açıklamalar neticesinde şunu vurgulamamız gerekir ki, haksız fiil teorisi, taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla kurulan güven temeline dayalı özel hukukî ilişkiyi görmezlikten gelmektedir. Zira sözleşme görüşmeleriyle birlikte dürüstlük kuralından doğan davranış yükümlülükleri, herkese karşı değil; sadece görüşmelerin karşı yanını oluşturan belirli bir kişiye yöneliktir. Böylece görüşmeciler, MK.m.2'den kaynaklanan özel hukukî ilişki nedeniyle herkes için geçerli olan soyut özen yükümünden daha fazlasını birbirlerine göstermek zorundadırlar; aralarındaki yoğun güven ilişkisi, daha özel ve somut koruma yükümlülüğünün karşılıklı olarak gösterilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla işlek bir caddede otomobil kullanan sürücünün trafikte göstermek zorunda olduğu yükümlülükleri, söz-

⁸⁰ Olumsuz zarardan sorumluluğu borca aykırılığa dayandıran görüş bakımından ise sonuç çok farklıdır. Bkz. aş. II. Bölüm, C 3.

⁸¹ Haksız fiil teorisi taraftarı olan Simonius, BK.m.26/f.I için BK.m.60 hükmünü uyguladığı hâlde, aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen olumlu zarara yönelik talebi, BK.m.125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi tutmaktadır. Zira yazar, BK.m.26/f.II'yi sözleşmesel bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 279.

leşme görüşmelerine girişenlerin yerine getireceği davranış yükümlülükleriyle eşdeğer tutmak mümkün değildir.

Nitekim 2002 yılında yapılan reform sonrasında haksız fiil teorisi, Alman hukukunda yasal olarak da reddedilmiş durumdadır. Zira Alman öğretisi ve uygulamasında yıllardan beri hâkim olan görüş⁸², BGB reformuyla birlikte pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur (BGB § 311/f.II-III). Sözleşme görüşmelerini hukukî işlem benzeri bir borç ilişkisi olarak tanımlayan bu yeni düzenleme sayesinde, görüşmeler aşamasında ortaya çıkan güven ilişkisinin genel davranış yükümlülüklerinden ayrı olarak korunması gerektiği; bir başka ifadeyle, görüşmeler evresinde gösterilmesi gereken dikkat ve özenin haksız fiil kurallarıyla korunan genel davranış yükümlülüklerinden daha yoğun nitelikte olduğu benimsenmiştir. Şöyle ki, BGB § 311/f.II hükmü, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla ya da benzer işlemsel temaslarla birlikte, § 241/f.II'deki yükümlülükleri içeren sözleşme benzeri bir borç ilişkisinin meydana geleceğini açıkça kabul etmektedir. Hatta BGB § 311/f.III'e göre, bu tarzda bir sözleşme benzeri borç ilişkisi sadece sözleşme tarafı olacak kişiler arasında değil, yaratıkları özel güven sayesinde sözleşme görüşmelerini ya da sözleşmenin kuruluşunu önemli ölçüde etkileyen üçüncü şahıslarla da oluşmaktadır.

Bütün bu açıklamalar bize şunu göstermektedir ki, sözleşme görüşmeleri aşamasında ortaya çıkan güven ilişkisine ayrı bir hukukî değer tanımayan haksız fiil teorisi, artık borçlar hukuku alanında yaşanan gelişmelerin çok gerisinde kalmıştır.

Ayrıca salt hüküm ifade etmeyen bir sözleşmenin yapılması olgusunu, BK.m.41 anlamında hukuka aykırı bir eylem olarak kabul etmek de doğru bir yaklaşım tarzı değildir⁸³; meğerki aldatma veya korkutmada olduğu gibi⁸⁴ haksız fiilin

⁸² İsviçre'nin aksine Alman doktrininde haksız fiil teorisi hiçbir zaman fazlaca benimsenmemiştir. Bu görüş, sadece BGB'nin 1900 yılında yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde ve Alman İmparatorluk Mahkemesinin çok eski kararlarında (bu kararlar için bkz. Silbermann, **a.g.e.**, s. 30, dn. 1; Zweig, **a.g.e.**, s. 14, dn. 28) savunulmuştur.

⁸³ Keller, M., **a.g.e.**, s. 95; 101; Rabel, **a.g.m.**, s. 302; 317 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 287, dn. 2; 344, dn. 65.

Hatta Rabel'e göre, geçersiz bir sözleşmenin yapılması eğer haksız fiil olarak kabul edilseydi, BK.m.41'in kasıt ile ihmali eşdeğerde tutan düzenlemesi nedeniyle, karşı tarafın yanılmaya düşmesine kusuruyla sebebiyet veren kimsenin de tazminatla sorumlu tutulması gerekirdi. Hâlbuki BK.m.26 hükmü, yanılmaya sebebiyet verenin değil, sadece yanılmaya düşerek sözleşmeyi iptal eden tarafın tazminat sorumluluğunu düzenlemiştir (Bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 318). İlerde ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, karşı tarafın sözleşme görüşmelerindeki kusurunu dikkate almayan bu

şartları ayrıca gerçekleşmiş olsun. Zira geçerli bir sözleşmenin kurulmasını talep yetkisi veren herhangi bir hak, borçlar hukukumuzda kural olarak bulunmamaktadır. Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu istisnai hâller dışında, MK.m.2'deki dürüstlük kuralına dayanarak da bu hususta bir yükümlülüğün bulunduğu sonucuna varılamaz⁸⁵. Çünkü dürüstlük kuralı, olumsuz zarardan sorumluluğa rengini veren güvenin korunması düşüncesinin temelini oluşturmaktan öte bir anlama sahip değildir⁸⁶. Dolayısıyla hüküm ifade etmeyen bir sözleşmenin yapılmasında BK.m.41 anlamında bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Ayrıca, geçersiz bir sözleşmenin yapılmasını zarar verici olay olarak kabul etmek, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin kapsamı açısından eksik bir değerlendirmedir. Zira olumsuz zarardan sorumluluk, sadece geçersiz bir sözleşmenin yapıldığı hâller ile sınırlı değildir; sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlal edildiği bütün hâller olumsuz zararın kapsamına dâhildir. Sözleşmenin hangi sebepten ötürü hükümsüz olduğu burada önemli değildir. Örneğin taraflar arasındaki görüşmeler neticesinde herhangi bir sözleşme kurulmuş olmasa dahi (yokluk mevcut olsa bile) olumsuz zarardan sorumluluk yine de söz konusu olabilir; yeter ki sözleşme öncesi davranış yükümlülüğü ihlal edilmiş olsun. Görüldüğü üzere bu ihtimalde de, tazminat yükümlülüğüne yol açan davranış, geçersiz bir sözleşmenin yapılması değil, sözleşmenin kurulacağına dair uyandırılan güvenin ihlal edilmesidir.

görüş, İsviçre Federal Mahkemesinin eski bir kararında (bkz. BGE 69 II 234 vd.) kendisine yer bulmuş olsa da, bize göre isabetli değildir. Dolayısıyla Rabel'in BK.m.26'nın lafzından yola çıkarak ileri sürdüğü bu gerekçe, sağlam bir dayanaktan yoksundur. Nitekim haksız fiil teorisini savunan yazarlar da buna işaret etmektedirler. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 26-27; Keller, M., **a.g.e.**, s. 95-96.

Fakat burada hemen vurgulamak gerekir ki, bu yazarların, yanılmaya sebebiyet veren tarafın tazminat sorumluluğunun ancak haksız fiil teorisinin kabulüyle mümkün olacağını söylemeleri de doğru değildir; zira borca aykırılık kuralları çerçevesinde de aynı sonuca pekâlâ varılabilir.

⁸⁴ Bu ifadeden, aldatma ve korkutmanın her zaman haksız fiil niteliği taşıdığı sonucunu çıkarmamak gerekir. Zira haksız fiilin unsurlarının bulunması, bu hukukî kurumlara başvurulabilmesi için gerekli bir şart değildir. Aldatma ve korkutma hâllerine iptal sonucunun bağlanması, aldatma ve korkutmanın etkisi altında yapılan sözleşmelerin hukuka veya ahlâka aykırı olmasından değil, taraflardan birinin karar verme özgürlüğüne müdahale yapılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebepten de, sözleşmenin iptali için, aldatan veya korkutmanın haksız fiil ehliyetine sahip olması da gerekli değildir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 319; Zekeriyâ Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 2003, s. 124.

⁸⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 95; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 5.

⁸⁶ Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu istisnai hâllerde de, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran olay, geçersiz bir sözleşmenin yapılması değil; dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülüğe aykırı davranıştır.

Bazı yazarların bu eleştirilerden sıyrılmak için, geçersiz bir sözleşmenin yapılması olgusu yerine, uyandırılan güvenin ihlal edilmesini hukuka aykırı eylem olarak kabul etmeleri de, haksız fiil teorisini haklı çıkarmaya yeterli bir gerekçe değildir. Çünkü sözleşme görüşmeleri dolayısıyla uyandırılan güvenin boşa çıkarılması, kimseye zarar vermemek yönündeki genel davranış yükümünün değil, ancak görüşmeler arasındaki somut özen yükümünün ihlali niteliğinde görülebilir. Şöyle ki, uyandırılan güveni boşa çıkarmama yönündeki davranış yükümü, herkese karşı değil, bu güvenin oluşumuna sebebiyet veren sözleşme görüşmelerine katılan belli bir kimseye karşı gösterilmek zorundadır. Bu nedenle, sözleşme görüşmelerine yabancı olan şahısların, hukuken korunması gereken haklı güvenlerinden işin doğası gereği bahsedilemez.

b. Sözleşme Teorisi

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin sözleşmeden kaynaklandığını ileri süren ve İsviçre’de pek kabul görmeyen bu teorinin çıkış noktası esasında Alman doktrinidir⁸⁷. Sözleşme teorisinin Alman hukukunda bu kadar çok benimsenmesinin altında yatan başlıca neden, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde yer alan BK.m.41 tarzında genel bir hükmün, haksız fiiller alanında Alman hukukunda mevcut olmamasıdır⁸⁸. Ayrıca BGB’de olumsuz zararı düzenleyen hükümlerin (BGB § 122, 179/f.II) sözleşmelerden doğan borç ilişkileri altında düzenlenmiş olması nedeniyle bunların, olumsuz zarardan sorumluluk bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.

Sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa borca aykırılık kurallarının uygulanmasını savunan yazarlar arasında bir birlik olmadığı için, sözleşme teorisi kendi içinde bazı alt başlıklara ayrılmaktadır:

⁸⁷ Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 532 vd.; diğer yazarlar için ayrıca bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 17, dn. 25’de ve Keller, M., **a.g.e.**, s. 76, dn. 30’da belirtilenler. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. Christian von Bar, “Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?”, **JuS**, 1982, s. 637 vd.

⁸⁸ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 22; Ulsan, **a.g.m.**, s. 301.

İsviçre ve Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere yönelik genel yaklaşımından (*allgemeiner Deliktstatbestände*) farklı olarak, BGB münferit haksız fiil olgularını (*die einzelnen Deliktstatbestände*) tek tek saptama yoluna gitmiştir. Bkz. Ulsan, **a.g.m.**, s. 282-283; 301.

(1) Kurulacak Sözleşme Teorisi (Amaç Sözleşme Teorisi)

Sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu, borca aykırılık temeline oturtan görüşler içinde en eskisi olan “amaç sözleşme teorisi (Zielvertragstheorie)”, öncelikle culpa in contrahendo teorisinin kurucusu Jhering ve daha sonradan Franz Leonhard tarafından savunulmuştur⁸⁹. Bu teorisinin en önemli özelliği, sözleşme öncesi dönemde taraflar arasında geçen görüşmelere, haksız fiil teorisinin aksine somut bir nitelik tanınması ve bunları kurulacak olan sözleşmenin içeriğine dâhil etmesidir. Zira bu teoriye göre, sözleşme öncesi dönemde gösterilmesi gereken yükümlülüklerin, kurulacak sözleşmeden ayrı, ondan bağımsız bir niteliği yoktur; hatta tam tersine bu yükümlülükler, geçerli olarak meydana gelmesi amaçlanan sözleşme ile bir bütünlük oluşturmaktadır. Buna göre, sözleşme görüşmeleri ve kurulması amaçlanan sözleşme bir bütün olup; sözleşme öncesi yükümlülükler sonradan doğacak olan sözleşmeye dâhildir. Sözleşmeden dolayı sorumlu olan borçlu, görüşmelerdeki davranışlarından da sorumlu olmalıdır. Çünkü sözleşmenin kurulmasından önce taraflar arasında cereyan eden temasların, ileride kurulacak sözleşmeye bir geçit hazırlamaktan başka bir işlevi yoktur.

Sözleşme görüşmeleri ile geçerli olarak kurulması istenen sözleşmeyi bir bütün olarak ele alan bu görüş, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin bazı eski kararlarında kendisine yer bulmuştur.⁹⁰

⁸⁹ Jhering, **a.g.e.**, s. 27 vd.; Leonhard, **a.g.e.**, s. 3 vd.; 58 vd.

Ancak burada şunu gözden kaçırmamak gerekir ki, aynı teorisinin temsilcileri olsa da, her iki yazarın savundukları fikirler aslında birbirine taban tabana zıttır. Şöyle ki, Jhering, sadece geçersiz sözleşmelerde, Leonhard ise, yalnızca geçerli sözleşmelerde culpa in contrahendo sorumluluğunu öngörmüştür (bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 23). Her ikisini, “amaç sözleşme teorisi” ortak çatısında buluşturan sebep, sözleşme önce yükümlülüklerin kaynağını tarafların kurmayı istedikleri (üzerinde görüşmelerin yürütüldüğü) sözleşmeden çıkarma yoluna gitmeleridir.

⁹⁰ RGZ 95, 60.

Başlangıçta Alman İmparatorluk Mahkemesi, culpa in contrahendo sorumluluğunu sadece hükümsüz sözleşmeler için uyguladığından, culpa in contrahendo ile geçerli sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluk birbirinden ayrı olarak ele alınmaktaydı. Öyle ki, İmparatorluk Mahkemesi, 24.09.1918 tarihindeki kararına (RGZ 95, 58 vd.) kadar culpa in contrahendo ile sözleşme öncesi kusur kavramları arasında herhangi bir bağlantı kurmamıştı. Bu zamana kadar yanlış bilgi verme hâlleri, sözleşme yükümlülüklerinin önceye etkisi ve bunun yanında bilgi verme sözleşmesinden doğan bağımsız sorumluluk düşüncesi ile ele alınmış, mutlak hukukî değerlerin ihlalinde, sözleşme benzeri bir hukukî ilişkinin varlığı kabul edilmişti. Sözleşmenin önceye etkisi ve sözleşme benzeri hukukî ilişki kavramlarının kullanıldığı bütün bu hâller, İmparatorluk mahkemesinin 22.06.1936 tarihinde verdiği bir karardan (bkz. RGZ 151, 357) itibaren, sözleşme görüşmeleriyle

Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağını, taraflar arasında kurulması istenen sözleşmede bulan amaç sözleşme teorisi, daima geçerli bir sözleşmenin kurulmasını gerektirmesi; geçerli bir sözleşmenin mevcut olmadığı hâllerde ise yetersiz kalması nedeniyle oldukça eleştirilmiştir. Zira culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamına giren birçok hâlde taraflar, bu görüşmelerin kendilerini bir sözleşmeye ulaştırıp ulaştırmayacağını bilmedikleri gibi, geçerli olarak kurulduğunu zannettikleri sözleşme kendilerince bilinmeyen bir sebepten ötürü hükümsüz de olabilir. Dolayısıyla söz konusu teori, dayandığı hukukî yapı itibarıyla soruna sadece kısmî bir çözüm getirebilmiştir⁹¹.

(2) İşlem Sorumluluğu Teorisi

Bu teoriyi benimseyen yazarların gerekçeleri birbirinden değişik olsa da, şu sonuç üzerinde görüş birliğine varmışlardır: Sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu olarak verilen zararlardan kaynaklanan tazminat talebi, amaçlanan asıl sözleşmenin kurulmasına bağlı değildir; sorumluluk, kurulması amaçlanan sözleşmeden bağımsız olarak tek taraflı ya da iki taraflı bir hukukî işlemde doğmaktadır⁹². Zira, görüşme-

kurulan bütünsel nitelikteki sözleşme benzeri güven ilişkisine dayandırılmıştır. Bkz. Bohrer, **a.g.e.**, s. 117-118; Kırca, **a.g.e.**, s. 163 vd.

⁹¹ Zweig, **a.g.e.**, s. 10 vd.; Silbermann, **a.g.e.**, s. 24; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 191; İnan, **a.g.m.**, s. 1003-1004; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 362; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 21; Ulsan, **a.g.m.**, s. 306; Baygın, **a.g.m.**, s. 349.

⁹² İşlem sorumluluğu teorisi çerçevesinde, sözleşme öncesindeki ilişkilerin niteliği üzerinde fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş, sözleşme öncesindeki işlemleri iki taraflı, diğer bir görüşe ise, tek taraflı olarak nitelendirmektedir:

a) Sözleşme öncesi dönemi iki taraflı ilişkiler olarak niteleyen görüşe (*Haftungsvertragstheorien*) göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun temeli, sözleşme öncesi dönemde tarafların karşılıklı olarak “*ihbar ve haber verme yükümlülükleri*” ile bağlandıkları örtülü bir sözleşmeye dayanmaktadır. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğunun, sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen bu örtülü sözleşmenin ihlalden doğduğu kabul edilmektedir. Sözleşme görüşmeleri aşamasında, taraflar arasında örtülü bir sözleşme bulunduğu varsayımından hareket eden bu yaklaşım tarzı, “*amaç sözleşme teorisi*”nin geçersiz sözleşmelerde yarattığı eksikliği gidermeye yönelmiş, Alman İmparatorluk Mahkemesinin örtülü sözleşmeyi açıkça kabul eden kararları sayesinde de büyük bir gelişme göstermiştir (RGZ 82, 337 vd.; 114, 289 vd.). Bu görüşü savunan yazalar için bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 17, dn. 25; Keller, M., **a.g.e.**, s. 76, dn. 30; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 191, dn. 5 ve İnan, **a.g.m.**, s. 1005-1006’da anılanlar.

b) Sözleşme öncesi dönemi tek taraflı hukukî ilişki olarak niteleyen görüşe (*Eintrittstheorien*) göre ise, sözleşme öncesindeki görüşmeler, kurulmak istenen sözleşmeden bağımsız ve örtülü olarak meydana gelen tek taraflı bir hukukî işlem niteliğindedir. Doktrinde Heinrich Stoll’un öncülüğünü yaptığı bu görüş, özellikle de öneri aracılığı ile kurulmak istenen sözleşme ilişkilerinde, tarafların dürüstlük kuralı uyarınca imkânsızlıkları bildirme yükümlülüğünü kendisine ana fikir olarak seçmiştir. Buna göre, önerinin yapılmasıyla, daha doğrusu sözleşme görüşmelerine başlama talebi ile taraflar arasında tek taraflı bir hukukî işlem görünümünde olan borç ilişkisi oluşmaktadır. Bkz. Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 532 vd.; Silbermann, **a.g.e.**, s. 25-26; 33.

ler sırasında taraflar arasında “sözleşme görüşmeleri hukukî ilişkisi” (*Das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*) meydana gelmekte olup, sözleşmenin kurulduğundan önceki kusurlu davranışlar, bu borç ilişkisine aykırılıktan doğan sorumluluğa neden olmaktadır.

Açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, işlem sorumluluğu teorisi, Jhering ve Leonhard’ın fikirlerinden farklı olarak, sözleşme görüşmeleri ile bu görüşmeler aracılığıyla ulaşılmak istenen hukukî işlem arasında bir ayırım yapmakta ve böylece sözleşme görüşmelerini özel bir hukukî işlem olarak kabul etmektedir.

İşlem sorumluluğu teorisi, müşterek hukuk doktrininde savunulan garanti sözleşmesi teorisinden⁹³ büyük oranda etkilenmiştir. Dolayısıyla evvelden yapmış olduğumuz eleştirileri, bu teoriye karşı da ileri sürmek pekâlâ mümkündür: Sözleşme öncesi sorumluluğun bağımsız bir hukukî işlem olma niteliğini, tarafların farazî iradelerinden çıkarması nedeniyle işlem sorumluluğu teorisi, Borçlar Kanunumuzdaki temel prensiplerle bağdaşmamakta ve bu hâliyle keyfî bir nitelik taşımaktadır⁹⁴. Zira aydınlatma ve koruma yükümlülükleriyle donanmış tek ya da iki taraflı bir hukukî işlemden bahsedebilmek için, öncelikle tarafların bu yönde hukukî işlem yapma iradelerinin bulunması gerekmektedir. Hâlbuki olumsuz zarardan sorumluluğun söz konusu olduğu hâllerde, tarafların bu tarzdaki iradeleri ancak çok ender durumlarda ispatlanabilir.

c. Bağımsız Sebeplerden Doğan (Kendine Özgü) Sorumluluk Teorisi

Sözleşme görüşmelerindeki kusurdan kaynaklanan sorumluluğu açıklamak üzere ileri sürülen haksız fiil ve sözleşme teorilerinin, gerek dogmatik gerek pratik

Culpa in contrahendo’dan doğan sorumluluğu, bağımsız tek taraflı bir hukukî ilişkiye dayandıran giriş teorisi, bu hukukî işlemlerin neden tek taraflı olduğunu; bir başka ifadeyle, sözleşme görüşmelerindeki hukuksal ilişkinin doğumu için tek taraflı da olsa bir hukukî işlemin niçin gerekli olduğunu ve ayrıca ortaya çıkan yükümlülüklerin nasıl ve hangi ölçüde doğduğunu kanıtlayabilmiş değildir. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 109, dn. 11; İnan, **a.g.m.**, s. 1010; Uluşan, **a.g.m.**, s. 309; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 101-102, dn. 13; Bohrer, **a.g.e.**, s. 126-127; ayrıca bkz. Tamer İnal, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, İstanbul, Kazancı, 2004, s. 73.

İşlem sorumluluğu teorisi hakkında daha ayrıntılı bilgiler için bkz. İnan, **a.g.m.**, s. 1004 vd.; Uluşan, **a.g.m.**, s. 307 vd.

⁹³ Bkz. yuk. II. Bölüm, A 4.

⁹⁴ Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 191; Scherrer, **a.g.e.**, s. 17-18; Keller, M., **a.g.e.**, s. 77; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 362; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 21; İnan, **a.g.m.**, s. 1007; Uluşan, **a.g.m.**, s. 308; Baygın, **a.g.m.**, s. 350.

ihtiyaçlar açısından bazı yetersizliklere sebebiyet vermesi, bu hususta yeni fikirlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bu bağlamda, culpa in contrahendo sorumluluğunu doğrudan doğruya kanuna dayandırma yönünde bir takım çabaların doktrin ve uygulamada etkin bir rol oynadığını görmekteyiz. Yasal borç ilişkisi olarak da adlandırılabilir bu görüş⁹⁵, son zamanlarda kendisine daha fazla taraftar toplamış durumdadır.

Haksız fiil-hukukî işlem ayrımının yarattığı engelleri aşma uğraşısı içinde olan bu teoriye göre, olumsuz zarar tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, ne haksız fiil ne de sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır; burada kanunî düzenlemeler gereğince bağımsız sebeplerden doğan bir sorumluluk hâli söz konusudur. Yani kanun koyucu, culpa in contrahendo bakımından, sözleşme ve haksız fiil arasında kendine özgü, üçüncü bir sorumluluk kategorisi yaratmıştır. Fakat bu sorumluluk hakkında genel bir hüküm bulunmadığı için kanunda boşluk bulunmaktadır. Görüşmeler sırasında taraflar arasında oluşan özel hukukî ilişkinin (*eine rechtliche Sonderverbindung*) niteliğine ilişkin olarak ortaya çıkan bu boşluk, yine kanunda yer alan diğer hükümler (MK.m.2, BK.m.26/f.I, 39/f.I) örnek alınmak suretiyle doldurulmaktadır⁹⁶.

Bu teorinin en fazla eleştiriye uğrayan yönü⁹⁷, sözleşme öncesi dönemde taraflar arasındaki yoğun güven ortamından doğan özel hukukî ilişkiyi kıyas yoluyla kanuna dayandırması olmuştur. Ayrıca sözleşme ve haksız fiilin kapsamı dışında kaldığı kabul edilen culpa in contrahendo'nun yasal borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi, diğer iki borç kaynağının âdeti soyutlandığı izlenimini de uyandırmaktadır⁹⁸.

Burada hemen şuna işaret edilmelidir ki, olumsuz zarar tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin bağımsız sebeplerden doğduğunu ileri sürmek, sorumluluğun

⁹⁵ Ulsan, **a.g.m.**, s. 309 vd.; İnan, **a.g.m.**, s. 1011 vd.

⁹⁶ Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 108; 119; 134.

Belirtmek gerekir ki, yasal borç ilişkisi teorisini savunan bazı yazarlar ise, kıyas yöntemini uygulamak yerine, -bizim de benimsediğimiz gibi- culpa in contrahendo sorumluluğunu ya doğrudan doğruya dürüstlük kuralına (MK.m.2, BGB § 242) ya da hukukî görünüş prensibine dayandırmaktadır. Bu yazarlar için bkz. İnan, **a.g.m.**, s. 1012, dn. 133-134'de anılanlar; ayrıca bkz. Bohrer, **a.g.e.**, s. 149.

⁹⁷ Ulsan, **a.g.m.**, s. 311; İnan, **a.g.m.**, s. 1012-1013.

⁹⁸ Söz konusu teoriye yönelik bir diğer eleştiri ise, bu görüş kabul edildiği takdirde, culpa in contrahendo sorumluluğuna hukukî bir temel arama çabasının faydacı bir izlenimin etkisiyle yavaş yavaş kaybolacağı ve onun hukukî yapısının artık görmezlikten gelineceği olmuştur. Bkz. İnan, **a.g.m.**, s. 1013; Ulsan, **a.g.m.**, s. 311.

nitelendirilmesi bakımından başlı başına yeterli bir çözüm değildir⁹⁹. Zira uygulanacak hükümlerin tespit edilebilmesi için (zamanaşımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu, kusurun ispatı vs.), olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin, haksız fiil benzeri mi yoksa sözleşme benzeri mi¹⁰⁰ olduğunu da ortaya koymak gerekmektedir. Bu yönde açıklamalar içermeyen teoriler, sorunun aydınlatılmasında doğal olarak fazla bir değer taşımamaktadır.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin, haksız fiile ya da sözleşmeye benzediği yolundaki değerlendirmelere geçmeden evvel, Alman doktrininde Brock tarafından ileri sürülen görüşe burada kısaca değinmek gerekir. Konu hakkında en kapsamlı araştırmayı yapmış ilk yazarlardan birisi olan Brock'a göre¹⁰¹, olumsuz zarardan sorumluluk, sistematik olarak haksız fiil ile sözleşme sorumluluğunun tam ortasında yer almaktadır; dolayısıyla ne haksız fiil hükümlerinin ne de borca aykırılık hükümlerinin tamamı, olumsuz zarardan sorumluluk bakımından uygulama alanı bulabilir. Örneğin zamanaşımı ve yetkili mahkemenin saptanmasında haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını ifade eden yazar, geçerli bir sözleşmenin tâbi olduğu zamanaşımı süresini de, olumsuz zarardan sorumluluğa uygulamaktan kaçınmaktadır; bunların yerine, bazı sözleşme tipleri için öngörülen daha kısa zamanaşımı süresini uygulama eğilimindedir (eski BGB § 196/f.I, b.7).

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Brock tarafından ileri sürülen bu görüş, pek tatmin edici nitelikte değildir. Zira haksız fiil ile sözleşme hükümlerinin ortasına yerleştirilen olumsuz zarardan sorumluluk, yukarıda belirttiğimiz hukukî ihtiyaçları (zamanaşımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu, kusurun ispatı vs.) karşılamakta yeter-

⁹⁹ Scherrer, **a.g.e.**, s. 19; Keller, M., **a.g.e.**, s. 77.

¹⁰⁰ Gerek Pandekt hukukunda gerek bugünkü Medenî hukukumuzda borçların doğum sebepleri bakımından yapılan ayırımın temelinde, Roma hukuku anlayışı yatmaktadır. Şöyle ki, Roma hukukunda borçlar, esas itibarıyla iki bölüme ayrılmaktaydı: Sözleşmeden doğan borçlar (*obligationes ex contractu*) ve haksız fiilden doğan borçlar (*obligationes ex delicto*). Ancak bu ayırımın, Roma hukukunun gelişim süreci içerisinde yetersiz kalması nedeniyle, iki yan grup daha borç kaynakları arasına eklenmiştir: 1) Haksız fiil benzeri (*quasi delictum*): Haksız fiilin mevcudiyeti için gerekli şartlar (kusur) bulunmasa bile tazminat yükümlülüğünün söz konusu olmasıdır. 2) Sözleşme benzeri (*quasi contractus*): Bir sözleşmenin varlığı için gerekli irade uyuşmasının bulunmamasına rağmen içerik olarak sözleşmeden doğan borçlara yaklaşan borçlardır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 43; Rado, **a.g.e.**, s. 55-58.

¹⁰¹ Brock, **a.g.e.**, s. 195-200.

siz kalmaktadır¹⁰². Bu sebeptendir ki, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin bağımsız sebeplerden doğduğunu kabul eden diğer yazarların tümü, soruna haksız fiil veya sözleşme benzeri (*quasi delictum/quasi contractus*) noktasından yaklaşmışlardır.

(1) Haksız Fiil Benzeri Teorisi

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin haksız fiil benzeri olduğunu ileri süren bu teori, doktrinde fazlaca benimsenmiş değildir. Oser/Schönenberger¹⁰³ tarafından savunulan bu görüşe göre, olumsuz zarardan sorumluluk doğrudan doğruya kanundan doğmakta (*ex lege*) ve sözleşmesel sorumluluğa nazaran haksız fiil sorumluluğu ile daha çok benzerlikler göstermektedir. Ancak yazarlar, haksız fiil sorumluluğunu açıkça reddetmelerine rağmen, hem olumsuz zarardan sorumluluğun neden haksız fiil benzeri bir nitelik taşıdığını ayrıntılı olarak açıklamamakta hem de bu sorumluluk bakımından BK.m.41 hükümlerini uygulamaktadırlar¹⁰⁴.

(2) Sözleşme Benzeri Teorisi

Alman hukukunda BGB § 311 hükmüyle yasal bir düzenleme hâline getirilen, İsviçre ve Türk öğretisi¹⁰⁵ ile uygulamasında da¹⁰⁶ hâkimiyeti büyük ölçüde elinde

¹⁰² Scherrer, **a.g.e.**, s. 19; Keller, M., **a.g.e.**, s. 78.

¹⁰³ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 11; 13; Art. 39, Rn. 7-9.

¹⁰⁴ BK.m.41 hükmünün olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere etkileri için bkz. yuk. II. Bölüm, B 2 a.

¹⁰⁵ Rabel, **a.g.m.**, s. 317; 323 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 1; Art. 39, Rn. 5 (ancak yazar, BK.m.125'deki on yıllık zamanaşımı süresinin burada uygulanmasının çok uzun olacağını da söylemektedir); Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 323; 346; 425 vd.; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 193; 318; 404; 407, dn. 3; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 486 vd.; 593; 626-627 (sözleşme benzeri teorisini savunan von Tuhr, daha önceki tarihli bir çalışmasında haksız fiil sorumluluğundan yana görüş belirtmiştir. Bkz. Andreas von Tuhr, "Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht", **ZSR**, 38, 1897, s. 17-18; 23 vd.; ancak yazar, kendi kusuruyla yanılığa düşen temsilciden ötürü temsil olunanın sorumlu olduğu hâllerde, haksız fiile ilişkin hükümlerin yetersiz kaldığını belirterek, sözleşmesel sorumluluktan yana görüş değiştirmiştir); Walter, **a.g.m.**, s. 281-283; 295; Schmidlin, **Die Vertrauenshaftung**, s. 423 vd.; Landtwing, **a.g.e.**, s. 41-45; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 921 vd.

Türk doktrininde de bu görüş hâkimdir. Bkz. Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 6; 12 vd.; Serozan, **Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 38 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 1 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 436; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 9 vd.; Ulsan, **a.g.m.**, s. 300; 303 vd.; 311; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi), **a.g.e.**, § 1, N. 4 vd.; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 205; 979; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 117 vd.; 124; Şener Akyol, **Medenî Hukukta Uygulama Örnekleri (Borçlar Hukuku-**

bulunduran bu teoriye göre, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller (ve bu bağlamda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk), iki sebepten ötürü sözleşme benzeri bir nitelik taşımaktadır¹⁰⁷:

Bunlardan birincisi, olumsuz zarardan sorumluluğu düzenleyen hükümlerin (BK.m.26, 39), Borçlar Kanununun sistematigi içinde bulunduğu yerdir. Çünkü BK.m.26, 39 hükümleri, sözleşmeden doğan borçlar ayrımında düzenlenmiştir¹⁰⁸;

nun Genel Hükümleri), C. II, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 95; Eren, a.g.e., s. 1086-1087; Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006, N. 196; Ataay, a.g.e., s. 245-246; Tunçomağ, a.g.e., s. 212-213; Yılmaz, a.g.m., s. 250-251; Kırca, a.g.e., s. 139 vd.; Karahasan, C. 2, s. 909; Baygın, a.g.m., s. 356 vd.

Bazı yazarlar ise, açıkça bir tavır takınmayarak doktrinde savunulan görüşleri alt alta koymakla yetinmiştir. Örneğin bkz. İnal, a.g.e., s. 62 vd.

¹⁰⁶ Önceleri Jhering ve Leonhard'ın etkisiyle "amaç sözleşme teorisi"ni benimseyen Alman İmparatorluk Mahkemesi, bu teorinin yetersizliği nedeniyle sonraki kararlarında, özellikle de ünlü muşamba topu olayında, görüşmelerin başlamasıyla birlikte taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisinin kurulduğunu (*Quasivertragstheorie*) kabul etmiştir. Bkz. RGZ 78, 239-241; 95, 58 vd.; 120, 251-252; 162, 156. Çok eleştirilmesine karşın bu görüş, daha sonradan Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Bkz. BGHZ 6, 333; 66, 54; 74, 106 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi de, bazı kararlarında, sözleşmesel sorumluluk görüşünden yana tutum sergilemiştir. Bkz. BGE 68 II 303; 90 II 458; 77 II 135 vd.= Die Praxis 40, 332-333.

Türk hukuk uygulamasına baktığımızda, Yargıtay'ımız da, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme benzeri bir niteliğe sahip olduğunu isabetli bir biçimde kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 19. HD., 01.12.2005 t., E. 2005/2865, K. 2005/11959 (YKD., 2006, S. 5, s. 787); Yarg. 13. HD., 13.11.1995 t., E. 1995/9375, K. 1995/9860, (YKD., 1996, S. 4, s. 570-571); açık olmamakla birlikte ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., 21.05.1992 t., E. 1992/2492, K. 1992/4759 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹⁰⁷ Max Keller, Alman hukukunda (BGB §§ 122, 179) olumsuz zarardan sorumluluğun sözleşme benzeri nitelik taşıdığını söylemesine karşın, İsviçre hukuku bakımından haksız fiil teorisini savunmaktadır. Bize göre, yazarın bu ikili yaklaşım tarzı doğru değildir. Zira ilerde de açıklayacağımız üzere, gerek Alman gerek İsviçre hukukunda, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin temelinde, sözleşme görüşmelerinin yarattığı güven ilişkisinden doğan davranış yükümlülüğünün ihlal edilmesi olgusu bulunmaktadır. Dürüstlük kuralından doğan karşı yana zarar vermemek yönündeki bu davranış yükümünün, Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda genel nitelikte olduğunu iddia etmek hiç de yerinde değildir. Tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukuku açısından da bu davranış yükümü, güven ilişkisini meydana getiren sözleşme görüşmelerinin karşı yanına yöneliktir; bu hâliyle herkese karşı gösterilmesi gerekenden daha özel ve yoğun bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla yazarın bu gerçeği görmezden gelerek, Alman ve İsviçre hukukları arasında bir ayırım yapması ve olumsuz zarardan sorumluluğa sebebiyet veren davranış yükümlülüğünü, İsviçre borçlar hukuku açısından haksız fiil düzeyine indirmek istemesi isabetli değildir. Bkz. Keller, M., a.g.e., s. 79 vd.; 86, dn. 63; 100.

¹⁰⁸ 1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu hakkında haksız fiil hükümlerine gönderme yapan bir düzenleme mevcuttu; ancak revize edilmiş Borçlar Kanununda bu hükme yer verilmemiştir. Bkz. Landtwing, a.g.e., s. 42.

1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarısını değerlendiren uzmanlar kurulunda (1908/9) ise, yetkisiz temsile ilişkin BK.m.39'daki tazminat talebinin, sözleşmelere özgü genel zamanaşımı süresine tâbi olması (yani olumsuz zarardan doğan sorumluluğun kanunen sözleşme benzeri olarak düzenlenmesi) yönünde yapılan teklif, gereksiz olduğu; bunun zaten kendiliğinden anlaşıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. Scherrer, a.g.e., s. 20.

hâlbuki haksız fiil benzeri olan tazminat yükümlülükleri haksız fiilden doğan borçlar ayrımında yer almaktadır. Eğer kanun koyucu, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin haksız fiil benzeri bir nitelik taşıdığını kabul etmiş olsaydı, bu sorumluluğa ilişkin hükümleri de, tıpkı diğer haksız fiil benzeri sorumluluklar (örneğin BK.m.55, 56) gibi haksız fiilden doğan borçlara ait ayrımında düzenlerdi.

Ancak belirtmek gerekir ki, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin sözleşme benzeri bir nitelik taşıdığını kabul etmek için yalnızca kanunun sistematığına dayanmak, yol gösterici olmakla beraber çok yeterli bir gerekçe değildir. Zira bu kabul tarzına şu karşı eleştirileri getirmek pekâlâ mümkündür¹⁰⁹: Borçlar Kanununun birinci bölümünün birinci ayrımında sözleşmelerin kuruluşu ve hükümsüzlüğü hâlleri düzenlendiği için, sözleşmelerin hükümsüzlüğünden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun da burada ele alınmış olması, kanunun organik yapısı bakımından âdeta bir zorunluluktur. Dolayısıyla hükümlerin kanundaki yerlerine bakarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin sözleşme benzeri olduğunu söylemek, sağlam dayanaktan yoksundur. Bunun yanı sıra, Borçlar Kanununun sistematik açıdan zaten çok başarılı olduğu da söylenemez. Örneğin bir sözleşmenin söz konusu olmadığı vekâletsiz iş görmenin ve çift taraflı yetki verilmesi olan havalenin¹¹⁰, kanunun değişik sözleşme türlerine ayrılan özel borç ilişkileri kısmında yer alması bunun en açık delilidir.

Bu teori taraftarlarına göre, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin sözleşme benzeri olduğunu gösteren ikinci sebep, tazminat yükümlülüğünün, hükümsüz de olsa bir sözleşmenin kuruluşu nedeniyle ortaya çıkmasıdır. Burada saf anlamda sözleşmesel bir borca (edim içeren sözleşmeye) aykırılık değil; sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların kanun uyarınca üstlenmiş oldukları yükümlülüğün ihlal edilmesi söz konusudur. Zira sözleşme görüşmeleri, taraflar arasında güven temelinde öyle bir hukukî ilişki doğurmaktadır ki, bu ilişkiden, sözleşmenin ifasına yönelik değil, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasındaki davranışlarına ilişkin bazı

¹⁰⁹ Nitekim olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin haksız fiil niteliğinde olduğunu savunan yazarlar, bu gerekçeleri hemen karşı argüman olarak ileri sürmektedirler. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 20-21; Keller, M., **a.g.e.**, s. 99.

¹¹⁰ Havalede iç ilişkide üçüncü şahıs yararına vekâlet sözleşmesi olduğunu ileri süren farklı görüş için bkz. Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, § 9, N. 26.

kanunî yükümlülükler doğmaktadır. Buna göre taraflar, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte, karşı yanın alacağı kararlara etki eden hususlarda bilgi verme, karşı yanın hem şahsına hem de malvarlığına dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü altına girerler. Mesela hazır olmayan bir şahsa yöneltilen önerinin kabul edildiğine dair beyanın gecikmesi üzerine, öneride bulunanın, bu gecikmeyi karşı tarafa iletmesi ya da taahhüt edilen edimin konusunda imkânsızlığın mevcut olduğunu karşı tarafa bildirmesi, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sırasında kurulan güvene dayalı hukukî ilişkiden çıkan yükümlülüklerdir¹¹¹.

Görüşülmeye başlanan sözleşme kurulsun ya da kurulmasın, ister geçerli ister geçersiz olsun, taraflar arasındaki özel ve yoğun hukukî yakınlık, meydana gelen zararların tazminini her durumda mümkün kılmaktadır. Bu sonuç, kanun koyucu tarafından BK.m.26, 36 ve 39 hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Bütün bu hâllerde sorumluluk, sözleşme görüşmeleri nedeniyle taraflar arasında kurulan hukukî ilişkiye dayanmış olduğundan, geçerli bir sözleşme bulunmasa dahi tazminat talebine, haksız fiil hükümleri (BK.m. 41 vd.) değil, borca aykırılığa ilişkin hükümler (BK.m.96 vd.) kıyasen uygulanır¹¹². Başka bir ifadeyle, olumsuz zarardan sorumluluk, sözleşme görüşmelerine katılan diğer tarafa karşı üstlenilen kanunî yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğduğundan, haksız fiil yerine borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulur.

d. Karma Teori

Culpa in contrahendo sorumluluğunu farklı bir başlangıç noktasıyla ele almaya çalışan karma teori, diğer görüşlere oranla doktrinde daha yeni sayılabilecek bir eğilimdir¹¹³. Karma teoriyi savunan yazarların görüşleri arasında bazı farklılıklar olsa

¹¹¹ Alman doktrininden Ballerstedt, isabetli bir şekilde bu hukukî ilişkinin ancak karşı tarafta bir güvenin sağlanması ile oluşabileceğini vurgulamıştır. Bkz. Ballerstedt, **a.g.m.**, s. 506-507.

¹¹² Haksız fiil teorisi taraftarı olan Keller, görüşmelere katılan taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme benzeri bir nitelik taşıdığını kabul etmekle beraber, bunun olumsuz zararın hukukî niteliği üzerinde bir etkide bulunmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 89.

¹¹³ Schönerberger/Jäggi, **a.g.e.**, Art. 1, Rn. 592 vd.; Peter Jäggi, “Zum Begriff der Vertraglichen Schadenersatzforderung”, **Festgabe für Wilhelm Schönerberger**, Freiburg, Universitätsverlag, 1968, s. 193 vd.; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bd. 1, 8. Auflage, Zürich, Schulthess, 2003, Rn. 963 vd.; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 364 vd.; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 108; 119-120; Dieter Medicus, **Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, y.y., Bundesanzeiger, t.y., s. 485 vd.; Medicus, **Die**

da, hepsi ortak olarak, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî niteliğinin haksız fiil-sözleşme ayrımı çerçevesinde belirlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Çünkü burada, hukukî niteliği itibarıyla ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğu söz konusudur; sözleşme öncesi sorumluluğun mutlaka bunlardan birine tâbi olduğunu söylemek isabetli değildir.

Bu görüşü savunanlardan birisi olan Bucher, burada MK.m.2'den doğan kendine özgü bir sorumluluk hâlinin bulunduğunu ve sorumluluğun kendi özel kurallarına tâbi olduğunu; culpa in contrahendo hâllerinde, haksız fiil ile sözleşmesel unsurların bir arada bulunabileceğini ve bu birlikteliğin olaydan olaya değişiklik gösteren bir tarzda ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte yazar, yardımcı kişilerden sorumluluk ve tazminat alacağına zamanaşımı bakımından borca aykırılık kurallarının (BK.m.100 ve 125) uygulanmasının uygun olacağı kanaatinde¹¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu kabul tarzı, sonuç itibarıyla sözleşme sorumluluğuna yaklaşmaktadır.

Karma teorinin öncülerinden Peter Jäggi'ye göre ise, tartışmalı sorun yanlış biçimde ortaya konmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğun hukukî niteliğini araştırmaya gerek yoktur; bu sebeple haksız fiil ya da sözleşme teorilerinden yana bir karar vermekten de vazgeçmek gerekir. Yazara göre burada cevaplanması gereken soru şudur: Sözleşme görüşmelerinden doğan tazminat alacağı, şartları ve içeriği itibarıyla hangi biçimlere (*Modalität*) bağlıdır? Yani ihtiyaç duyulan tek şey, her somut olayda en uygun çözümü sağlayacak biçimlerin belirlenmesidir.

Jäggi'nin biçim olarak nitelendirdikleri, tazminat alacağına zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk ve ispat yükünün dağılımıdır: Yazar, bir yandan zamanaşımı bakımından sadece BK.m.60'daki bir yıllık süreyi uygulamakta, diğer yandan da yardımcı kişilerin görüşmeler sırasında verdikleri zararlardan ötürü BK.m.100'ün

culpa in contrahendo, s. 209 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 64 vd.; özellikle s. 80 vd.; Joachim G. Frick, **Culpa in contrahendo-Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie**, Zürich, Schulthess, 1992, s. 140 vd.; 150-151; ayrıca bkz. Jürgen Lauer, **Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1983, s. 363-366; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 267.

¹¹⁴ Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 286-288; ayrıca bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 70 vd.; 158 vd.; 193 vd.

işletilmesinin uygun olacağını vurgulamaktadır¹¹⁵; ispat yükünün dağılımı bakımından ise, sözleşme görüşmelerindeki kusur durumlarının birbirinden çok değişik olması nedeniyle, genel bir kural belirlemenin mümkün olmadığını söylemektedir¹¹⁶.

Jäggi'nin ortaya attığı karma (*seçmeci*) fikir, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Şöyle ki, Federal Mahkeme, kararlarında sorumluluğun hukukî niteliğine ilişkin olarak bir değerlendirmeye girmeden, Jäggi'ye göndermeler yapmak suretiyle tazminat alacağına hukukî güvenlik nedeniyle BK.m.60'daki bir yıllık kısa zamanaşımı süresini uygulamış; yardımcı kişilerden dolayı sorumlulukta da, BK.m.100 (OR 101) hükmünden yana bir tutum sergilemiştir¹¹⁷. Federal Mahkeme 1994 yılından bu yana vermiş olduğu kararlarında, culpa in contrahendo'nun güven sorumluluğu karakterini hep ön plana çıkarmış olsa da; en son tarihli bir kararında, culpa in contrahendo sorumluluğuna yine haksız fiillere ilişkin BK.m.60'daki bir yıllık zamanaşımı süresini uygulamıştır¹¹⁸.

Sözleşme öncesindeki kusurlu davranışa, haksız fiil ile sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümleri birlikte uygulamak isteyen bu karma görüşün Borçlar Kanununun sistematigiyle bağdaşmadığı açıktır¹¹⁹. Zira bir kimsenin, talebini kısmen

¹¹⁵ Schöenberger/Jäggi, **a.g.e.**, Art. 1, Rn. 594-595; bkz. ve karşı. Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 119-120; 134-135 (Hartmann, yardımcı kişilerden sorumluluk için BK.m. 55 hükmünü uyguladığı gibi, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkan iade talebinin bir yıllık süreye tâbi olmasından hareketle, tazminat talebine de bir yıllık zamanaşımı süresini uygulama eğilimindedir).

¹¹⁶ Bu açıklamalarına karşın yazarın, yine de BK.m.96 (OR 97) hükmüne öncelik verdiğini söylemek mümkündür. Bkz. Schöenberger/Jäggi, **a.g.e.**, Art. 1, Rn. 593.

¹¹⁷ BGE 101 II 269; 104 II 94; 108 II 421-422.

¹¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 09.11.2005 tarihli, 4C.354/2004 sayılı yayınlanmamış bu kararı için bkz. www.bger.ch.

Anılan karara yönelik değerlendirmeler için bkz. Niklaus Lühinger, "Die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo: Ein Beitrag aus Anlass eines neuen Bundesgerichtsentscheidings", **SJZ**, 2006, s. 197 vd.

¹¹⁹ Karma teoriyi benimseyen bazı yazarlar ise, haksız fiil ile sözleşme sorumluluğunu aynı anda uygulamak isteyen Jäggi'nin bu görüşünün bazı düzeltmelere ihtiyaç gösterdiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, culpa in contrahendo'dan doğan tazminat alacağının hangi biçimlere (*Modalität*) bağlı olduğunu değil, her somut olayda hangi sorumluluk nedeninin bulunduğunu araştırmak gerekir. Böylece culpa in contrahendo'nun, mutlaka haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilmesinden de vazgeçilmiş olacaktır; sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış, görüşmeler ile ilgili ise, sözleşme sorumluluğu, genel yükümlülüklerle aykırı ise, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin MK.m.452/f.II'de düzenlenen durum haksız fiil, BK.m.39/f.II'deki hâl ise sözleşme sorumluluğu niteliğindedir. Bkz. Reimann-Bühler, **a.g.m.**, s. 364-365; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 64 vd.; özellikle s. 80-82.

haksız fiile kısmen de borca aykırılığa dayandırması mümkün değildir. Hatta culpa in contrahendo teşkil eden hâlin, ayrıca haksız fiilin unsurlarını taşıması nedeniyle (örneğin, görüşmeler sırasında karşı tarafın vücut bütünlüğüne zarar verilmesi gibi) borca aykırılık ile haksız fiil sorumluluklarının yarışması söz konusu olsa bile, zarar gören, bunlardan birisini tercih etmek zorundadır. Hangi sorumluluk esasına dayatılmışsa, onun hükümleri bütünüyle uygulanır.

Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunu aynı potada eritmeye çalışan Jäggi'nin karma görüşü, BK.m.98/f.II düzenlemesine de aykırıdır. Çünkü kanun koyucu, BK.m.98/f.II'de, sadece haksız fiillere ilişkin hükümlerin kıyasen borca aykırılıklara uygulanmasını öngörmüştür; buna karşılık, borca aykırılık kurallarının haksız fiiller alanında uygulanmasına izin vermemiştir.

3. Değerlendirme: Olumsuz Zararı Tazmin Yükümlülüğünü Doğuran Hâllerin Nitelendirilmesinde Dayanılan Gerekçeler

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâlleri nitelendirirken, konuyu sistematik bir biçimde aktarabilmek gayesiyle değerlendirmelerimizi iki başlık altında yapacağız: İlk başlık altında, olumsuz zarardan sorumluluğun temelinde bulunan güvenin korunması düşüncesi ve bunun sonuçları ile sözleşmeden dönmeye özgü borca aykırılık hâli ele alınacak; ikinci başlık altında ise, olumsuz zarardan sorumluluğu, borca aykırılık kurallarına tâbi tutmamızı gerektiren diğer sebepler irdelenecektir.

a. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi ve Sözleşmeden Dönmeye

Özgü Borca Aykırılık

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesinde isabetli bir sonuca ulaşabilmek için, kanaatimizce Borçlar Kanunumuzun düzenleme tarzını göz önünde bulundurarak ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira İsviçre ve Türk hukuklarına ait bir özellik olarak gösterilebilecek sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumluluk, Jhering'in kurguladığı olumsuz zarardan sorum-

Belirtmek gerekir ki, bu görüş çerçevesinde, borca aykırılık hükümlerinin sağladığı avantajlar, sadece sözleşme görüşmeleriyle fonksiyonel bir bağlantı içinde bulunan culpa in contrahendo hâliyle sınırlanmış olsa da, yazarlar, culpa in contrahendo'yu genelde sözleşme sorumluluğuna daha yakın görmektedirler. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 82.

luluğunun genel çerçevesine girmemekte ve bu hâliyle olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerden farklı bir doğum sebebini bünyesinde taşımaktadır. Şöyle ki, BK.m.8/f.II, 26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I, 396/f.II ve 466/f.II hükümlerindeki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi temeline dayanırken, BK.m.108/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk, doğrudan doğruya borçlunun sözleşmeye (edim ilişkisine) aykırı davranışından doğmaktadır. Bu sebeple, bütün olumsuz zarardan sorumluluk hâllerini aynı potada eritmek yerine, bu farklılığı öne çıkaracak şekilde bir nitelendirme yapma yoluna gidilmelidir. Aşağıdaki açıklamalarda da, öncelikle olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin genelinde bulunan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine yer verilecek ve daha sonradan sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumluluğun temelinde bulunan borca aykırılığa özel olarak işaret edilecektir.

Alman hukukundaki köklü reform sonrasında BGB § 241/f.II ve § 311/f.II-III hükümleriyle pozitif bir düzenleme hâline getirilen¹²⁰, İsviçre ve Türk hukuk literatü-

¹²⁰ Alman doktrininde ortaya atılan ve daha sonradan öğretilde oldukça geniş bir kitle tarafından kabul edilen edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramı, BGB'nin modernleştirilmesine ilişkin çalışmalar sırasında § 241'e eklenen ikinci fıkra sayesinde artık yasal bir düzenleme hâline getirilmiştir. Şöyle ki, BGB § 241/f.II'ye göre, "*Borç ilişkisi, içeriğine göre, her bir tarafı, diğer tarafın haklarına, mallarına ve menfaatlerine saygı göstermekle yükümlü tutabilir*". Metninden de anlaşılacağı üzere, söz konusu hüküm, bir borç ilişkisinde sadece edim yükümlülüklerinin değil, aynı zamanda davranış yükümlülüklerinin de mevcut olabileceği açıkça öngörmektedir. Bu hüküm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Dirk Olzen, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einl zu §§ 241 ff; §§ 241-243 (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005, § 241, Rn. 379 vd.; Erman/Westermann, **a.g.e.**, § 241, Rn. 10 vd.; Peter Krebs, **Anwaltkommentar BGB, Bd. 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610**, Gesamtherausgeber: Barbara Dauner Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2005, § 241, Rn. 18 vd.

BGB § 311/f.II-III ise, § 241/f.II'de belirtilen borç ilişkisinin nasıl meydana geleceğini açıklamaktadır:

"(2) § 241/f.II'ye göre yükümlülükler içeren bir borç ilişkisi,

1. sözleşme görüşmelerine girişilmesi,
2. sözleşmenin kurulması sürecinde, bir tarafın ortaya çıkan hukukî işlem ilişkisi bakımından diğer tarafa, haklarını, hukukî değerlerini ve menfaatlerini etkileme imkânını sağlaması ya da ona bunları teslim etmesiyle veya
3. benzer işlemsel temaslar ile de meydana gelir.

(3) § 241/f.II'ye göre yükümlülükler içeren bir borç ilişkisi, bizzat sözleşme tarafı olmaması gereken kişilerle de meydana gelebilir. Böyle bir borç ilişkisi, özellikle üçüncü kişinin kendisi için özel ölçüde bir güven sağladığı ve böylece sözleşme görüşmelerini veya sözleşmenin kuruluşunu önemli ölçüde etkilediği takdirde meydana gelir".

ründe de gittikçe yaygınlaşan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi uyarınca¹²¹, birbirlerinin güvenliğini dikkate almalarını gerektirecek kadar yakın ilişki içinde olan herkes¹²², karşı yanın gerek kişi varlığına gerek malvarlığı değerlerine zarar vermemek için her türlü özeni gösterme borcu (davranış yükümlülüğü) altına

Maddenin kaleme alınış tarzından da anlaşılacağı gibi, ikinci fıkrada üç bent halinde ayrı ayrı olarak düzenlenen hâllerin, aslında birbirinden farklı olup olmadıkları; bunların hepsinin “*sözleşme görüşmelerinin başlaması*” başlığı altında toplanıp toplanamayacakları tartışılmaya değerdir. BGB § 311/f.II’deki bu ayrıntılı düzenlemenin pratik etkisi, münferit olaylarda, culpa in contrahendo sorumluluğunun kabulünü kolaylaştırmak; bu hususta ortaya çıkabilecek olası şüpheleri baştan gidermektir. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 67 vd.; Manfred Löwisch, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-f (Vertragschluss)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005, § 311, Rn. 100. Karş. Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 19.

Bu hâliyle ele aldığımızda, anılan düzenlemenin 2. bendinin kapsamına öngörüşmeler, sözleşme önerisinin sunulması vs. girer iken; 3 numaralı bentte yer alan “*benzer işlemsel temaslar*”, özellikle edim yükümü içermeyen hatır ilişkilerini, danışma sözleşmesi niteliğinde olmayan bilgi verme hâllerini, potansiyel müşterinin korunmasını, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi ve geçersiz sözleşme ilişkilerindeki davranış yükümlülüklerinin ihlalinden doğan sorumlulukları içermektedir. Bkz. KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 50; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 72; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 20 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 175; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 101 (ancak yazar, bu hükmün üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kapsamadığı düşüncesindedir. Bkz. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 161).

BGB § 311/f.II-III düzenlemesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 92 vd.; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 15 vd.; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 50 vd.; KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 37 vd.; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 11 vd.; PWW Komm/Medicus, **a.g.e.**, § 311, Rn. 63 vd.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 2, Rn. 28 vd.; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 37 vd.; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2006, s. 79 vd.; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 162 vd.; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 24; 63 vd.; Huber/Faust, **a.g.e.**, Kap. 3, Rn. 10 vd.; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 367 vd.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ve bu bağlamda culpa in contrahendo sorumluluğunun Alman öğretisi ve uygulamasındaki gelişim süreci hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bohrer, **a.g.e.**, s. 97 vd.; 145 vd.

¹²¹ Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 9-15; 104 vd.; Canaris, **Ansprüche bei nichtigen Verträgen**, s. 475-482; Canaris, **a.g.e.**, s. 532; 539; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 3 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 1 vd.; Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Rn. 133 vd.; Lackum, **a.g.e.**, s. 158 vd.; Walter, **a.g.m.**, s. 279 vd.; Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 207-208; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 54-55; 118-119; Akyol, **Çelişki Yasağı**, s. 28 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 8 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 41 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 142 vd.; 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**, Ocak-Nisan 2002, C. 28, S. 1-2, s. 75 vd. Bkz. ve karş. Spiro, **a.g.m.**, s. 631, dn. 47; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 36-37; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 278-279, dn. 245.

¹²² Hiç şüphesiz ki, kamu kurumlarının özel hukuk alanını ilgilendiren işlemlerinde de, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi uygulama alanı bulur.

girmektedir¹²³. Somut bir edim yükümü içermeyen, sadece davranış yükümlülüğünden oluşan bu borç ilişkisi, doğrudan doğruya MK.m.2'deki (Alman hukukunda BGB § 242'de yer alan) dürüstlük kuralından doğmaktadır¹²⁴.

Artık bugün için doktrinde hâkim görüş konumundaki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Federal Mahkeme, büyük yankılar yaratan leading case niteliğindeki “*Swissair kararı*”nda¹²⁵, ana ortaklığın bilgisi dâhilinde onun adını kullanarak yavru ortaklığın başkasına zarar vermesi dolayısıyla ana ortaklığın da yaratılan güvenden ötürü sorumlu olacağını belirtmiştir. Böylece bu kararlar birlikte, sözleşme görüşmelerindeki kusur, haksız fiil ile borca aykırılık arasında bir uygulama alanı olan “*güven sorumluluğu*” olarak nitelendirilmiş ve bunun sözleşme sorumluluğuna daha yakın olduğu vurgulanmıştır¹²⁶.

Yüksek Mahkeme, ayrıca diğer son kararlarında da, güven sorumluluğu kapsamında hep bu görüşten yana tutum sergilemiştir¹²⁷. Ancak hemen işaret etmek gerekir ki, Federal Mahkeme bu eğilimiyle bağdaşmayacak bir şekilde, en son bir kararında culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğu, karma teoriyi benimseyen daha önceki uygulamalarında olduğu gibi, haksız fiillere ilişkin BK.m.60'daki bir yıllık

¹²³ Güven sorumluluğunun İngiliz, Fransız ve İtalyan hukuklarındaki gelişimi ve ele alınış biçimi hakkında bkz. Loser-Krogh, **Vertrauenshaftung und Schutzpflicht**, s. 115 vd.

¹²⁴ Önceleri bu tarz yükümlülüklerin doğumu için dürüstlük kuralının yeterli olmadığı; zira dürüstlük kuralının ancak mevcut bir hukukî ilişkide uygulama alanı bulabileceği; bir hukukî ilişkiyi tek başına oluşturma gücüne asla sahip olmadığı savunulmaktaydı. Örneğin bkz. Silberman, **a.g.e.**, s. 23. Belirtmek gerekir ki, oldukça eski olan bu görüş, doktrinde çoktan terkedilmiştir.

Artık uluslararası hukuk normlarında da, sözleşme öncesi davranış yükümlülüklerine yer verilmektedir. Söz gelimi, UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art. 1.7, 2.1.15/f.II-III, 2.1.16, 3.18, The Principles of European Contract Law Art. 1:201, 2:301, 2:302, 4:117 hükümleri buna örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Loser-Krogh, **Vertrauenshaftung und Schutzpflicht**, s. 126-127; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 2, Rn. 31.

¹²⁵ BGE 120 II 331 vd.

¹²⁶ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 232; Lüchinger, **a.g.m.**, s. 199.

¹²⁷ SJ 1999, 205 vd.; SJ 2000, s. 549 vd.; SJ 2002, 164 vd.; BGE 128 III 324 vd.; 130 III 345 vd.; 121 III 350 vd. Bu son kararında Federal Mahkeme, uluslar arası müsabakalarda ülkeyi temsil etmek üzere seçilen güreşçiyi daha sonradan listeden çıkararak Federasyonun çelişkili davrandığını belirterek, Federasyonun yaratmış olduğu güvenden ötürü sporcuya karşı sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin bu husustaki örnek kararları için ayrıca bkz. Bucher, **a.g.m.**, s. 43 vd.

Ne var ki, bazı yazarlar, Federal Mahkemenin bu kararını yersiz olarak eleştirmekte ve federasyon ile güreşçi arasında özel bir ilişki bulunmadığından haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Schmidlin, **Die Vertrauenshaftung**, s. 422-423.

zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur¹²⁸. Culpa in contrahendo sorumluluğunu, sözleşme benzeri bir nitelik taşıyan güven sorumluluğunun en önemli uygulama alanı olarak gören Federal Mahkemenin zamanaşımı yönünden yine BK.m.60 hükmüne dayanması kendisi bakımından bir tutarsızlık oluşturmuştur¹²⁹.

Ünlü Alman hukukçusu Heinrich Stoll tarafından açıklığa kavuşturulan ayırım uyarınca¹³⁰, bir borç ilişkisinde aslî ve yan edim yükümlülüklerinin yanında onlardan farklı ve bağımsız olarak davranış yükümlülükleri de bulunmaktadır¹³¹. Böylece kompleks bir kavram olan borç ilişkisi, taraflar için hem edim (aslî ve yan edim) yükümlülükleri hem de davranış (koruma) yükümlülükleri¹³² doğurmaktadır. Aslî-yan

¹²⁸ Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 119.

¹²⁹ Lüchinger, **a.g.m.**, s. 200.

¹³⁰ Bu ayırımın ilk defa, Alman yazar Hugo Kreß tarafından ortaya konduğu yolundaki açıklamalar için bkz. André Pohlmann, **Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten: Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform**, Berlin, Duncker&Humblot, 2002, s. 22.

¹³¹ Bkz. Heinrich Stoll, **Die Lehre von den Leistungsstörungen**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1936, s. 26 vd.; Canaris, **Ansprüche bei nichtigen Verträgen**, s. 476-477; Larenz, **a.g.e.**, s. 9 vd.; 105 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 12 vd.; Walter, **a.g.m.**, s. 279; Läckum, **a.g.e.**, s. 158 vd.; Staudinger/Olzen, **a.g.e.**, § 241, Rn. 153 vd.; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 120 vd.; Akyol, **Uygulama Örnekleri**, s. 96-97; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 45 vd.; Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 71 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 11 vd.; Bohrer, **a.g.e.**, s. 224 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 37 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 211-212; Kırca, **a.g.e.**, s. 145 vd.; özellikle s. 155 vd.; Baygın, **a.g.m.**, s. 354 vd.

¹³² Bu yükümlülükleri ifade etmek üzere kullanılan terminolojinin bir birlik arz etmediğini, farklı kavramların kullanıldığını yeri gelmişken belirtmek gerekir. “Davranış yükümlülüğü”nin (*Verhaltenspflichten*) yanı sıra, “özen yükümlülüğü” (*Sorgfaltspflicht*) kavramı da doktrinde kullanıldığı gibi, ayırımın fikir sahibi Stoll bunları “koruma yükümlülükleri” (*Schutzpflichten*) olarak adlandırmıştır. Hatta bütün bunlar yerine zaman zaman “yan yükümlülükler” (*Nebenpflichten*) ifadesi de kullanılmaktadır (Örneğin bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 177 vd.). Ancak, “yan yükümlülükler” ifadesi, hem “yan edim yükümlülükleri” (*Nebenleistungspflichten*) kavramı ile karıştırılma tehlikesini doğurmakta hem de bu yükümlülüklerin farkını yeterince ortaya koyamamaktadır. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 10-11; 105 vd.; ayrıca bkz. Staudinger/Olzen, **a.g.e.**, § 241, Rn. 154-155; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 11-12; Eren, **a.g.e.**, s. 37 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 155.

Burada işaret edilmelidir ki, aslî ve yan edim yükümlülüğü ile davranış (*koruma/özen*) yükümlülükleri ayrımı bazı yazarlarca hiç benimsenmemektedir. Çünkü söz konusu yazarlar, aslî edim yükümlülüğü dışında doğan tüm borçları yan borç olarak nitelendirerek, bunları, aslî edim yükümlülüğüyle olan ilişkisine, özellikle de ayrı olarak talep ve dava edilip edilememesine göre bağımsız yan borçlar-bağımlı yan borçlar olarak adlandırmaktadırlar. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 4, dn. 12; s. 318, dn. 138; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 212-214; Dural/Sarı (Sarı), **a.g.e.**, s. 206, dn. 267; Sarı, **a.g.e.**, s. 303, dn. 139.

edim yükümlülüklerinin kaynağı taraflar arasındaki somut sözleşme ilişkisi iken, davranış yükümlülüklerinin dayanağı MK.m.2/f.I'deki güven ilkesidir¹³³.

Yan edim yükümlülükleri ile davranış yükümlülükleri arasındaki fark şu şekilde kendini gösterir: Davranış yükümlülükleri, edim yükümlülükleri gibi tarafların malvarlığı durumunun değiştirilmesini değil (*status ad quem*); borç ilişkisine katılanların mevcut hukukî değerlerinin korunması amacını gütmektedir (*status quo*)¹³⁴. Yan edim yükümlülükleri, aslî edim yükümü ile ilgili olup, aslî edim yükümünün sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesi amacına hizmet ederler (örneğin satış konusu malı özenle koruyarak onu gerektiği şekilde ambalajlamak). Buna karşılık davranış yükümlülükleri ise, somut edim ilişkisindeki ifa çıkarına hizmet etmezler, birbirleriyle yakın ilişkiye girmiş tarafları (hem alacaklı hem de borçluyu) her türlü zarardan uzak tutma amacına yönelmişlerdir. Buna göre, yan edim yükümlülükleri, somut edim ilişkisinin amacına göre tespit edildiği hâlde, davranış yükümlülükleri, taraflar arasındaki güven ilişkisi uyarınca belirlenmektedir¹³⁵.

Edim yükümlülüklerinin taraf iradeleriyle kurulan sözleşmeden, davranış yükümlülüklerinin ise MK.m.2 kaynaklı güven ilişkisinden doğması, şu farklılığı da ortaya çıkarmaktadır: Edim yükümlülükleri yalnızca sözleşme taraflarını bağladığı hâlde, davranış yükümlülükleri sözleşme görüşmelerine katılanlarla sınırlı değildir,

¹³³ Koruma yükümlülükleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Marina Frost, „Vorvertragliche“ und „Vertragliche“ Schutzpflichten, Berlin, Duncker&Humblot, 1981, s. 40 vd.

¹³⁴ Walter, *a.g.m.*, s. 279; Staudinger/Olzen, *a.g.e.*, § 241, Rn. 160.

¹³⁵ Ancak şunu açıkça itiraf etmek gerekir ki, bir sözleşmesel ilişkiden doğan yan edim yükümlülükleri ile davranış yükümlülüklerini birbirinden ayırmak her zaman pek kolay değildir; çünkü bunlar çoğu zaman örtüşebilirler. Bu durum, özellikle de kötü ifa hâllerinde ortaya çıkar. Örneğin, bir satış sözleşmesinin gereği olarak teslim edilen hayvan yemlerinin zehirli olması nedeniyle alıcının hayvanları zarar görmüşse, burada hem sözleşmenin hem de davranış yükümlülüklerinin ihlali söz konusu olur. Yine bir sözleşmedeki yan edim yükümlülükleri ile davranış yükümlülükleri aynı ortak amaca da yönelmiş olabilirler. Örneğin kullanımı zor ve tehlikeli olan bir makinenin satışında, kullanma talimatının alıcıya teslim edilmesi zorunluluğu, yan edim yükümlülüğü olduğu kadar (makinenin kullanımı sayesinde ifa menfaatine ulaşılması) aynı zamanda davranış yükümlülüğü niteliğindedir (alıcıyı, makinenin kullanımı sırasında ortaya çıkacak olası zararlardan korumak). Hatta kimi zaman, davranış yükümlülükleri, somut edim ilişkisinden bağımsızlığını kaybeder ve tarafların açık veya örtülü anlaşması yahut kanun hükmü gereği yan edim yükümü niteliğine bürünürler. Tarafların sözleşmede rekabet yasağı kararlaştırmaları, kiracının BK.m.256/f.1 gereğince kiralanana ve kiralanana taşınmazda oturanlara özen göstermek zoruna olması buna örnek olarak gösterilebilir. Davranış yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğüne dönüşmesinin en önemli sonucu ise, talep ve dava edilebilir hâle gelmesidir. Bkz. Canaris, *Ansprüche bei nichtigen Verträgen*, s. 477; Larenz, *a.g.e.*, s. 12; 105 vd.; Serozan, *Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*, s. 12-13; bu hususta ayrıca bkz. Staudinger/Olzen, *a.g.e.*, § 241, Rn. 157 vd.

ayrıca onların etki alanına girerek güven ilişkisine dâhil olan üçüncü kişileri de kapsamına alır¹³⁶.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin amacı ve özelliği şudur: Bir hukukî işlem kurma amacıyla temasa geçen kişiler¹³⁷, birbirlerine doğru bilgiler vermek, birbirlerini aydınlatmak¹³⁸ ve gerek bir-

¹³⁶ Borçlunun sorumluluğunda ölçüyü kaçırmamak için, üçüncü kişilerin borçlu tarafından önceden hesaba katılabilir olması şartı aranır. Örneğin, kira sözleşmesinde kiracıyla birlikte oturan aile üyeleri, taşıma sözleşmesinde yolcuyla birlikte seyahat eden yakınları veya bir oyuncak alımı için babanın yapmış olduğu satış sözleşmesinde çocukları, borçlu tarafından hesaba katılması gereken üçüncü kişilerdir. Hatta güven sorumluluğunu haklı kılan koşullar varsa, işadamlıyla malî müşavirlik bürosu arasındaki ilişkide işadamına kredi verecek bankacı ve bir malın yapımcısıyla pazarlayıcısı arasındaki ilişkide o malı satın alacak tüketici de bu koruma çevresine dâhil edilebilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 1 vd.

¹³⁷ Davranış yükümlülüklerinden ibaret olan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin doğması için taraflar arasındaki yakın temasın bir hukukî işlem kurmak amacıyla meydana gelmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Alman hukukunda Larenz'in öncülüğünü yaptığı bir görüşe göre, ancak bir hukukî işlem kurmak amacıyla yakınlaşan kimseler arasında edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi doğar; aksi hâlde kaynağını MK.m.2'de bulan bu borç ilişkisinin uygulama alanı öylesine genişler ki, haksız fiil hükümleri büyük bir oranda borca aykırılık hükümlerinin içinde erimeye başlar. “İşlemsel temas” (*geschäftlicher Kontakt*) adı verilen bu görüş çerçevesinde edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin kurulması için, sözleşme görüşmelerinin gerçek anlamda başlamasına gerek yoktur; işlemsel temas hazırlık aşamasında olsa dahi borç ilişkisi kanun uyarınca kurulmuş olur. Örneğin satın alma yönünde kesin bir kararı olmayan kimsenin “muhtemel müşteri” olarak bir mağazaya girmesi gibi. Buna karşılık, bir kimsenin yağmurdan kaçmak ya da bir arkadaşını ziyaret etmek amacıyla aynı mağazaya girmesi durumunda, “işlemsel temas” yoktur. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 14; 105; 109-110, dn.11; Canaris, **Ansprüche bei nichtigen Verträgen**, s. 478, dn. 26; 479; Canaris, **a.g.e.**, s. 442 vd.; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 102; Münch-Komm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 68; KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 46; 53; Wilhelm Weimar, “Ersatz des Personenschadens aus culpa in contrahendo”, **MDR**, 1978, s. 376-377; Luchinger, **a.g.e.**, Rn. 367; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 11-12; Kırca, **a.g.e.**, s. 156; 158; 169 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 109 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 37; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 278-279, dn. 245; Baygın, **a.g.m.**, s. 357; bu hususta ayrıca bkz. Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 209; 211; Gerhard Hohloch, “Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter?-BGHZ 66, 51”, **JS**, 1977, s. 305.

Yasal borç ilişkisinin doğumu bakımından işlemsel teması aramayan ve bu bağlamda mağazayı ziyaret eden kişinin satın alma niyetinin bulunmasını gerekli görmeyen görüş için bkz. Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 211.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin doğması için taraflar arasında bir “sosyal temas”ın (*sozialer Kontakt*) kurulması gerekli ve yeterlidir; belirli kişiler arasında meydana gelen bu “sosyal temas”ın mutlaka hukukî işlem kurma amacını gütmesi gerekmemektedir. Sözleşme görüşmelerinden bağımsız olarak bir kimsenin, belirli bir amaca ulaşmak için yaşam varlıklarını başka bir kimsenin müdahalesine, özenine ve korumasına emanet ettiği her yerde, bütünlük menfaatlerinin korunmasına yönelik davranış yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bkz. Hans Döller, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, **ZStW**, 1943, s. 67 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, 19, N. 1; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 18-20; Uluşan, **a.g.m.**, s. 287-289; 304-305; 316; ayrıca bkz. ve karşı. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Rn. 149; Gottwald, **a.g.m.**, s. 878-879; Bohrer, **a.g.e.**, s. 140 vd.; 248 vd.

birlerinin gerek etki alanlarındaki üçüncü kişilerin hem canını hem de malını koruyucu tedbirleri almak zorundadır¹³⁹. Zira kurulan veya kurulacak olan hukukî işlem sebebiyle meydana gelen işlemsel temas, taraflar arasında MK.m.2 (BGB § 242) uyarınca bir güven ilişkisi doğurmaktadır¹⁴⁰. Yakın temas nedeniyle birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerleri üzerinde etkili olma imkânını kazanan taraflar, bu güven ilişkisinin gereği olarak karşı yanı ve etki alanlarındaki üçüncü şahısları her türlü zarardan uzak tutacak davranışları gösterme yükümlülüğü altına girmektedirler. Böylece her bir taraf, diğerinin kendisine karşı dürüst davranacağı konusunda genel bir beklentiye sahip olmaktadır. Bu davranış yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırı davranan kimse, taraflar arasında kanun gereğince (MK.m.2, BGB § 242) kurulan borç ilişkisini (davranış yükümlerinden oluşan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini) ihlal etmiş olur; bu sayede zarar gören, haksız fiil hükümlerine başvurmak zorunda kalmadan borca aykırılık hükümleri çerçevesinde uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini talep edebilme şansına kavuşur¹⁴¹. Çünkü sözleşme görüşmelerine girişmekle böyle bir güven ilişkisi yaratmış olan taraflar, sokakta tesadüfen karşılaşılan kimseler olmadıkları için, birbirlerine karşı artık sadece haksız fiil hükümleriyle ko-

Bu tartışmaların bizim konumuz bakımından pratik bir önemi yoktur. Zira olumsuz zarar sadece sözleşmelere özgü bir zarar türü olduğundan, taraflar arasındaki yakın temas her hâlde bir hukukî işlem kurmak amacıyla meydana gelmektedir. Ancak yine de vurgulamak gerekirse, “sosyal temas” görüşü artık Almanya’da da kabul görmez olmuştur. Zira edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini düzenleyen yeni BGB § 311/f.II-III düzenlemeleri de, açıkça “işlemsel temas” esasına dayanmaktadır.

¹³⁸ Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan açıklama ve bilgi verme yükümlülüğü hakkında ayrıntılar için bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 94 vd.; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 3 vd.; Lauer, **a.g.e.**, s. 27 vd.; 268 vd..

¹³⁹ Sözleşme görüşmeleri aşamasındaki bu yükümlülükleri, yalnızca açıklama yükümlülüğüne indirgeyen ve bu hâliyle eleştirilere maruz kalan görüş için bkz. Hildebrandt, **a.g.e.**, s. 157 vd.; 225 vd.

¹⁴⁰ Kanundan doğan sözleşme benzeri güven ilişkisi, üçüncü kişiyle işlemsel temasa birlikte giren birden çok şahıs arasında da meydana gelebilir. Örneğin birden fazla şahsın, bir malı ortak olarak satmak istemesi hâlinde durum böyledir. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 74.

¹⁴¹ Kanundan doğan bu sorumluluk (*culpa in contrahendo*), tarafların yapacağı bir sözleşme ile BK.m.99 ve 100 düzenlemeleri çerçevesinde pekâlâ sınırlandırılabilir (örneğin yardımcı şahıslardan sorumluluk tamamıyla kaldırılabilir gibi kısmen de sınırlandırılabilir). Ancak bu anlaşmanın, en geç sözleşme görüşmeleri ilişkisinin başladığı anda yapılması gerekir. Bkz. KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 112; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 256.

Hatta bu tarzda bir sorumsuzluk kaydının genel işlem şartlarıyla da getirilmesi mümkündür; yeter ki genel işlem şartlarının geçerliliği için aranan diğer koşullar gerçekleşmiş olsun. Bu hususta bkz. Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 85 vd.

runan herhangi bir kimse (*quivis ex populo*) konumunda değildir¹⁴²; herkese karşı gösterilmesi gerekenden daha yoğun bir dikkat ve özeni hak etmektedirler¹⁴³.

Yukarıdaki özelliklerini dikkate aldığımızda, davranış yükümlülüklerinin, güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*) ile çok sıkı bir bağlantı içinde olduğunu söyleyebiliriz. Zaten MK.m.2 temelinde kurulduğu kabul edilen edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin başlıca amacı da, boşa çıkan güvenin korunmasına hizmet etmektedir. Bu sebeptendir ki, buradan kaynaklanan sorumluluk doktrinde güven sorumluluğu olarak da nitelendirilmektedir¹⁴⁴.

Kaynağını direkt olarak kanunda bulması nedeniyle edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olup olmamasından, hatta bir sözleşmenin varlığından bile bağımsız olarak hükümlerini doğurmaktadır. Bir başka ifadeyle, davranış yükümlerinden ibaret olan güvene dayalı kanunî borç ilişkisi tarafların iradelerinden, yaptıkları ya da yapacakları sözleşmeden bağımsız olarak meydana gelmektedir¹⁴⁵. Böylece taraflar arasında sözleşme kurulmasa ya da kurulan sözleşme geçersiz olsa veya sonradan sona erse bile, aslî-yan edim yükümlülüklerinin söz konusu olmadığı (doğmadığı ya da sona erdiği) bu ihtimallerde, yine de davranış yükümlerinden oluşan borç ilişkisi meydana gelmekte ve varlığını sürdürmek-

¹⁴² Georg Crezelius, “Culpa in contrahendo des Vertreters ohne Vertretungsmacht”, *JuS*, 1977, s. 796; Kutlu Sungurbey, *a.g.e.*, s. 102; Larenz, *a.g.e.*, s. 105; Ulsan, *a.g.m.*, s. 302-304; İnan, *a.g.m.*, s. 885-886; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), *a.g.e.*, § 19, N. 1; Silbermann, *a.g.e.*, s. 25; 32; Walter, *a.g.m.*, s. 280; karşı. Medicus, *Die culpa in contrahendo*, s. 210-211; Scherrer, *a.g.e.*, s. 24-25; Keller, M., *a.g.e.*, s. 86; 100; 102; Kırca, *a.g.e.*, s. 140; 143-144.

¹⁴³ Herkese karşı gösterilmesi gereken genel davranış yükümlülüğünü düzenleyen BK.m.41/f.II'nin de, aslında dürüstlük kuralından doğan bir sorumluluk biçimi olduğu yolunda bkz. Loser-Krogh, *Haftung aus Treu und Glauben*, s. 133.

¹⁴⁴ Canaris, *a.g.e.*, s. 532 vd.; 539; Canaris, *Ansprüche bei nichtigen Verträgen*, s. 476 vd.; Balsterstedt, *a.g.m.*, s. 501 vd.; 507; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), *a.g.e.*, § 19, N. 1 vd.; Lüchinger, *a.g.m.*, s. 200; Kırca, *a.g.e.*, s. 137 vd.; özellikle s. 155 vd.

¹⁴⁵ Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ile fiilî sözleşme ilişkisi teorilerini birbirleriyle karıştırmamak gerekir. Çünkü toplumsal tipteki bir davranıştan doğan fiilî sözleşme ilişkisinde davranış alanı, sözleşme görüşmeleri aşamasından bağımsız olarak belli başlı eylemsel ilişkilere hasredilmiştir. Hâlbuki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinde ise, davranış alanı bakımından böyle bir sınırlama mevcut değildir. Bunun yanı sıra, fiilî sözleşme ilişkisinde, tarafların edim yükümlerini isteme imkânı var iken, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinde, böyle bir olanak işin niteliği gereği söz konusu değildir. Bkz. Serozan, *Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi*, s. 17, dn. 36; Ulsan, *a.g.m.*, s. 291-292.

tedir¹⁴⁶. Aynen ifası talep ve dava edilemeyen davranış yükümlülüklerine aykırı davranan taraf, borca aykırılık hükümleri gereğince tazminat borcu (*tali edim borcu*) altına girmektedir¹⁴⁷.

Bu açıklamaların ardından konumuza tekrar dönecek olursak, şu tespiti yapabiliriz: BK.m.8/f.II, 26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I, 396/f.II ve 466/f.II'de öngürülen olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri¹⁴⁸, niteliği itibarıyla edim yükümün-

¹⁴⁶ MK.m.2 temelinde doğan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, birbirleriyle yakın temasta bulunan kişiler arasında geçerli bir sözleşmesel ilişkinin mevcut olmadığı (hiç doğmadığı ya da sonradan ortadan kalktığı) durumlarda, borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesini sağlama açısından özel bir anlam taşımaktadır. Bkz. Canaris, **Ansprüche bei nichtigen Verträgen**, s. 477. Bu sebeptendir ki, geçerli bir sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin taraflar arasında işlemsel temas neticesinde kurulmuş olduğu hâllerde, kanundan doğan borç ilişkisinin akıbeti doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, güvene dayalı kanunî borç ilişkisi, sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin yanında varlığını sürdürmeye devam eder (*bütünsel kanunî borç ilişkisi*). Bkz. Canaris, **Ansprüche bei nichtigen Verträgen**, s. 475 vd.; özellikle s. 479; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 14-15; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 13; Ulsan, **a.g.m.**, s. 316; ayrıca bkz. Kırca, **a.g.e.**, s. 159; 173.

Bir başka görüşe göre ise, somut edim ilişkisi (sözleşme) kurulmadan önce doğan davranış yükümlülükleri, artık sonradan kurulan sözleşmesel ilişkinin içinde yer alır. Yani işlemsel temas esnasında doğan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, sonradan kurulan sözleşmenin kapsamı içine girer. Böylece sözleşmesel borç ilişkisi, hem edim hem de davranış yükümlülüklerinden ibaret hâle gelir. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 14-15; 117-120; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn 19; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 106.

Culpa in contrahendo'nun, culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesi ile paralellik arz eden son görüşe biz de katılmakla beraber burada şu hususa işaret etmek gerekir. Sözleşme öncesi borç ilişkisi, görüşmelerin kesilmesi ya da sözleşmenin kurulmasıyla sona erse de, bu ana kadar culpa in contrahendo'dan doğmuş olan tazminat talepleri, varlığını sürdürmeye devam eder. Ayrıca sözleşmenin ifasıyla birlikte edim yükümlülükleri sona erse bile, bazen taraflar arasında yine de MK.m.2 uyarınca bir takım davranış yükümlülükleri (*nachwirkende Treupflichten*) söz konusu olabilir (*culpa post pactum perfectum*). Örneğin kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra, kiraya verenin, eski kiracısının yeni adresini gösteren bir tabelanın hâl ve şartların uygun gösterdiği bir süre boyunca asılı kalmasına katlanmasında veya bir dükkândan mal satın alan alıcının, dükkândan ayrılırken yerdeki kaygan zeminden dolayı düşüp yaralanmasında hep bu tarz davranış yükümlülükleri devreye girer. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 6; Serozan, **Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 41-42; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 113-114, dn. 45; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 13-14; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 53-54; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 35-36; Eren, **a.g.e.**, s. 41; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁴⁷ Taraflar arasındaki güven ilişkisinin içeriğine göre belirlendiği için baştan beri somut bir edim borcu içermeyen davranış yükümlülüklerinin aynen ifası talep edilemez. Bunlara aykırılık, tazminat borcunun (tali edim borcunun) doğmasına sebebiyet verir ve ancak bu andan itibaren bağımsız olarak dava edilebilirler. Fakat davranış (koruma) yükümlülüğü çok belirgin bir önlemi gerektiriyor ve karşı taraf da bu önlemi almayı reddediyorsa, ortaya çıkabilecek zararları engellemek amacıyla söz konusu önlemin alınmasına yönelik olarak dava açılacağı istisnai olarak kabul edilmektedir. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 12; 105; Larenz, **culpa in contrahendo**, s. 397.

¹⁴⁸ Karş. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 225 vd.; 276.

den bağımsız borç ilişkisinin birer görünüm biçimidir¹⁴⁹. Çünkü olumsuz zarardan sorumluluk, bir borç ilişkisi vesilesiyle aralarında sıkı bir yakınlık meydana gelen taraflar arasında bahis konusu olmaktadır. Bu hükümlerde düzenlenen olumsuz zarardan sorumluluğu doğuran olay, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği veya etmeye devam edeceği yönünde karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır. Bu sebeplerdir ki, daha önceden de vurguladığımız gibi¹⁵⁰, olumsuz zarar yerine doktrin- de eş anlamlı olarak çoğunlukla güven zararı kavramı kullanılmaktadır. Bunları bir bütün olarak değerlendirdiğimizde şu sonuç ortaya çıkar ki, olumsuz zarardan sorumluluk, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin özelliklerini genel olarak taşımakta ve her ikisi güven sorumluluğunun ortak çatısı altında buluşmaktadır¹⁵¹. Buna göre, borç ilişkisinin hükümsüzlüğüne yol açan veya sözleşmenin sonradan hükümden düşmesine neden olan sebebi bünyesinde barındıran kimse, karşı tarafa verdiği zararlardan, yarattığı güvenin bir sonucu olarak sorumludur.

¹⁴⁹ Sınırlı ehliyetsizlerin olumsuz zarardan sorumluluğuna ilişkin MK.m.452/f.II düzenlemesinin, ehliyetsiz kişilerin öncelikle korunması yönündeki prensip gereğince haksız fiil hükümlerine tâbi tutulduğunu yeri gelmişken hatırlatmak gerekir. Bu hâliyle MK.m.452/f.II hükmü, diğerlerinden ayrılmakta ve haksız fiil hükümlerine tâbi yegâne olumsuz zarardan sorumluluk hâli olarak karşımıza çıkmaktadır. MK.m.452/f.II'deki sorumluluğun, haksız fiil hükümlerine tâbi olduğu hususunda bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 213; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 180 vd.; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 273-274; Audrey Leuba, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Art. 1-456**, 2. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2002, Art. 411, Rn. 19; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 17, dn. 35a; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 130; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 125; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 643; 646; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12. Auflage, Zürich, Schulthess, 2002, s. 531.

Sınırlı ehliyetsizlerin korunmasına yönelik düşünce dışında, MK.m.452/f.II'nin haksız fiil niteliğini kabul etmek ayrıca mantıktır. Zira davranış borcu doğuran sözleşme görüşmelerinden sınırlı ehliyetsizin sorumlu tutulabilmesi için MK.m.16/f.I'den farklı olarak kanunî temsilcinin rızasına gerek olmadığına göre, MK.m.452/f.II, borca aykırılığın kapsamına girmeyen bir sorumluluk türünü düzenlemektedir.

Alman hukukunda, MK.m.452/f.II'ye benzer tarzda bir düzenleme bulunmasa da, orada da sınırlı ehliyetsizlerin korunması yönündeki eğilim baskın gelmekte ve bu husustaki culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil kurallarına tâbi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 30; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 359; 490, dn. 201; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 104; 132; ayrıca bkz. Gerhard Küppersbusch, **Die Haftung des Minderjährigen für culpa in contrahendo**, München, y.y., 1973, s. 10 vd.

¹⁵⁰ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b.

¹⁵¹ Fakat ayrıksı nitelikteki bazı olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinin “*dar anlamda güven zararı*” niteliğinde olmadığını yeniden hatırlatmak gerekir. Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

Olumsuz zarardan sorumluluğa rengini veren güvenin korunması anlayışı, temelini MK.m.2'deki dürüstlük kuralında bulan güven teorisinin bir yansımasıdır¹⁵². Böylece yakın temasın oluşturduğu karşılıklı güven duygusu, taraflar bakımından kanundan doğan (*ex lege*) bir borç ilişkisi meydana getirmektedir. Oluşan güvenin boşa çıkarılması, aynı zamanda MK.m.2 kaynaklı edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin de ihlali anlamına gelmektedir. Zira bu güveni ihlal ederek karşı tarafa zarar veren kimse, kendisiyle yakın temasa geçen diğer yanı her türlü zarardan uzak tutma şeklindeki davranış yükümlülüğüne aykırı davranmış olmaktadır. Kanunî borç ilişkisini bu şekilde ihlal edilmesi, olumsuz zarardan sorumluluğun, haksız fiil (BK.m.41 vd.) yerine, borca aykırılık kurallarına (BK.m.96 vd.) tâbi olmasına yol açar. Görüşmeler esnasında ortaya çıkan güvenin yarattığı hukukî ilişkiyi görmezlikten gelerek, davranış yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını haksız fiilin pek elverişli olmayan hükümlerine indirgemek mümkün değildir¹⁵³.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, tarafların iradelerinden, yaptıkları ya da yapacakları sözleşmeden bağımsız olarak doğduğu için, olumsuz zarardan sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde, sözleşmenin hükümsüz olması veya sonradan hükümden düşmesi, taraflar arasında davranış yükümlülüklerinden oluşan borç ilişkisinin meydana gelmesine engel değildir.

Yukarıda belirttiğimiz özellikleri itibarıyla edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi, BK.m.8/f.II, 26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I, 396/f.II ve

¹⁵² Kanun koyucunun, sadece "*irade beyanlarının*" uygunluğunu yeterli görmesi (BK.m.1) nedeniyle doktrinde geniş bir taraftar kitlesi bulan güven teorisine göre, bir irade beyanın anlamı, karşı tarafın bildiği veya bilmesi gereken bütün olguları dürüstlük kuralına göre yapacağı değerlendirme neticesinde tespit edilir. Böylece yalnızca beyan sahibinin ya da muhatabının değil, her iki tarafın güveni, karşılıklı gözetme ve bağlılık esaslarının haklı gösterdiği oranda korunmuş olur. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bruno Schmidlin, *Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht*, ZSR, 111, 1970, s. 225 vd.; von Tuhr/Peter, *a.g.e.*, s. 287 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul, y.y., 1968, s. 5 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), *a.g.e.*, s. 123 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *a.g.e.*, s. 72 vd.; Simonius, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips*, s. 235 vd.; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 110 vd.

¹⁵³ Haksız fiilin, borca aykırılığa nazaran elverişsiz sonuçlar içermesi yalnızca BK.m.55-100, 41-96 ve 60-125 düzenlemelerinden ibaret değildir. Ayrıca haksız fiil hükümleri, genelde kişinin sadece mal ve şahıs varlığını (*bütünlük çıkarımı*) korur; hukukî işlem menfaatini tam olarak himaye etmez. Örneğin sözleşmenin geçersizliğine yol açma, söz verdiği hâlde malı başkasına satma ve yanlış bilgi verme gibi menfaat ihlalleri haksız fiil sayılmaz; meğerki BK.m.41/f.II'nin şartları gerçekleşmiş olsun. Bkz. Serozan, *Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo*, s. 38; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), *a.g.e.*, § 19, N. 1.

466/f.II'de öngürülen olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinin hukukî niteliğinin açıklanmasında en doyurucu çözümdür. Zira sıkça vurguladığımız gibi¹⁵⁴, olumsuz zarardan sorumluluk, sadece sözleşmenin baştan beri hükümsüz olduğu hâllere münhasır değildir; ayrıca borç ilişkisinin sonradan hükümden düştüğü hâllerde de olumsuz zarardan sorumluluk söz konusu olmaktadır. Nitekim BK.m.8/f.II, 396/f.II ve 466/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlalinden (*culpa in contrahendo*'dan) kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla olumsuz zarardan sorumluluğun düzenlendiği bu ihtimalleri, sözleşme görüşmelerindeki kusuru ifade eden culpa in contrahendo sorumluluğuyla¹⁵⁵ açıklamak mümkün değildir. Daha önceden de açıkladığımız üzere, Jhering tarafından ortaya atılan culpa in contrahendo sorumluluğu, yalnızca yokluk ya da sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olması nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluğu kapsamına almaktadır. Geçerli bir şekilde kurulmuş borç ilişkisinin sonradan hükümden düştüğü hâllere özgü olumsuz zarardan sorumluluk ise, culpa in contrahendo sorumluluğunun içeriğine dâhil değildir¹⁵⁶. Zira sözleşme görüşmelerindeki kusur kavramı, sözleşmenin kurulmasından önceki kusurlu davranışları ifade ettiği için, kusurlu davranışın, ya sözleşme görüşmelerinde ya da en geç sözleşmenin kurulması sırasında işlenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, borç ilişkisinin kurulmasından sonraki kusurlu davranışlar hakkında culpa in contrahendo sorumluluğu uygulama alanı bulmaz¹⁵⁷. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu, olumsuz zarardan sorumluluğun öngörüldüğü BK.m.8/f.II, 396/f.II ve 466/f.II hükümlerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Çünkü anılan düzenlemelerde yer alan olumsuz zarardan sorumluluk, dar anlamdaki güven zararı kavramından¹⁵⁸ farklı olarak, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlalinden değil; baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş borç ilişkisinin sonradan hükümden düşmesinden kaynaklanmaktadır. Dikkat edileceği üzere, buradaki zarar verici olay, sözleşmenin geçerliliği yönünde uyandırılan güvenin ihlal e-

¹⁵⁴ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b.

¹⁵⁵ Jhering, **a.g.e.**, s. 8 vd.; bu hususta ayrıca bkz. yuk. II. Bölüm, A 1.

¹⁵⁶ Nitekim Jhering de eserinde, teorisini isimlendirirken şu açık ifadeleri kullanmıştır: "... Böylece bizim culpa alanı için kesin bir sınırlandırma kazanmış oldum, yani sözleşmelerin kuruluşundaki kusur: culpa in contrahendo". Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁵⁷ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 7; 11-12; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 112-113; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 35; 322, dn. 152; 324; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 237; Kırca, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁵⁸ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

dilmesi (*culpa in contrahendo*) değil; geçerli bir şekilde kurulmuş borç ilişkisinin varlığını devam ettireceğine dair alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır.

Burada hemen şu hususu vurgulamakta fayda bulunmaktadır. Savunduğumuz edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, Jhering'in müşterek hukuk döneminde ortaya attığı *culpa in contrahendo* sorumluluğunu reddetmemekte, bilakis bütün sonuçlarıyla onu benimsemektedir. Çünkü hukukî niteliği itibarıyla edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, genel kabul görmüş olan *culpa in contrahendo* sorumluluğunun temelleri üzerinde gelişmiş daha kapsamlı bir teori olmaktan ibarettir¹⁵⁹. Nitekim Roma hukukunun¹⁶⁰ etkisiyle borçlar hukukumuzda *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmasa da¹⁶¹, Kanunumuzda *culpa in contrahendo* sorumluluğunun görünüm biçimlerine rastlamak yine de mümkündür (BK.m.26/f.I, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I)¹⁶². Zira bu hükümler (BK.m.26/f.I, 31/f.II,

¹⁵⁹ Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin, "*culpa in contrahendo*", "*sözleşmenin art etkisi (culpa post pactum perfectum)*", "*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*" ve "*edim yükümüne aykırılık dışındaki kötü ifa*" şeklinde ileri sürülen kavram ve teorilerin tümünü gereksiz kıldığı, bunların hepsini ortak başlık altında birleştirdiği ileri sürülmektedir. Bkz. Canaris, **Anspruche bei nichtigen Verträgen**, s. 476 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 5 vd.; özellikle, s. 20, dn. 42; aksi yönde bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 107, dn. 27. Bu hususta oldukça ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz. Eduard Picker, "Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt", **AcP** 183, 1983, s. 371 vd.

¹⁶⁰ Doktrindeki baskın görüş, Roma hukukunda *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bulunmadığını söylese de (örneğin bkz. Frick, **a.g.e.**, s. 105 vd.), bazı yazarlar aksi kanaattedirler. Bkz. Zweig, **a.g.e.**, s. 1-2.

¹⁶¹ İtalyan Medenî Kanunu m.1338'de *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan hükme göre, yaptıkları sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebebi bilen taraf, bu hususta diğer tarafı bilgilendirmediği takdirde, ortaya çıkan zarardan sorumludur.

Belirtmek gerekir ki, 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu (ALR) I, 5, § 284'de de *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme yer almaktaydı. Jhering'in de eserinde değinmiş olduğu söz konusu hükme göre, "*Sözleşmenin ifasında sorumlu olunacak kusurun derecesine ilişkin kurallar, taraflardan birinin sözleşmenin kuruluşunda kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmemiş olması durumunda da geçerlidir*".

¹⁶² Bu düzenlemelerin yanı sıra, önerinin bağlayıcılık süresine ilişkin BK.m.3 ve 5 hükümlerinin de, *culpa in contrahendo* teorisinin bir yansıması olup olmadığı akla gelebilir. Bize göre bu soruyu en baştan olumsuz cevaplamak gerekir. Zira önerinin bağlayıcılık süresinin geçmesi hâlinde, öneride bulunan onunla bağlı olmaktan kurtulmakta ve böylece karşı tarafın, sözleşmenin kurulduğu yönünde korunacak haklı bir güveni kalmamaktadır. Dolayısıyla *culpa in contrahendo* teorisinin bir uygulama alanı da oluşmamaktadır (Aksi fikirde bkz. Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 358; Akyol, **Uygulama Örnekleri**, s. 85; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 241; 251; Eren, **a.g.e.**, s. 1088). Sürenin henüz dolmadığı hâllerde ise, karşı taraf, önerinin kanunen tanınan bağlayıcı etkisi sayesinde zaten korunmaktadır.

Ayrıca süreye bağlı olarak yapılan önerilerde, geç ulaşan kabul haberinin bildirilmemesi nedeniyle doğan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, BK.m.3'den değil, doğrudan doğruya MK.m.2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. BGB § 149'un etkisinde kalan ve sözleşmenin kurulmuş

36/f.II, 39/f.I), sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüğünün ihlal edilmesinden kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluğu düzenlemektedirler¹⁶³. Bu hâliyle söz konusu maddeler¹⁶⁴, Jhering'in kurguladığı sorumluluk biçiminin izlerini taşımaktadırlar¹⁶⁵.

olduğunu kabul eden BK.m.5/f.III hükmü ise, her ne kadar karşı tarafta uyandırılan güvenin dürüstlük kuralı uyarınca korunması ilkesine dayansa da, içerik itibarıyla culpa in contrahendo teorisine yabancı olan olumlu etkiler taşımaktadır. Zira culpa in contrahendo sorumluluğunun hükümsüz sözleşmeler üzerindeki etkisi daima olumsuzdur.

¹⁶³ Eski İsviçre Borçlar Kanununun 23 ve 48. maddelerinde de, olumsuz zarardan sorumluluk düzenlenmişti; bu hükümler, bugünkü BK.m.26 ve 39'a karşılık gelmektedir. Bkz. Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 225.

¹⁶⁴ Borçlar Kanunumuzdaki olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin bir başka düzenleme olan BK.m.29/f.II'nin, hakkaniyet esasına dayanması itibarıyla culpa in contrahendo niteliğinde olmadığı yönünde bkz. aş. III. Bölüm, B 1 b.

¹⁶⁵ Bazı yazarlar, yukarıda belirttiğimiz hükümlerden başka, BK.m.192/f.II, 205/f.III, 243, 464/f.II düzenlemelerini de, culpa in contrahendo teorisinin görünüm biçimi olarak değerlendirmektedirler. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 192-193; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 41; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 212; İnan, **Borçlar Hukuku**, s. 496; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 979; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 236, dn. 15; 241; 251; Akyol, **Uygulama Örnekleri**, s. 85; 93; ayrıca bkz. BGE 77 II 135 vd.; bkz. ve karş. Keller, M., **a.g.e.**, s. 8-9.

Borçlar Kanunumuzun özel borç ilişkileri kısmında yer alan satış, bağışlama ve vedia sözleşmesine ilişkin bu hükümlerin, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluğun uygulama hâli olduğunu söylemek, bize göre isabetli değildir. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan edim yükümünü içermeyen davranış yükümleri, zamansal olarak sözleşmenin henüz kurulmadığı ya da en geç kurulduğu ana tesadüf etmektedir; geçerli bir sözleşme kurulduktan sonra ise, davranış yükümleri etkilerini sürdürmekle beraber, artık bağımsızlığını yitirmekte ve sözleşme ilişkisinin içeriğine dâhil olmaktadır. Böylece sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin kurallar, culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanmasını hem yersiz hem de gereksiz kılmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin kuruluşundan önce işlenen kusur, sözleşmenin içeriğini ilgilendirmekle beraber geçerli bir sözleşmenin ifasına ilişkin bulunduğu takdirde, culpa in contrahendo sorumluluğu uygulama alanı bulmaz. Örneğin ayıplı mal satımında, satıcının sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışı, sözleşmenin kurulmasından sonra artık kötü ifa olgusu (*culpa in solvendo*) içinde yer alır ve satıcı culpa in contrahendo'ya göre değil de, culpa in solvendo'ya göre sorumlu tutulur. Nitekim doktrinde bu durum, "*culpa in contrahendo'nun, culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesi*" şeklinde ifade edilmektedir. BK.m.192/f.II, 205/f.III, 243, 464/f.II hükümleri de, bu ilke çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira anılan düzenlemelerdeki sorumluluk hâlleri, geçerli bir sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmemesinden, yani ifanın gereği gibi yapılmamasından doğmaktadır; bunların temelinde, sözleşme öncesinde uyandırılan haklı güvenin ihlal edilmesi olgusunun bulunması, varılan sonucu değiştirmemektedir. Bkz. Anex, **a.g.e.**, s. 63 vd.; Barth, **a.g.e.**, s. 69; Dieter Medicus, "Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo", **JuS** 1965, s. 209 vd.; Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 215; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 11-13; 49-60; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 143 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 280, dn. 12; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 112-113; 122-124; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 322, dn. 152; 324; Serozan, **Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 41. Aksi yöndeki görüş için bkz. Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 533 vd.; Silbermann, **a.g.e.**, s. 6; 14 vd.; Paul Piotet, "La culpa in contrahendo aujourd'hui", **SJZ**, 1981, s. 247, dn. 75; Leonhard, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Uluşan, **a.g.m.**, s. 316.

Culpa in contrahendo'nun culpa in solvendo karşısındaki ikincilliği ilkesinin istisnası, borçlar hukuku sistemimize ne kadar uyduğu tartışmalı olan BK.m.31/f.II hükmüdür. Bkz. Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 143, dn. 587.

Aşağıda ayrıntısıyla değineceğimiz üzere¹⁶⁶, kanunda yer alan bu münferit hükümlerin dışındaki diğer hâllerde de, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir; yeter ki, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğünün ihlali, karşı tarafta bir zarar meydana getirmiş olsun¹⁶⁷.

Culpa in contrahendo'nun, culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesini benimseyen Bühler-Reimann'ın, culpa in contrahendo sorumluluğunun Borçlar Kanununda tanındığını kanıtlamak amacıyla BK.m.192/f.II, 205/f.III, 243, 464/f.II hükümlerini örnek olarak göstermesi kendisi bakımından bir çelişkidir. Bkz. Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 358; 360.

Bu hususta şunu da açıklamak gerekir ki, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra culpa in contrahendo sorumluluğundan yararlanmak bazen yine de mümkün olabilir. Zira davranış yükümlülükleri, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte etkisini tamamıyla kaybetmemekte, sadece bu aşamadan sonra sözleşmenin kötü ifasına ilişkin rejime tâbi olmaktadır. Dolayısıyla sözleşme öncesindeki kusurun, edimin kötü ifasına ilişkin olmadığı, özellikle de ayıptan doğan sorumluluğun işletilemediği sınırlı hâllerde, meydana gelen zararlardan ötürü culpa in contrahendo sorumluluğu uygulama alanı bulabilir. Bkz. Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 215; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 58-59; Serozan, **Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 41.

¹⁶⁶ Bkz. aş. III. Bölüm, B 2.

¹⁶⁷ Belirtmek gerekir ki, ister culpa in contrahendo ister daha geniş bir başlık altında edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi olarak adlandırılınsın, birbirleriyle işlem temasına geçen şahıslar arasında MK.m.2 temelinde kanun uyarınca kurulan borç ilişkisi, sadece sözleşmenin geçerliliğine güvenden kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluğu değil, ayrıca karşı tarafın şahıs ve malvarlığı değerlerine verilen zararlardan ötürü sorumluluğu da, yani bütünlük menfaatini de kapsamaktadır. Bu hukukî düşünüş tarzı, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesinin ünlü "*mağaza kararlarında*" (muşamba topu ve muz kabuğu kararlarında) açıkça ifade edilmiştir. Bkz. RGZ 78, 239 vd.; BGH, NJW 1962, s. 31-32. Bütünlük menfaati hakkında bkz. yuk. I. Bölüm, B 2 b.

Alman yüksek yargı organlarıncı benimsenen bu görüş, doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu yazarlara göre, zarar ile sözleşme görüşmeleri arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Culpa in contrahendo sorumluluğun kapsamına, sözleşme görüşmeleri vesilesiyle verilen zararlar değil; sadece sözleşme görüşmeleri dolayısıyla verilen zararlar girer. Zira sözleşme görüşmeleri vesilesiyle verilen zararlar, sözleşme görüşmelerine yabancı bir olay olup, haksız fiil kurallarına tâbidir. Örneğin sözleşme görüşmeleri sırasında, yardımcı şahsın diğer görüşmecinin çantasını çalması gibi. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 84 vd.; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 360; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 412 vd.; Weimar, **a.g.m.**, s. 378; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 238-239. Bu gerekçelere değinmeksiz haksız fiil sorumluluğundan yana tavır takınan görüş için bkz. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Rn. 149.

Ancak doktrinde haklı olarak belirttiği gibi, bu eleştiriler, sözleşmenin olumlu ihlali konusunda ileri sürülen eski görüşten kaynaklanmaktadır. Eski görüş çerçevesinde, ancak ifa dolayısıyla verilen zararlar için borca aykırılık hükümleri uygulanmaktaydı. İfa vesilesiyle verilen zararlar ise, borca aykırılık sayılmadığı için haksız fiil kurallarına tâbi tutulmaktaydı. Örneğin eve çağırılan ustanın, o sırada işiyle ilgisi olmayan bir şeyi çalması gibi. Doktrindeki yeni eğilimler sayesinde bu eski ve yetersiz görüş bugün için aşılmış durumdadır. Zira Stoll'un ortaya koyduğu davranış yükümlülüklerine aykırılıklar da, artık borcun ihlali niteliğinde görülmekte ve böylece ifa vesilesiyle verilen zararlara da borca aykırılık kuralları uygulanmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesinin görüşünü eleştiren yazarlar, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar arasında birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme yönünde bir davranış yükümünün doğduğunu görmezlikten gelecek culpa in contrahendo sorumluluğunu sadece sözleşmenin geçerliliğine güvenden kaynaklanan olumsuz zarara indirgemek istemektedirler. Sözleşme görüşmelerinde gösterilmesi gerekli özenin, yalnızca hukukî işlemin yapılması yönündeki menfaate hasredilmesi, kişi varlığının, malvarlığının belirli bir dilimi ölçüsünde korunmaması anlamına gelmektedir; bunun da adalete uygun düşmediği ortadadır. Bkz. Zweig, **a.g.e.**, s. 13-14; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 106-109; Larenz,

Jhering'in İsviçre ve Türk borçlar hukuklarında yaratmış olduğu etkinin benzerini, Alman hukukunda da görmek mümkündür. Yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin sorumluluğunu düzenleyen BGB § 122, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BGB § 179 ve başlangıçtaki imkânsızlıkta tazminat sorumluluğuna değinen BGB § 311a/f.II¹⁶⁸, hep bu nitelikteki hükümlerdir. Çünkü anılan maddelerdeki düzenlemelerin temelinde bulunan ortak düşünce, sözleşme öncesindeki davranış yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasıdır¹⁶⁹. Bunların yanı sıra¹⁷⁰, BGB § 241/f.II ve

a.g.e., s. 110; 112; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 5-6; özellikle s. 6, dn. 9; Serozan, **Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 39-40; Uluşan, **a.g.m.**, s. 281; 290; Akyol, **Uygulama Örnekleri**, s. 89-90.

Nitekim Alman hukukunda 2002 yılında yürürlüğe giren değişiklikler neticesinde, culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamındaki davranış yükümlülüklerinin ihlali (BGB §§ 241/f.II; 311/f.II-III), BGB § 280'deki borca aykırılık yaptırımına bağlanmıştır. Borca aykırılık çatısı altında, eğer şartları mevcutsa, alacaklı, BGB § 282'ye göre ifa yerine tazminat ya da BGB § 284'e göre ifa yerine tazminattan vazgeçip boşa çıkan masraflarının tazminini isteyebilir. Ayrıca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, BGB § 324 uyarınca alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır; dönme hakkının kullanılması için borçlunun davranış yükümünün ihlalinden sorumlu olmasına gerek yoktur. Sürekli borç ilişkilerinde ise, BGB § 314'de işin niteliği gereği dönme yerine derhal fesih hakkından söz edilmiştir. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 65; 233; 249; KommBGB/Gehrke/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 37; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 130 vd.

Yukarıda belirttiğimiz BGB sistemi içerisinde, alacaklının davranış yükümünün ihlalinden ötürü BGB §§ 282, 284, 314 veya 324 hükümlerinden yararlanabilmesi için, taraflar arasında edim yükümünü içeren bir borç ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Sadece davranış yükümlerinden ibaret olan borç ilişkilerinde, ek imkân niteliğindeki bu düzenlemelere başvurulamaz. Bkz. Münch-Komm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 250-251; Nickel, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁶⁸ Bu hükme ilişkin açıklama ve eleştiriler için bkz. Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 368 vd.

¹⁶⁹ BGB §§ 122/f.I ve 179/f.II'de öngörülen olumsuz zarardan sorumluluk, tıpkı yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BK.m.39/f.I düzenlemesi gibi kusura bağlı değildir. Buradan hareketle bazı yazarlar, bu hükümlerin, culpa in contrahendo sorumluluğunun özel bir biçimi olmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. Ernst A. Kramer, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz**, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2001, § 122, Rn. 6; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 489-490, dn. 199; 599-600; Silbermann, **a.g.e.**, s. 18-19; Wolfgang Hefermehl, **Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240)**, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1999, § 122, Rn. 7; Peter Klein, "Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse", **DJZ**, 1906, s. 596; Larenz, **a.g.e.**, s. 107-108; Larenz, **culpa in contrahendo**, s. 415 vd.; Zweig, **a.g.e.**, s. 9; Andreas Feuerborn, **Anwalthandbuch BGB, Bd. 1: Allgemeiner Teil mit GBGB**, Gesamtausgabe: Barbara Dauner Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2005, § 122, Rn. 1; Schwarz, **a.g.e.**, s. 396; Flume, **a.g.e.**, s. 422 (ancak yazar, BGB § 179'u culpa in contrahendo olarak değerlendirmektedir. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 802; 805); Kuhlentbeck, **a.g.m.**, s. 1145; Horst Mühlich, **Begrenzung und Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo), unter besonderer Berücksichtigung des Stellvertretungsproblems**, Dresden, Risse-Verlag, 1933, s. 23-24; Nickel, **a.g.e.**, s. 55-56; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 43; açık olmamakla birlikte ayrıca bkz. ve karşı. Rabel, **a.g.m.**, s. 321.

Kusur kavramına sıkı sıkıya bağlı kalan bu görüşler, bize göre isabetli değildir. Çünkü daha önceden de açıkladığımız gibi (bkz. yuk. II. Bölüm, A 1), Jhering, culpa in contrahendo teorisini oluştururken her ne kadar kusurun varlığını bir şart olarak öngörmüşse de, sözleşme görüşmelerindeki

kusuru, Roma hukukundan farklı olarak objektif bir anlayışla ele almıştır. Böylece Jhering, culpa in contrahendo sorumluluğunda, objektif kusurun varlığını gerekli ve yeterli görmüş, hatta bazı hâller için âdeta zorlama çözümlerle kusuru bizzat kendisi kurgulayarak sebebiyet verme prensibine (*Veranlassungsprinzip*) yaklaşmıştır. Bu sebeptendir ki, Jhering'in ortaya attığı bu sorumluluk biçiminin, aslında "*diligentia*" (*özen*) yükümünün ihlalden kaynaklandığını söylemek daha doğru olacaktır. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğundaki kusur kavramını da bu çerçevede değerlendirmek gerekir (bkz. Schwenger, **a.g.m.**, s. 663 vd-664; karş. Silbermann, **a.g.e.**, s. 5-6; 13). Buna göre yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin veya temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulmasının altında yatan sebep, sözleşme görüşmelerinde göstermeleri gereken "*diligentia*" (*özen*) yükümünü ihlal etmeleri nedeniyle davranışlarının objektif açıdan kınanılabilir olmasıdır; bir başka ifadeyle, kendilerinin objektif yönden kusurlu olmasıdır. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 103.

Netice itibarıyla, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, sübjektif kusurdan bağımsız olarak düzenleyen bu hükümleri, culpa in contrahendo'nun istisnai olarak sebebiyet verme prensibine bağlanması olarak değerlendirmek de mümkündür. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 144-147; OR-Komm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 5; ayrıca bkz. Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 78. BGB § 122/f.I in culpa in contrahendo sorumluluğunun görünüm biçimi olduğu yolundaki oldukça ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bohrer, **a.g.e.**, s. 187-194.

BGB §§ 122 ve 179'daki düzenlemeler, culpa in contrahendo'nun bir görünüm biçimi olarak değerlendirilmediğinden, bunlar ile culpa in contrahendo sorumluluğunun yarışıp yarışamayacağı, Alman hukukunda ayrı bir tartışma konusudur. Örneğin bkz. KommBGB/Wendtland, **a.g.e.**, § 122, Rn. 12; KommBGB/Habermeier, § 179, Rn. 31; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 6; § 311, Rn. 24; Huang, **a.g.e.**, s. 75 vd.; 84-85; Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 122, Rn. 7; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 22-23; Karl Larenz/Manfred Wolf, **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004, § 36, Rn. 121; § 49, Rn. 36; Eberhard Schilken, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2004, § 179, Rn. 19-20; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 122, Rn. 10; ayrıca bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 173 vd.

Teorik yanı oldukça ağır basan bu tartışmanın aslında pek bir önemi yoktur. Zira culpa in contrahendo sorumluluğu kusur esasına bağlı olduğundan, kusursuz sorumluluğu düzenleyen bu hükümlerin yanında ikinci derecede bir rol oynamaktadır. Ancak şu sınırlı ihtimalde, bu tartışmanın pratik öneminden söz edilebilir: Kendisiyle işlem yapılan taraf, yanılmayı yahut temsil yetkisi eksikliğini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, BK.m.39/f.I ve BGB §§ 122/f.II, 179/f.III uyarınca tazminat talebinde bulunma hakkına sahip değildir. Hâlbuki karşı taraf, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanırsa, zarar görenin birlikte kusuruna ilişkin BK.m.44 ve BGB § 254 hükümleri uyarınca indirilmiş şekilde de olsa, tazminat talebinde bulunabilecektir. Bkz. Crezelius, **a.g.m.**, s. 797 vd; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 31; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 20; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 36; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 115.

¹⁷⁰ Bazı yazarlar, satış sözleşmesine ilişkin eski BGB § 463/c.II düzenlemesinden başka, bağışlama sözleşmesine ilişkin BGB §§ 523/f.I, 524/f.I, kira sözleşmesine ilişkin BGB § 536a, aryet sözleşmesine ilişkin BGB § 600 ve vedia sözleşmesine ilişkin BGB § 694 hükümlerini de, culpa in contrahendo sorumluluğu olarak görmektedirler. Bkz. Silbermann, **a.g.e.**, s. 14 vd.; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 488-489; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 65; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 358; Zweig, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 190; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 236, dn. 15; bkz. ve karş. Larenz, **a.g.e.**, s. 107.

Culpa in contrahendo'nun, culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesi karşısında bu görüşü isabetli bulmak mümkün değildir. Bkz. Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 215.

§ 311/f.II-III hükümleri sayesinde edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve bu bağlamda culpa in contrahendo sorumluluğu, Alman hukukunda artık genel bir düzenlemeye de kavuşturulmuştur¹⁷¹.

BK.m.108/f.II uyarınca sözleşmeden dönmeyle birlikte ortaya çıkan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, yukarıda da belirttiğimiz üzere, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerden niteliği itibarıyla farklılık göstermektedir. Zira BK.m.108/f.II'deki sorumluluk, diğerlerinin aksine edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine aykırılıktan kaynaklanmamaktadır. Buradaki olumsuz zarardan sorumluluk, sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında hangi görüş (ister kâsik teori ister dönüşüm teorisi) kabul edilirse edilsin, borçlunun sözleşmeye (*edim ilişkisine*) aykırı davranışının bir sonucudur¹⁷². Bu ihtimalde olumsuz zarardan sorumluluk, doğrudan doğruya geçerli bir sözleşmeye aykırılığın yaptırımını olduğundan, tazminat talebine borca aykırılık hükümlerini uygulamak için MK.m.2 kaynaklı edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Ancak burada vurgulamamız gerekir ki, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi ve vedia sözleşmesinin vaktinden önce sona erdirilmesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri (BK.m.396/f.II, 466/f.II), BK.m.108/f.II'den farklı olarak sözleşmeye aykırı davranışın bir sonucu değildir. Bu ihtimallerde zararı doğuran olay, edim yükümüne aykırılık değil, karşı yana zarar vermeme şeklindeki davranış yükümünün ihlal edilmesidir¹⁷³. Amaçlanan sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sözleşme ilişkisinin davranış yükümlülüklerini de kapsadığı görüşü kabul edilse bile¹⁷⁴, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, BK.m.396/f.II ve 466/f.II'de yer alan olumsuz zarardan sorumluluk hâllerine kaynaklık etmeye devam eder¹⁷⁵. Çünkü göz-

¹⁷¹ Reform öncesindeki eski BGB §§ 307, 309 hükümleri de, culpa in contrahendo'nun birer görünüm biçimiydi. Anılan hükümlere göre, sözleşmenin yapıldığı sırada edimin başlangıçtaki objektif imkânsızlığını ya da hukuka aykırılığını bilen veya bilmemesi gereken kimse, diğer tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi yüzünden uğradığı olumsuz zararı tazmin etmekle yükümlüydü. Bu tazminat yükümlülüğü, diğer tarafın durumu bildiği veya bilmek zorunda olduğu hâllerde doğmazdı. Yeni BGB sistemi hakkında bkz. Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 351 vd.

¹⁷² von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 157; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 418; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 41; Karahasan, **C. 2**, s. 1154; BGE 60 II 28; 61 II 256.

¹⁷³ Bkz. aş. III. Bölüm, C 3-4-5 başlıkları altındaki açıklamalar.

¹⁷⁴ Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 146.

¹⁷⁵ Kefilin belirli şartlar altında kefalet sözleşmesinden dönmesini yaptırıma bağlayan Borçlar Kanunu Tasarısı m. 599/f.II'de öngörülen olumsuz zarardan sorumluluk hâli için de aynı esaslar geçerlidir. Bu hükme ilişkin olarak bkz. aş. III. Bölüm, C 5.

den kaçırılmamalıdır ki, zarar verici olayın edimin kötü ifasına ilişkin olmadığı hâllerde, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi uygulama alanını ve bağımsızlığını kaybetmemekte, ileri sürülecek tazminat taleplerinin kaynağı olarak varlığını sürdürmektedir¹⁷⁶.

Bütün bu açıklamaların özü şudur ki, olumsuz zarardan sorumluluk, yakın işlem temasına giren tarafların yoğun güven ilişkisinin bir sonucudur. Bu güvene bağlı olarak MK.m.2 temelinde kurulan kanunî borç ilişkisindeki davranış yükümlülüklerinin ihlal edilmesi, olumsuz zararı tazmin etme yükümlülüğünü doğuran hâlleri meydana getirmektedir. Zarar verici olayın oluşumundaki özelliği itibarıyla olumsuz zarardan sorumluluk, haksız fiil ile sözleşme arasında gri bir alanda yer almakta ve “sözleşme benzeri (*quasi contractus*)¹⁷⁷ yasal borç ilişkisi” bir nitelik taşımaktadır¹⁷⁸. Ancak BK.m.108/f.II’de yer alan sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumluluk ise, bu genel nitelendirmeden farklı olarak doğrudan doğruya sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır.

b. Diğer Sebepler

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere borca aykırılık karakteri veren diğer sebepleri şu şekilde sıralayabiliriz:

Her şeyden önce kanunumuzda yer alan münferit hükümlerin tarihî gelişim süreci de, borca aykırılık kurallarının uygulanması yönünde bizlere bir işaret vermektedir. Çünkü olumsuz zarar kavramının modern kanunlara girmesini sağlayan Jhering ve onu takip eden yazarlar, soruna hep sözleşme sorumluluğu çerçevesinde yaklaşmışlar; teorilerini sürekli bu düşünce ekseninde kurgulamışlardır¹⁷⁹. Bu sebeptir ki, haksız fiil hükümlerini uygulamak yönünde ortaya çıkan sonraki eğilimler, doğrudan-

¹⁷⁶ Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 165.

¹⁷⁷ Hukukî işlem niteliğini taşımayan sözleşme görüşmelerinin *maddî fiil (Realakt)* olması nedeniyle, görüşmelerden doğan sorumluluğun sözleşme benzeri bir olgu yerine, yazılı olmayan hukuka ve en nihayetinde dürüstlük kuralına dayandığı yolunda bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 109; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 118, dn. 63; ayrıca bkz. Nirk, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁷⁸ Karş. Schmidlin, **Die Vertrauenshaftung**, s. 415 vd.

¹⁷⁹ Bkz. yuk. II. Bölüm, A 1.

ğu adaletsiz sonuçlardan başka, olumsuz zarardan sorumluluğun ortaya atılış biçimi-
ne de aykırı düşmektedir¹⁸⁰.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, BK.m.41'in bir görü-
nüm biçimi olarak ele alındığı takdirde, bu hususta kanunumuzda yer alan özel dü-
zenlemeler de (örnek olarak BK.m.26/f.I, 29/f.II, 36/f.II, 39/f.I) gereksiz hâle gele-
cektir¹⁸¹. Fuzulî tekrarlar yapmak kanun koyucuya yakışmayacağına göre, hüküm
ifade etmeyen sözleşmelerden kaynaklanan güven sorumluluğunun haksız fiile iliş-
kin düzenlemelerin (BK.m.41 vd.) yanında ayrıca düzenlenmesinin bir anlamı olması
gerekir. Kaldı ki, aksi görüşteki yazarların iddia ettiği gibi olsaydı¹⁸², haksız fiil nite-
liğindeki her sorumluluk biçiminin Borçlar Kanununun çeşitli yerlerinde önemi do-
layısıyla defalarca vurgulanması gerekirdi.

Sözleşme görüşmelerindeki davranışlardan yahut sözleşmenin sonradan hü-
kümden düşmesine neden olan borca aykırılıklardan kaynaklanması nedeniyle olum-
suz zarar, sözleşmesel ilişkinin sonuçlarını kısmî olarak telafi eden bir fonksiyona da
sahiptir. Bu hâliyle olumsuz zararın tazminine yönelik istem, âdeta ifa talebinin za-
yıflatılmış kaim değeridir¹⁸³; şartları ve doğum kaynakları çok farklı olsa da, olum-
suz ve olumlu zarar, belirttiğimiz amaç çerçevesinde birbirlerine benzemektedir-
ler¹⁸⁴. Ayrıca bu iki zarar türünün sebepleri açısından da bir ortak nokta bulmak
mümkündür; çünkü her ikisi de, alışveriş menfaatine yönelik borç ilişkisi sebebiyle
meydana gelmektedir¹⁸⁵.

Nitekim Rabel'in gayet özlü bir biçimde belirttiği gibi¹⁸⁶, "*Olumsuz zarar ta-
lebi, sonuçsuz kalan (amaçlanan neticeye ulaşamayan) hukukî işlemin bir çökeltisi*

¹⁸⁰ Rabel, **a.g.m.**, s. 320-321.

¹⁸¹ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; Rabel, **a.g.m.**, s. 318.

¹⁸² Haksız fiil teorisini kabul eden yazarlara göre, kanun koyucu önemi dolayısıyla ilgili yerlerde bu hususta özel düzenlemeler (örneğin BK.m.26, MK.m.452/f.II) yapma yoluna gitmiştir. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 27; Keller, M., **a.g.e.**, s. 96; 102.

¹⁸³ Rabel, **a.g.m.**, s. 325.

¹⁸⁴ Olumlu ve olumsuz zararın birbirine paralel olduğunu, ikisinin hiçbir zaman birlikte talep edilemeyeceğini burada bir kez daha hatırlatmak gerekir. Olumlu ve olumsuz zarar ayrımı hakkında açıklamalar için bkz. II. Bölüm, A 2 .

¹⁸⁵ Rabel, **a.g.m.**, s. 325.

¹⁸⁶ Rabel, **a.g.m.**, s. 325.

olarak görünmektedir". Bu sebeptendir ki, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerde, borca aykırılığa ilişkin hükümlere öncelik verilmelidir.

Haksız fiil görüşünü benimseyen bazı yazarların¹⁸⁷, hiç kurulmamış bir hukukî işlemde geriye bir şey kalamayacağını ileri sürerek Rabel'in bu ifadesini eleştirmeleri, yersiz ve haksızdır. Zira bir sözleşmenin hiç kurulmadığı hâllerde de, tarafların yapmayı amaçladıkları hukukî işlemin sonuçsuz kaldığını (arzu edilen neticeye ulaşmadığını) söyleyebiliriz. Şöyle ki, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran görüşmeler aşamasında, taraflar bir sözleşme kurmak niyetiyle bir araya gelirler; görüşmelerin şu veya bu sebepten ötürü kesilmesi ve böylece bir sözleşmenin kurulmaması durumunda, amaçlanan hukukî işlem sonuçsuz kalmış, yani boşa çıkmış olur. Dolayısıyla olumsuz zarardan sorumluluğu, boşa çıkan bir hukukî işlemde geriye kalan tortu olarak nitelendirmek hiç de yanlış bir değerlendirme değildir.

Bütün bu açıklamalar neticesinde şunu söylemek gerekir ki, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından, borca aykırılık ile haksız fiil düzenlemeleri arasında bir tercih yapmak gerekirse, öncelikli olarak ilk seçenek tercih edilmelidir.

C. OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HÂLLERE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere yönelik olarak yukarıda yaptığımız nitelendirmeden çıkan sonuç, bu sorumluluğa, borca aykırılık kurallarının (BK.m.96 vd.) uygulanacak olmasıdır.

Ne var ki haksız fiil teorisini kabul eden bazı yazarlar¹⁸⁸, sözleşme benzeri bir yapıdan bu sonucun elde edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, sözleşme benzeri nitelendirmesinden anlaşılması gereken, bir talebin oluşması için gerekli olan bütün şartların sözleşmelere özgü hükümler aracılığı ile belirlenmesi değildir; bir sözleşmesel talep için geçerli olan hükümlerin sadece belirli bir kısmının, sözleşme benzeri bir talep hakkında da uygulama alanı bulmasıdır. Ancak bu eleştiriyi kabul etmek bizce mümkün gözükmemektedir. Çünkü olumsuz zarara yönelik

¹⁸⁷ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; Scherrer, **a.g.e.**, s. 22, dn. 31; Keller, M., **a.g.e.**, s. 99.

¹⁸⁸ Scherrer, **a.g.e.**, s. 22-23; Keller, M., **a.g.e.**, s. 100.

sorumluluğun öğelerini birbirinden ayırarak, uygulanacak hükümlerin bazılarını sözleşmelere ilişkin kurallardan, bazılarını da haksız fiil düzenlemelerinden çıkarmak hukuk tekniği açısından doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Aksi hâlde, vaktiyle Jäggi tarafından savunulan “*karma teori*”nin düşmüş olduğu hatayı tekrarlamış oluruz¹⁸⁹.

Bu tespitler çerçevesinde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere uygulanacak hükümleri şu şekilde açıklayabiliriz:

1. İspat Yükü

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere borca ayırılık kurallarının uygulanması, ispat yükü bakımından tıpkı olumlu zararda olduğu gibi BK.m.96 hükmünün tatbik edilmesine imkân sağlar. Buna göre tazminat talebinde bulunan zarar gören, işlemsel temas sırasında korunmaya değer haklı bir güveninin bulunduğu, yani zarar veren ile arasındaki özel bağlantıyı (güvenilen sözleşme olgusunu), bu ilişki sırasında meydana gelen davranış yükümünün ihlalini, uğradığı zararı ve yüküm ihlali ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağına ispatlamak zorundadır¹⁹⁰.

Bu ispat yükünü yerine getirirken zarar görenin, işlemsel temasın ortaya çıkardığı özel bağlantı ile kendisinde uyandırılan güven arasındaki neden-sonuç ilişkisini kanıtlamakta büyük zorluklar yaşaması oldukça muhtemeldir. Bu sorunu aşmak için zarar gören lehine bir karine tanımak, taraflar arasındaki somut özel bağlantının, hayatın olağan akışı içinde zarar verici bir güven ortamını yaratmaya elverişli olduğunu kabul etmek kanaatimizce isabetli bir tutum olacaktır¹⁹¹. Bu takdirde ispat yükü karşı tarafa düşecektir. Buna göre zarar veren, davranış yükümünü ihlal etmiş olmasaydı bile, söz konusu zararın yine de meydana geleceğini, çünkü zarar görenin gerçek durumu bilseydi gene de aynı şekilde hareket edeceğini; kısacası nedensellik bağının bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

¹⁸⁹ Karma teori hakkında bkz. yuk. II. Bölüm, B 2 d.

¹⁹⁰ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 151 vd.; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 248.

¹⁹¹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 153-154.

BK.m.96'nın zarar gören için sağladığı asıl avantajlı durum, zarar verenin kusurunu ispatlamak zorunda olmamasıdır¹⁹². Bilindiği üzere, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, BK.m.96 düzenlemesinde kusur karinesi yer almakta ve borçlu, kusuru olmadığını ispatlamadıkça borca aykırılık nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla olumsuz zarardan sorumlulukta da, bir sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek zarar gören kimse, zarar verenin kusurunu ispatla yükümlü değildir¹⁹³. Tam tersine zarar veren, davranış yükümlülüklerine aykırılık teşkil eden borca aykırı davranışında, kusurlu olmadığını ispat etmek zorundadır. Bir başka söylemle, BK.m.96'daki kusur karinesi uyarınca, ispat yükü zarar verene düşmekte olup; karşı tarafta uyandırılan güvenin ihlal edilmesinde kusuru olmadığını ispatlamadıkça zarar veren, meydana gelen olumsuz zarardan ötürü sorumlu olur.

2. Yardımcı Şahıslardan Sorumluluk

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere borca aykırılık kurallarının uygulanmasının bir diğer sonucu, hüküm ifade eden bir sözleşmesel ilişki bulunmasa da, yardımcı kişilerin eylemlerinden¹⁹⁴ sorumluluğun BK.m.55'e değil, BK.m.100'e tâbi olmasıdır¹⁹⁵. Böylece edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine taraf olan kimse, bu borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin ifasında ve hakların kullanılmasında bir yardımcı şahıstan yararlanmışsa, ifa yardımcısının, karşı tarafın

¹⁹² Olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için kusurun aranmadığı hâllerde, örneğin BK.m.39/f.I'deki yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda, böyle bir ispat sorunu tabidir ki gündeme gelmeyecektir.

¹⁹³ Culpa in contrahendo sorumluluğunda ispat yükünün dağılımında, kat'î bir ayırımın pratik olarak ortadan kaybolduğu; zira özen yükümlülüklerinde, ispat yükünün, haksız fiil ile sözleşmesel talep arasında pek az bir farklılık gösterdiği yolundaki açıklamalar için bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 154 vd.

¹⁹⁴ Yardımcı kişinin kendisi ise, şartları varsa haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olur.

¹⁹⁵ Yetkisiz temsilci, şayet temsil olunanın BK.m.55 anlamında çalışanıysa ve temsil olunan ile herhangi bir işlemel teması bulunmayan üçüncü kişiyle kendisine verilen bir işin görülmesi dolayısıyla sözleşme yapmışsa, üçüncü şahıs, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yüzünden uğradığı olumsuz zararın karşılanmasını, adam çalıştıran konumundaki temsil olunandan BK.m.55 uyarınca talep edebilir. Hatta yetkisiz temsilcinin kusuru varsa ve hakkaniyet de gerektiriyorsa, olumlu zararın tazmini dahi bu hukukî yapı içerisinde söz konusu olabilir. Bkz. Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, Zweiter Bd., Zweite Hälfte, Berlin, Verlag von Duncker&Humboldt, 1957, s. 452; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 139; Bucher, **a.g.e.**, s. 642; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Alttop, **a.g.e.**, s. 205-206.

Dikkat edilmelidir ki, bu ihtimalde, yetkisiz temsilcinin BK.m.39'daki culpa in contrahendo sorumluluğuna, borca aykırılık kuralları uygulanırken; temsil olunanın sorumluluğu, BK.m.55 uyarınca haksız fiil kurallarına tâbi olacaktır.

güvenini ihlal eden davranışlarından dolayı kusursuz olarak sorumlu olacaktır¹⁹⁶. Söz gelimi, temsilcinin yanılması nedeniyle temsil olunan sözleşmeyi iptal etmişse, temsilcinin kusuru olmasa bile, temsil olunan yine de karşı tarafın olumsuz zararından sorumlu olacaktır (BK.m.26/f.I, 100).

Temsil yetkisine sahip bir kimsenin sözleşme görüşmelerini yürüttüğü hâllerde, adına hareket edilen taraf için sözleşme görüşmeleri hukukî ilişkisi kurulmuş olur. Böylece temsil olunan, sözleşme öncesi davranış yükümlülüklerini ihlal eden temsilcinin kusurundan kendi kusuruymuş gibi sorumlu tutulur. Daha açık bir söylemle, sözleşme görüşmelerinde kendisini başkası aracılığıyla temsil ettiren kimse, tıpkı ifa yardımcılarında sorumlu olan borçlu gibi, *görüşme yardımcılarının (Verhandlungshelfen)*¹⁹⁷ eylemlerinden sorumludur¹⁹⁸. Bu sorumluluğun doğumu için, görüşme yardımcısının mutlaka sözleşme yapma yetkisine sahip olması gerekmez; onun sözleşmenin kurulmasına yönelik hazırlıklara herhangi bir şekilde etkiye bulunmuş olması yeterlidir. Örneğin temsilci, objektif olarak imkânsız bir edim taahhüdünde bulunmuşsa veya karşı tarafı aldatmış yahut korkutmuşsa, temsil olunan, BK.m.100 uyarınca diğer yanın uğramış olduğu olumsuz zararı giderme borcu altına girer.

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen karşı tarafın uğramış olduğu zararı karşılamak zorunda olan borçlu, kendisinin ya da yardımcı şahsın bir kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan sıyrılamaz¹⁹⁹; onun burada bir “*diligentia in contrahendo*”su söz konusudur²⁰⁰. Hatta BK.m.100’de herhangi bir kurtuluş kanıtına

¹⁹⁶ Bkz. ve karşı. Spiro, **a.g.m.**, s. 619.

¹⁹⁷ Görüşme yardımcılarının kapsamını olabildiğince geniş tutmak şeklindeki eğilim neticesinde, yalnızca işlem tarafının iradesine aykırı olarak ya da onun bilgisi dışında hareket edenler, görüşme yardımcısı olarak kabul edilmemektedir. Görüşme yardımcısının, işlem tarafının talimatlarına uyup uymaması ise, bu noktada bir farklılık yaratmamaktadır. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 192; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 22.

¹⁹⁸ Yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işleme BK.m.38 uyarınca icazet veren kimse de, temsilcinin sözleşme görüşmelerindeki kusurundan kendi kusuruymuş gibi sorumlu olacaktır.

¹⁹⁹ BK.m.100/f.II uyarınca yardımcılardan filinden sorumluluğu kaldıran veya daraltan bir anlaşma yapmak mümkündür. Hatta BK.m.99’den farklı olarak, ifa yardımcısının kasıt ve ağır ihmalden bile, borçlunun sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir. Böyle bir sorumsuzluk anlaşması yapıldığı takdirde, olumsuz zararı tazmin etme yükümlülüğü de doğmayacaktır; meğerki BK.m.100/f.III’deki sınırlamalar somut olayda mevcut olsun.

²⁰⁰ Başka bir görüşe göre ise, borçlunun BK.m.100’e göre sorumlu tutulabilmesi için, yardımcı şahsın kusurlu olması gerekir. Borçlu borcu bizzat ifa etmiş olsaydı, meydana gelen zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olacaktı. Bu nedenle, borçlunun yardımcı kişinin verdiği zarardan

yer verilmediği için, gerekli her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini ya da gösterseydi bile zararın yine de meydana geleceğini ispatlayarak da sorumluluktan kurtulamaz.

Görüşme yardımcısının temsil yetkisi hiç yoksa ya da yetkisini aşarak üçüncü kişiyle sözleşme yapmışsa, görüşme yardımcısını kullanan temsil olunan BK.m.100 uyarınca sorumlu olur²⁰¹. Temsil olunanın bu sorumluluğu, sadece olumsuz zarar ile sınırlı değildir²⁰²; temsilcinin kusuru varsa ve hakkaniyet de gerektiriyorsa, temsil olunan BK.m.100 gereğince üçüncü kişinin olumlu zararından bile sorumlu tutulur (BK.m.39/f.III)²⁰³.

sorumlu olabilmesi için de yardımcının bu zarara kusuruyla sebep olması gerekir. Bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 128-129; von Büren, **a.g.e.**, s. 395.

²⁰¹ Yetkisiz temsilin kapsamına giren bu ihtimalde, temsil olunana herhangi bir kusur isabet etmediği sürece, sadece yetkisiz temsilcinin BK.m.39 uyarınca sorumluluğundan söz edilmesi gerekirken, doktrin ve uygulama, gerek iç gerek dış ilişkinin değerlendirilmesinde, culpa in contrahendo prensiplerini uygulayarak, temsil olunanı da sorumlu tutmaktadır. Bkz. Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 359-360, dn. 60; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 404; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 137; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 22; Flume, **a.g.e.**, s. 808-809; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1388; Ulrich Hüsken, "Haftung wegen grundlos abgebrochener Vertragsverhandlungen aus culpa in contrahendo", **Recht und Vernunft, Festschrift für Hans-Diether Imhoff**, Frankfurt am Main, Verlags- und Wirtschaftsgesellschaft der Elektrizitätswerke m.b.H., 1998, s. 133-134; Nickel, **a.g.e.**, s. 104.

Buna dikkat çekerek, temsil olunanın sorumluluğunu reddeden görüş için bkz. Egbert Peters, Überschreiten der Vertretungsmacht und Haftung des Vertretenen für Culpa in Contrahendo, **Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag**, Köln-Marienburg, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1972, s. 127 vd.

Kanaatimizce temsil yetkisinin aşıldığı hâllerde, temsil olunanın culpa in contrahendo sorumluluğu esaslarına tâbi tutulmasının altında yatan başlıca neden, temsilciyi seçmede, kontrol etmede ve ona talimat vermede temsil olunana olayların büyük bir çoğunluğunda kusur isnad edilebilmesidir. Bkz. Roger Zäch, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unter- teilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1990, Art. 39, Rn. 71; Hüsken, **a.g.m.**, s. 134-135.

Sözleşme görüşmelerine taraf olmayan üçüncü şahısların culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında bkz. Ludwig Diers, **Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo: Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?**, Köln, Wasmund, 1962, s. 11 vd.

²⁰² Bazı yazarlar, sözleşmenin bağlayıcı olmamasından hareketle, yetkisini aşan temsilcinin culpa in contrahendo'sundan ötürü temsil olunanın, yalnızca olumsuz zararlar sorumlu olacağını ileri sürmektedirler. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 404; Arsebük, **a.g.e.**, s. 528, dn. 41; benzer yönde bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 191; KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 110.

Temsil olunanın sözleşmeyle bağlı olmamasından hareketle bu sonuca varmak, kanaatimizce isabetli değildir. Zira temsil olunanın sözleşmeyle bağlı olmaması, üçüncü kişinin BK.m.39/f.II'den doğan olumlu zarar talebine engel oluşturacaksa, yetkisiz temsilde, temsil olunanın olumsuz zararından da sorumlu tutulmaması gerekirdi. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 137.

²⁰³ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 137.

Yardımcı kişinin eylemleri nedeniyle BK.m.100 uyarınca kusurdan bağımsız olarak doğan olumsuz zarardan sorumluluk, mutlak nitelikte değildir. Şöyle ki, borçlu, zarar verici davranışta bizzat bulunsa idi, borç kendisi tarafından yerine getirilse idi, meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacak olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir²⁰⁴. Buna göre ifa yardımcısı kullanan borçlu, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinden doğan davranış yükümlülüklerini (açıklama, bilgi verme, özen gösterme vs.) kendisi yerine getirmiş olsaydı, yani zarar verici davranışta bizzat bulunsa idi, sorumlu sayılmayacak olduğunu ispatladığı takdirde, karşı tarafın uğradığı olumsuz zararı tazmin etmek zorunda kalmaz. Örneğin temsilcinin iradesinde oluşan esaslı yanılma, karşı sözleşenin davranışları yüzünden meydana gelmişse, temsil olunan, BK.m.26'ya dayanarak sözleşmeyi iptal ettiğinde, olumsuz zarardan ötürü sorumluluk altına girmeyecektir. Çünkü sözleşmeyi iptal eden taraf, yardımcı şahıs kullanmayıp bizzat kendisi sözleşme görüşmelerine katılmış olsaydı, diğer taraftan kaynaklanan bu yanılığın dolaylı sorumlu tutulamayacağını ispatlayarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki, temsil olunan ile ifa yardımcısı konumundaki temsilcinin, culpa in contrahendo sorumlulukları birbirine karıştırılmamalıdır. Zira sözleşme görüşmelerinden doğan davranış yükümlülükleri, sadece amaçlanan sözleşmeye taraf olacak kişileri sorumluluk altına sokar; görüşmelere temsilci olarak katılanlar, culpa in contrahendo'dan ötürü kural olarak sorumlu değildir²⁰⁵; meğerki

²⁰⁴ Borçluya bu tarzda bir savunma imkânının tanınması, BK.m.100'ün kusura bağlı bir sorumluluk hâline gelmesine yol açmaz. Zira borçlu, yardımcı şahsın meydana getirdiği zararlardan, hâlâ kusursuz olarak sorumlu olmaya devam etmektedir. Fakat zarar verici davranış bizzat borçlu tarafından yapılmış olsaydı, borçlu sorumlu olmayacak idiyse, sırf bir yardımcıya başvurdu diye sorumlu tutulmamalıdır. Bu ihtimalde, alacaklıyı daha fazla korumak için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 101, Rn. 12; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 161; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 444-446; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 22, N. 4; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 898-899; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 370-371; Bucher, **a.g.e.**, s. 351; Schwenzler, **a.g.e.**, § 23, Rn. 10; Eren, **a.g.e.**, s. 1038. Aksi görüşte bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 101, Rn. 20; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 843.

²⁰⁵ Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 60; Crezelius, **a.g.m.**, s. 797; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 359, dn. 49; Flume, **a.g.e.**, s. 804-805; Kırca, **a.g.e.**, s. 176; Thilo Sticht, **Zur Haftung des Vertretenen und Vertreters aus Verschulden bei Vertragschluss sowie des Erfüllungsgelhilfen aus positiver Vertragsverletzung**, München, Druckerei Charlotte Schön, 1966, s. 45 vd; özellikle s. 59-60; Clemens Steffen, **Culpa in contrahendo und Stellvertretung**, Bochum, Heinrich Pöppinghaus o. H.G., 1933, s. 58 d.; PWW Komm/Medicus, **a.g.e.**, § 311, Rn. 63; Bohrer, **a.g.e.**, s. 31.

BK.m.39'un kapsamına giren yetkisiz temsil hâli söz konusu olsun²⁰⁶. BK.m.32/f.I (BGB § 164/f.I) düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, amaçlanan sözleşmenin tarafı olmayan ve bu sebeple edim borcu altına girmeyen temsilci²⁰⁷, ayrıca o sözleşmenin görüşmeleri aşamasında meydana gelen kanunî borç ilişkisine de taraf değildir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin kaynağı olan güven, yalnızca temsil olunana karşı gösterilmektedir; dolayısıyla kanunî borç ilişkisinden çıkan davranış yükümlülükleri de, temsilciye değil, temsil olunana isabet etmektedir²⁰⁸. Temsilci, görüşmeler evresinde işlemiş olduğu kusurdan ötürü haksız fiil hükümleri dışında diğer tarafa karşı kişisel olarak sorumlu değildir.

Bununla beraber, bazı istisnai şartlar altında, amaçlanan sözleşmeye taraf olmayan üçüncü şahısların ve bu bağlamda temsilci sıfatına sahip görüşme yardımcılarının da, culpa in contrahendo'dan dolayı temsil olunanla birlikte²⁰⁹ sorumlu tutulabileceğini belirtmek gerekir²¹⁰. Alman doktrini ile uygulamasında yıllardan beri hâkim olan, İsviçre ve Türk hukuklarında da yansımaları görülen bu düşünceye göre²¹¹,

²⁰⁶ Bu açıdan bakıldığında, BK.m.39'daki hüküm, sözleşme görüşmelerine taraf olmayan üçüncü şahısların sorumluluğunu düzenleyen hukukumuzdaki tek yasal düzenleme olarak da görülebilir. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 173 vd.

²⁰⁷ Şayet temsilci, temsil olunanın üstlendiği ifa yükümlülüğüne ilişkin olarak alacaklıya şahsen taahhütte bulunmuşsa, bundan ötürü sorumlu olur. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 439.

Bazen temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişki, üçüncü kişiyle girilen sözleşmeden doğan borcun, temsil olunan adına temsilci tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılabılır; fakat dikkat etmek gerekir ki, bu ihtimalde yalnızca temsil olunana karşı olan bir yükümlülük söz konusudur. Sözleşmenin diğer tarafı olan üçüncü kişinin, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiye dayanması mümkün değildir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 439, dn. 34.

²⁰⁸ Crezelius, **a.g.m.**, s. 797; Kırca, **a.g.e.**, s. 176 vd.

²⁰⁹ Dikkat edilmelidir ki, temsilci, temsil olunanın yerine değil, onunla birlikte müteselsilen culpa in contrahendo sorumluluğu altına girmektedir. Zira sözleşme görüşmeleri ilişkisi, esas itibarıyla ve öncelikli olarak sözleşme tarafı olan temsil olunan için meydana gelmektedir. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 114, dn. 32; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 213; Sticht, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Thomas Grote, **Die Eigenhaftung Dierter als Anwendungsfall der culpa in contrahendo**, Bochum, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1984, s. 187-193; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 47; Kırca, **a.g.e.**, s. 177, dn. 954; BGHZ 63, 388. Karş. Ballerstedt, **a.g.m.**, s. 501; 519-520; 523 vd.; Serozan, **Müşpet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 40; Gottwald, **a.g.m.**, s. 883.

²¹⁰ Üçüncü şahsın sorumluluğu, işlem tarafının mes'uliyetinden kural olarak daha ağır olamaz; dolayısıyla işlem tarafının sorumluluğu kısıtlanmış veya tamamen ortadan kaldırılmışsa, aynı ölçüde üçüncü şahsın sorumluluğu da sona erer. Bunun yanı sıra, üçüncü şahsın bizzat kendisi de, sorumluluğunu sınırlandırmaya yönelik anlaşma yapabilir. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 213; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 47.

²¹¹ Larenz, **a.g.e.**, s. 114; Ballerstedt, **a.g.m.**, s. 501 vd.; 521; Serozan, **Müşpet İhlal ve culpa in contrahendo**, s. 40; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3; Sticht, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Herbert Wiedemann, **Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432)**, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohl-

sözleşme görüşmeleri sırasında diğer tarafta özel bir güven yaratan veya görüşmeleri kendi ekonomik menfaatleri için yürüten ve böylece sözleşme görüşmelerini ya da sözleşmenin kurulmasını önemli ölçüde etkileyen temsilci ya da görüşme yardımcısı için, culpa in contrahendo sorumluluğu uygulama alanı bulur²¹².

Hatta sözleşme görüşmelerini bir taraf adına bizzat takip etmeyen (temsilci olarak hareket etmeyen), fakat *aracı-yardımcı (Sachwalter)*²¹³ olarak görüşmelere katılan ve böylece hukukî işlemin kuruluşunda etkide bulunan kişiler²¹⁴, meslekî ko-

hammer, 1990, § 275, Vorbem. Rn. 218 vd.; Gottwald, **a.g.m.**, s. 883; Bohrer, **a.g.e.**, s. 31 vd.; 207 vd.; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 31; Crezelius, **a.g.m.**, s. 797; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 359; Nirk, **a.g.m.**, s. 95-96; Schmidlin, **Die Vertrauenshaftung**, s. 416 vd.; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 121 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 115; 173; Kırca, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 373 vd.; RGZ 120, 249 vd.; 132, 81; BGHZ 14, 318; 56, 81 vd.; 63, 382 vd.; 74, 103 vd.; 79, 281 vd.; 87, 27 vd.; 88, 67 vd.; 126, 181 vd.

²¹² Temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından, görüşmelerde uyandırdığı özel inancı, güven prensibi çerçevesinde bir hukukî yapıya oturtmak çok zor olmadığı hâlde; onun kendi ekonomik çıkarları için sözleşme görüşmelerini yürüttüğü hâlleri tespit etmek her zaman pek kolay değildir. Örneğin Alman doktrininde hâkim olan görüş, dolaylı ekonomik menfaatların BGB 311/f.III sorumluluğu için yeterli olmayacağıdır. Bu bağlamda, provizyon beklentisi içinde olan, ticarî vekil, simsar, komisyoncu, sigorta acentesi veya bir iş için görevlendirilen kimse, “*suf*” bu konularından ötürü sorumlu tutulamazlar. Ancak dolaylı bağlantıyı aşan özel ekonomik menfaat söz konusu olursa ya da karşı tarafta özel bir güven uyandırılırsa, bu kişiler sorumluluk altına girerler. Örneğin kullanılmış araba satan oto galericileri ya da adına kayıtlı herhangi bir malvarlığı bulunmayan eşinin işlerini yürüten diğer eş, antika müzayedecileri, seyahat acentaları, borsa komisyoncuları, yatırım danışmanları, beyaz ve elektronik eşya pazarlayıcıları, bankerler, bankalar, malî müşavirlik büroları, kısacası “*iddialı sıfatlarla piyasaya çıkan herkes*” şahsî olarak sorumluluk altına girer. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3; Serozan, **Müşpet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 40; KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 118 vd.; Larenz, **a.g.e.**, s. 115; 123; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 217-218; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 61-62; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 155-156; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 50.

²¹³ Temsilci veya görüşme yardımcısı ile aracı-yardımcıyı birbirinden kesin bir şekilde ayırmak kimi zaman mümkün olmayabilir. Ancak bu ayırımın yapılması, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından zorunlu bir şart değildir. Önemli olan, amaçlanan sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişinin, takip etmiş olduğu kişisel çıkar ve yaratmış olduğu özel güvenden ötürü diğer görüşmeciyeye karşı culpa in contrahendo sorumluluğu altına girmesidir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bir kararında (Bkz. BGHZ, 63, 382 vd.), *aracı-yardımcı kişiyi (Sachwalter)*, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğunda üst kavram olarak kullanmıştır. Bkz. Crezelius, **a.g.m.**, s. 797, dn. 16; bu hususta ayrıca bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 221; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 2, Rn. 35a.

Alman yargısının ortaya attığı “*Sachwalter*” kavramına yönelik açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Kırca, **a.g.e.**, s. 181-182.

²¹⁴ Yalnız ön plana çıkıp sözleşmenin kuruluşunu etkileyen aracı-yardımcı kişiler değil, ayrıca arka planda yer alan büyük patronlar da güven sorumluluğunun kapsamına dâhil edilirler. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, meşhur “*Swissair*” kararında (Bkz. BGE 120 II 331 vd.) bu hususu vurgulaması ve yavru ortaklığının yaptığı işlemlerden ötürü üçüncü kişiler nezdinde güven uyandıran ana ortaklığın da sorumlu olacağı sonucuna varmıştır. Dikkat edileceği üzere, buradaki güven sorumluluğu, aslında “*tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*” (*Durchgriff*) anlamına gelmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3, dn. 6; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 816 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 175 vd.

numları ya da bilgileri nedeniyle diğer tarafta özel bir güven uyandırmışsa, bunlar da culpa in contrahendo sorumluluğuna tâbi olurlar²¹⁵.

Temsilcinin veya aracı-yardımcı kişinin şahsî sorumluluğu için aranan bu şartların mevcudiyeti hâlinde²¹⁶, onun ile diğer görüşmeci arasında davranış yükümlülüklerinden oluşan edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelir²¹⁷.

Belirli şartlar altında üçüncü şahısların da güven sorumluluğuna tâbi olmasını öngören bu düşünce tarzının, 2002 reformuyla birlikte Alman hukukunda yasal bir düzenlemeye kavuşturulduğuna yeri gelmişken değinmek gerekir. BGB § 311/f.III'e göre, "*§ 241/f.II'ye göre yükümlülükler içeren bir borç ilişkisi, bizzat sözleşme tarafı olmaması gereken kişilerle de meydana gelebilir. Böyle bir borç ilişkisi, özellikle üçüncü kişinin kendisi için özel ölçüde bir güven sağladığı ve böylece sözleşme gö-*

Bazı yazarlara göre ise, sadece sözleşme görüşmelerine gerçekten katılan aracı-yardımcı kişiler culpa in contrahendo'dan ötürü sorumlu olurlar; dolaylı olarak katılanların bu anlamda bir sorumluluğu yoktur. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 169 vd.

²¹⁵ Sözleşme görüşmelerini işlemin diğer yanına karşı bizzat yürütmeyen aracı-yardımcı kişinin (*Sachwalter*) culpa in contrahendo'dan sorumlu olabilmesi için, onun sözleşmenin kurulması ve uygulanması sırasında yardımcı olacağı yönünde bir izlenim uyandırması (ek kişisel güvence vermesi) ve diğer tarafın da buna güvenmiş olması gerekir. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 211; 221; Larenz, **a.g.e.**, s. 115; Kırca, **a.g.e.**, s. 179; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 123-124; BGHZ 56, 81 vd.; 70, 337 vd.; ayrıca bkz. ve karş. Gottwald, **a.g.m.**, s. 883; Frick, **a.g.e.**, s. 235 vd.

Bu hukukî yapı içerisinde, aracı-yardımcı kişi, güven temeline dayalı özel bir sözleşmesel "*meslek sorumluluğuna*" bağlanmış olmaktadır. Bkz. Serozan, **Müşpet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 40; ayrıca bkz. Hans Stoll, "Schädigung durch Vertragschluß", **Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, s. 369-370.

Ancak bu sorumluluğun kabulünde dikkatli davranmak gerekir; aksi hâlde, üçüncü kişinin, beklentileri boşa çıkan tarafa karşı her durumda tazminatla sorumlu olmasının yolu ardına kadar açılmış olur. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 115; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 207; Medicus, **Schuldrecht**, Rn. 111; Kırca, **a.g.e.**, s. 179, dn. 970; ayrıca bkz. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 163.

²¹⁶ Bu kabul tarzı, bir yandan BK.m.100'de yer alan iş bölümü rizikosu anlayışının zorlanmasına, diğer yandan da edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kavramının, güvenin korunması amacıyla adamakıllı genişletilmesine yol açmaktadır. Bkz. Serozan, **Müşpet İhlal ve Culpa in Contrahendo**, s. 40.

²¹⁷ MK.m.2 uyarınca kanundan doğan borç ilişkisi, kural olarak üçüncü şahsın etkisinin ortadan kalktığı anda, en geç de sözleşmenin kuruluşuyla birlikte sona erer. Çünkü üçüncü şahıs, sözleşmenin tarafı olmayacağı için, bu andan sonra davranışlarıyla sözleşmenin ihlalden ötürü sorumlu tutulamaz. Ancak Alman Federal Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, üçüncü şahsın, sözleşmenin yerine getirilmesi aşamasında meslekî bilgi, teknik donanımı ve tecrübesiyle katkıda bulunacağı yönünde karşı tarafta ayrıca bir güven uyandırdığı hâllerde, kanunî borç ilişkisi sözleşmenin kuruluşundan sonra da varlığını sürdürmeye devam eder. Bu kararda, her ne kadar "*sözleşme sonrası güven sorumluluğu (nachvertragliche Vertrauenshaftung)*" ifadesi kullanılmış olsa da, aslında burada söz konusu olan sözleşmenin sonraki etkisi değil; sözleşmenin kuruluşundan önce meydana gelen güven ilişkisinin devamıdır. Bkz. BGHZ, 70, 337 vd.; Larenz, **a.g.e.**, s. 120-121.

rüşmelerini veya sözleşmenin kuruluşunu önemli ölçüde etkilediği takdirde meydana gelir”²¹⁸. Böylece edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, sözleşmeye taraf olmadığı hâlde, özel bir güven yaratarak sözleşme müzakerelerini veya sözleşmenin oluşumunu²¹⁹ önemli ölçüde etkileyen üçüncü kişiler için de meydana gelmiş sayılmaktadır²²⁰.

3. Sınırlı Ehliyetsizlerin Sorumluluğu

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü doğuran hâllerin borca aykırılık kurallarına bağlanmasının sınırlı ehliyetsizlerin sorumluluğuna etkisini, ikiye ayırarak incelemek gerekir:

—Amaçlanan sözleşmenin kanunî temsilcinin izin veya icazetinin bulunmaması nedeniyle hükümsüz olduğu hâllerde, sınırlı ehliyetsizin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün haksız fiil veya borca aykırılık kurallarına bağlanması arasında herhangi bir farklılık yoktur. Zira ister haksız fiil ister edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi kabul edilsin, bu ihtimalde yalnızca MK.m.452/f.II düzenlemesi uygulama alanı bulur. Ayrıca bu hükmün uygulanma şartları bakımından da, teoriler arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü daha önceden de belirttiğimiz üzere,

²¹⁸ Madde metninde yer alan “özellikle” (*insbesondere*) ifadesinden de anlaşılacağı üzere, BGB § 311/f.III sınırlayıcı bir biçimde kaleme alınmamıştır. Bu sebeple, üçüncü kişinin sorumluluğuna ilişkin olarak Alman yargısının zaman içinde benimsemiş diğer hâller de bu düzenlemenin kapsamına girer. Örneğin üçüncü şahıs, sözleşmenin kuruluşunda doğrudan doğruya ekonomik menfaate sahip olduğu takdirde, BGB § 311/f.III uygulama alanı bulacaktır. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 206; 210-211; Komm/BGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 114; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 47; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 103.

Bu düzenleme hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 149 vd.; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 60 vd.; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 195 vd.; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 170-172; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 47 vd.; KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 114 vd.; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 99 vd.; Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 157 vd.; Huber/Faust, **a.g.e.**, Kap. 3, Rn. 12-13.

²¹⁹ BGB § 311/f.III’ün ikinci cümlesinde de açıkça ifade edildiği gibi, üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumu, amaçlanan sözleşmenin kurulup kurulmamasına bağlı değildir. Yani bu noktada, genel prensiplerden ayrılan bir özellik bulunmamaktadır. Bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn.204.

²²⁰ Amaçlanan sözleşme ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişileri de, davranış yükümlerinden oluşan borç ilişkisinin kapsamına sokan bu düzenleme, üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında Alman teorisi ve uygulamasının zaman içinde oluşturduğu tüm şahısları (temsilcileri, aracı-yardımcı kişileri ve arka adamları) kapsamaktadır. Bkz. KommBGB/Gehrlein/Grüneberg, **a.g.e.**, § 311, Rn. 114; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 195 vd.; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 60; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 149; Kırca, **a.g.e.**, s. 175-176; 181; Huber/Faust, **a.g.e.**, Kap. 3, Rn. 13-14.

culpa in contrahendo sorumluluğunu borca aykırılık hükümlerine dayandıran görüş de, MK.m.452/f.II düzenlemesini, sınırlı ehliyetsizlerin korunmasına yönelik eğilim doğrultusunda haksız fiil hükümlerine tâbi tutmaktadır²²¹. Böylece kanunî temsilcisinin rızasının bulunmaması nedeniyle amaçladığı sözleşme geçersiz olan sınırlı ehliyetsiz, bu geçersizlikten etkilenen karşı tarafın olumsuz zararından, hangi görüş kabul edilirse edilsin sadece MK.m.452/f.II'nin şartları gerçekleşmişse sorumlu olur²²². Buna göre sınırlı ehliyetsiz, temsil yetkisine veya fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda sözleşme görüşmeleri sırasında diğer tarafı “yanıltmış” olması hâlinde, karşı tarafın olumsuz zararını, MK.m.452/f.II gereğince tazmin etme borcu altına girer²²³. Burada sınırlı ehliyetsizin culpa in contrahendo teşkil eden davranışı haksız fiil sorumluluğuna yol açtığından, onun olumsuz zarardan sorumlu tutulabilmesi için, kanunî temsilcisinin bu işlemsel temasa rıza göstermiş olmasına gerek yoktur (MK.m.16/f.II). Bu olasılıkta haksız fiil hükümlerine tâbi culpa in contrahendo tazminatının kapsamı, olumsuz menfaat çerçevesinde belirlenecektir; yani zarar görenin giderim talebi, sınırlı ehliyetsiz kendisini yanıltmasaydı (uyandırılan güveni boşa çıkarılmasaydı), bu sözleşmeyi hiç yapmasaydı içinde bulunacağı farazî durumun sağlanmasına yönelik olacaktır²²⁴.

İşaret edilmelidir ki, kanunî temsilcinin rızasının bulunmamasının yanı sıra amaçlanan sözleşme başka geçersizlik sebebinin de (örnek olarak şekle aykırılık, irade sakatlığı vs.) bünyesinde taşıyorsa, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranan sınırlı ehliyetsizin olumsuz zarardan sorumluluğu, yine MK.m.452/f.II çerçevesinde belirlenecektir. Zira diğer geçersizlik sebebi olmasaydı bile, amaçlanan sözleşme, kanunî temsilcinin rızasındaki eksiklik nedeniyle MK.m.16/f.I uyarınca geçersiz olacaktır. Bu tarz bir durumda, diğer geçersizlik sebebi ile karşı tarafın uğramış olduğu olumsuz zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığı gibi, aksi düşünüşte, sınırlı ehliyet-sizle işlem yapan taraf, içinde bulunduğu durumdan daha iyi bir hâle de sokulmuş olur. Kanunî temsilci işlemsel temasa rıza göstermişse, yani amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü ehliyet noksanı dışındaki başka bir sebepten kaynaklanıyorsa, sınırlı

²²¹ Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 149.

²²² MK.m.452/f.II'nin şartları hakkında bkz. aş. III. Bölüm, dn. 5.

²²³ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 404, dn. 36; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 125.

²²⁴ Rabel, **a.g.m.**, s. 298.

ehliyetsizin olumsuz zarardan sorumluluğu, bu husustaki genel prensiplere tâbidir; olumsuz zarardan sorumluluğunun borca aykırılık kurallarına bağlanması, bu noktada haksız fiil teorisinden farklı bir sonuç doğurmamaktadır.

—Sınırlı ehliyetsizin işlemsel temas sırasında yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği hâllerde ise, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin borca aykırılık kurallarına tâbi olması, şöyle bir farklılık doğurmaktadır. Kanunî temsilcisinin rızası olmaksızın yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsiz, haksız fiil kuralları uygulandığı takdirde, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle meydana gelen olumsuz zarardan, MK.m.16/f.II ve BK.m.39 uyarınca sorumlu tutulur²²⁵. Hâlbuki olumsuzdan zarar sorumluluğun borca aykırılığa dayandığı kabul edilirse, kanunî temsilcisinin rızası olmaksızın yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsiz, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yüzünden meydana gelen olumsuz zararı, MK.m.16/f.I'deki esas gereğince tazmin etme yükümlülüğü altına girmez²²⁶; yani BK.m.39'daki sorumluluk rejimi onun hakkında uygulanmaz. Çünkü MK.m.16/f.I, sadece sözleşmelerde değil, sözleşme görüşmeleri evresinde doğan ve ihlal edildikleri takdirde culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan kanunî davranış yükümlülüklerinde de uygulama alanı bulur²²⁷. Varılan sonuç, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin ve bu bağlamda culpa in contrahendo sorumluluğunun, olabildiğince geniş tutulması yönündeki eğilimle de ters düşmemektedir. Zira doktrindeki ortak kanaat²²⁸, hukukî işlem yapma ehliyetine tam olarak sahip olmayanların

²²⁵ Bkz. yuk. II. Bölüm, B 2 a.

²²⁶ Tam fiil ehliyetine sahip olmayan kimsenin kanunî temsilcisinin şahsî sorumluluğu ise, ancak sınırlı hâllerde söz konusu olur: Kanunî temsilci, ehliyetsiz tarafın kefilisi olursa veya sınırlı ehliyetsizin diğer tarafı yanılarak sözleşme yapmasını (MK.m.452/f.II) engellemek için MK.m.369 anlamında gerekli dikkat ve özeni göstermezse, kanunî temsilci şahsen sorumlu olur. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 359-360; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 213. Kanunî temsilcinin sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. Ballerstedt, **a.g.m.**, 526 vd.; Sticht, **a.g.e.**, s. 60 vd.

Sözleşme görüşmelerini ehliyetsiz kimse adına yürüten kanunî temsilcinin, kişisel olarak sorumlu olup olmayacağı hususu ise, yukarıda yaptığımız açıklamalar (temsilcinin görüşmeler sırasında diğer tarafta özel bir güven uyandırıp uyandırmadığı) çerçevesinde ele alınmalıdır. Bkz. yuk. II. Bölüm, C 2.

²²⁷ Başka bir görüşe göre, MK.m.16/f.I'de aranan fiil ehliyeti hukukî işlem yapmak için gereklidir; culpa in contrahendo'da söz konusu olan davranış yükümlülüğü hukuksal işlemde değil, doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığından, kanunî temsilcinin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. Anex, **a.g.e.**, s. 35 vd.

²²⁸ Canaris, **Ansprüche bei nichtigen Verträgen**, s. 482; Larenz, **a.g.e.**, s. 116; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 17, dn. 35a; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 404;

gözetilmesine öncelik vermek²²⁹ ve böylece güven sorumluluğu temelinde doğan kanunî borç ilişkisinin (culpa in contrahendo'nun) kapsamını, sınırlı ehliyetsizlerin korunması prensibine ters düşecek şekilde genişletmemektir²³⁰. Dolayısıyla kanunî temsilcisinin rızası olmaksızın yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsiz, gerek sözleşme görüşmeleri gerek sözleşmenin kuruluşu aşamasında ortaya çıkan davranış yükümlülüklerinin ihlalden sorumlu olmayacaktır. Nitekim bu husus, Alman hukukunda BGB § 179/f.III'nin ikinci cümlesinde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır²³¹.

Kanunî temsilcinin rıza gösterdiği hâllerde, onun sınırlı ehliyetsizin temsil yetkisi eksikliğini bilmesi gerekmez; ona başkası adına hareket etmesi yönünde izin vermesi gerekli ve yeterlidir. Hatta kanunî temsilcinin, sınırlı ehliyetsizin temsil yetkisinin sınırları içinde hareket etmesi şartıyla izin verdiği hâllerde de durum aynıdır²³².

Kanunî temsilci işlemsel temasa rıza göstermiş olursa, yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsiz, karşı tarafın olumsuz zararından BK.m.39/f.I gereğince kusursuz olarak sorumlu olur; hatta hâkim, şartları varsa sınırlı ehliyetsizi BK.m.39/f.II'ye dayanarak olumlu zarardan bile sorumlu tutabilir.

Burada gözden kaçırmamak gerekir ki, yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsizin BK.m.39 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için kanunî temsilcisinin rızasının aranması, onun MK.m.452/f.II'deki haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsiz, temsil yetkisine sahip olduğu hususunda diğer tarafı “yanıltmış” ise, haksız fiil işlemiş olduğundan, kanunî temsilcisinin

KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 30; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 359-360, dn. 60; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 126. Aksi yönde bkz. Spiro, **a.g.m.**, s. 640-641.

²²⁹ Bu tarz durumlarda, bir yandan sınırlı ehliyetsizlerin gözetilmesi, diğer yandan da iyiniyetli karşı tarafın korunması prensipleri karşı karşıya gelmekte ve birincisi, ikincisine göre öncelikli olarak tercih edilmektedir. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 184.

²³⁰ Dikkat edilmelidir ki, bu netice, işlemsel temasın hukukî işlem karakterine sahip olmasından değil, sınırlı ehliyetsizlerin korunmasına yönelik düzenlemelerden çıkmaktadır. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 116.

²³¹ Eğer kanunî temsilci bu hususta rıza göstermişse, sınırlı ehliyetsiz şartları varsa, BGB § 179/I uyarınca, yetkisiz olarak yaptığı sözleşmenin ifasından ya da karşı tarafın uğradığı olumlu zarardan bile sorumlu olacaktır. Bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 30.

²³² von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 450.

rızası bulunmasa bile karşı tarafın olumsuz zararını MK.m.452/f.II uyarınca tazmin etme borcu altına girer²³³.

4. Zamanaşımı

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin borca aykırılık kuralına bağlanmasının bir diğer sonucu, tazminat talebinin BK.m.60 yerine²³⁴, sözleşmesel alacakların zamanaşımı süresine tâbi olmasıdır²³⁵.

Buna göre BK.m.125'deki genel zamanaşımı süresi, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran bütün hâllerde kural olarak uygulanma kabiliyetine sahiptir²³⁶. Yani olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ister edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinden ister sözleşmeden dönmeye özgü borca aykırılıktan kaynaklansın, her iki durumda da BK.m. 125'deki zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur²³⁷.

Hüküm ifade ettiğine inanılan sözleşme için kanunda daha kısa bir zamanaşımı süresinin öngörüldüğü hâllerde (örneğin BK.m.126) ise, olumsuz zararın tazminine yönelik istemin, BK.m.125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresine mi yoksa BK.m.126'daki beş yıllık zamanaşımı süresine mi tâbi olacağı hususunda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir:

²³³ MK.m.452/f.II'de düzenlenmiş olmasa da, sınırlı ehliyetsizin temsil yetkisinin varlığı hususunda karşı tarafı yanılttığı hâllerde de, sorumluluğun MK.m.452/f.II'ye göre belirleneceği kabul edilmektedir. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 79; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 404, dn. 36; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 191-192; Bucher, **a.g.e.**, s. 645; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 125.

Kanunî temsilcinin işlemsel temasa yönelik rızasının bulunduğu hâllerde, yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsizin olumsuz zarardan sorumluluğu açısından MK.m.452/f.II hükmü, kusuru gerekli görmeyen BK.m.39/f.I düzenlemesi karşısında pratikte ikincil bir role sahip olacaktır. Belirli bir ağırlıktaki kusuru (yanıltma eylemini) arayan MK.m.452/f.II düzenlemesi, ancak kanunî temsilcinin rızası bulunmadığı için BK.m.39'un uygulama alanı bulmadığı hâllerde, yetkisiz temsilci olarak hareket eden sınırlı ehliyetsizin olumsuz zarardan sorumluluğu açısından pratik bir anlam ifade eder.

²³⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin çok yeni bir kararında, karma teoriyi benimseyen evvelki uygulamasına benzer bir şekilde, culpa in contrahendo sorumluluğuna yine BK.m.60'daki bir yıllık zamanaşımı süresini uyguladığını tekrardan hatırlatalım. Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 119'a bağlı metin.

²³⁵ MK.m.452/f.II düzenlemesi haksız fiil niteliğinde olduğundan (bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 149), küçük ya da kısıtlıların olumsuz zarardan sorumluluğu, BK.m.60 hükmüne tâbi olacaktır. MK.m.452/f.II'nin haksız fiil niteliğini kabul etmekle birlikte, BK.m.125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresini uygulayan farklı görüş için bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 196-197; Bucher, **a.g.e.**, s. 254-255.

²³⁶ Lüchinger, **a.g.m.**, s. 200-201.

²³⁷ Bazı yazarlar, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ortaya çıkan iade taleplerinin bir yıllık süreye tâbi olmasından hareketle, tazminat talebine de bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 134-135.

—Amaçlanan sözleşmenin yokluğu ya da baştan itibaren hüküm ifade etmesinden kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinde, tazminat talebi yine BK.m.125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi olacaktır; BK.m.126 hükmü, burada uygulama alanı bulmaz. Zira olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün temelindeki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, tarafların yapmayı düşündüğü sözleşmeden bağımsız olarak kanun uyarınca meydana gelmektedir. Dürüstlük kuralı gereğince kurulan sözleşme benzeri yasal borç ilişkisi hakkında kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, her türlü borca aykırılığı kapsayan BK.m.125 düzenlemesi, bu ihtimalde de varlığını korumaya devam eder. Bu kuralın istisnası, amaçlanan sözleşmenin uyarlanmasına yönelik talebin, BK.m.31'deki icazet faraziyesi nedeniyle bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlı olmasıdır²³⁸.

Bununla birlikte, özellikle de Alman doktrini ve uygulamasında genel zamanaşımı süresinin uzunluğundan sıyrılmak adına aksi yönde bir eğilim sergilendiğini vurgulamak gerekir²³⁹. Bu görüşe göre²⁴⁰, belirli sözleşme tipleri için daha kısa süreler getiren kanun koyucu, bunlardan doğan ihtilafların elverdiğince çabuk bir şekilde çözüme kavuşturulmasını amaçlamıştır; bu gaye dikkate alındığında, kanundaki

²³⁸ Bkz. aş. IV. Bölüm, B 4.

²³⁹ 2002 yılında yürürlüğe giren reform neticesinde, culpa in contrahendo'dan doğan tazminat talepleri, Alman hukukunda BGB §§ 195 ve 199 hükümlerine tâbi tutulmuştur. BGB § 195, üç yıllık genel zamanaşımı süresini, BGB § 199 ise, zamanaşımının başlangıç anı ile on yıllık üst süreyi düzenlemektedir; kişiye gelen zararlarda bu süre otuz yıl olarak belirlenmiştir. Bkz. MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 280, Rn. 42; 137; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 233; 252 vd.; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 56; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 280, Rn. 60; Nickel, **a.g.e.**, s. 245 vd.; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 147; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 17; 26.

²⁴⁰ von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 599-600; Larenz, **a.g.e.**, s. 116-117; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 192; Flume, **a.g.e.**, s. 802, dn. 13; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 25; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 280, Rn. 61; Wilhelm Steinberg, **Die Haftung für Culpa in Contrahendo**, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1930, s. 123 vd.; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, Art. 311, Rn. 147; MünchKomm/Kramer, **a.g.e.**, § 122, Rn. 13; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 39; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 122, Rn. 11; § 179, Rn. 13; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 87; Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 122, Rn. 6-7; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 21.

Alman Federal Mahkemesi de, bazı kararlarında bu görüşten yana tutum sergilemiş ve belirli sözleşmeler için kısa zamanaşımı süresi öngören eski BGB § 196 hükmünü kıyas yoluyla culpa in contrahendo sorumluluğuna uygulamıştır. Bkz. BGHZ, 49, 77 vd.; 57, 191 vd.; 86, 313 vd.; Alman uygulamasından diğer örnekler için bkz. Nirk, **a.g.m.**, s. 97-98.

Ancak belirtmek gerekir ki, 2002 reformuyla birlikte otuz yıllık genel zamanaşımı süresinin üç yıla düşürülmesi neticesinde bu sorun, Alman hukukundaki önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Bkz. Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 26.

İsviçre ve Türk doktrinlerinde de bu görüşü savunanlar bulunmaktadır. Bkz. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Rn. 141; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 127, dn. 78.

münferit sözleşmeler bakımından öngörülen kısa zamanaşımı sürelerinin (örneğin BK.m.126), olumsuz zarardan sorumluluğa kıyas yoluyla uygulanması gerekmektedir²⁴¹. Ancak bize göre, önerilen bu çözüm tarzı, pratik olarak haklı bir gerekçeye dayanmış olsa da, kendi içinde dogmatik bir yanlışlığı barındırmaktadır²⁴². Zira doğrudan doğruya kanundan doğan (*ex lege*) ve herhangi bir edim yükümü içermeyen borç ilişkisinin akıbetini, zamanaşımı süresinin uzunluğunu bahane ederek tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşmenin şartlarına tâbi tutmak ancak yıllar önce terk edilmiş olan “*amaç sözleşme teorisi*”²⁴³ çerçevesinde mümkün olabilir. Bir yandan “*amaç sözleşme teorisi*”ni reddederek yasal borç ilişkisinin bağımsız karakterini öne çıkaran yazarların, diğer yandan bu teoriyle uyumlu sonuçlar benimsemeleri, tutarlı olmamıştır. Bunun yanı sıra bu görüş, bazı uygulanma zorluklarını da bünyesinde taşımaktadır²⁴⁴. Şöyle ki, özellikle de yokluk hâlinde tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşmenin tipini belirlemek her zaman için kolay değildir; sözleşmenin türü açıklıkla tespit edilse bile, tatbik edilecek farklı zamanaşımı süreleri, hukuksal güvenliği sarsıntıya uğratabilir. Zarar veren taraf ile sözleşmenin kuruluşu aşamasına kadar gelmiş alacaklıyı, bu evreye kadar gelemeyip sözleşme görüşmelerine saplanıp kalan alacaklıdan farklı ele almak ve ilkini daha kısa bir zamanaşımı süresine tâbi tutmak, hiç de adil değildir.

Hem teorik hem de pratik olarak tatmin edici bir sonuç elde etmenin pek mümkün olmadığı bu alanda yürütülen farklı arayışlar, görüldüğü üzere sağlam bir hukukî dayanaktan yoksun kalmaktadır. Dolayısıyla amaçlanan sözleşmenin yokluğu ya da baştan itibaren hüküm ifade etmemesinden doğan olumsuz zarardan sorumlu-

²⁴¹ Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, amaçlanan sözleşmedeki zamanaşımı süresinin daha uzun olduğu hâllerde (örneğin, taşınmaz satımında yirmi yıllık zamanaşımı süresini öngören BGB § 196’da olduğu gibi), bu görüş taraftarları, BGB § 195’deki üç yıllık genel zamanaşımı süresini uygulamaktadır.

²⁴² Anex, **a.g.e.**, s. 100-101; ayrıca bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 196, dn. 174.

²⁴³ Culpa in contrahendo sorumluluğunun doktrinde yerleşmeye başladığı ilk yıllarda Jhering ve Leonhard tarafından savunulan, fakat yetersizlikleri nedeniyle artık kabul görmeyen “*amaç sözleşme teorisi*” hakkında bkz. yuk. II. Bölüm, B 2 b (1).

²⁴⁴ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 196.

luk hâllerine, BK.m.125'deki on yıllık zamanaşımı süresini –uzun da olsa²⁴⁵ - uygulamaktan başka çare bulunmamaktadır²⁴⁶.

—Geçerli bir borç ilişkisinin yenilik doğuran beyanla sonradan hükümden düşürülmesiyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinde de, kural olarak BK.m.125 hükmü uygulama alanı bulur. Sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında hangi görüş kabul edilirse edilsin, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü borca aykırı davranışın bir sonucu olarak kabul edildiğinden, tazminat talebine, BK.m.125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır²⁴⁷. Ancak yenilik doğuran beyanla sonradan hükümden düşürülen sözleşme, BK.m.126'da sayılan sözleşme türlerinden birisi ise, olumsuz zararın tazminine yönelik talep, BK.m.126 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi olur; bu ihtimalde artık BK.m.125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmaz. Örneğin eser sözleşmesinden dönme üzerine ileri sürülen olumsuz zarar talebi, BK.m.126 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir; meğerki müteahhidin kastı veya ağır ihmali bulunmuş olsun. Yine bunun gibi, BK.m.396/f.II'de yer alan vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinden kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü de, BK.m.126 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

Olumsuz zarardan sorumluluğun tâbi olduğu zamanaşımı süresi, BK.m.128 uyarınca alacağın muaccel olduğu, yani zararın meydana geldiği andan itibaren işlemeye başlar. Zamanaşımının işlemeye başlaması için alacaklının, haksız fiil sorumluluğundan (BK.m.60) farklı olarak, zarara uğradığını, tazminat alacağının muaccel olduğunu ve hatta alacaklı olduğunu bilmesi gerekli değildir²⁴⁸.

²⁴⁵ İtiraf etmek gerekir ki, BK.m.125 hükmü, gerçekten de uzun sayılabilecek bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Ne var ki bu sürenin, bütün borca aykırılıklar için söz konusu olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yani sadece sözleşme benzeri yasal borç ilişkisine mahsus bir durumla karşı karşıya değiliz. Bkz. Becker, **a.g.e.**, s. Art. 26, Rn. 1; Bucher, **a.g.e.**, s. 287.

²⁴⁶ Karş. Koller, **a.g.e.**, s. 128-129, dn. 500.

²⁴⁷ von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 157; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 418; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 649; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Eren, **a.g.e.**, s. 1081; Buz, **a.g.e.**, s. 275.

²⁴⁸ Haksız fiil sorumluluğuna ait bir yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için gerekli olan “zararı öğrenme” şartı, uzun süren bilirkişi incelemelerini ve güç hesaplama yöntemlerini gerektirdiğinden, sürenin başlangıcını anını tespit etmekte bazı zorluklar yaşanmaktadır. Hâlbuki “zararı öğrenme” şartının aranmadığı borca aykırılık zamanaşımında, böyle sorunlarla pek karşılaşmaz. Dolayısıyla kuşku ve belirsizliklere yer vermeyen BK.m.125 ve 126'daki zamanaşımı sürelerinin, BK.m.60 düzenlemesine nazaran -uzun da olsa-hukuksal güvenlik açısından daha çok avantaj sağladığını söylemek mümkündür. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 130-132.

Olumsuz zararı doğuran olayın meydana geliş şekli farklılıklar gösterdiğinden, zamanaşımının başlangıç anının tespitinde, her bir ihtimal için ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir:

—Yokluk ve kesin hükümsüzlük hâllerinde zamanaşımı süresi, zarara yol açan davranış yükümü ihlalinin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar²⁴⁹. Zira bu tarz durumlarda, amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü için başkaca bir olgunun gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur.

—İptal edilebilirlik hâllerinde durum farklıdır; ancak karşı tarafa yöneltilen iptal beyanı sayesinde, sözleşme kesin olarak hükümsüz hâle gelmektedir. Olumsuz zararı giderme yükümlülüğü, irade sakatlığının ileri sürülmesine bağlı olduğundan, zamanaşımı süresi, kural olarak iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte; daha doğrusu bozucu yenilik doğuran beyanın muhataba varmasıyla²⁵⁰ işlemeye başlar²⁵¹. Karşı tarafa yöneltilen iptal beyanı sayesinde, hem sözleşmenin akıbeti (kesin olarak hükümsüz hâle geldiği) belirlenmekte hem de borç ilişkisinin geçersizliğine yol açma-

²⁴⁹ Karş. Scherrer, **a.g.e.**, s. 77.

²⁵⁰ BK.m.3, 5, 9 düzenlemeleri dışında, yöneltilmesi gerekli irade beyanlarının hangi andan itibaren sonuçlarını doğuracağı hususunda kanunumuzda genel bir hüküm bulunmamaktadır. Alman hukukunda BGB § 130/f.I'de ise, "*varma anı*" genel bir prensip olarak kabul edilmiştir. İsviçre ve Türk doktrinindeki baskın görüş de, gerek BGB'nin bu düzenlemesinden gerek BK.m.3, 5, 9 hükümlerinden yola çıkarak yöneltilmesi gerekli irade beyanlarında "*varma anını*" esas almaktadır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 166 vd.; Schwarz, **a.g.e.**, s. 172; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 239; 241; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 144-146; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 99-100; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 129; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfa-sında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 41, dn. 106.

Doktrindeki bir başka görüşe göre, hukukumuzda genel bir hüküm bulunmadığından, her hukukî işlemde, o işlemin niteliği ve tarafların menfaati dikkate alınarak bir çözüme ulaşılmalıdır. Buna göre beyanda bulunana korumak gerekiyorsa, beyanın yöneltilmesi; muhatabın korunması gerekiyorsa, beyanın öğrenilmesi; taraflar arasında menfaatler dengesi söz konusu ise, beyanın muhataba varması aranmalıdır. Bkz. Oğuzman, **a.g.e.**, s. 129-130; 174; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 150-151. Belirtmek gerekir ki, bu son görüş de, sözleşmenin iptalinde "*varma anını*" benimsemektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 101.

Yukarıdaki görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, olumsuz zararın hesaplanmasında, her hâlde iptal beyanının karşı yana ulaşma anı değil, muhatap tarafından öğrenilme anı esas alınmalıdır. Zira muhatap, iptal beyanını öğrenmeden önce sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenip bir takım masraflar yapmış olabilir; malvarlığında zarar olarak ortaya çıkan bu masrafların da tazmin edilmesi gerekir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 598, dn. 176.

²⁵¹ Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllere BK.m.60'daki bir yıllık zamanaşımı süresini uygulayan Scherrer'e göre burada şu şekilde bir ayırım yapılmalıdır: Tazminat talebinde bulunan zarar gören, aynı zamanda sözleşmeyi iptal eden taraf ise, zamanaşımı süresi iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte işlemeye başlar. Buna karşılık sözleşmeyi iptal eden zarar gören değilse (örneğin BK.m.26), yani diğer taraf sözleşmeyi iptal etmişse, zamanaşımı süresinin başlangıcı, iptal hakkının kullanıldığını öğrenme anıdır. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 77.

ma biçimindeki davranış yükümünün ihlal edilerek zarara sebebiyet verildiği ortaya çıkmaktadır²⁵².

—BK.m.31/f.II'nin uygulama alanı bulduğu olaylarda ise, zamanaşımı süresi, işlemsel temas sırasındaki borca aykırı davranışın gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlar²⁵³. Çünkü anılan hüküm, aldatma veya korkutma nedeniyle ileri sürülecek tazminat talebini, zarar görenin sözleşmeyi iptal etmesi şartına bağlamamıştır²⁵⁴. Zarara yol açan aldatma ya da korkutma fiillerinin yapılması, zamanaşımı süresinin işlemesi için gerekli ve yeterlidir²⁵⁵.

—Sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zarar tazminatının zamanaşımı süresi, dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla işlemeye başlar²⁵⁶. Zira yenilik doğuran bir niteliğe sahip dönme beyanı muhataba varmakla sonuçlarını doğurmakta ve böylece borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklı, sözleşmenin hükümden düşmesi nedeniyle zarara uğramış olmaktadır.

—Sözleşmenin hükümlerini doğurması için ek bazı unsurlara ihtiyaç duyduğu noksanlık hâllerinde, zamanaşımı süresi, tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceğinin kesinleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Çünkü noksanlık söz konusuysa, sözleşme askıda hükümsüzlük durumundadır ve hukukî işlemin hüküm ifade edip etmeyeceği, eksik kalan unsurun tamamlanıp tamamlanmamasına bağlıdır. Buna göre, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi, temsil olunanın yapılan işleme icazet vermeyeceğini bildirmesiyle işlemeye başlar. Yetkisiz temsilciye güvenerek onunla sözleşme yapan taraf, icazet vermesi için temsil olunana BK.m.38 uya-

²⁵² Keller, M., **a.g.e.**, s. 107.

²⁵³ BK.m.31/f.II'nin kapsamına giren hâllerde, on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını, sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulmuş olmasına (iptal edilmemesine) bağlayan görüş için bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 270.

Bize göre, bu düşünüş tarzı kesinlikle yanlıştır; zira daha önceden de açıkladığımız gibi, zarar verici olay, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin yerine getirilmemesinden değil; sözleşme görüşmeleri sırasındaki davranış yükümünün ihlalden kaynaklanmaktadır. Bu hâliyle on yıllık zamanaşımı süresinin dayanağı, işlemsel temas nedeniyle kurulan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisidir. Ayrıca bu düşünüş tarzı doğru olsaydı, bazı sözleşme tipleri için BK.m.126 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekirdi.

²⁵⁴ Bu hüküm hakkında bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 b (1); aş. III. Bölüm, B 1 d.

²⁵⁵ Olumsuz zarar talebi bakımından BK.m.31/f.II'nin kıyasen uygulandığı hâllerde de (örneğin gabin), zamanaşımı süresi, zarara yol açan davranış yükümü ihlalden itibaren işlemeye başlar.

²⁵⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 3129; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 302.

rınca bir süre tanımışsa, temsil olunan, tanınan süre içerisinde icazet vermeyeceğini açıkça beyan etmişse, bu andan itibaren; böyle açık bir reddetme yoksa, verilen sürenin dolmasıyla (suskun geçirilmesiyle) yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlar²⁵⁷. Haksız fiil niteliğinde sayıldığı için bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi olan sınırlı ehliyetsizlerin MK.m.452/f.II'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde de, aynı esaslar geçerlidir²⁵⁸.

²⁵⁷ Scherrer, **a.g.e.**, s. 77-78.

²⁵⁸ Aile birliğini etkileyeceği varsayılan bazı işlemlerde diğer eşin onayını arayan MK.m.194/f.I, 199/f.I ve 223/f.II hükümleri de, hukukumuzdaki diğer noksanlık (askıda hükümsüzlük) hâlleridir. Sözleşmenin geçersizliği nedeniyle işlemi yapan eşin olumsuz zarardan sorumluluğunun söz konusu olabileceği bu ihtimallerde zamanaşımı süresi, diğer eşin yapılan işleme onay vermemesinden itibaren işlemeye başlar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HÂLLERİN
GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

A. GENEL OLARAK

Önceki açıklamalarımızda sürekli olarak, olumsuz zararın, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıyla meydana geldiğini; malvarlığında oluşan alışveriş menfaatine ilişkin güven kayıplarının olumsuz zarara rengini veren unsur olduğunu vurgulamıştık. Fakat hukukumuzda öngörülen olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler, borç ilişkisinin baştan beri hükümsüz olduğu hâller ile sınırlı değildir; geçerli bir şekilde kurulan ve hükümlerini doğuran borç ilişkisinin yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla sonradan hükümden düştüğü hâllerde de, olumsuz zarar talebinin ileri sürülmesi mümkündür. Her ne kadar bu ihtimallerde zarar verici olay, Jhering'in kurguladığı öğretilen farklı olarak, borç ilişkisinin geçerli bir şekilde varlığını devam ettireceği yönünde alacaklıda oluşan inancın boşa çıkarılmasından ibaret olsa da, kanun koyucu alacaklıya, o borç ilişkisi hiç söz konusu olmasaydı uğramayacağı zararın karşılanmasını talep etme hakkını yine de tanımıştır. Böylece olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için gerekli olan sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ya da kurulacağı yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılması olgusu mevcut olmamasına rağmen zarar görene, borç ilişkisine hiç girmemiş olsaydı içinde bulunacağı farazî durumun tazminat yoluyla sağlanmasını isteme hakkı verilmiştir.

Bu özelliklere dikkat çekebilmek ve aralarındaki farklılıkları ortaya koyabilmek amacıyla, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin hukukumuzdaki görünüm biçimleri, *borç ilişkisinin hiç kurulmaması veya baştan beri hükümsüz olması ile sonradan hükümden düşmesi* şeklinde iki ayrı üst başlık altında ele alınacaktır.

B. BORÇ İLİŞKİSİNİN HİÇ KURULMAMASI VEYA BAŞTAN İTİBAREN HÜKÜMSÜZ OLMASINDAN KAYNAKLANAN OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ya da kurulacağı yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, bu başlığın kapsamına girmektedir. Bu hâliyle burada incelenecek olanlar, *karşı tarafın korkutmasına veya maddî cebire maruz kalanın, ayırt etme gücüne sahip olmayanın ve zor durumda bulunduğu için gabne uğrayan tarafın* yürüttüğü işlemsel temaslar hariç olmak üzere¹, gerçek anlamdaki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleridir; yani olumsuz menfaati, diğer zarar türlerinden ayıran ve ona güven zararı karakterini veren görünüm biçimleridir. “*Tipik olumsuz zarardan sorumluluk*” olarak da adlandırabileceğimiz bu uygulama biçimleri, sözleşmelerin hüküm ifade etmesi için genel olarak aranan şartların mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve eksiklik, burada irdelenmesi gereken hükümsüzlük sebepleridir.

Borç ilişkisinin hiç kurulmaması veya baştan beri hüküm ifade etmemesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluğun temelinde, Jhering’in müşterek hukuk döneminde kurguladığı ve etkisini kanun koyucular üzerinde hâlâ güçlü bir şekilde hissettiren *culpa in contrahendo* öğretisi bulunmaktadır². Nitekim hakkaniyet esasına dayanan BK.m.29/f.II hariç olmak üzere, İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında (BK.m.26/f.I, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I) ve Alman Medenî Kanununda (BGB §§ 122/f.I, 179/f.II) yer alan münferit hükümler, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun izlerini taşıyan düzenlemelerdir. Ne var ki, hem İsviçre ve Türk hukuklarında hem de Alman hukukunda, bu hükümler dışında ayrıca genel bir düzenleme olumsuz zarardan sorumluluk bakımından öngörülmüş değildir. Ancak bu hususta özel bir düzenlemenin mevcut olmaması, diğer hükümsüzlük hâllerinde ortaya çıkan güven zararlarının tazmin edilmeyeceği; hükümsüzlüğün neden olduğu malvarlığı kayıplarından kimsenin sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulama ve doktrinde genel olarak kabul görmüş ol-

¹ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. II. Bölüm, A 1; B 2 vd.

ması³, herhangi bir düzenleme içermeyen diğer hükümsüzlük hâllerinde de, olumsuz zararın giderilmesine olanak sağlamaktadır⁴; yeter ki sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu ya da kurulacağı yönünde uyandırılan güvenin ihlali yüzünden malvarlığı kayıpları meydana gelmiş olsun.

Bu açıklamalar çerçevesinde, borç ilişkisinin hiç kurulmaması veya baştan itibaren hükümsüz olmasına özgü olumsuz zarardan sorumluluk hâllerini, Borçlar Kanununda düzenlenenler ve düzenlenmeyenler şeklinde iki başlık altında toplayabiliriz.

1. Borçlar Kanunundaki Tipik Olumsuz Zarardan Sorumluluk Hâlleri

Olumsuz zarardan sorumluluğun Borçlar Kanunumuzdaki tipik uygulama alanı, BK.m.26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II ve 39/f.I hükümlerinden oluşmaktadır⁵. Bu

³ Yeniden hatırlatmak gerekir ki, 2002 reformuyla yürürlüğe giren BGB § 311/f.II hükmü sayesinde culpa in contrahendo sorumluluğu Alman hukukunda yasal bir düzenleme hâline getirilmiştir. Dolayısıyla artık culpa in contrahendo sorumluluğu, Alman hukukunda örf ve adet hukuku kimliğinden yazılı (pozitif) hukuk kurumuna dönüşmüştür. Ancak bu hüküm culpa in contrahendo sorumluluğunun sadece oluşum biçimini ve hukukî niteliğini düzenlemekle yetinmiş, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan davranış yükümlülüklerine aykırılığın yaptırımını belirlememiştir. Bkz. yuk. II Bölüm, B 3 a.

⁴ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 193, dn. 87; Bucher, **a.g.e.**, s. 279 vd.; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 132 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 322-323; Claire Huguenin, **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1984, s. 74; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 227 vd.; 244-245; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 177; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 100; Hartmann, **Die Rückabwicklung**, Rn.728; Bühler-Reimann, **a.g.m.**, s. 358; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 14 vd.; 199 vd.; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 427; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 236; 241 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1088 vd.; Karahasan, **C. 2**, s. 909; Baygın, **a.g.m.**, s. 361-362.

⁵ Bunların yanı sıra, MK.m.452/f.II düzenlemesinin de, tipik bir olumsuz zarardan sorumluluk hâli olduğuna değinmek gerekir. Bu hükme göre, “*Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur*”. MK.m.452/f.II hükmü, sadece vesayet altındaki kişiden bahsetmiş olsa da, bu sorumluluk rejimi velâyet altındaki çocuklar ile kendisine yasal danışman ve kayyım atanlar bakımından da uygulama alanı bulur. Ayrıca MK.m.452/f.II düzenlemesi, vesayet dairelerinin izninin arandığı hâllerde de geçerlidir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 213, dn. 50; Bucher, **a.g.e.**, s. 280, dn. 14; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 643-644.

Kaleme alınış tarzından da anlaşılacağı üzere MK.m.452/f.II düzenlemesi, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukumuzdaki görünüm biçimlerinden birisidir. Zaten Jhering de, bu ihtimali culpa in contrahendo teorisinin uygulama alanı olarak ele almıştır. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 48 vd. Fakat bu hükmün istisnai olarak haksız fiil hükümlerine tâbi olduğu yolunda bkz. aş. II. Bölüm, dn. 149.

Culpa in contrahendo’nun diğer görünüm biçimlerinden farklı olarak, sınırlı ehliyetsizin sorumluluğu, onun sözleşme görüşmeleri sırasında ehliyetli olduğuna dair özel bir güven uyandırarak karşı tarafı yanılttığı hâllere münhasır kılınmıştır. Ancak buradaki “*yanıltma (mehaz kanundaki ifade-siyle verleiten)*” şartından, mutlaka kasit anlaşılmalıdır; sınırlı ehliyetsizin her türlü kusuru, MK.m.452/f.II’deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün doğumu için gerekli ve yeterlidir. Bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 298-299; August Egger, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetz-**

maddeler her ne kadar birbirinden değişik şekilde kaleme alınmış olsa da, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde karşı tarafta uyandırılan güvenin ihlal edilmesinden doğan zararlardan sorumluluğu düzenliyor olmaları, hepsinde öne çıkan ortak bir özelliktir. Bu hâliyle, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan ve sadece alışveriş menfaatine tekabül eden güven zararlarının tazminine ilişkin hukukumuzdaki yegâne pozitif düzenlemelerdir. Bir başka ifadeyle söz konusu hükümler, culpa in contrahendo sorumluluğunun Borçlar Kanunumuzdaki somut görünüm biçimleridir.

buch, Bd. II, Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360-456, 2. Auflage, Zürich, Schulthess&Co AG, 1948, Art. 411, Rn. 7; Lüchinger, a.g.e., Rn. 326; Keller, M., a.g.e., s. 121 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 645; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 79; BSK ZGB I/Laube, a.g.e., Art. 411, Rn. 14 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Ruma-Jungo, a.g.e., s. 531; Schwenger, a.g.e., s. 674; ayrıca bkz. Gonzenbach, a.g.e., s. 185 vd.**

Nitekim vaktiyle Prusya Devletleri Medenî Kanunu (ALR) I 5 § 33'de yer alan benzer nitelikteki düzenlemede kullanılan "verleiten" ifadesinin de sadece kastı işaret etmediği, bütün kusur hâllerini kapsadığı müşterek hukuk doktrininde kabul edilmekteydi. Bkz. Jhering, a.g.e., s. 40.

Buna göre, karşı tarafı yanıltma, kasten, ihmalen ve hatta susma şeklinde dahi gerçekleşebilir (fakat susmayı yeterli olarak görmeyen yazarlar için bkz. Egger, a.g.e., Art 411, Rn. 7; Lüchinger, a.g.e., Rn. 326); yeter ki, sınırlı ehliyetsiz, üçüncü kişinin tam fiil ehliyetinin varlığına güvenerek kendisiyle sözleşme yaptığının bilincinde olsun ya da somut olayın şartları sınırlı ehliyetsizin karşı tarafın dikkatini çekmesini gerektirsin.

MK.m.452/f.II hükmü, kanunî temsilcisinin rızasının bulunduğu veya MK.m.453, 455 uyarınca rızaya gerek olmadığı hususunda sınırlı ehliyetsizin diğer tarafı yanılttığı hâllerde de uygulama alanı bulur. Bkz. Bucher, a.g.e., s. 280, dn. 14; Gonzenbach, a.g.e., s. 192; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 130; BSK ZGB I/Leuba, a.g.e., Art. 411, Rn. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 645.

Sınırlı ehliyetsizin yetkisiz temsilci olarak hareket etmesi hususunda bkz. yuk. II. Bölüm, C 3.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sınırlı ehliyetsizin, kanunî temsilcisinin rızası olmaksızın sözleşme yaptığı veya açıklama yükümlülüğünü ihlal ettiği her durum, MK.m.452/f.II'deki haksız fiil sorumluluğunu oluşturmaya elverişli değildir. Bunun için ayrıca açıklama yükümlülüğün, özel bir biçimde ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple, kanun koyucu, MK.m.452/f.II'yi istisnai nitelikte bir düzenleme olarak kaleme almıştır. Aksi takdirde, her türlü haksız fiilden sorumlu olmayı öngören MK.m.16/f.II nedeniyle sınırlı ehliyetsizi koruma düşüncesi boşa çıkmış olurdu. Bkz. Gonzenbach, a.g.e., s. 183-184; Bucher, a.g.e., s. 645.

Amaçladığı sözleşmeyi ifa etmek niyetinde olan sınırlı ehliyetsizin, kanunî temsilcisinin rıza göstermeyeceğini önceden öngöremediği yahut fiil ehliyetinin sınırlı olduğunu bilmediği hâllerde, MK.m.452/f.II anlamında "yanıltmadan" söz edilemez. Bkz. BSK ZGB I/Leuba, a.g.e., Art. 411, Rn. 14; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 645.

MK.m.410 uyarınca kısıtlama kararının ilân edilmiş olması, MK.m.452/f.II'deki sorumluluk hükümünün uygulanmasına engel değildir. Ancak üçüncü şahsın, fiil ehliyetindeki eksikliği bildiği hâllerde, nedensellik bağının kesildiği; bilmesi gerektiği fakat yeterli özeni göstermediği durumlarda ise, hükmedilecek tazminatta BK.m.44 uyarınca indirim yapılacağı kabul edilmektedir. Bkz. BSK ZGB I/Leuba, a.g.e., Art. 411, Rn. 15; Egger, a.g.e., Art. 411, Rn. 6; 8; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 645-646; BGE 79 II 356 vd.; ayrıca bkz. Koller, a.g.e., Rn. 817; Gonzenbach, a.g.e., s. 148.

a. Yanılma Nedeniyle Sözleşmenin İptalinde

Borçlar Kanunumuz, sözleşmeler hukuku alanında, güven ilkesinden ziyade irade prensibine daha çok değer vermiş⁶ ve iradesi sakatlanan kimseye iptal yoluyla sözleşmeden kurtulma hakkı tanımıştır. Öyle ki, bir kimse kendi kusuruyla yanılmış olsa bile, yine de sözleşmeden sıyrılmaya imkânına sahiptir. Ancak irade prensibine bu şekilde sıkı sıkıya bağlı kalmanın işlem güvenliğinde yaratacağı tehlikeleri göz önünde bulunduran kanun koyucu, bunları bir nebze olsun gidermek istemiş⁷ ve Jhering'i takip ederek⁸ sözleşmenin geçerliliğine güvenen diğer tarafa tazminat hakkı tanımıştır. Zira sözleşmenin iptali çoğu zaman, karşı taraf için bazı zararların meydana gelmesine sebebiyet verir. Bu düşünce temelinde dayanan ve tarihsel kökenlerini müşterek hukuktaki irade teorisinde bulan BK.m.26/f.I hükmü, sözleşmenin yanılma sebebiyle iptalini tazminat yaptırımına bağlamış bulunmaktadır.

Buna göre kusuru ile yanılmaya düşen, sözleşmeyi iptal etmek isterse, karşı tarafın olumsuz zararını tazmin etmeyi göze almalıdır⁹. Buradaki tazminat yükümü,

⁶ Loser-Krog, **Haftung aus Treu und Glauben**, s. 137; Schmidlin, **Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre**, s. 241 vd.; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 254; ayrıca bkz. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 16, Rn. 32 vd.; Ernst A. Kramer, **Der Irrtum beim Vertragschluss**, Zürich, Schulthess, 1998, s. 58; Keller, M., **a.g.e.**, s. 148.

⁷ Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 254.

⁸ Jhering, **a.g.e.**, s. 62 vd.

⁹ Bir kimsenin istememesine rağmen bilerek yaptığı beyanın akıbetine ilişkin olarak Alman hukukunda BGB § 116'da açık hüküm bulunmasına karşın, İsviçre ve Türk hukuklarında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Zihni kayıt (*Mentalreservation*) olarak adlandırılan bu tarz durumlarda, yapılanın beyanın güven teorisi çerçevesinde sonuç doğuracağı ve karşı tarafın durumu bilmemesi hâlinde, böyle bir beyanın sözleşmenin kurulmasına yol açacağı ittifakla kabul edilmektedir. Zihni kayıtla beyanda bulunan, bilerek açıklamada bulunduğu için yanılma hükümlerine dayanamayacaktır. Dolayısıyla zihni kayıtla yapılan beyanın hüküm doğrumaması, yalnızca karşı tarafın bu durumu bilmesi şartına bağlı olduğu için, zihni kayıt hâllerinde, olumsuz zararını tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaz. Bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 223 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 161.

Buna karşılık, bir kimsenin ciddiye alınmayacağı düşüncesiyle açıklamada (lâtime beyanı, övünme, sanatsal faaliyet vs) bulunduğu hâllerde ise, olumsuz zararını tazmin yükümlülüğü ortaya çıkabilir. Çünkü güven teorisi çerçevesinde değerlendirilen beyanın sözleşmenin kurulmasına yol açtığı durumlarda, beyan sahibinin yanılma hükümleri uyarınca sözleşmeyi iptal etmesi ve kusuru bulunduğu takdirde olumsuz zarardan sorumlu tutulması mümkündür. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 62 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 165-166.

Burada işaret etmek ki, Alman hukukunda durum biraz farklıdır. Şöyle ki, bir kimsenin, karşı tarafça ciddi olarak değerlendirilmeyeceği düşüncesiyle yaptığı beyanlar, BGB § 118'de açıkça geçersiz sayılmıştır. Bu ihtimalde, irade beyanında bulunan taraf, BGB § 122 gereğince, beyana güvenen diğer yanın olumsuz zararını tazmin etme yükümlülüğü altına girer. Kusursuz sorumluluğun düzenlendiği bu hükümde, olumsuz zarar miktarı, olumlu zararlarla sınırlanmıştır. Ayrıca BGB § 122/f.II'ye göre, zarar görenin, geçersizlik sebebinin (irade beyanın ciddi olmadığını) bildiği veya

kusuruyla yanılan tarafın iptal hakkını kullanırken düşünmesine, hatta kimi zaman iptalden vazgeçmesine yol açan frenleyici ve aynı zamanda karşılıklı menfaatleri dengeleyici bir fonksiyon görmektedir¹⁰. Bu hâliyle BK.m.26 düzenlemesi, iptal hakkına getirilen dolaylı bir sınırlamadır¹¹.

Esaslı yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin tazminat sorumluluğunu düzenleyen bu hüküm, sözleşmenin geçerliliğine güvenen karşı tarafın uğramış olduğu olumsuz zararın giderilmesine yöneliktir. Her ne kadar madde metninde kullanılan ifadeler çok başarılı olmasa da¹², BK.m.26/f.I'in olumsuz zararı düzenlendiği hususunda herhangi bir tereddüt duymamak gerekir¹³. Zira BK.m.26 düzenlemesi, ikinci fıkrasıyla birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde, birinci fıkranın olumsuz zarara ilişkin olduğu daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ikinci fıkra, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, daha fazla tazminata hükmetme imkânını hâkime tanıdığına göre, ilk fıkra olumsuz zararı, ikinci fıkra ise olumlu zararı düzenlemektedir¹⁴. Buna göre, BK.m.26/f.I gereğince tazmin edilecek zarar, geçerliliğine

bilmesi gerektiği hâllerde, tazminat yükümlülüğü hiç doğmamaktadır. Bkz. BGBKomm/Wendtland, **a.g.e.**, § 118, Rn. 6; Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 118, Rn. 1 vd.

¹⁰ Arthur Meier-Hayoz, **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag**, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer&Co., 1948, s. 193, dn. 4.

¹¹ Schmidlin, **Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre**, s. 253-254; Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR**, Bern, Verlag Stämpfli+Cie AG, 1995, Art. 26, Rn. 8; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 254.

¹² Bu yöndeki eleştiriler için bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b.

¹³ Esaslı yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal edenin sorumluluğunu düzenleyen eski İsviçre Borçlar Kanununun 23. maddesindeki tazminat yükümlülüğünün, hangi menfaat türüne ilişkin olduğu tartışma konusuydu. Bununla birlikte baskın görüş, buradaki sorumluluğun olumsuz zarara ilişkin olduğunu kabul etmekteydi. Bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 303 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 111, dn. 4.

Olumlu zararın mı yoksa olumsuz zararın mı istenebileceği noktasında yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla şimdiki BK.m.26/f.I'in metninde “*sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar*” (*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens*) ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 48; Keller, M., **a.g.e.**, s. 110-111.

¹⁴ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 316-317; von Tuhr, **a.g.m.**, s. 18 vd.; Scherrer, **a.g.e.**, s. 48-49; 69; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 10-15; Schwarz, **a.g.e.**, s. 316; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 5; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 277-278; Bucher, **a.g.e.**, s. 218; Hans Bachmann, **Der Irrtum nach Artikel 23 ff. des schweizerischen Obligationenrechts**, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie., 1928, s. 109-110; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 170-171; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 246; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 363-364; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 116-117; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 26 vd.; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 126; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 850; Eren, **a.g.e.**, s. 357; 1088; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 16, Rn. 26; Schwenger, **a.g.e.**, § 39, Rn. 34; BSK OR

güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden meydana gelen malvarlığı kayıplarıdır. Bir başka ifadeyle, zarar görenin BK.m.26/f.I'e dayanan tazminat talebi, iptal edilen sözleşme hiç yapılmamış olsaydı içinde bulunulacak farazî durumun sağlanmasını hedeflemektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın olumsuz zarar talebinde bulunabilmesi için, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin kusurlu olması gerekmektedir. Yani sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olan yanılma, iptal edenin kendi kusurundan kaynaklanmalıdır¹⁵. Esaslı yanılmanın kusurdan bağımsız olarak sözleşmenin iptalini sağladığı bir sistemde, tazminat yükümlülüğünün kusur şartına bağlanması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹⁶. Çünkü beyanda bulunan, kendi hâkimiyet alanında gerçekleşen yanılmanın sonuçlarına kusuru olsun ya da olmasın katlanmalıdır. Taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisi bunu gerektirmektedir. Yanılmaya düşerek sözleşmeyi iptal edenin kusurlu olmadığı hâllerde, karşı tarafı kendi hâkimiyet sahası dışında gerçekleşen yanılmanın neden olduğu malvarlığı kayıplarıyla baş başa bırakmak, bu açıklamanın yarattığı güven olgusunu dikkate aldığımızda âdil bir çözüm değildir. Nitekim Alman hukukunda BGB § 122/f.I düzenlemesi, bu hususta *sebebiyet verme prensibine* (*Veranlassungsprinzip*) dayanan sorumluluğu kabul ederek, sözleşmeyi iptal edeni, yanılmaya düşmekte kusuru olmasa bile, karşı tarafın olumsuz zararını gidermekle sorumlu tutmuştur¹⁷. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarının kusur esasına bağlı düzenlemesi, işlem hayatının gereklerine uymadığından menfaatler dengesine hizmet eden

I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 5-6; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 92; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 427; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 439-440; ORKomm/Dasser, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 3; Koller, **a.g.e.**, Rn. 428; 442; 446; 764; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 268; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 145-146; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 62; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 143; 145; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 135; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 349-350; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 518.

¹⁵ Yanılmanın kusuru, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi şeklindeki ihmal derecesinde kalmalıdır. Kasten yapılan yanılmadan söz edilemez; böyle bir şey olsa olsa zihni kayıt anlamına gelir. Bu takdirde ise, güven teorisi çerçevesinde bir sonuca varmak gerekir. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 439; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 79; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 255; Eren, **a.g.e.**, s. 356.

¹⁶ Rabel, **a.g.m.**, s. 304-305; Schmidlin, **Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre**, s. 252; Schwenzer, **a.g.m.**, s. 668; Keller, M., **a.g.e.**, s. 111-112; 296-297; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 116; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 192-193; karşı. Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 255-256.

¹⁷ BGB § 122/f.I'deki olumsuz zarardan sorumluluğun kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiş olması nedeniyle bazı yazarlar, bu hükmün culpa in contrahendo'nun bir görünüm biçimi olmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 169.

bir hâle getirilmeye muhtaçtır. İsviçre Federal Mahkemesinin¹⁸ de belirttiği gibi, hâkimler, önüne gelen olaylarda yanılmaya düşenin davranışını sert ve sıkı bir şekilde değerlendirmeli, onun kusursuz olduğuna kolay kolay kanaat getirmemelidir¹⁹.

Aslında itiraf etmek gerekir ki, Borçlar Kanunumuzun benimsediği kusura dayalı sorumluluk esası, yanılan tarafın muhatabını somut olaylarda her zaman korumasız bırakan çok elverişsiz bir düzenleme tarzı değildir. Zira hayatın olağan akışı içinde, özellikle de açıklamada yanılma hâlleri, zaten kişinin kendi dikkatsizliğinden veya bilgisizliğinden kaynaklandığından²⁰, sözleşmeyi iptal eden tarafa bu tarzda bir kusur atfetmek hemen hemen daima mümkündür²¹. Bu sebeple, olumsuz zarardan sorumluluk için varlığı aranan kusur şartı, sözleşmenin geçerliliğine güvenen taraf için çoğu kez bir engel olarak görülmeyecektir. Kaldı ki buradaki kusur kavramını, Jhering'in culpa in contrahendo teorisini oluştururken benimsediği "*objektif culpa*" anlayışı çerçevesinde²² ele almamız gerekmektedir. Dolayısıyla sonuç olarak, Alman hukukundaki garanti sorumluluğu (BGB § 122/f.I) ile bizdeki kusur sorumluluğu (BK.m.26/f.I) arasında gerçekte pek bir pratik fark yoktur²³; meğerki zorlayıcı nedenler yanılmaya sebebiyet vermiş olsun²⁴.

¹⁸ BGE 69 II 239; 105 II 27.

¹⁹ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 6; 13; Kramer, **Der Irrtum**, s. 59; Keller, M., **a.g.e.**, s. 111; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 116; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 359; Schwenger, **a.g.e.**, § 39, Rn. 30; BSK OR I/Schwenger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 2; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 9; Loser-Krogh, **Vertrauenshaftung und Schutzpflicht**, s. 134-135, dn. 102; ORKomm/Dassler, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 2.

²⁰ Yanılma ve bilgisizlik üzerine açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 30-32.

²¹ Sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal eden taraf, iradesi ile açıklamasının birbirine uygun olmadığını ileri sürmekle, aynı zamanda kendi kusurunu da itiraf etmiş olmaktadır.

Açıklamadaki yanılmalardan farklı olarak saikte yanılma hâllerinde, iptal eden tarafın her zaman kusurlu olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Örneğin satıcı tarafından yeterince bilgilendirilmediği için satış konusu nesnenin özelliklerinde yanılan alıcıya veya üçüncü kişinin aldatmasıyla saikte yanılan tarafa, BK.m.26 anlamında herhangi bir kusur atfedilemez. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 34; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 316; Schwenger, **a.g.e.**, § 39, Rn. 30; BSK OR I/Schwenger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 2; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 4; Arsebük, **a.g.e.**, s. 415; Eren, **a.g.e.**, s. 356; ayrıca bkz. Bachmann, **a.g.e.**, s. 107.

Hukuk normlarının öğrenilmesine veya yorumlanmasına ilişkin yanılmalarda, yanılmaya düşen taraf kural olarak daima kusurludur. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 5.

²² Bkz. yuk. II. Bölüm, A 1; II. Bölüm, dn. 169.

²³ Bkz. Kramer, **Der Irrtum**, s. 59.

²⁴ Alman hukukunda kusursuz sorumluluk kabul edildiği için, bu tarz bir ihtimalde, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal edenin olumsuz zarardan sorumluluğu yine söz konusu olmaktadır. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 594, dn. 148.

Olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için zarar görenin, MK.m.3 anlamında iyiniyetli olması şarttır; daha açık söylemle, sözleşmenin geçerliliğine güvendiği için malvarlığında rıza dışında azalma yaşayan kimse, zararı doğuran olayı bilmeyecek ve bilmesi gerekmeyecek konumda olmalıdır²⁵. Nitekim hem BK.m.26/f.I, c.2 hem de BGB § 122/f.II'de, diğer tarafın kötünietli olduğu hâllerde tazminat istenemeyeceği açıkça öngörülmüştür. Kötünietten bahsederek *zıt anlamı itibarıyla* iyiniyet şartına yer veren bu düzenlemelere göre, sözleşmenin iptaline neden olan yanılmayı diğer taraf biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, artık sözleşmenin iptali nedeniyle olumsuz zarar istemi ileri sürülemez²⁶.

BK.m.26/f.I, c.2'deki düzenleme, MK.m.3'deki iyiniyet karinesinin özel bir görünüm biçimi olup, sözleşmenin diğer yanının kötünietini ispat etme yükü, yanılma sebebiyle iptal hakkını kullanan tarafa aittir.

Karşı yanın içinde bulunduğu durumu dikkate alarak tazminat talebinin akıbetini düzenleyen BK.m.26/f.I, c. 2'nin uygulama alanı, borçlar hukukuna hâkim olan güven teorisi gereğince son derece dardır²⁷. Çünkü açıklamadaki yanılmayı diğer taraf biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, güven teorisi uyarınca beyan gerçek arzuya göre hüküm ifade eder. Buna göre, ya karşı tarafın açıklaması gerçek arzuya uygundur ve sözleşme bu çerçevede kurulmuş olur ya da karşı tarafın açıklaması gerçek arzuya uygun değildir ve sözleşme hiç kurulmamış olur (BK.m.1). Görüldüğü üzere her iki ihtimalde de, açıklamada yanılma nedeniyle sözleşmenin iptaline ilişkin hükümlere (BK.m.23 vd.) başvurmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu hükmün uygulama alanı olarak geriye sadece sözleşmenin kurulmasına engel olmayan saikte yanılma²⁸ hâlleri kalmaktadır²⁹. Böylece bir tarafın düştüğü saik yanılmasını diğeri bi-

²⁵ Sözleşmenin iptaline muhatap olan tarafın iyiniyetinin sözleşmenin kurulduğu anda var olması gerekli ve yeterlidir; çünkü sonradan gelen kötüniet (*mala fides superveniens*) olumsuz zarardan sorumluluğun doğumuna etkide bulunmaz; bu durum olsa olsa zararın artmasına sebebiyet verdiği ölçüde BK.m.44/f.I uyarınca tazminat hesabında indirim sebebi olarak dikkate alınır. Aksi görüş için bkz. Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 25.

²⁶ BK.m.26/f.I, c.2'deki hüküm, olumlu zararın tazminine imkân veren BK.m.26/f.II kapsamında da uygulama alanı bulur.

²⁷ BK.m.26/f.I'in ne anlama geldiği hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 126-130. Ayrıca bkz. Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 19 vd.

²⁸ Aldatma hâlinde aldatılana iptal hakkı suretiyle sözleşmenin kuruluşunu kabul eden BK.m.28 ve 31 hükümleri, saikte yanılmanın sözleşmenin kurulmasına engel olmadığını göster-

liyor veya bilmesi gerekiyorsa, yanılmaya düşen kusurlu olsa bile, sözleşmeyi iptal ettiğinde herhangi bir tazminat borcu altına girmez.

İptal edenin olumsuz zarardan sorumluluğunu, diğer tarafın yanılmayı bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde (her türlü birlikte kusur durumunda) daima ortadan kaldıran BK.m.26/f.I, c.2 düzenlemesi, Borçlar Kanunumuzda yer alan tazminatın hesaplanmasına ilişkin genel prensiplere aykırı düşen bir hükümdür³⁰. Zira BK.m.98/f.II'nin atfıyla sözleşme sorumluluğu alanında da uygulama alanı bulan BK.m.44/f.I, zarar görenin birlikte kusurunu³¹, hâkimin takdir yetkisi kapsamında tazminatın hesabında bir indirim sebebi olarak düzenlemiştir. Hâlbuki BK.m.26/f.I, c.2, daha katı davranmış ve BK.m.44/f.I'den farklı olarak zarar görenin birlikte kusurunu indirim yerine, sorumsuzluk sebebi olarak öngörmüş; bu hususta hâkime en ufak bir takdir yetkisi tanımamıştır. BK.m.26/f.I, c.2'nin düzenleme tarzından hareket eden bazı yazarlar³² ve İsviçre Federal Mahkemesi³³, her iki tarafın da kusurlu olarak aynı yanılmaya düşmesi durumunda, olumsuz zararın artık talep edilemeyeceğini; irade sakatlığını taşıyan beyanın muhatabının meydana gelen zarara katlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Ancak kanaatimizce BK.m.26/f.I, c.2'nin bu sert

mektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 364-365; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 130, dn. 263.

²⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 218, dn. 80; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 4-5; Schwenzer, **a.g.e.**, § 39, Rn. 32; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 364-365; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 130; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 851; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 93; Koller, **a.g.e.**, s. 140, dn. 545; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 191.

Bazı yazarların saikte yanılmayı gözden kaçırarak, bu hükmün uygulanma imkânı olmadığını söylemesi isabetsizdir. Örneğin bkz. Eren, **a.g.e.**, 357.

³⁰ BK.m.26/f.I, c.2'ye benzer bir düzenleme yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BK.m.39/f.I, c.2'de de yer almaktadır. Menfaatler dengesi aynı olduğundan, buradaki görüşümüzü orada da savunmak mümkündür. Bkz. yuk. I. Bölüm, C 2 a; aş. III. Bölüm, B 1 f.

³¹ Burada söz konusu olan, meydana gelen yanılmayı karşı tarafın fark edememesindeki kusurdur; yoksa iptale neden olan yanılmanın oluşmasında karşı tarafın kusurlu olması değildir. Örneğin antika eşyalar satan bir dükkândan antika olduğu düşüncesiyle alınan, fakat gerçekte bu nitelikte olmayan vazoya ilişkin satış sözleşmesinin alıcı tarafından saikte yanılma sebebiyle iptalinde, satıcı alıcıdaki bu yanılmayı fark edemediği için birlikte kusurludur. Zira böyle bir dükkân işleten satıcı, buraya alışveriş yapmaya gelenlerin antika eşya istediklerini düşünmek zorundadır. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 35.

³² von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 316, dn. 52; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 599; Koller, **a.g.e.**, Rn. 440; KommBGB/Wendtland, **a.g.e.**, § 122, Rn. 10; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5; Flume, **a.g.e.**, s. 424; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 192; Eren, **a.g.e.**, s. 357-358; MünchKomm/Kramer, **a.g.e.**, § 122, Rn. 12. Karş. Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5-6.

Sözleşme kurulurken farkına varılan yanılmalarda bu sonucu destekleyen görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 130.

³³ BGE 69 II 234 vd.

tavri, eleştirilmeye ve genel ilkeler çerçevesinde yapılacak yorumla sisteme uygun bir hâle getirilmeye muhtaçtır. Buna göre BK.m.26/f.I, c.2'nin tazminat sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran içeriği mutlaka dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü yanılmaya düşenin ağır ihmeline karşılık diğer taraf sadece hafif kusurlu ise, kanunun metnine sonuna kadar sadık kalmak, hukuk hissiyatımızı tatmin etmeyen hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olacaktır. Bu sebeple, özellikle de zarar gören yalnızca hafif kusurluysa, BK.m.26/f.I, c.2'nin açık ifadesine rağmen, BK.m.44/f.I'den yana bir çözüm benimsenmelidir³⁴. Dolayısıyla zarar görenin birlikte kusuru varsa³⁵, bu durum, her hâlde zarar verenin sorumsuzluğuna yol açmamalı; hâkim zarar görenin kusurunun ağırlığına göre tazminatta indirim yapmalı ya da tazminatı tamamen kaldırmalıdır. Böylece saikte yanılmalara ilişkin BK.m.26/f.I, c.2'nin uygulama alanı, zarar görenin kusurunun, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal edenden daha ağır olduğu hâllerle sınırlı kalmalıdır³⁶.

Şimdiye kadar söylenenler, hep karşı tarafın yanılmayı sözleşmenin kurulması sırasında fark etmesi ihtimaliyle ilgiliydi. Oysa karşı taraf, yanılmayı ancak sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmiş veya öğrenebilecek konuma gelmiş olabilir. Bu tarz durumlarda, yanılmanın sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafça fark edilmesi düşüncesine dayanan ve özel hüküm niteliğindeki BK.m.26/f.I, c.2 değil, bütün tazminat taleplerine ilişkin genel hüküm olan BK.m.44/f.I uygulama alanı bulacaktır³⁷. Zira sonradan gelen kötüniyet, iyiniyetin korunmasına zarar vermez (*mala*

³⁴ Helmut Koziol, "Zum Entfall der Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden", **Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin**, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing&Lichtenhahn, 1998, s. 291 vd.; özellikle 298-299; Scherrer, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 4; Bucher, **a.g.e.**, s. 218; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 6; Schwenzer, **a.g.e.**, § 39, Rn. 33; bkz. ve karşı. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 16, Rn. 26.

³⁵ Zarar gören, kusuru olmaksızın zararın doğmasına ya da artmasına neden olmuşsa, BK.m.44/f.I (Alman hukukunda BGB § 254) hükmü yine uygulama alanı bulur. Bkz. Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5; KommBGB/Wendtland, **a.g.e.**, § 122, Rn. 6.

³⁶ Koziol, **a.g.m.**, s. 299.

³⁷ Sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenilen yanılmalara, tazminat yükümlülüğüne yol açmayacağı, daha doğrusu, BGB § 122/f.II'nin kapsamına gireceği yolunda Alman hukukunda ileri sürülen fikirler, bize göre, İsviçre ve Türk hukukları açısından savunulabilir nitelikte değildir. Çünkü diğer tarafın yanılmasını öğrendikten sonra uğrayacağı zararların tazminini talep edemeyecek olan muhatap, yanılmayı derhal bildirirse bile, sözleşmenin akıbeti yine de tam bir kesinlik kazanmış olmaz. Zira iptalin gecikmeksizin yapılmasını arayan BGB § 121'in aksine, İsviçre ve Türk hukuklarında iptal hakkının kullanımı, BK.m.31 uyarınca öğrenmeden itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Bu süre içerisinde meydana gelen zararlardan, kusuruyla yanılmaya düşen tarafı

fides superveniens)³⁸. Buna göre sözleşme kurulduktan sonra yanılmayı öğrenen taraf, dürüstlük kuralı gereğince yanılanı uyarmalıdır; bunu yapmayı beklemişse yahut kusurlu davranışı neticesinde yanılmayı fark etmemişse, BK.m.26'ya dayanarak açacağı tazminat davasında, zararın doğması veya artmasındaki kusuru oranında hâkimin BK.m.44/f.I uyarınca yapacağı indirim katlanmak zorunda kalacaktır³⁹. Zira o, zararın doğmasına veya artmasına kusuruyla etkide bulunan zarar gören konumundadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, BK.m.26/f.I'deki olumsuz zarardan sorumluluktan söz edebilmek için öncelikle sözleşmenin esaslı yanılma sebebiyle iptal edilmiş olması gerekir. Ancak burada hemen işaret etmek gerekir ki, kanun koyucu, her ne kadar sadece sözleşmenin kuruluşunda doğrudan doğruya yer alan beyanın iptalini ima eden bir anlatım tarzı kullanmış olsa da, kurulmuş bir hukukî işlemin hüküm ifade etmesi için varlığı aranan icazet veya temsil yetkisi verme gibi tek taraflı hukukî işlemlerin yanılma nedeniyle iptalinde de, BK.m.26 hükmü kıyasen uygulama alanı bulur. Nitekim Alman hukukunda BGB § 122 hükmünde, daha isabetli olarak yanılma nedeniyle irade beyanının iptalinden bahsedilmiştir⁴⁰. Buna göre BK.m.26'nın kapsamına giren hâllerde zarar verici olay, bir sözleşmenin ya da tek taraflı hukukî işlemin unsuru olan irade beyanının yanılma nedeniyle iptalinin, muhatapta yarattığı güven ihlalidir.

Yanılmanın etkisiyle kurulan sözleşme zaten başka sebepten ötürü (örneğin ehliyetsizlik, şekle aykırılık vs.) geçersiz ise, yanılma ile hükümsüzlüğün yol açtığı zarar arasında nedensellik bağı bulunmayacağından, BK.m.26'daki sorumluluk rejimi uygulama alanı bulmaz⁴¹. Zira bu ihtimalde, sözleşmenin hükümsüzlüğü yanılmadan kaynaklanmadığı için, diğer tarafın, BK.m.26 çerçevesinde korunacak haklı

sorumlu tutmamak; böylece bütün kayıpları muhatabın sırtına yüklemek, hakkaniyete aykırı düşen bir tutum olur. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s.127-130.

³⁸ Koller, **a.g.e.**, Rn. 441.

³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata Kavramı**, s. 130; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 365; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5; bkz. ve karşı. Scherrer, **a.g.e.**, s. 54.

⁴⁰ BGB § 122'nin yer aldığı, Alman Medenî Kanununun birinci kitabının üçüncü bölümünün ikinci başlığında da "*irade beyanı*" (*Willenserklärung*) kavramı kullanılmıştır.

⁴¹ KommBGB/Wendtland, **a.g.e.**, § 122, Rn. 2; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 4.

bir güveni de söz konusu değildir⁴². Aksi yönde bir düşünce kabul edildiği takdirde, sözleşmenin iptaline muhatap olan taraf, yanılma olmasaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Ancak hiç şüphesiz ki, tarafların birbirlerine karşı olan genel hükümler çerçevesindeki culpa in contrahendo sorumluluğu, BK.m.26 uygulanmasa bile varlığını devam ettirir.

von Tuhr'a göre⁴³, yanılma nedeniyle sözleşmenin iptalindeki tazminat yükümlülüğü, yanılmanın etkisiyle yapılan beyanın bir sonucu değildir. Olumsuz zararı doğuran olay, yanılma değil, sözleşmenin iptal edilmesidir; yani kanunen tanınmış olan iptal hakkının kullanılmasıdır. Çünkü eğer bu hak kullanılarak sözleşme iptal edilmezse, yanılmanın etkisiyle yapılan beyan, karşı taraf için zarar verici olmayabilir. Ancak kanaatimizce, von Tuhr'un bu görüşü şu açıdan düzeltilmeye muhtaçtır⁴⁴. Zira yanılmanın ileri sürülmesini bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına bağlamak, kanunumuzun bir özelliği olup, buradaki iptal beyanı, zarara yol açan davranışlar sürecinde sadece bir unsurdan ibarettir. Tazminat yükümlülüğü, iptal beyanının doğrudan bir sonucu olsa da, iptal hakkı ancak esaslı yanılmanın kanıtlanması hâlinde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla tazminat yükümlülüğündeki neden sonuç ilişkisini, münhasıran yanılmanın ileri sürülmesi (iptal beyanı) aşamasına indirgemek, doğru bir değerlendirme değildir. Olumsuz zararı doğuran olay, kanunen tanıyan iptal hakkının kullanılması değil; sözleşme görüşmelerinin ortaya çıkardığı karşı tarafa zarar vermeme şeklindeki davranış yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Çünkü sözleşmenin iptali ile meydana gelen zararların kaynağı, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde yanılmanın etkisiyle yapılan beyanın karşı tarafta uyandırdığı güven olgusudur. Zaten BK.m.26/f.I ve BGB § 122/f.II'de yer alan diğer tarafın yanılığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi durumunda tazminat istenemeyeceğini öngören düzenlemeler de, olumsuz zarara yol açan sebebin yalnızca iptal beyanı olmadığını tereddüde yer bırakmayacak biçimde ortaya koymaktadır⁴⁵. Ayrıca yanılmaya diğer

⁴² Yanılma nedeniyle iptal edilen sözleşmenin başka bir sebepten ötürü geçersiz olduğu hâllerde, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki iptal beyanı zaten herhangi bir etki doğurmayacaktır.

⁴³ von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 594; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 316; ayrıca bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 322; Bachmann, **a.g.e.**, s. 107.

⁴⁴ Aynı fikirde bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 28-29; Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 534, dn. 7; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 366; Keller, M., **a.g.e.**, s. 97-98. Ayrıca bkz. ve karşı. Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 10-14; 16.

⁴⁵ Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 534, dn. 7.

tarafın ihmaliyle yol açtığı hâllerde, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal eden tarafın kendisine culpa in contrahendo uyarınca tanınan olumsuz zarara yönelik tazminat talebi hakkı da, bir kez daha aynı gerçeği bizlere göstermektedir⁴⁶.

BK.m.26’da yer alan karşı yanın olumsuz zararını giderme yükümlülüğü, beyanda bulunurken yanılmaya düşene değil, sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal edene aittir. Olayların büyük bir çoğunluğunda beyanda bulunan ile sözleşmeyi iptal eden aynı şahıs olacağından tazminat yükümlüsünü belirlemede herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci, çevirmen ya da bir araç tarafından yanlış iletildiği hâllerde de durum aynıdır⁴⁷. Zira aracı, kendisini kullanan tarafın iradesini açıkladığı için yanılmaya düşen ile sözleşmeyi iptal eden aynı kimse olarak karşımıza çıkar. Nitekim BK.m.27 hükmü de, “*vasıtanın hatası*”nı taraf yanılması olarak değerlendirmiş ve aynı hükümlerin uygulanmasını kabul etmiştir. Aracının yanılması nedeniyle sözleşmenin iptalinde tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkması için irade beyanının iletilmesinde aracı kullanan göndericinin de kusurunun gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁸, aracı kullanarak irade beyanında bulunan kimsenin kusurlu olması gerekir (örneğin tercümana verilen metnin okunamayacak şekilde kaleme alınması gibi). Eğer aracı kullanana herhangi bir kusur isnad edilemezse, sözleşmenin diğer yanı, aracının ilettiği beyanın doğruluğu üzerinde şüpheye düşmesini gerektiren herhangi bir sebep bulunmasa bile, yine de meydana gelen zarara katlanmak zorunda olup, şartları varsa yalnızca aracıya başvurabilir.

⁴⁶ Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 534, dn. 7.

⁴⁷ Aracının beyanı kasten yanlış ilettiği durumlarda, hukukî sonucun ne olacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bu hâlde dahi yanılma sebebiyle sözleşmenin iptaline ilişkin hükümlerin uygulanmasından yana tavır takılmaktadırlar. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 202; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 84; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 190.

Diğer bir görüşe göre ise, bu ihtimalde BK.m.27’nin araçlar için öngördüğü tipik rizikonun dışına çıkan bir durum söz konusudur. Beyanı kasten yanlış ileten kimse artık aracı olarak nitelendirilemez; burada yetkisiz temsile ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalı ve beyan sahibi icazet vermedikçe sözleşme onu bağlamamalıdır. Zira kendisine haberci süsü veren kimse ile bir beyanı kasten yanlış nakleden aracı arasında bir ayırım gözetilmemelidir. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 27, Rn. 6; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 341-342; Koller, **a.g.e.**, Rn. 423; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 215; karşı. Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 122, Rn. 2.

⁴⁸ Becker, **a.g.e.**, Art. 27, Rn. 3-5; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 146-147; Arsebük, **a.g.e.**, s. 416.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁹, gönderici, irade beyanının iletilmesi sırasında aracının işlemiş olduğu kusurdan, herhangi bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı olmaksızın sorumludur (BK.m.100'e kıyasen). Buna göre, BK.m.27 uyarınca aracının yanılması nedeniyle sözleşmeyi iptal eden gönderici, sadece kendi kusurundan değil, ayrıca aracının kusurundan ötürü de karşı yanın zararlarını BK.m.26'ya göre tazmin etmek zorundadır. Zira irade beyanını daha güvenli yollarla iletmek yerine aracıya başvuran kimse, bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Sözleşmenin kuruluşunda temsilcinin kullanıldığı hâllerde ise, durum farklıdır. Çünkü temsilci, aracının aksine kendi iradesini açıkladığı için, beyanda bulunurken yanılan ile sözleşmeyi iptal eden aynı kimse değildir. Ancak yine de olumsuz zarardan sorumluluk, yanılmaya düşerek karşı yanın güvenini uyandıran temsilciye değil, sözleşmeyi iptal eden temsil olunana aittir⁵⁰. Zira daha önce açıkladığımız gibi, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla ortaya çıkan sözleşme benzeri hukukî ilişkinin tarafı temsil olunandır; dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu da BK.m.100 gereğince temsil olunana isabet etmektedir⁵¹.

Tazminat alacaklısı ise, yanılmanın etkisi altında yapılan beyanın muhatabıdır⁵²; daha doğru ifadeyle sözleşmenin karşı tarafıdır⁵³. Zira bu beyanın yaratmış

⁴⁹ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 317-318; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 27, Rn. 3; 5; Keller, M., **a.g.e.**, s. 115; 296; ayrıca bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 77; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 214; Koller, **a.g.e.**, Rn. 464; BGE 105 II 27.

⁵⁰ Temsilci aracılığıyla yapılan işlemlerde, irade sakatlığının temsilcide mi yoksa temsil olunanda mı aranacağı hususunda kanunumuzda bir hüküm yoktur. Buna karşılık Alman hukukunda BGB § 166'da, temsilcinin irade bozukluğunun esas alınacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bizde de, tıpkı BGB § 166'da olduğu gibi temsil olunanın değil, temsilcinin irade bozukluğunun sonuç doğurması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak temsilcideki irade sakatlığı sebebiyle yapılan işlemi iptal hakkı, temsilciye değil, sözleşmenin tarafı konumundaki temsil olunana aittir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 392; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 107-108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 189-190.

Fakat BGB § 166/f.II'de de belirtildiği gibi, temsil olunan sözleşme şartlarını belirleyerek temsilciye talimat vermişse, artık temsil olunanın iradesi dikkate alınmalıdır; diğer yandan temsil olunan temsilcinin yanılmasını önceden fark etmiş olmasına rağmen ses çıkarmamışsa artık sözleşme ile bağlıdır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 394; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 190.

Buna karşılık irade bozukluğunun sadece temsil olunanda gerçekleştiği hâllerde, sözleşmenin iptalinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu soruya olumlu cevap verirken (bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 190), bazıları da olumsuz tavır takınmaktadırlar (bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 108).

⁵¹ Bkz. yuk. II. Bölüm, C 2.

⁵² Yanılmaya düşen kimsenin iptal ettiği sözleşmenin karşı yanını birden fazla kimse oluşturuyorsa, bunlardan her birisi kendi olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 595, dn. 155.

olduğu güven sözleşmenin karşı yanında meydana gelmekte ve iptal beyanıyla zarara uğrayan da bu kimse olmaktadır⁵⁴.

BK.m.26'daki sorumluluğun amacı, iyiniyetli tarafın kendi riziko alanı dışında gerçekleşen yanılmadan zarar görmemesini sağlamak olduğundan, kanun koyucu hakkaniyetin gerektirdiği (söz gelimi yanılanın ağır kusuru bulunduğu veya ekonomik açıdan güçlü olduğu yahut zarar görenin zorda olduğu) hâllerde, olumlu zararın tazmin edilmesine dahi olanak tanımıştır⁵⁵. Ancak bu ihtimalde, hakkaniyet düşüncesiyle hükmedilecek tazminat miktarı, her hâlde iptal edilen sözleşmeden elde edilecek olan ifa menfaatini aşamayacaktır.

⁵³ Eksik üçüncü şahıs yararına sözleşmede, yararına işlem yapılan üçüncü kişi değil, sözleşmenin tarafı olan vaadettiren tazminat alacaklısıdır. Tam üçüncü şahıs yararına sözleşmede ise, tazminat alacaklısının tespitinde zararın kimin malvarlığında gerçekleşmiş olduğuna bakılmalıdır. Buna göre, sözleşmenin kurulması için yapılan masraflarda tazminat alacaklısı vaadettirendir; buna karşılık edimin ifa edileceği inancıyla yapılan masrafları isteme hakkı, kural olarak üçüncü kişiye aittir. Başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan olumsuz zarar kalemleri ise, kimin malvarlığında gerçekleşmişse, onun tarafından talep edilebilir. Şu var ki, alacaklı, üçüncü şahsın uğradığı olumsuz zararlar için, hükmedilecek tazminat ona ödenmek kaydıyla dava açma hakkına da sahiptir. Bkz. Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 127-128.

⁵⁴ Karşı tarafa yöneltilmesi gerekmeyen irade açıklamalarının iptalinde tazminat alacaklısı, bu beyanın geçerliliğine güvendiği için alışveriş menfaati zarara uğrayan kimsedir. Örneğin, mülkiyetin terki ya da mirasın kabul veya reddine ilişkin irade açıklamasının yanılma sebebiyle iptalinde durum böyledir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 595-596; MünchKomm/Kramer, **a.g.e.**, § 122, Rn. 7; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 122, Rn. 4; Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 122, Rn. 3.

Temsil yetkisi verme işleminin irade sakatlığı nedeniyle iptalinde de aynı esaslar geçerlidir. Yetki verme beyanına güvenen iyiniyetli üçüncü kişi, temsil yetkisi verenden uğradığı olumsuz zararın giderilmesini talep edebilir. Bkz. aş. III. Bölüm, dn. 194. Temsil yetkisinin iptal edilebilirliği hakkında bkz. Georg Zikos, **Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht**, Zürich, y.y., 1966, s. 17 vd.

⁵⁵ Hâkim, tüm olumlu zararın değil, yalnızca hakkaniyetin gerektirdiği kadarki kısmın tazminine karar verecektir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 317; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 440; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 92; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 15.

Hâkim, BK.m.26/f.II'nin verdiği yetkiyi kullanarak, olumlu zararın tamamının tazmin edilmesine karar vermişse, *pratik olarak* sözleşmeyi geçerli saymakla aynı sonuca ulaşmış olur. Bu durum, kusurlu esaslı yanılmanın, iptal hakkı vermeyen esaslı olmayan yanılma ile aynı şekilde ele alınması anlamına gelir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 440; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 15; bkz. ve karşı. Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 193; Koller, **a.g.e.**, s. 146, Rn. 567; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 278.

Olumlu zararın giderilmesinin söz konusu olduğu hâllerde, hâkim BK.m.43/f.I'ın verdiği yetkiye dayanarak aynen ya da nakden tazmine karar verecektir. Bu takdirde her iki taraf da, olumlu zararın tazminine ilişkin prensipler çerçevesinde kendi edimini ifa etme yükümü altına girer; edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilip getirilmeyeceği ise, olumlu zararın hesabında hangi teorinin (fark ya da değişim teorisinin) dikkate alındığıyla ilgilidir. Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 440.

BK.m.26/f.I-II'de iki farklı menfaat türüne yer verilmesi, olumlu zararın daima olumsuz zarardan fazla olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ne var ki, bu her zaman için böyle olmak zorunda değildir; bazı hâllerde olumsuz zarar miktarı, pekâlâ olumlu zararın üstüne de çıkabilir⁵⁶.

Yanılan taraf, sözleşmeyi iptal ettikten sonra tazmin edeceği olumsuz zarar miktarının yüksek olduğunu öğrendiğinde, ekonomik açıdan faydasız kalan iptal beyanını saikte yanılma sebebiyle geri alıp, sözleşmenin ifasını talep edemez⁵⁷. Böyle bir sonuç, ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olabilir⁵⁸. Çünkü iptal beyanının kullanılmakla tükenen bozucu yenilik doğuran hak olmasından ve buradaki saikte yanılmanın iptal beyanının hükümsüzlüğüne yol açacak nitelikte olmamasından başka, sözleşmeyi iptal edene böyle bir imkân tanımak, iyiniyetli diğer sözleşenin menfaatlerinin zedelenmesine de yol açar. Örnek olarak diğer taraf, sözleşmenin iptalinden sonra yanılan tarafından taahhüt edilen edimi başka yerden tedarik etmişse, artık onun, sözleşmenin ifasında herhangi bir menfaati kalmamış olur. Dolayısıyla olumsuz zararın yüksekliğinden şikâyetçi olan yanılan tarafa saikte yanılma sebebiyle iptalden vazgeçme hakkı, hem teorik hem de pratik engeller yüzünden verilmemelidir. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda, böyle bir hakkın tanınması söz konusu olabilir. Örneğin yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal eden kimse, bu yola başvurusu için BK.m.28 ve 29 anlamında aldatma veya korkutmaya maruz kalmışsa, ona iptal beyanını geri alma hakkı verilebilir⁵⁹. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu kabulün yatan sebep, yanılanın sözleşmeyi iptal ettiğinde ödeyeceği olumsuz zarar miktarının yüksek olduğunu bilmemesi değil; onun iptal hakkını kullanırken aldatılmış veya korkutulmuş olmasıdır⁶⁰.

⁵⁶ Olumsuz zararın ifa menfaatini aştığı hâllerde, BK.m.26/f.I uyarınca hükmedilecek tazminatın olumlu zararlarla sınırlı olup olmadığı hakkında bkz. aş. IV. Bölüm, B 6 a.

⁵⁷ von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 598, dn. 180; Piotet'nin aksi yöndeki görüşü ve eleştirisi için bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 457 vd.; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 28.

⁵⁸ Taraflar iptalden vazgeçme hususunda anlaşmış olsa dahi, kesin hükümsüz hâle gelen sözleşme baştan itibaren geçerlilik kazanmaz; sadece aynı içerikte yeni bir sözleşme yapılmış sayılır.

⁵⁹ Böyle bir ihtimalde aslında, yanılma sebebiyle sözleşmenin iptaline ilişkin beyanın irade sakatlığı yüzünden iptal edilmesinden (iptal beyanının iptalinden) bahsetmek daha doğru bir ifade tarzı olacaktır.

⁶⁰ Koller, **a.g.e.**, Rn. 460.

Bu hususta son olarak şunu ekleyelim ki, hâkimin BK.m.26/f.II'nin uygulanmasına karar vermesi, hem olumlu hem de olumsuz zararın birlikte tazmin edilmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü daha önceden de belirttiğimiz üzere⁶¹, farklı hesaplama esaslarına dayanan bu iki ayrı zarar türünün aynı olayda birlikte talep edilmesi asla söz konusu olamaz. BK.m.26/f.II, hâkime sadece hakkaniyet gerektiriyorsa, olumsuz zarar yerine olumlu zarara hükmetme yetkisini tanıyan bir düzenlemeden ibarettir⁶². Yine bu çerçevede, BK.m.26/f.II'ye dayanarak, tazminatın bir kısmının olumsuz, diğer kısmının da olumlu menfaat çerçevesinde hesaplanması da mümkün değildir; zira zarar türleri arasında hiçbir zaman için bu tarzda bir karma yönteme başvurulamaz.

b. Üçüncü Kişinin Korkutması Nedeniyle Sözleşmenin İptalinde

Korkutma, karşı âkit tarafından yapılabileceği gibi, üçüncü bir şahıs tarafından da yapılabilir. Sözleşmenin korkutma nedeniyle iptal edilebilmesi için, aldatmadan farklı olarak (BK.m.28/f.II; BGB § 123/f.II), karşı tarafın bundan haberdar olmasına gerek yoktur⁶³. Ancak korkutma bir üçüncü kişi tarafından yapılmış olup da diğer sözleşen korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa diğer tarafa tazminat öde-

⁶¹ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 c.

⁶² BK.m.26 hükmünün belirli şartlar altında olumsuz ya da olumlu zararın tazminine olanak veren bu yapısı, zarar görene değiştirici yenilik doğuran beyanla kullanacağı bir seçim hakkı vermemektedir. Aksi takdirde, bunlardan birisini talep eden zarar görenin seçimiyle bağlı olduğunu kabul etmek gerekir ki, bunun isabetli sonuçlar doğurmayacağı açıktır. Örnek olarak BK.m.26/f.II uyarınca olumlu zarar talebi ileri sürülmüş fakat daha fazla zararın tazmini için aranan hakkaniyet unsuru gerçekleşmemişse, iyiniyetli üçüncü kişi hiç tazminat elde edememe riskiyle karşı karşıya kalmış olur. Dolayısıyla zarar görenin, BK.m.26'ya dayanarak olumsuz ya da olumlu zararın tazminini talep etmesi ona tanınmış olan bir seçimlik hakkın kullanılması değildir; bunlardan hangisinin giderebileceğine karar verme yetkisi münhasıran hâkimin takdirindedir.

Ancak üçüncü kişinin yalnızca olumsuz zarar talebinde bulunduğu hâllerde ise, BK.m.26/f.II'nin şartları gerçekleşmiş olsa bile, netice taleple bağlı olan hâkim usul hukukundan kaynaklanan sebeplerle daha fazla miktardaki olumlu zararın tazminine hükmedemeyecektir; meğerki daha sonradan davalının rızası veya ıslah yoluyla talebin miktarı artırılmış olsun.

⁶³ Avusturya hukukunda ise, üçüncü kişinin korkutması nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, karşı tarafın üçüncü şahsın davranışına katılması ya da onun tarafından açıkça bilinmesi şartı aranmıştır (ABGB § 875). Bkz. Apathy/Riedler, **Schwimann ABGB IV**, § 875, Rn. 1-3; Schwenzer, **a.g.m.**, s. 668, dn. 63.

mekle yükümlüdür. Burada öngörülen tazminat yaptırımı, kanunda açıkça belirtilmiş olmasa bile, iyiniyetli karşı sözleşenin olumsuz zararının giderilmesine yöneliktir⁶⁴.

BK.m.29/f.II'de düzenlenen olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için, sözleşmenin iptaline yol açan korkutma, üçüncü kişi tarafından yapılmış olmalıdır⁶⁵. Bilindiği üzere, karşı tarafın sözleşme görüşmelerinde kullandığı yardımcıları (örneğin temsilci, haberci vs.) borçlar hukuku anlamında üçüncü şahıs değildir; bunların işlemsel temas sırasındaki davranışlarından sorumluluk BK.m.100'e tabidir⁶⁶. Dolayısıyla yardımcı şahsın korkutması hâlinde, karşı sözleşen BK.m.29/f.II'ye dayanarak olumsuz zarar talebinde bulunamayacaktır; hatta tam aksine, BK.m.100 gereğince bu kimselerin eylemlerinden kusursuz olarak sorumlu tutulduğu için karşı sözleşen, korkutma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden tarafın olumsuz zararını culpa in contrahendo prensiplerine göre tazmin etme borcu altına girecektir.

Korkutmanın üçüncü şahıs tarafından yapılmasından başka, karşı sözleşenin ayrıca iyiniyetli olması da gerekmektedir. Yani iptal beyanına muhatap olan taraf, sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olan korkutmayı bilmemeli veya bilecek durumda olmamalıdır. Olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin diğer hükümlerde olduğu gibi (BK.m.26/f.I, 36/f.II, 39/f.I), BK.m.29/f.II'de de açıkça belirtilmiş olan bu şart, zaten işin doğası gereği olmazsa olmaz bir unsur (*condicio sine quo non*) niteliğindedir. Zira karşı tarafın alış veriş menfaatine tekabül eden güven zararından bahsedebilmek için, onun öncelikle sözleşmenin hüküm ifade edeceğine inanmış olması gerekmektedir. Daha açık söylemlerle, üçüncü şahsın korkutmasının etkisinde kalarak

⁶⁴ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 328; Keller, M., **a.g.e.**, s. 116; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 175; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 18, Rn. 22; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 5; Becker, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 9; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 13; Koller, **a.g.e.**, Rn. 473; 764; Schwenzer, **a.g.e.**, § 39, Rn. 35; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 451; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 325; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 221; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 388; Bucher, **a.g.e.**, s. 344, dn. 63; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 68. Karş. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 274.

Hâkimin takdir yetkisiyle şekillenen bu hükmü, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü olarak değerlendirmeyen farklı bir görüş için bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 65.

⁶⁵ Korkutulan taraf sözleşmeyi iptal etme yoluna başvurmamışsa, artık iyiniyetli diğer sözleşen olumsuz zarar talebinde bulunamayacaktır. Zira olumsuz zarardan söz edebilmek için, hüküm ifade etmeyen sözleşmeye duyulan güven yüzünden doğan malvarlığı azalmasının gerçekleşmiş olması gerekir. Hâlbuki bu ihtimalde, BK.m.31 uyarınca sözleşme geçerli olarak ayakta kalmaya devam edeceği için, BK.m.29/f.II kapsamında olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaz.

⁶⁶ Bkz. yuk. II. Bölüm, C 2.

beyanda bulunan taraf, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde diğer görüşmecide uyandırdığı güveni, iptal hakkını kullanarak boşa çıkarmış olmalıdır.

MK.m.3'deki iyiniyet karinesi gereğince karşı tarafın kötünüyetini ispat yükü, üçüncü şahsın korkutması nedeniyle sözleşmeyi iptal edene aittir.

BK.m.29/f.II'deki sorumluluğunun bir diğer şartı, iptal beyanına muhatap olan iyiniyetli karşı sözleşenin zararının tazmin edilmesinin hakkaniyete uygun düşmesidir. Zira BK.m.29/f.II'deki düzenleme, sözleşmeyi iptal eden tarafın kusurundan bağımsız olarak *fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine* dayanmaktadır⁶⁷. Şöyle ki, hukuk düzenimiz, bir yandan korkutulan kimseye yapmak zorunda kaldığı sözleşmenin sonuçlarından sıyrılma, onu iptal yoluyla hükümsüz kılma imkânı tanımış, diğer yandan da hükümsüzlüğün yol açtığı tüm ekonomik sonuçların sözleşmenin geçerliliğine güvenen karşı tarafın omuzlarında kalmasına razı olmamıştır. Böylece kanun koyucu, öngördüğü tazminat düzenlemesiyle taraf menfaatlerini dengelemeye çalışmış ve sözleşmeyi korkutma nedeniyle iptal eden tarafı kusurlu olmasa bile, hakkaniyet gerektiriyorsa iyiniyetli diğer sözleşenin olumsuz zararından sorumlu tutmuştur.

Hakkaniyet esasına dayanması itibarıyla, BK.m.29/f.II'de öngörülen olumsuz zarardan sorumluluk, Jhering'in *culpa in contrahendo* öğretisine yabancı olan bir düzenlemedir⁶⁸. Zira üçüncü şahsın korkutmasına maruz kaldığı için sözleşme görüşmelerine girişmek zorunda kalan tarafın, MK.m.2'in kendisine yüklediği davranış yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Hatta sözleşme görüşmelerindeki kusur kavramını, Jhering'in algıladığı tarzda objektif olarak (*objektif culpa*) ele alsak bile⁶⁹, BK.m.29/f.II'deki kusursuz sorumluluk, BKm.39/f.I ve

⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 388; Eren, **a.g.e.**, s. 368; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 5; ayrıca bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 328, dn. 52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 499.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İlhan Uluşan, **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 8 vd.

⁶⁸ Aksi yönde bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 771; 810; Akyol, **Uygulama Örnekleri**, s. 88.

⁶⁹ *Culpa in contrahendo* sorumluluğundaki objektif culpa kavramı için bkz. yuk. II. Bölüm, A 1; ayrıca bkz. II. Bölüm, dn. 169

BGB §§ 122/f.I, 179/f.II'den farklı olarak⁷⁰, culpa in contrahendo'nun görünüm biçimi olarak yine değerlendirilemez. Zira korkutma yoluyla iradesine müdahale edilen taraf, iyiniyetli karşı sözleşende güven uyandırmış olsa da, onun bu davranışı, sözleşme görüşmelerindeki “*diligentia*” (özen) yükümünün ihlali olarak kabul edilemez. BK.m.29/f.II'deki sorumluluğu doğuran olay, sözleşme görüşmelerindeki özen gösterme yükümünün yerine getirilmemesi değil; hukuken tanınmış olan iptal hakkının kullanılmasından doğan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

Yukarıdaki açıklamaları dikkate aldığımızda, ancak şu istisnai hâlde, culpa in contrahendo'ya yol açan *diligentia* yükümünün BK.m.29/f.II kapsamında ihlal edildiğini söyleyebiliriz. Eğer korkutulan kimse, sözleşme görüşmeleri sırasında iyiniyetli karşı tarafa, üçüncü şahsın korkutmasına maruz kaldığını söyleme imkânını elde etmiş, fakat bunu yapmamışsa, özen gösterme yükümüne aykırı davranmış olur. Böylece korkutulan taraf, Jhering'in objektif kusur anlayışı çerçevesinde culpa in contrahendo sorumluluğuna sebebiyet vermiş olur⁷¹.

BK.m.29/f.II'deki tazminat sorumluluğu için aranan hakkaniyet unsuru, somut olaylarda sıkı bir değerlendirmeden geçirilmeli ve ancak bazı olguların ispatlanması hâlinde varlığı kabul edilmelidir. Örneğin iyiniyetli karşı tarafın sözleşmenin iptali nedeniyle ekonomik açıdan zor duruma düşecek olması veya muhatabın uğrayacağı zarar ile korkutulanın elde edeceği menfaat arasında büyük bir dengesizlik bulunması yahut korkutulan tarafın kusurunun bulunması gibi durumlarda, hak ve nısfet ilkeleri, sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan malvarlığı azalmalarının giderilmesine olanak sağlar.

Sözleşme yapma iradesi üçüncü şahısların korkutmasıyla sakatlanan tarafın, iptal hakkını kullandığında kusursuz olarak tazminat yükümlülüğü altına girmesini garipsememek gerekir. Zira korkutmayla meydana gelen irade sakatlığı, yanılma gibi kişinin kendi iç dünyasından (dikkatsizliğinden veya bilgisizliğinden) değil, üçüncü şahısların yarattığı dış etkenlerden kaynaklandığından, BK.m.29/f.II'deki sorumlulu-

⁷⁰ Kusurun varlığını aramayan olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin bu düzenlemelerin, culpa in contrahendo'nun görünüm biçimi olduğu yönünde bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 169.

⁷¹ Önemle hatırlatmak isteriz ki, BK.m.29/f.II'deki sorumluluğun istisnai olarak culpa in contrahendo rejimine tâbi tutulması, uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Zira her iki hâlde de, borca aykırılığa ilişkin hükümler (BK.m.96 vd.) tatbik edilecektir.

ğun kusur şartına bağlanması, anlamsız bir düzenleme olurdu. Çünkü üçüncü şahsın korkutmasına maruz kaldığı için sözleşmeyi iptal eden taraf, çoğu kez kusursuz olacağı için tazminat borcundan da kurtulmuş olurdu. Dolayısıyla taraf menfaatlerinin karşılıklı olarak dengelenmesi ihtiyacı (*fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi*), BK.m.29/f.II’de öngörülen olumsuz zarardan sorumluluğun kusursuz olmasını haklı kılmaktadır.

BK.m.29/f.II’de yer alan olumsuz zarardan sorumlulukta dikkat edilmesi gereken husus, hakkaniyetin hem tazminatın varlık sebebini hem de hesaplama ölçüsünü oluşturmasıdır. Buna göre hakkaniyetin tazminatı gerektirmesi, iyiniyetli diğer tarafın tüm güven zararlarını mutlaka isteyebileceği anlamına gelmez; hâkim somut olayın şartlarını MK.m.4 çerçevesinde adalet düşüncesiyle takdir ederek hükmedeceği tazminatta indirim gidebilir⁷².

BK.m.29/f.II uyarınca ödenecek tazminatın en üst sınırı, iyiniyetli karşı sözleşenin uğramış olduğu olumsuz zarar miktarıdır. Doktrindeki baskın görüş⁷³ aksi yönde olsa da, yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalinde hakkaniyet gerektiriyorsa olumlu zararın tazminine olanak sağlayan BK.m.26/f.II hükmü, bize göre burada kıyasen uygulama alanı bulmaz. Zira üçüncü şahsın hukuka aykırı davranışıyla iradesi sakatlanan korkutulan ile kendisinden kaynaklanan sebeplerle yanılmaya düşen kimse birbiriyle eş tutulamaz⁷⁴. Zaten yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu iki hâl için öngörülen tazminat yükümlülükleri birbirinden farklı hukukî prensiplere dayanmaktadır: BK.m.26, yanılanın kendi kusurundan kaynaklanan sorumluluğu düzenlerken, BK.m.29/f.II fedakârlığın denkleştirilmesi prensibine hizmet etmektedir.

⁷² Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 325.

⁷³ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 5; Becker, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 9; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 328; Scherrer, **a.g.e.**, s. 65; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 274; Koller, **a.g.e.**, Rn. 474-475; 764; 812; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 13; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 519; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 174.

Bu düşünceyi savunanların gerekçelerinin birbirinden farklılık gösterdiğini de belirtelim: Örneğin bazı yazarlar, bu sonucu ancak korkutulanın bir kusurunun bulunduğu hâllerde kabul ederken (bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 474-475; 764; 812); bir kısım yazar da, korkutulanın üçüncü kişiden tam bir tazminat elde edebileceği durumlarda, bu imkânın söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir (bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 9; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 328; Scherrer, **a.g.e.**, s. 65; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 29, Rn. 13; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 174).

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 388; ayrıca bkz. Meier-Hayoz, **a.g.e.**, s. 170-171.

Bu bağlamda son olarak şunu belirtelim ki, karşı sözleşenin olumsuz zararını BK.m.29/f.II gereğince giderme borcu altına giren korkutulanın, korkutmayı yapan üçüncü şahsa başvurma imkânı daima mevcuttur⁷⁵.

c. Aldatma veya Korkutma Nedeniyle Sözleşmenin İptalinde

BK.m.26/f.I'e benzer tarzda açık bir düzenleme bulunmasa da, Borçlar Kanunumuz, aldatma veya korkutma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesini de, olumsuz zarar tazmin yükümlülüğünü doğuran bir hâl olarak benimsemiştir. Zira BK.m.31/f.II düzenlemesi, aldatma veya korkutmanın etkisi altında yapılmış sözleşmeye icazet vermenin tazminat talebinden feragat anlamına gelmediğini belirtmek suretiyle, bu hususu dolaylı olarak hüküm altına almış olmaktadır. Bu hâliyle anılan düzenleme, bağımsız bir sorumluluk rejimi öngörmeyen fakat işlemsel temas sırasında gerçekleşen aldatma veya korkutma eylemleri yüzünden sözleşmenin iptalini zarar verici olay olarak kabul eden; buna işarette bulunan bir içeriğe sahiptir. Dolayısıyla aldatma veya korkutma nedeniyle sözleşmenin iptalinde ortaya çıkan olumsuz zarar tazmin yükümlülüğünün, BK.m.31/f.II'de düzenlenmiş olduğunu; en azından kanun koyucunun bu iki ihtimale vurgu yapmış olduğunu söylemek, yanlış bir nitelendirme olmayacaktır.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde Borçlar Kanununda yer aldığını kabul ettiğimiz aldatma veya korkutma nedeniyle sözleşmenin iptaline özgü olumsuz zarardan sorumluluk hâllerini şu şekilde açıklayabiliriz:

(1) Aldatmada

(i) Karşı Sözleşenin Aldatmasında

Karşı tarafın aldatmasına maruz kaldığı için işlem yapma iradesi sakatlanan ve bu sebeple sözleşmeyi iptal eden taraf, sözleşmenin geçerli olacağı yönünde kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkarılması yüzünden uğramış olduğu zararların giderilmesini, karşı sözleşenden talep etme hakkına sahiptir. Buradaki olumsuz zarar tazmin yükümlülüğü de, güven olgusuna dayalı culpa in contrahendo sorumluluğunun tipik bir görünüm biçimidir. Bu hâliyle daha önceden belirtmiş olduğumuz esas-

⁷⁵ Bkz. aş. III. Bölüm, B 1 c (2) (ii).

lar, karşı sözleşenin aldatmasıyla ortaya çıkan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde de uygulama alanı bulur⁷⁶.

Aldatma nedeniyle sözleşmenin iptalinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunda, karşı sözleşenin aldatmaya uğrayan tarafın güven zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girmesi için, aldatma teşkil eden davranışların bizzat onun tarafından yapılmış olmasına gerek yoktur. Karşı sözleşen, ifa yardımcılarının eylemlerinden BK.m.100 uyarınca kusursuz olarak sorumlu olduğu gibi, üçüncü şahsın aldatması hâlinde, aldatmayı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa⁷⁷, culpa in contrahendo esasları gereğince sözleşmeyi iptal eden iyiniyetli tarafın olumsuz mefaatini gidermek zorundadır⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, karşı sözleşenin aldatmasına uğradığı için sözleşmeyi iptal eden taraf, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, olumsuz menfaat ile yetinmek yerine olumlu menfaatinin giderilmesini talep etme hakkına da sahiptir. Kanunumuzda bu hususta herhangi bir açık hüküm bulunmasa da, BK.m.26/f.II ve BK.m.39/f.II'den kıyasen yararlanarak, olumlu zararın tazminine olanak tanıyan bir sonuca ulaşabiliriz⁷⁹. Güven temeline dayalı işlemsel temas sırasında karşı yanı aldatarak davranış yükümlülüklerine aykırı hareket eden sözleşeni, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde daha yüksek miktardaki ifa menfaatinden sorumlu tutmaktan kaçınmamak gerekir. Bunun yanı sıra, karşı sözleşeni aldatan tarafın sözleşme görüşmeleri sırasındaki söz ve davranışlarının bir garanti taahhüdü olarak kabul edilebildiği hâllerde, aldatmaya maruz kalan kimse, örtülü olarak kurulduğu kabul edilen garanti

⁷⁶ Bu ihtimaldeki tazminat yükümlülüğünü, olumsuz zarardan sorumluluk olarak değerlendirmeyen hatalı bir görüş için bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 65-66.

⁷⁷ Aldatmada, saikte yanılma meydana geldiği için, karşı yanın aldatmayı bilmesi veya bilmesi gerekmesi, açıklamadaki yanılmalardan farklı olarak sözleşmenin kurulmasına engel değildir (BK.m.28, 31).

⁷⁸ Keller, M., **a.g.e.**, s. 150.

⁷⁹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 870; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 381; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 22, Rn. 45. Aksi yönde bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 518; ayrıca bkz. ve karşı. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 245; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 268.

Olumlu zararın tazmin edilmesini mümkün kılan BK.m.26/f.II ve 39/f.II hakkında yaptığımız açıklamalar, burada da uygulama alanı bulacaktır. Bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 a; aş. III. Bölüm, B 1 f.

sözleşmesine dayanarak da olumlu menfaatinin tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olur⁸⁰.

(ii) Üçüncü Kişinin Aldatmasında

Üçüncü kişinin aldatması neticesinde işlem yapma iradesi sakatlanan taraf, uğramış olduğu zararların tazmini için haksız fiil hükümleri çerçevesinde üçüncü kişiye başvurma hakkına sahiptir. Bu ihtimalde tazminat talebi haksız fiil hükümlerine tâbi olacağı için, sözleşmesel alana mahsus olumlu-olumsuz zarar ayrımı burada yapılmayacaktır. Zarar gören, haksız fiil teşkil eden aldatma eylemi yüzünen uğramış olduğu tüm zararların karşılanması talep etme hakkını haizdir. Bununla beraber, aldatılan kimsenin uğramış olduğu olumsuz zarar miktarı, üçüncü şahsın ödeyeceği tazminat miktarının tespitinde, tabi ki belirleyici bir rol oynayacaktır.

Zarar görenin üçüncü kişiden tazminat talep edebilmesi için, onun aldatmanın etkisi altında yapmış olduğu sözleşmeyi BK.m.28/f.II'deki şartlar uyarınca iptal etmiş olmasına gerek yoktur. İster karşı sözleşen iyiniyetli olduğu için ister zarar görenin çıkarlarına uygun düştüğü için sözleşme ayakta tutulmuş olsun, üçüncü kişinin haksız fiil hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu varlığını yine devam ettirir.

Ayrıca hemen aşağıda açıklayacağımız gibi, zarar görenin, kendisini aldatan üçüncü kişiye yönelik talep hakkı, bazı durumlarda borca aykırılık kurallarına da tâbi olabilir⁸¹.

(2) Korkutmada

(i) Karşı Sözleşenin Korkutmasında

Karşı yanın korkutmasına maruz kaldığı için sözleşmeyi iptal eden taraf, aynı zamanda haksız fiil teşkil eden bu davranış yüzünden uğramış olduğu kayıpların (gerek korkutma sırasında gerek korkutmanın ortadan kalkmasından sonra) giderilmesini, karşı sözleşenden talep etme hakkına sahiptir. Dikkat etmek gerekir ki, bu ihtimalde talep edilecek olumsuz menfaat, daha önceden de belirttiğimiz gibi, sözleşme-

⁸⁰ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 341.

⁸¹ Bkz. aş. III. Bölüm, B 1 c (2) (ii).

nin geçerli olacağına yönelik uyandırılan güvenin ihlalden değil, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine aykırı hareketten doğmaktadır⁸².

Karşı sözleşenin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden bahsetmek için korkutma eylemine yönelik icra hareketlerinin bizzat onun tarafından yapılmış olmasına gerek yoktur; o kusuru olmasa bile yardımcılarının (BK.m.100) veya iyiniyetli olmadığı takdirde üçüncü şahısların eylemlerinden de sorumludur. Ancak bazı yazarlara göre⁸³ ise, sözleşmenin karşı tarafı, üçüncü şahsın korkutma fiilini bilse veya bilmek zorunda olsa bile, onun davranışı kusurlu ve hukuka aykırı olmadığı için sözleşmeyi korkutma nedeniyle iptal edene tazminat ödemek zorunda değildir. Culpa in contrahendo'nun haksız fiil kurallarına tâbi olduğunu ileri süren görüşle paralellik gösteren bu fikre katılmak, bizce mümkün değildir. Zira üçüncü şahsın korkutmasını bilen veya bilmesi gereken sözleşme tarafının tutumu, BK.m.41 anlamında haksız fiil teşkil etmese de, sözleşme görüşmeleriyle ortaya çıkan karşı yanı her türlü zarardan uzak tutma şeklindeki davranış yükümüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir⁸⁴. Sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olan irade sakatlığını bilen veya bilmesi gerekmesine rağmen sözleşme yapan (iyiniyetli olmayan) taraf, MK.m.2 uyarınca kendisine düşen yükümlülükleri ihlal etmiş sayılacağından korkutulan kimsenin uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır⁸⁵. Taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisinin yarattığı sözleşme benzeri edim yükümden bağımsız borç ilişkisi, bu sonucu kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır.

Tıpkı yanılmaya düşürme ve aldatmada olduğu gibi, burada da hâkim, hakkaniyetin gerektirmesi şartıyla, BK.m.26/f.II ve 39/f.II'den kıyasen yararlanarak karşı tarafı korkutan sözleşeni, olumlu zararlarla sorumlu tutabilir⁸⁶. Böylece karşı sözleşenin korkutmasına maruz kaldığı için serbest iradeyle işlem yapma özgürlüğüne müdahale edilen taraf, genelde daha düşük miktardaki olumsuz zarar yerine, yapmak zorunda kaldığı sözleşmedeki ifa menfaatinin tazmin edilmesini isteme hakkına kavuşmuş olur. Olumlu zararın tazminine yeşil ışık yakan BK.m.26/f.II ve 39/f.II'deki düzen-

⁸² Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

⁸³ Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 175; Eren, **a.g.e.**, s. 367.

⁸⁴ Hatta burada BK.m.41/f.II'nin şartlarının gerçekleştiğinden bile söz edilebilir.

⁸⁵ Benzer yönde bkz. Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 325.

⁸⁶ Aksi yönde bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 518.

lemelerin altında yatan *ratio*, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde karşı tarafın korktumasında da evleviyetle bulunmaktadır⁸⁷.

(ii) Üçüncü Kişinin Korkutmasında

Korkutmanın üçüncü kişi tarafından yapıldığı hâllerde ise, tazminat yükümlülüğü sadece korkutma eylemini gerçekleştiren üçüncü kişiye isabet etmektedir. Sözleşmenin iptaline muhatap olan taraf şayet iyiniyetli ise, yani korkutmayı bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa, bu takdirde herhangi bir tazminat yükümlülüğü altına girmeyeceği gibi, korkutma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden yandan hakkaniyet gerektiriyorsa güven zararlarının tazmini dahi talep etme hakkına sahiptir⁸⁸.

Korkutulan kimsenin üçüncü kişiye karşı haiz olduğu talep hakkı, kural olarak haksız fiil hükümlerine tâbidir⁸⁹. Bu ihtimalde, sorumluluk haksız fiil hükümlerinden doğmuş olacağından, tazminatın hesaplanmasında sözleşmesel alana özgü olumulu-olumsuz zarar ayrımı kullanılmaz. Bununla beraber, korkutulan kimsenin iyiniyetli diğer sözleşene ödemek zorunda kaldığı olumsuz zarar miktarı, elbette ki üçüncü kişinin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır⁹⁰; böylece üçüncü kişi kural olarak olumsuz zarar oranında tazminat borçlusudur⁹¹.

⁸⁷ Üçüncü kişinin korkutmasına uğradığı için sözleşmeyi iptal eden ve bu yüzden iyiniyetli karşı yanın BK.m.29/f.II uyarınca güven zararını tazmin eden kimsenin sorumluluğunun olumsuz zarar miktarıyla sınırlı olduğunu; burada BK.m.26/f.II ve 39/f.II'den kıyasen yararlanmanın söz konusu olamayacağını yeniden hatırlatmak gerekir. Bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 b.

⁸⁸ BK.m.29/f.II'ye yönelik açıklamalar için bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 b.

⁸⁹ Sözleşmenin iptaline muhatap olan iyiniyetli tarafın, korkutmayı gerçekleştiren üçüncü kişiye haksız fiil hükümlerine göre başvurması mümkün değildir. Zira yansıma zararın söz konusu olacağı bu ihtimalde, üçüncü şahsın haksız fiil teşkil eden eylemi, ona karşı değil, sözleşmeyi iptal eden tarafa yöneliktir; onun sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik güveninin, sözleşmenin iptaliyle boşa çıkmış olması da, üçüncü şahsa karşı haksız fiil hükümlerine dayanmak için yeterli değildir. Hukuka aykırılık bağının eksikliğini gözden kaçıran Keller'in aksi yöndeki açıklamaları kanaatimizce isabetli değildir. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 146.

Üçüncü kişi ile sözleşmenin iptaline muhatap olan taraf arasında daha önceden mevcut bir işlemsel temasın bulunduğu hâllerde ise, üçüncü kişinin korkutmada bulunması, bu işlemsel temastan (sözleşmenin iptaline muhatap olan iyiniyetli taraf ile korkutmada bulunan üçüncü kişi arasındaki ilişkiden) doğan davranış yükümlülüklerine aykırılık anlamına geliyorsa, sözleşmenin iptaline muhatap olan taraf, üçüncü kişiye karşı borca aykırılık hükümleri çerçevesinde başvurma hakkına sahip olur (örneğin, araba galerisi sahibi A'nın, daha önceden pazarlık yaparak anlaştığı B'ye aracını satması için C'ye korkutmada bulunması gibi). Bu ihtimalde sözleşmeyi iptal eden korkutulan (BK.m.29/f.II) ile korkutmada bulunan üçüncü kişi, meydana gelen olumsuz zarardan ötürü sözleşmenin iptaline muhatap olan iyiniyetli sözleşene karşı BK.m.51 çerçevesinde müteselsilen sorumlu olur.

⁹⁰ Korkutulan kimse, iyiniyetli sözleşene ödemiş olduğu olumsuz zarar miktarından başka, üçüncü kişinin haksız fiili neticesinde uğradığı diğer zararların (örneğin korkutma fiilinden kaynaklanan

Korkutulan kimsenin üçüncü kişiden tazminat talep edebilmesi için, korkutmanın etkisiyle yapmış olduğu sözleşmeyi mutlaka iptal etmiş olmasına gerek yoktur; sözleşmeyi iptal etmediği için BK.m.29/f.II uyarınca diğer tarafın olumsuz zararını giderme borcu altına girmemiş olsa bile, haksız fiil hükümleri uyarınca failden yine de tazminat talep edebilir.

Korkutmayı yapan üçüncü kişiye karşı yöneltilecek tazminat talebinin, kimi zaman borca aykırılık kurallarına tâbi olabileceğini de gözden kaçırmamak gerekir⁹². Şöyle ki, iyiniyetli diğer sözleşenden bağımsız olarak hareket eden üçüncü kişi⁹³, aynı zamanda sözleşmeyi korkutma nedeniyle iptal eden ile yakın *işlemsel temas* içindeyse, onun ile korkutulan taraf arasında MK.m.2 temelinde güven olgusuna dayalı edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kurulmuş olur⁹⁴. Üçüncü kişinin korkutma teşkil eden davranışı, kanundan doğan sözleşme benzeri borç ilişkisine aykırılık teşkil edeceğinden, ona karşı yöneltilecek tazminat talebi, borca aykırılık kurallarına bağlanabilir. Örneğin sözleşme görüşmelerine kendi şahsî menfaatleri için katılan aracı yardımcı şahısların (ikinci el araba satan galericiler, bankerler, bankalar vs.) korkutmada bulunduğu hâllerde, durum böyledir⁹⁵. İyiniyetli diğer sözleşenin olumsuz zararını BK.m.29/f.II uyarınca tazmin etmek zorunda kalan korkutulan taraf, aralarındaki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine dayanarak üçüncü kişiye rücu edebilir.

kazanç kayıpları, tedavi masrafları gibi malvarlığı azalmaları ile manevî zararının) tazmin edilmesini de pekâlâ talep edebilir.

⁹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 367.

⁹² Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3; Kurşat, **a.g.e.**, s.129-130. Sadece haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı yönündeki görüş için bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 627.

⁹³ Buradaki ihtimali, üçüncü kişinin ifa yardımcısı olmasıyla karıştırmamak gerekir. Zira üçüncü kişinin ifa yardımcısı olarak hareket ettiği hâllerde, artık BK.m.100 gereğince taraf korkutması söz konusu olacağından, sözleşmeyi iptal eden, BK.m.29/f.II'deki hakkaniyet sorumluluğu altına girmedeği gibi, diğer taraftan culpa in contrahendo esasları uyarınca olumsuz zarar talebinde dahi bulunabilir. Bu takdirde, korkutmada bulunan ifa yardımcısının sorumluluğu, haksız fiil hükümlerine tâbi olacaktır; zira ifa yardımcısının kendisi, sözleşme görüşmeleriyle kurulan işlemsel temasa taraf değildir. Ayrıca bkz. yuk. II. Bölüm, C 2.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 3.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi hakkında bkz. yuk. II. Bölüm, B 3 a.

⁹⁵ Aracı yardımcı şahıs kavramı ve sorumluluğu hakkında bkz. yuk. II. Bölüm, C 2.

d. Aldatma veya Korkutmaya Yapılan Sözleşmeye İcazet Vermede

İptal edilebilirlik hâllerinde, iptal hakkının kullanılması, olumsuz zararın istenebilmesinin kural olarak bir ön şarttır. Zira ancak iptal beyanı sayesinde sözleşme her iki taraf bakımından da kesin hükümsüz hâle gelmektedir⁹⁶. Sözleşmeye açıkça veya örtülü olarak icazet verildiği yahut iptal hakkı süresinde kullanılmadığı takdirde, BK.m.31’de öngörülen *icazet faraziyesi*” uyarınca sözleşme artık geçerli sayılacağından, ona dayanarak olumsuz zarar talebinin ileri sürülmesi hukuken mümkün değildir⁹⁷. Çünkü iradesi sakatlanan kimsenin iptal hakkından vazgeçmesi, onun bir takım menfaatler elde edebilmek amacıyla, bu sözleşmeden doğmuş ya da doğacak zararları gönüllü olarak üstlendiği anlamına gelmektedir. Sözleşmenin bu şekilde geçerlilik kazanmasına sebep olan tarafın, bizzat kendisinin yol açtığı bir zararın giderilmesini de isteyememesi gerekir⁹⁸. Zira sorumluluk hukukumuzda hâkim olan düşünceye göre, hiç kimse kendi sebep olduğu zararın tazmin edilmesini başkasından isteyemez. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, iptal yoluyla uğradığı zararı bertaraf etme imkânına sahip olan tarafın, sözleşmeye icazet vermekle tazminat talep

⁹⁶ İşaret etmek gerekir ki, irade sakatlığı sebebiyle ne tarz bir hükümsüzlüğün söz konusu olduğu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 3; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 329; 338; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 347-352; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 452-453; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 234; Mustafa Tiftik, “Borç Sözleşmelerinin İptali”, **Batider 2006**, C. XXIII, S. 3, s. 66 vd.

⁹⁷ Sözleşme bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde iptal edilmezse, her iki taraf bakımından da geçerli hâle geleceğinden, iradesi sakatlanan kimse de ifa borcu altına girmektedir. Ne var ki, bu sonuç, henüz yerine getirilmemiş edimler bakımından aldatma ve korkutma hâlleri için BK.m.60/f.III hükmüyle sınırlanmıştır. Şöyle ki, BK.m.60/f.III’e göre, bir kimseye karşı işlenen haksız fiil, onun aleyhinde alacak doğurmuşsa, zarar gören ileri süreceği daimi defî sayesinde ifa talebini yerine getirmekten kaçınabilir. Aldatma ve korkutma eylemleri de çoğu zaman bir haksız fiil niteliğinde olduğundan, aldatılan veya kokutulan taraf, açıkça ya da örtülü olarak sözleşmeye icazet vermediği müddetçe, bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra bile, bu hükme dayanarak alacaklının ifa talebinden kurtulabilir. Aksi yöndeki fikir için bkz. von Büren, **a.g.e.**, s. 225, dn. 347.

İptal teorisinin hâkim olduğu Alman hukukundaki BGB § 853’den alınmış olan BK.m.60/f.III’ün, İsviçre ve Türk borçlar hukuku sistemlerine uymadığı yönündeki açıklamalar için bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 342, dn. 56; Bucher, **a.g.e.**, s. 223, dn. 108; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 547; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 380, dn. 47; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi), **a.g.e.**, § 13, N. 4 vd.

⁹⁸ Belirtmek gerekir ki, The Principles of European Contract Law Art.4:117/f.II ve UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art.3.18’de, irade sakatlığı (yanılma, aldatma, korkutma veya gabin) sebebiyle sözleşmenin iptal edilmemiş olması, tazminat talebine engel görülmemiştir. Üstelik bu hükümler uyarınca olumsuz zarar talebinde bulunabilmek için, İsviçre ve Türk hukuklarında BK.m.31/f.II çerçevesinde aranan sıkı şartların varlığına da gerek yoktur.

etme hakkını kaybettiğini açıkça belirtmiştir⁹⁹. Kaldı ki bütün bunların yanı sıra, sözleşmenin iptaliyle giderilebilecek malvarlığı kayıplarını hukuk tekniği açısından zarar olarak değerlendirmek de pek mümkün değildir. Zira zarar kavramının içeriğinde yer alan “*rıza dışı gerçekleşmiş olma*” unsuru, bu ihtimalde ortaya çıkan malvarlığı azalmalarında eksik kalmaktadır.

Ne var ki BK.m.31/f.II hükmü, bu konuda önemli bir istisna öngörmektedir. Bu düzenlemeye göre, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması¹⁰⁰, mutlaka tazminat talebinden de vazgeçildiği anlamını taşımamaktadır. Aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan icazet faraziyesi nedeniyle, içeriği biraz karanlıkta kalmış olan bu hükümden anlaşılması gereken şudur: Aldatılan veya korkutulan kimse, yararlı bulduğu için değil de, iptalin neden olacağı daha sakıncalı sonuçları önlemek amacıyla sözleşmeye icazet verme yolunu tercih etmişse, onun tazminat isteme hakkı hemen otomatik olarak düşmemektedir. Bir başka ifadeyle, aldatma ya da korkutmayla iradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyi iptal ettiği takdirde maddî ya da manevî açıdan daha zor duruma düşecekse, onun sözleşmeyi iptal etmemiş olması, bu sözleşme dolayısıyla uğradığı olumsuz zararın giderilmesine engel değildir¹⁰¹. Çünkü bazen öyle zararlar meydana gelebilir ki, sözleşmenin iptal edilmesi bunların da ortadan kalkması sonucu doğurmayabilir; bu gibi hâllerde sözleşmenin iptal edilmesi, geçerli olarak kalmasından daha katlanılmaz sonuçlar doğurmaya gebedir.

Ayrıca aldatma veya korkutmadan dolayı meydana gelen zarar, bazen iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeye icazet vermesinden sonra ortaya çıkabilir ya da bunla-

⁹⁹ BGE 109 Ia 10-11. Federal Mahkeme aynı kararda, sözleşmeyi iptal ederek zararını azaltabilecek durumda olan aldatılanın, BK.m.31/f.II’ye göre talep edeceği tazminatta bir indirim yapılması gerektiğini de belirtmiştir.

¹⁰⁰ Kanaatimizce, karşı tarafı ihmal ile yanılmaya düşürme hâllerinde de, BK.m.31/f.II hükmü kıyasen uygulama alanı bulur. Bkz. aş. III. Bölüm, B 2 h.

¹⁰¹ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 340-341; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 33; Bucher, **a.g.e.**, s. 223; Becker, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 15; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 17, Rn. 13; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 137 vd.; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 871; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 22; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 153; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 382; Lüchinger, **a.g.e.**, dn. 255; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 457; Eren, **a.g.e.**, s. 363; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 53 vd.; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 162; ORKomm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 22; Arsebük, **a.g.e.**, s. 449-450; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 378; Kurşat, **a.g.e.**, s. 133 vd.; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 269; BGE 40 II 40 vd.; 89 II 239 vd.; 249; 109 Ia 10-11. Bkz. ve karşı. Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 166-167; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.142; 149; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 282.

rın zarar verici yönleri (örnek olarak daha iyi şartlarla sözleşme yapma teklifinin kaçırılmasına yol açtığı) daha sonradan öğrenilmiş olabilir. Aldatma veya korkutmaya maruz kalan tarafın, sözleşmeye icazet vermek suretiyle önceden görülemeyen bu tarz zararlara katlanmayı göze aldığı söylenemez¹⁰². Çünkü daha sonradan ortaya çıkan zararlara katlanma mecburiyetini, aldatılan veya korkutulan tarafın omuzlarına yüklemek, MK.m.2'ye açıkça aykırılık teşkil eder¹⁰³. Sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafı aldatarak yahut korkutarak güven ilişkisini boşa çıkararak kimseyi fazlaca korumaya lüzum yoktur.

Bu bilgiler ışığında, BK.m.31/f.II'nin uygulama alanı olarak sıkça tekrarlanan şu örnekleri verebiliriz¹⁰⁴:

—(A), her iki evin de aşağı yukarı aynı değerde olduğu yönünde (B)'yi kandırmış ve bunun neticesinde (B), İzmir'deki evi ile (A)'nın İstanbul'daki evinin trampa edilmesine razı olmuştur. İstanbul'a yerleşen (B), daha sonradan aldatıldığını öğrendiğinde, tekrar İzmir'e yerleşmenin gerek iş hayatı gerek özel hayatı açısından doğuracağı sakıncaları düşünerek sözleşmeyi iptal etmemiştir.

—(A), (B)'yi kandırmış ve eski işini bırakarak kendi hizmetinde çalışmaya ikna etmiştir. Aldatıldığını fark eden (B), (A) ile yaptığı sözleşmeyi iptal ederse, kolaylıkla yeni bir iş bulamayacağından hizmet sözleşmesini onaylamıştır.

—(A), alelâde bir köpeği iyi cins diye göstererek olduğundan daha yüksek bir fiyatla (B)'ye satmıştır. Gerçek durumu sonradan öğrenen (B), eşinin ve çocuklarının hayvana bağlanmaları yüzünden sözleşmeyi iptal edip köpeği geri vermekten vazgeçmiştir.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, serbest iradeyle sözleşme yapma özgürlüğüne müdahale edilen, ancak iptal hakkını içinde bulunduğu şartlar nedeniyle kullanamayan tarafa, güven zararlarını talep etme yetkisi tanımış;

¹⁰² Aldatılan veya korkutulan tarafın iradesi, sözleşmeye icazet verme aşamasında sakatlanmışsa, icazet verme beyanı da irade sakatlığına ilişkin hükümler çerçevesinde iptal edilebilir. Bu takdirde, olumsuz zarar talebi için BK.m.31/f.II'ye başvurmaya gerek kalmaz.

¹⁰³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁰⁴ Örnekler için bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 341; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 382; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 457; Kurşat, **a.g.e.**, s. 133, dn. 661; 664. Başkaca bir örnek için bkz. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 17, Rn. 13.

sözleşmenin iptal edilmemiş olmasını, tazminattan vazgeçme olarak kabul etmemiştir¹⁰⁵. BK.m.31/f.II uyarınca olumsuz zarar talebinde bulunabilmek için, aldatılan veya korkutulan tarafın sözleşmeyi iptal etmesi, somut olayın özellikleri içerisinde kendisinden beklenilemez nitelikte olmalıdır; bunun dışında tazminat isteme hakkının ayrıca saklı tutulmuş olmasına gerek yoktur¹⁰⁶. Aldatma veya korkutmaya maruz kalan kimsenin, bağlanmış olduğu sözleşmeye icazet vermek zorunda kalması ve bu sözleşme nedeniyle olumsuz zarara uğraması, BK.m.31/f.II'in uygulanması açısından gerekli ve yeterlidir.

Vurgulamak gerekir ki, BK.m.31/f.II hükmü, tazminat yükümlülüğünün doğumunda bağımsız bir sorumluluk sebebi öngörmüş değildir; sadece sözleşme öncesi davranışlardan kaynaklanan sorumluluk rejimine (culpa in contrahendo sorumluluğuna) gönderme yapmıştır. Dolayısıyla BK.m.31/f.II'ye dayanarak tazminat talep edebilmek için, culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Burada da zararı doğuran olay, tıpkı diğerlerinde olduğu gibi, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde karşı tarafta uyandırılan haklı güvenin boşa çıkarılmasıdır¹⁰⁷; yani sözleşme görüşmeleri aşamasında kanun gereğince kurulan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ihlal edilmesidir¹⁰⁸.

BK.m.31/f.II'nin uygulama alanına giren hâllerde tazminat alacaklısı, irade sakatlığı yaşadığı için güven zararına uğrayan taraftır. Tazminat yükümlüsü ise, al-

¹⁰⁵ Hatta bir görüşe göre, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, olumlu zararın tazmini dahi BK.m.31/f.II uyarınca mümkündür. Bkz. August Egger, "Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (O.R. Art. 31 Abs. 3)", *SJZ*, 1922, s. 217-221; von Büren, *a.g.e.*, s. 226; Becker, *a.g.e.*, Art. 31, Rn. 17; BSK OR I/Schwenzer, *a.g.e.*, Art. 31, Rn. 23; ayrıca bkz. ve karş. Scherrer, *a.g.e.*, s. 71; Kurşat, *a.g.e.*, s. 135, dn. 665; Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s. 142; 149.

Kanaatimizce bu ihtimalde, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, BK.m.26/f.II'nin kıyasen uygulanmasıyla olumlu zararın tazmin edilmesi mümkündür.

¹⁰⁶ Kurşat, *a.g.e.*, s. 134, dn. 663.

¹⁰⁷ Fakat olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerden ayrı olarak, BK.m.31/f.II uyarınca istenecek olumsuz zarar tazminatının hesabı farklı şekilde yapılacaktır. Bkz. aş. IV. Bölüm, A 3.

¹⁰⁸ Bazı yazarlar (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *a.g.e.*, s. 456-457; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, *a.g.e.*, § 17, Rn. 13; Saymen/Elbir, *a.g.e.*, s. 282-283; ayrıca bkz. BGE 47 II 183 vd.; 66 II 159-160), bu imkânı sadece haksız fiil hükümlerine dayandırmış olsa da, benimsediğimiz görüş uyarınca borca aykırılık hükümleri de burada pekâlâ uygulama alanı bulabilir. Zira BK.m.31/f.II'de öngörülen olumsuz zarar tazminatı, culpa in contrahendo sorumluluğuna gönderme yapan bir hüküm niteliğindedir. Bkz. Bucher, *a.g.e.*, s. 222; von Tuhr/Peter, *a.g.e.*, s. 341, dn. 51; Lüchinger, *a.g.e.*, Rn. 222; BSK OR I/Schwenzer, *a.g.e.*, Art. 31, Rn. 23; Schwenzer, *a.g.e.*, § 39, Rn. 37.

datma ya da korkutmayı yapan ve böylece MK.m.2'den doğan davranış yükümlülüğünü ihlal eden sözleşme tarafıdır.

Şu ana kadarki açıklamalarımız, aldatma veya korkutmanın hep diğer sözleşen tarafından yapılmasına ilişkindi. Hâlbuki aldatma veya korkutma üçüncü şahıs tarafından da yapılmış olabilir. Bu ihtimale özgü özellik arz eden şu hususların altını çizmek gerekir: Öncelikle iradesi sakatlanan yanın sözleşmeye icazet vermiş olması, onun aldatan veya korkutan kimseye karşı sahip olduğu tazminat hakkına hiçbir zaman hâlel getirmez. Zira üçüncü şahıstan haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilmek için, aldatma veya korkutmaya maruz kalan tarafın bağlanmış olduğu sözleşmeyi iptal etmesi gerekli değildir¹⁰⁹. Olsa olsa aldatılan veya korkutulan kimsenin sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmesi zararın artmasına neden olduğu takdirde, bu husus tazminatın hesabında bir indirim sebebi olarak dikkate alınır (BK.m.44/f.I)¹¹⁰.

Üçüncü şahsın aldatması veya korkutmasında diğer sözleşme tarafının sorumluluğunu tespit edebilmek için ise, kanaatimizce şöyle bir ayırım yapmak gerekir: Diğer taraf iyiniyetli değilse, aldatma veya korkutmaya maruz kalanın sözleşmeye rıza göstermesi, ona karşı culpa in contrahendo'ya dayanarak ileri sürebileceği olası tazminat taleplerini kural olarak yitirmesine yol açar. Zira zarar görenin sözleşmeye icazet vermesi, onun bu ilişkiden doğan malvarlığı kayıplarını üstlendiği anlamına gelir. İcazete rağmen aldatılan veya korkutulan tarafın olumsuz zarar talebine hâlâ sahip olup olmadığı hususu, yukarıda belirttiğimiz kıstaslara tâbidir (BK.m.31/f.II). Eğer diğer taraf iyiniyetliyse, culpa in contrahendo sorumluluğu için aranan şartların gerçekleşmemesinden ötürü ona karşı ileri sürülebilecek herhangi bir tazminat talebinden söz edilemez¹¹¹; sözleşmenin onanmış sayılıp sayılmaması, bu ihtimalde olumsuz zarardan sorumluluğun akıbetini belirleyici bir faktör değildir.

¹⁰⁹ Hukuka aykırı davranan üçüncü şahıs ile aldatılan veya korkutulan kimse arasında istisnai olarak "işlemsel temas" mevcutsa, bu takdirde taraflar arasında edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi meydana geleceğinden, zarar görenin tazminat talebi, borca aykırılık kurallarına tâbi olacaktır. Ancak bu husus, vardığımız sonucu yine değiştirmeyecektir.

¹¹⁰ Karş. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 628, dn. 147.

¹¹¹ Bu durumda, BK.m.31/f.II'nin uygulanma şartları da oluşmuş olmaz. Çünkü üçüncü şahsın aldatmasında diğer sözleşme tarafı iyiniyetli ise, BK.m.28/f.II uyarınca, aldatılan tarafın zaten sözleşmeyi iptal hakkı bulunmamaktadır; o ancak yanılma hükümlerine dayanabilir. Dolayısıyla, aldat-

e. Temsil Belgesinin Geri Alınmasını İhmal Etmede

Temsil yetkisinin sona erdiği hâllerde (BK.m.34-35), artık yetkisiz temsilci konumuna düşen kimsenin elinde yetki belgesinin olması, onun temsil olunan adına üçüncü şahıslarla yaptığı sözleşmenin geçerli sayılmasını kural olarak sağlamaz. Zira BK.m.38 hükmü, temsil olunanı, icazet vermediği müddetçe yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle bağlı tutmamıştır. Bununla birlikte, kendi menfaati için bir başkasına temsil yetkisini gösteren belgeyi veren kimseyi tamamen sorumsuz kabul etmenin, işlem güvenliğine aykırı olacağını düşünen kanun koyucu, bu hususta bir sorumluluk düzenlemesine de gitmiştir. Nitekim BK.m.36/f.II'ye göre, temsilciye yetki belgesi verilmiş olup da, temsil olunan veya halefleri, temsil yetkisinin sona ermesi üzerine yetki belgesinin geri alınmasında ihmal göstermişlerse, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdürler. Burada öngörülen tazminat sorumluluğu, temsil yetkisi sonra eren temsilciyle işlem yapan üçüncü kişilerin, sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden uğradığı olumsuz zarara ilişkindir¹¹².

BK.m.36/f.II'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün ortaya çıkışı, temsil olunan veya haleflerinin¹¹³, temsilciden yetki belgesini geri almada *gerekeni yap-*

mada sözleşmeye icazet verme faraziyesini düzenleyen BK.m.31/f.II burada uygulama alanı bulmaz.

Üçüncü şahsın korkutmasında ise, diğer sözleşme tarafının iyiniyetli olması sözleşmenin iptaline her ne kadar engel değilse de, bu durum ona karşı culpa in contrahendo tazminatının ileri sürülmesine yol açmaz. Hatta tam tersine bu ihtimalde, olumsuz zarardan sorumluluk, BK.m.29/f.II uyarınca korkutulan tarafa isabet eder. Ancak dikkat etmek gerekir ki, BK.m.31/f.II'nin kapsamına giren hâllerde, BK.m.29/f.II'de öngörülmüş olan olumsuz zarardan sorumluluk uygulama alanı bulmaz. Zira korkutmaya maruz kalanın hakkaniyet gerektiriyorsa iyiniyetli karşı tarafa tazminat ödemesini öngören hüküm, sözleşmenin iptal edilmiş olması şartına dayanmaktadır. Korkutmaya rağmen sözleşme iptal edilmeyerek ayakta tutulmuş ise (BK.m.31/f.I), iyiniyetli karşı tarafın tazmin edilmesi gereken herhangi bir güven zararı da bulunmaz.

¹¹² von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 373; Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 7; Rabel, **a.g.m.**, s. 309; Bucher, **a.g.e.**, s. 611; Koller, **a.g.e.**, Rn. 320; 342; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 91; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 57-58; Turhan Esener, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1961, s. 212; Schwenger, **a.g.e.**, § 42, Rn. 28; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 186; 192, dn. 666; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 198; Eren, **a.g.e.**, s. 410; 415; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 223; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 1104; ORKomm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 4.

BK.m.36/f.II'deki tazminat yükümlülüğünü, olumsuz zarardan sorumluluk olarak değerlendirmeyen hatalı bir görüş için bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 66.

¹¹³ BK.m.36/f.II uyarınca sorumluluğun isabet ettiği haleflerin kapsamına öncelikle mirasçılar veya terekeye atanan temsilci, iflas hâlinde ise iflas idaresi girecektir. Bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 39.

mamış olmalarına bağlıdır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde¹¹⁴ bu yönde bir açıklık olmasa da, BK.m.36/f.II'nin kaleme alınış tarzı, sorumluluğun doğumu için, kusurlu davranışın şart olduğunu açıkça göstermektedir¹¹⁵. Bu hâliyle BK.m.36/f.II hükmü, culpa in contrahendo sorumluluğunun tipik bir görünüm biçimidir. Zira temsil yetkisi sona ermesine rağmen, temsilciden yetki belgesini geri almayı ihmal eden ve böylece temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü şahıslarda sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde haklı bir güvenin uyanmasına neden olan temsil olunan veya halefleri, sözleşme görüşmelerindeki özen gösterme yükümlülüğü ihlal etmiş sayılırlar¹¹⁶.

Hemen en baştan vurgulanmalıdır ki, BK.m.36/f.II'nin uygulanabilmesi için, yetki belgesine sahip temsilci ile üçüncü şahıs arasında mutlaka bir sözleşmenin kurulmuş olmasına gerek yoktur¹¹⁷. Temasların sözleşme görüşmeleri aşamasında keşilmiş olması da yeterlidir; çünkü MK.m.2 kaynaklı culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumu, tarafların amaçladığı sözleşmenin yapılmasına bağlı değildir. Burada önemli olan, üçüncü şahsın, temsilcinin elindeki yetki belgesine güvenmesi ve bu sebepten ötürü de olumsuz zarara uğramış olmasıdır (örnek olarak sözleşmeyi kurmaya yönelik masraflar yapması, daha iyi sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması vs.) Eğer diğer şartlar da mevcutsa, yetki belgesini geri almakta ihmal gösteren temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yaptığı görüşmeler bir sözleşmeyle sonuçlanmış olmasa da, iyiniyetli üçüncü şahsın uğradığı olumsuz zarardan BK.m.36/f.II uyarınca sorumlu olur.

Temsil olunan veya haleflerinin culpa in contrahendo sorumluluğundan sıyrılabilmeleri için, derhal (gecikmesizin) harekete geçerek yetki belgesini temsilciden

¹¹⁴ İsviçre Medenî Kanununun Almanca metninin aksine Fransızca metninde, kusur sorumluluğunu kabul etmeye imkân verecek ifadeye (*négligent*) yer verilmiştir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 339; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 198, dn. 48; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 10; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 52.

¹¹⁵ Bazı yazarlar ise, BK.m.36/f.II'dek sorumluluğun doğumu için kusuru gerekli görmemektedir. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 7.

¹¹⁶ Bkz. ve karşı. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 271-273. Yazarın aksi yöndeki düşünceleri, kanaatimizce hiç isabetli değildir.

¹¹⁷ Bkz. ve karşı. Scherrer, **a.g.e.**, s. 66; aksi yönde bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 48.

geri almada ihmal göstermemeleri gerekir¹¹⁸. Şayet yetkisi sona eren temsilci, BK.m.36/f.I’de belirtilen geri verme veya hâkimin göstereceği yere bırakma yükümlülüğünü¹¹⁹ yerine getirmeyecek olursa, temsil olunan veya halefleri¹²⁰, ondan yetki belgesini dava yoluyla geri alabilirler¹²¹. Dava, temsil belgesinin geri verilmesine; bu mümkün olmadığı takdirde temsil yetkisinin sona erdiğinin tespitine dair olacaktır¹²². Temsil olunan veya haleflerinin bu davayı açmaları, BK.m.36/f.II’deki olumsuz zara-

¹¹⁸ Temsilcinin nerede olduğu bilinmiyorsa, iade talebi, daha doğrusu yetkinin geri alındığı, temsilcinin önceden oturduğu yerlerde ilan yoluyla da yapılabilir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 373, dn. 97; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 3; Koller, **a.g.e.**, Rn. 339, dn. 412; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 41.

¹¹⁹ Temsil yetkisinin sona ermesinin bir yan sonucu olarak, BK.m.36/f.I hükmü, temsilciye (veya mirasçılara), vaktiyle kendisine verilmiş olan yetki belgesini, temsil olunana (veya mirasçılara yahut kanunî temsilcisine) iade etme ya da mahkemeye tevdi etme zorunluluğu yüklemiştir. Bu yükümlülük, zaten çoğu kez temsil yetkisinin verilmesine neden olan hukukî ilişkiden, örneğin vekâlet sözleşmesinden (BK.m.392/f.I) çıkmaktadır. Temsilcinin muaccel olan bir karşı alacağından ötürü, yetki belgesi üzerinde alıkoyma hakkını kullanmak istemesi, MK.m.951/f.II uyarınca kamu düzeniyle bağdaşmaz. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 371; bu hususta ayrıca bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 293.

İşaret etmek gerekir ki, BK.m.36/f.I’e benzer bir düzenleme, Alman hukukunda da öngörülmüştür. BGB § 175’e göre, temsil yetkisinin sona ermesinden sonra temsilci, yetki belgesini temsil olunana geri vermek zorundadır. Hatta bu hükümde, temsilcinin alıkoyma hakkına sahip olmadığı da açıkça belirtilmiştir.

¹²⁰ Temsil yetkisinin, temsil olunanın ölümüyle sona erdiği hâllerde, mirasçı, temsil yetkisinin verildiğini bilmediği için yetki belgesinin iadesini talep etmemiş olursa, bu durum bir kusur olarak ona isnad edilemez. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 373, dn. 98; karşı. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 144, dn. 265.

¹²¹ Şayet temsil yetkisini gösteren belge başkaca kayıtları da içermekte ise, temsil olunan, yetki belgesinin tamamıyla iadesi yerine, sadece temsil yetkisini içeren kısımların iptali için yetki belgesinin geri verilmesini talep edebilir; hatta o, bununla yetinmek zorundadır. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 2; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 371.

Buna karşılık temsilci de, yetki belgesini temsil olunana veya haleflerine iade etme yerine mahkemeye tevdi etme hakkına sahiptir. Çünkü onun, temsil yetkisinin ispatını güvence altına almak hususunda bir menfaati olabilir. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 1; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 371; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 2.

¹²² Borçlar Kanunumuzda, yetki belgesinin temsil olunana iadesi ya da mahkemeye tevdi edilmesi dışında başkaca bir usul öngörülmemiştir (BK.m.36/f.I). Oysa Alman hukukunda BGB § 176’da, mahkeme yoluyla yetki belgesinin hükümsüz kılınması prosedürü düzenlenmiş ve BGB § 172/f.II’de, yetki belgesi geri verilinceye veya hükümsüzlüğü açıklanıncaya kadar temsil yetkisinin geçerli olacağı belirtilmiştir. Bizde, Alman hukukundan farklı olarak böyle bir hüküm bulunmadığından, yetki belgesinin mahkeme aracılığıyla iptali imkânına başvurmak mümkün değildir. Zira temsil yetkisi, temsil olunanın geri alma beyanıyla ya da kanundaki diğer sebeplerin gerçekleşmesiyle zaten sona ermiştir; ayrıca hükümsüz kılmak için dava açmaya gerek yoktur. Bkz. Necip Kocayusufoğlu, “Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK.m.33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK.m.36/II’nin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Anısına Armağan (1925-1988)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 216. Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 198; Eren, **a.g.e.**, s. 410.

rı tazmin yükümlülüğünden kurtulmaları için yeterlidir; ayrıca yetki belgesinin fiilen geri alınmasına ihtiyaç yoktur¹²³.

Böylece “*temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapma*” şeklindeki çok açık olmayan ifadeden anladığımız, öncelikle temsil olunan veya haleflerinin temsilciden yetki belgesinin iadesini talep etmiş olmalarıdır¹²⁴. Şayet temsilci yetki belgesini iade etmekten kaçınırsa veya bunu yerine getirmekte gecikirse, belgenin geri verilmesini sağlamak yahut temsil yetkisinin sona erdiğini tespit ettirmek üzere temsil olunan ya da haleflerince dava açılmasıdır. Bu bağlamda, yazılı veya sözlü ihtarlar yahut temsilcinin iade edeceğine dair verdiği sözler, üçüncü şahısların iyiniyetini kaldırmadığı müddetçe temsil olunan veya haleflerini sorumluluktan kurtarmaya yetmeyecektir¹²⁵.

Şayet temsil olunan veya halefleri, yetki belgesini geri almak için geç harekete geçmişse, bu ana kadarki süre içerisinde temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü şahısların olumsuz zararından sorumlu olurlar. Hatta temsil olunan veya halefleri, temsilcinin amaçladığı sözleşmeyi kurmasından evvel yetki belgesinin iade edilmesi için gerekeni yapmış olsalar bile, bu sözleşme görüşmelerinden ötürü güven zararına uğrayan üçüncü şahsa karşı, yine BK.m.36/f.II uyarınca sorumluluk altına girerler¹²⁶. Zira onlar, BK.m.36/f.II’deki yükümlülüğü zamanında yerine getirmeyerek temsilcinin iyiniyetli üçüncü şahıs ile sözleşme görüşmelerine başlamasına neden olmuş ve böylece geri almada geç kaldıkları yetki belgesi yoluyla uyandırdıkları güveni ihlal etmiş sayılırlar¹²⁷.

¹²³ Rabel, **a.g.m.**, s. 309-310; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 373, dn. 97a; Oser/schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 3; Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 7; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 37; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 216; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 186; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 198; Esener, **a.g.e.**, s. 212; açık olmamakla birlikte aynı yönde bkz. BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 7; 11; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 272, dn. 89. Aksi düşünce-deki yazarlar için bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 3; Koller, **a.g.e.**, Rn. 340 ve Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 7’de belirtilenler.

¹²⁴ Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 36.

İade talebini içeren istemin temsil yetkisinin geri alınmasıyla birlikte yapılması, elbette ki mümkündür.

¹²⁵ Rabel, **a.g.m.**, s. 310; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 38.

¹²⁶ Karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 220.

¹²⁷ Bu ihtimalde, yetkisiz temsilci de, BK.m.39 uyarınca sorumluluk altına girer.

BK.m.36/f.II'deki sorumluluğun doğumu için, hem yetki belgesini kullanan temsilcinin davranışı ile zarar arasında¹²⁸ hem de temsil olunan veya haleflerinin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır¹²⁹. BK.m.36/f.II'deki sorumluluk, her ne kadar başkasının (yetki belgesini kullanan temsilcinin) davranışından kaynaklanıyormuş gibi bir izlenim uyandırır da, aslında temsil olunan veya halefleri, kendilerine yüklenmiş olan “*temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapma*” şeklindeki borçlarına aykırı hareket ettiklerinden ötürü sorumlu olmaktadır. Temsilcinin davranışı, bu sorumluluğa yol açan bir olgudan ibarettir. Bu sebeptir ki, temsil olunan veya halefleri, kendi yükümlülüklerini yerine getirdiklerini ya da zarar ile yükümlülüğün ihlali arasında nedensellik bağının bulunmadığını ispatladıkları takdirde, sorumlu olmazlar. Çünkü sorumluluğa yol açan kusurlu fiilleri veya fiilleri ile zarar arasında nedensellik bağı yoktur. Hemen işaret etmek gerekir ki, burada bulunmadığı ispat edilecek nedensellik, temsilcinin davranışı ile zarar arasındaki değil; temsil olunan veya haleflerinin kusurlu davranışı (kendi fiilleri) ile zarar arasındakiidir. Hiç şüphe yok ki, temsilcinin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı yoksa esasen temsil olunan veya halefleri için BK.m.36/f.II uyarınca sorumluluk söz konusu olmaz ise de, burada üzerinde durulması gereken husus, temsilcinin davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağının varlığına rağmen, temsil olunan veya haleflerinin kusurlu davranışının rolüne yer bırakmayan olgulardır. Örnek olarak temsilciyle işlemsel temasa girişen üçüncü şahıs, yetki belgesini hiç görmeksizin hareket etmişse; yani yetki belgesinin temsilci-den geri alınması için gerekenin yerine getirilmemiş olması, üçüncü şahsın sözleşme yapma iradesi üzerinde bir etkide bulunmamışsa, temsil olunan veya haleflerinin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun nedensellik bağı yoktur¹³⁰.

¹²⁸ BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 10; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 43.

¹²⁹ Açık olmamakla birlikte bu yönde bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8.

¹³⁰ Bazı yazarlara göre, BK.m.36/f.II'deki sorumlulukta, temsil olunan kusuru ile üçüncü şahsın uğradığı zarar arasında bir nedensellik bağının bulunmasına gerek yoktur; temsil olunan yükümlülüğünü ihlal etmeseydi bile üçüncü şahsın zarara uğramasına neden olan sözleşme görüşmelerinin temsilci tarafından yine yapılacağını ispatlayarak sorumluluktan kaçamaz. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 341; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 53. Hatta Koller'e göre, sorumluluğun doğumunda kusurun arandığı hâllerde, kusur ile zarar arasında nedensellik bağı gerekli değilse, kusur sorumluluğundan değil, sebep sorumluluğundan söz edilir. Bu tarzda sebep sorumlulukları, Borçlar Kanununa yabancı değildir (örneğin BK.m.26, 39/f.II, 102 ve 108/f.II). Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 341, dn. 420.

Yine bu bağlamda söylenmelidir ki, yetki belgesine sahip temsilci ile iyiniyetli üçüncü şahıs arasında akdedilen sözleşmenin başka bir sebepten ötürü (örneğin şekle aykırılık vs.) geçersiz olması da, yetki belgesini geri almada kusurlu davranan temsil olunan veya haleflerinin BK.m.36/f.II uyarınca sorumlu olmasını engellemektedir. Zira BK.m.36/f.II'deki sorumluluk, temsil yetkisi eksikliğinden ötürü sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllere özgüdür. Eğer yetki eksikliği dışında başka bir takım sebepler de (söz gelimi ehliyetsizlik, hukuka aykırılık ya da şekle aykırılık), sözleşmenin hüküm ifade etmesini engelliyorsa, BK.m.36/f.II hükmü uygulama alanı bulmaz¹³¹. Zira işlemsel temas esnasında temsil yetkisi mevcut olsaydı bile sözleşme yine geçersiz olacağından, temsil olunan veya haleflerinin kusurlu davranışı ile sözleşmenin geçersizliği yüzünden meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bu ihtimalde BK.m.36/f.II'deki sorumluluk rejimi uygulanırsa, üçüncü kişi, işlem yaptığı şahsın temsil yetkisi olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle sokulmuş olur.

Yetki belgesini elinde bulundurmaya devam eden temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin, temsil olunan veya haleflerince açılan davayı çoğu kez öğrenemeyecek konumda olması, BK.m.36/f.II hükmünü ve kabul ettiğimiz çözümü haksız kılmaya kâfi bir gerekçe değildir. Zira kanun koyucu, bu tarz durumlarda tarafların menfaatleri arasında bir denge kurmak zorundadır. Buna göre üçüncü kişiler iyiniyetli olsalar bile, yetki belgesini geri almak için gereken her şeyi yapan temsil olunan veya halefleri karşısında, davanın açıldığı andan itibaren artık daha fazla ko-

Kanaatimizce bu açıklamalar isabetli olmayıp, birçok noktadan düzeltilmeye muhtaçtır. Öncelikle sorumluluk hukukunda nedensellik bağı, kusur ile zarar arasında değil, fiil ile zarar arasında aranmaktadır. Kusur, zarar verici fiile ilişkin iradesi sebebiyle failin davranışının kınanacak nitelikte olmasını ifade eder ve sübjektif bir değerlendirmeye dayanır; kusurun zararı doğuran veya artıran neticelerle ilgili olması gerekmez. Bu hâliye meydana gelen zarar ile kusur arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı araştırılması, sorunun temelden yanlış ele alınmasına yol açmaktadır. Koller'in devam eden açıklamalarından ise, sorumluluğun kusura dayanmaması (sebepluluğu) ile nedensellik bağının bulunması hususlarının birbirine karıştırıldığı anlaşılmaktadır. Kusursuz sorumluluk hâllerinde de, zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağının arandığı her türlü şüpheden uzaktır.

¹³¹ Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 6; 12; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9; Münch-Komm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 22; Koller, **a.g.e.**, Rn. 377; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 9; 25; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 10; Flume, **a.g.e.**, s. 802; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 8; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 34; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 179, Rn. 1a; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 5; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 12; ayrıca bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s.447, dn. 86.

runmaya layık değildirlir¹³². Çünkü belge vermek yoluyla temsil yetkisini alenî hâle getirdiği (üçüncü şahısların bilgisine sunduğu) kabul edilen bir kimse, bunu geri almak için yine kamuya açık olan bir yol kullanmış (dava açmış) ve böylece hukuken üzerine düşen bütün yükümlülüklerini derhal yerine getirmişse, onu üçüncü kişiler karşısında sırf iyiniyet olgusunu dikkate alarak korumamak adalet düşüncesine uygun düşmemektedir. BK.m.36/f.II'deki *normun koruma amacı*, bu aşamadan sonra meydana gelen zararlardan temsil olunan veya haleflerinin sorumlu tutulmasını engellemektedir. Kaldı ki bu hukukî yapı içerisinde, iyiniyetli üçüncü şahısların menfaatleri tamamıyla korumasız kalmamaktadır; zira bunların uğradıkları zararlardan ötürü, BK.m.39 çerçevesinde yetkisiz temsilciye başvurmaları her zaman için mümkündür.

BK.m.36/f.II'deki sorumluluktan söz edebilmek, temsil olunanın hazırlamış olduğu yetki belgesini kullanması için temsilciye vermiş olması gerekir. Dolayısıyla örneğin, temsil olunanca hazırlanan yetki belgesini temsilci gizlice almış ve iyiniyetli üçüncü şahıslarla yaptığı işlemlerde kullanmışsa, temsil olunan veya halefleri bundan ötürü sorumlu olmazlar¹³³.

Temsil olunan veya haleflerinin BK.m.36/f.II uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişi yetki belgesinden haberdar olmalı; daha açık söyleyle, temsilcideki yetki belgesine güvenerek, onu dikkate alarak sözleşme görüşmelerine başlamalıdır. Bu sebeptendir ki, yetki belgesi, görüşmeler esnasında ya da en geç sözleşmenin kurulması anında üçüncü kişiye sunulmuş olmalıdır. Şayet üçüncü kişi, yetki belgesini hiç görmemiş, sadece temsilcinin açıklamalarıyla yetki belgesi hakkında fikir sahibi olmuşsa ya da sözleşme görüşmeleri aşamasında temsilcideki yetki belgesi üçüncü kişide bir güven uyandırmamış; onun sözleşme yapma kararını etkilememişse, temsil olunan veya haleflerinin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden söz edilemez¹³⁴. Ancak şu var ki, üçüncü kişi, görüşmeler aşamasında yetki belgesini görmüşse, sözleşmenin kurulması sırasında temsilciden belgeyi

¹³² Rabel, **a.g.m.**, s. 310; Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 7.

¹³³ Koller, **a.g.e.**, Rn. 322.

¹³⁴ Bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 311; Koller, **a.g.e.**, Rn. 315; ayrıca bkz. Schwenger, **a.g.e.**, § 42, Rn. 28.

bir kez daha ibraz etmesini talep etmek zorunda değildir¹³⁵; onun bu şekilde davranmamış olması, somut olaydaki özellikler aksini göstermiyorsa, iyiniyetli olmadığı anlamına gelmez. Zira sözleşme görüşmeleri esnasında yetki belgesinin bir defa gösterilmiş olması, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün doğumu için gerekli olan güven olgusunu oluşturmaya yeterlidir¹³⁶.

BK.m.36/f.II için gerekli olan bir diğer şart, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasıdır. Çünkü üçüncü kişinin korunacak bir güveninden söz edebilmek için, onun MK.m.3 anlamında iyiniyetli olması gerekir. Zaten güven ve iyiniyet olguları, birbirlerinin içine geçen halkalar gibidir. Üçüncü kişide varlığı aranacak bu iyiniyet (yetki belgesinin geçerliliğine güven) unsuru, hiç şüphesiz ki, yetki belgesine dayanılarak temsilciyle temasa geçilen anda mevcut olmalıdır (MK.m.3)¹³⁷. Buradaki ispat yükü, MK.m.3'deki iyiniyet karinesi gereğince temsil olunan veya haleflerine düşmektedir; yani temsil olunan veya halefleri, sorumluluktan kurtulmak için yetkisiz temsilciyle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını kanıtlamak zorundadır. Üçüncü kişinin bu iyiniyetine karşılık, onunla işlem yapan temsilci de kötüniyetli olmalıdır. Zira üçüncü kişinin yanı sıra temsilci de iyiniyetli (çifte iyiniyet) ise, yani temsil yetkisinin sona erdiğini bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa, yapılan sözleşme BK.m.37 uyarınca sanki temsil yetkisi varmışçasına geçerli olur ve temsil olunanı bağlar¹³⁸.

¹³⁵ Resmî şekle tâbi olan işlemlerde ise, farklı bir sonuca varmak mümkündür. Çünkü bu tarz sözleşmelerde, yetki belgesinin incelenmek üzere memura gösterilmesi zorunluluğu, sözleşmenin kurulması sırasında yetki belgesinin bir kez daha ibraz edilmesine vesile olmaktadır. Eğer memur herhangi bir nedenden ötürü bu inceleme yükümlülüğünü yerine getirmemişse ve temsilci de bundan istifade ederek yetki belgesini ibraz etmekten kaçınmışsa, yetki belgesini daha önce gördüğünü iddia eden üçüncü kişiyi bu andan itibaren iyiniyetli saymak, kanaatimizce artık pek mümkün değildir. Zira temsilcinin bu hareketi, temsil yetkisinin varlığı hususunda şüpheye düşmek için yeterli bir olgudur. Tabi hiç şüphe yok ki, üçüncü kişi, bu ana kadar gerçekleşen olumsuz malvarlığı kayıplarını, diğer şartlar da mevcutsa BK.m.36/f.II uyarınca temsil olunan veya haleflerinden talep edebilir.

¹³⁶ Bu ihtimalde, temsil olunan veya haleflerinin, sözleşmenin yapıldığı sırada temsilcinin artık yetki belgesine sahip olmadığını, yani belgenin ondan geri alındığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğini de belirtmek gerekir. Bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 49.

¹³⁷ Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 56.

Üçüncü kişinin daha sonradan gerçek durumu öğrenecek olması, onun BK.m.36/f.II'ye dayanarak tazminat talebinde bulunmasına engel değildir. Ancak bu husus, zarar görenin zararı artırmama yükümlülüğü çerçevesinde tazminatın hesabında bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

¹³⁸ Yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemin temsil olunanı BK.m.37 uyarınca bağlayabilmesi için, hem temsilcinin hem de üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir. Gerçi Borçlar Kanununun metninde, temsilcinin ve üçüncü kişinin sadece "*bilmesinden*" bahsedilmişse de, güvenin olumlu yoldan korunmasına somut bir örnek teşkil eden bu düzenlemede, her iki tarafın da MK.m.3

Dolayısıyla ancak temsilcinin kötünietli olarak hareket ettiği durumlarda, BK.m.36/f.II uygulama alanı bulur¹³⁹.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, BK.m.36/f.II hükmü, yetki belgesinin temsilciye temsil yetkisinin sona ermesinden önce verilmiş olması ihtimalini düzenlemektedir. Fakat ender olarak görülebilecek olsa da, yetki belgesi, temsil yetkisinin sona ermesinden sonra düzenlenmiş olabilir. Örnek olarak temsil olunan, BK.m.35'deki sebeplerden biri ortaya çıkmış olmasına rağmen, önceden vermiş olduğu temsil yetkisinin hâlâ devam ettiğini düşünerek kötünietli temsilciye yetki belgesi vermiş olursa, bu istisnai durum gerçekleşmiş olur. İşte böyle hâllerde de, BK.m.36/f.II hükmü kıyasen uygulama alanı bulur¹⁴⁰. Buna göre sorumluluğun doğması için, üçüncü şahsın iyiniyetli olması, yetki belgesini dikkate alarak sözleşme görüşmelerine girişmesi ve temsil olunanın kusuru aranacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, temsil olunanın, temsil yetkisi sona ermiş olmasına rağmen yetki belgesi düzenlemiş olması, ona atfedilebilecek bir kusur olarak karşımıza çıkar.

Aynı prensipler, temsil yetkisinin hiç mevcut olmadığı, fakat buna rağmen bir yetki belgesinin düzenlendiği durumlarda da uygulama alanı bulur. Örneğin, temsil

anlamında iyiniyetli olması gerektiği kuşkusuzdur. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 184; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 212 vd.; Koller, **a.g.m.**, Rn. 347 vd.

İyiniyetin olumlu yoldan korunmasına ilişkin BK.m.37 hükmü, öncelikle yetkisiz temsilciyi koruma amacına yöneliktir. Zira kanunda bu düzenleme olmasaydı, temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeden işlem yapması, onu BK.m.39'deki kusursuz sorumluluk kısıncından kurtarmaya yetmeyecekti. Tabi hiç şüphe yok ki, bu düzenleme sayesinde temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçünü şahıs da dolaylı olarak korunmuş olmaktadır. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 37, Rn. 1; Koller, **a.g.e.**, s. 108, dn. 425 ve Rn. 348-349; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 370, dn. 84; Becker, **a.g.e.**, Art. 37, Rn. 1; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 212; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 1102.

BK.m.37'nin uygulanabilmesi için, temsil yetkisinin hangi nedenden ötürü sona erdiğinin bir önemi yoktur; ister BK.m.35'deki sebeplerden biriyle ister geri alma yoluyla sona ersin, BK.m.37 hükmü uygulama alanı bulur. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 367, dn. 65; Bucher, **a.g.e.**, s. 609; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 20; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 214-215; 217; 218, dn. 34; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 184; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 1102.

Belirtmek gerekir ki, bazı yazarlar, sadece BK.m.35'de sayılan sebeplerden biriyle temsil yetkisi sona erdiği takdirde BK.m.37'i uygulamakta; temsil yetkisinin geri alma yoluyla sona erdiği hâllerde, bu hükmün uygulanmasına karşı çıkmakta ve BK.m.36/f.II'den yana görüş bildirmektedirler. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 37, Rn. 2; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8; Esener, **a.g.e.**, s. 205-206.

¹³⁹ BK.m.36/f.II'nin yanı sıra, iyiniyeti koruyan BK.m.33/f.II ve 34/f.III hükümlerinin uygulanması bakımından da, temsilcinin kötünietli olması şarttır. Zira hem temsilci hem de üçüncü kişi iyiniyetli olduğu takdirde, daima BK.m.37 hükmü uygulama alanı bulur.

¹⁴⁰ Koller, **a.g.e.**, Rn. 325.

olunanın yetki verme iradesinde bir sakatlığın söz konusu olduğu hâllerde, geçerli bir temsil yetkisinden bahsedilemeyecektir. Şayet temsil olunan, irade sakatlığı sebebiyle yetki verme işlemini geçmişe etkili olarak iptal ederse, temsilciye vermiş olduğu yetki belgesini de geri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırı hareket ettiği takdirde, temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü şahısların uğradığı zararlardan, BK.m.36/f.II'ye kıyasen sorumlu olur¹⁴¹.

BK.m.36/f.II'de öngörülen *olumsuz güven koruması*¹⁴², yetki belgesine sahip temsilci ile iyiniyetli üçüncü şahıs arasında yapılan sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllere münhasırdır¹⁴³. Yani temsilcinin yapmış olduğu işlemin temsil olunanı bağlamadığı ve dolayısıyla temsile ilişkin sonuçların söz konusu olmadığı durumlarda, BK.m.36/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk uygulama alanı bulur. Bu sebeptendir ki, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verilmiş olursa, işin niteliği gereği BK.m.36/f.II'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaz. Zira icazet verilmekle, sözleşme geçmişe etkili olarak geçerli hâle geleceğinden (BK.m.38), yetkisiz temsilciyle işlem yapan karşı taraf için, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik uyandırılan güvenden doğan bir zarardan (olumsuz menfaatten) artık söz edilemez.

BK.m.38 uyarınca temsil olunanın sözleşmeye icazet vermesinden başka, iyiniyetli üçüncü şahısların *güvenini olumlu yoldan koruyan* temsile ilişkin diğer düzenlemeler (BK.m.33/f.II, 34/f.III ve 37) karşısında da, BK.m.36/f.II'nin uygulama alanının belirlenmesi gerekmektedir. Zira BK.m.36/f.II'nin aksine, BK.m.33/f.II, 34/f.III ve 37'de iyiniyetin korunması, temsilcinin yapmış olduğu işlemin temsil yetkisi devam ediyormuşçasına temsil olunanı bağlaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁴.

¹⁴¹ Koller, **a.g.e.**, Rn. 326.

Bu ihtimalde, temsil yetkisi irade sakatlığı nedeniyle geçmişe etkili olarak iptal edildiği için, yani temsil yetkisinin hiç mevcut olmaması hâli söz konusu olduğundan, iyiniyete tam koruma sağlayan BK.m.33/f.II, 34/f.III ve 37 hükümleri uygulama alanı bulmaz.

¹⁴² Kavram için bkz. yuk. I. Bölüm, dn. 149.

¹⁴³ Buradaki hükümsüzlük, yetki belgesini elinde bulunduran temsilciyle girişilen sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesinden veya yapılan sözleşmenin temsil yetkisi eksikliğinden geçersiz olmasından kaynaklanabilir.

¹⁴⁴ Bu hükümlerden herhangi birisinin kapsamına girmemesine rağmen, temsil yetkisi verildiği yolda yaratılan izlenime güvenen üçüncü kişi ile adına işlem yapılan taraf arasında "*güven teorisi*"

İsviçre ve Türk doktrinlerindeki baskın görüşün tavrı¹⁴⁵, temsil olunan veya haleflerince geri alınması ihmal edilmiş bir yetki belgesine güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin yaptığı sözleşmeyi geçersiz kabul ederek sadece olumsuz zararın tazmin edilmesine yeşil ışık yakan BK.m.36/f.II hükmünü olabildiğince dar yorumlamaktan yanadır. Bu anlayış çerçevesinde, temsil olunanın verdiği yetki belgesinin temsilci tarafından iyiniyetli üçüncü kişiye gösterilmesi, üçüncü kişilerin güvenine tam bir koruma sağlayan BK.m.33/f.II ve 34/f.III kapsamında değerlendirmektedir¹⁴⁶. Zira

uyarınca sözleşme kurulabileceğini de belirtmek gerekir. Bir kimseye temsil yetkisi verildiği kanaatini uyandıran bu tarz hâllerde, *görünüşte temsil yetkisinden (Procuratio apparente)* söz edilir. Bu durum kendi içinde, *müsamahaya dayanan yetki (Duldungsvollmacht)* ve *görünüşe dayanan yetki (Anscheinsvollmacht)* şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Terim konusunda bir birlik olmamakla birlikte bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 357, dn. 17; İsmet Sungurbey, **Medenî Hukuk Sorunları, C. I**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s.90 vd.; Flume, **a.g.e.**, s. 832 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 172, dn. 580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 207; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1409 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 40; Manfred Lieb, “Aufgedrängter Vertrauensschutz? Überlegungen zur Möglichkeit der Verzicht auf Rechtscheinsschutz, insbesondere bei der Anscheinsvollmacht”, **Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag**, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1984, s. 575 vd.

Temsil yetkisi verme iradesi olmamasına karşın güven teorisi uyarınca kurulan sözleşmeyle bağlı olan taraf, sözleşmeyi yanıma hükümlerine göre iptal edebilir; bu takdirde kusuruyla yanılmaya düştüğü için diğer tarafın olumsuz zararını tazmin etmekle yükümlü olur (BK.m.26). Eğer temsil olunduğu izlenimi uyandıran kimsenin kusuru verilen belgeyi geri almakta ihmal şeklindeyse, sorumluluğu BK.m.36/f.II'ye göre olacaktır; şayet bu kusur, yetkisiz temsile yol açan başka bir güven verici davranışındaysa, BK.m.26 hükmü uyarınca sorumlu olur. Her iki durumunda, yetkisiz temsilci de BK.m.39 gereğince diğer tarafa karşı sorumluluk altına girmişse, eksik teselsül şeklinde müteselsil sorumluluk uygulama alanı bulur. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 192, dn. 669.

¹⁴⁵ Rabel, **a.g.m.**, s. 309; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 358; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 33, Rn. 16; 36, Rn. 4-5; Bucher, **a.g.e.**, s. 606; 612; Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 209-210; Koller, **a.g.e.**, Rn. 330; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8; Schwenzer, **a.g.e.**, § 42, Rn. 31; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 64 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1387; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 174, dn. 588; 185; 192, dn. 668; 192-193, dn. 670; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 39; Esener, **a.g.e.**, s. 210; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 5; 11; Sarı, **a.g.e.**, s. 217-218. Karş. Keller, M., **a.g.e.**, s. 158.

¹⁴⁶ Yetki belgesi, temsilci tarafından temsil yetkisi *geri alınmadan önce* üçüncü kişiye ibraz edilmiş ve temsil olunan geri almadan üçüncü kişiyi haberdar etmemişse, böyle bir hâlde, geri almadan evvel *dış temsil yetkisi (externe Vollmacht)* kurulmuş olacağından BK.m.34/f.III hükmü uygulama alanı bulur. Şayet yetki belgesi, temsilci tarafından temsil yetkisi *geri alındıktan sonra* üçüncü kişiye ibraz edilmiş ve temsil olunan geri almadan üçüncü kişiyi haberdar etmemişse, dış temsil yetkisi henüz kurulmamış olduğundan BK.m.33/f.II hükmü tatbik edilir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 330; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 219-220; 229; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 192-193, dn. 670. BK.m.33/f.II ve 34/f.III'ün uygulanmasında bu yönde bir ayırım yapmayan görüş için bkz. BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8.

Yetki belgesinin, temsil yetkisinin geri alınmasından önce veya sonra üçüncü kişiye ibraz edilmiş olmasına göre yapılan bu ayırım, farklı hükümlerin uygulanmasını gerektirse de, varılan sonuç değişmeyecek, temsil olunan her iki hâlde de yapılan işlemle bağlı olacaktır. Ne var ki, bazı yazarlar, kötüniyetli temsilcinin, temsil yetkisinin *geri alınmasından sonra* yetki belgesini ibraz etmek suretiyle iyiniyetli üçüncü kişi ile işlem yapması durumunda, temsil olunanın bu işlemle bağlı olmayacağını ileri sürmektedirler. İsabetsiz bir biçimde sorunu BK.m.34/f.III açısından ele alan bu görüşe göre, temsil yetkisinin geri alınmasından sonra yetki belgesinin üçüncü kişiye gösterilmesi, temsil

temsil olunanın düzenlendiği yetki belgesinin, onun habercisi gibi hareket eden temsilci tarafından üçüncü kişiye ibraz edilmesi, temsil yetkisinin doğrudan doğruya temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirilmesinden (BK.m.33/f.II ve 34/f.III) pek farklı değildir¹⁴⁷. Her iki hâlde de korunmak istenen menfaatlerin özdeş olması, işlem güvenliği açısından aynı sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır. Nitekim Alman hukukunda BGB § 172/f.I'de, temsil olunanın temsil yetkisini özel olarak bildirmesi ile temsil olunan tarafından verilen yetki belgesinin temsilci tarafından üçüncü şahsa ibraz edilmesi, birbirleriyle açıkça eşdeğer tutulmuştur. Böylece yetkisiz temsilcinin ibraz ettiği belgeye iyiniyetle güvenen üçüncü kişinin yaptığı işlem, temsil yetkisi devam ediyormuş gibi geçerli sayılmıştır.

Temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı hakkında üçüncü şahsa yapılan beyana itibar olunacağı söyleyen BK.m.33/f.II'den başka, BK.m.34/f.III'e göre de, temsil olunan, temsil yetkisi verdiğini açıkça veya dolaylı biçimde üçüncü kişilere bildirdiği takdirde, bu yetkinin tamamen ya da kısmen geri alınmasına ilişkin beyanını da, evvelden yaptığı bildirimde *eşdeğer bir yoldan* üçüncü kişilere ulaştırmış olmalıdır¹⁴⁸; aksi hâlde, iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı temsil yetkisinin geri alındığını ileri süremez¹⁴⁹. Dolayısıyla temsilciye yetki belgesi verilmiş olup da, yetkinin tamamen

olunanın iradesine dayanmadığından, onun bu işlemle bağlı tutulması mümkün değildir; burada sadece BK.m.36/f.II uyarınca tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 358, dn. 23; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8; farklı bir gerekçeyle aynı yön-
deki sonuç için bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 330.

Fakat bizim de katıldığımız düşünceye göre, böyle bir ihtimalde temsil olunan, BK.m.33/f.II uyarınca yapılan sözleşmeyle bağlı olmalıdır. Zira henüz dış temsil yetkisi kurulmuş olmasa da, yetkisi geri alınan temsilcinin elinde bulunan yetki belgesinin ortaya çıkardığı hukukî görünüş, iyiniyetli üçüncü kişilerin güvenini korumayı haklı kılmaktadır. Ayrıca bu hukukî görünüş, temsilcinin yetkisini geri almasına rağmen, bunu üçüncü kişiye bildirmeyen temsil olunana isnad edilebilir bir nitelik taşımaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s.226.

¹⁴⁷ Bu ihtimalde, temsilcinin tıpkı bir haberci gibi hareket ettiğini söylemek, yanlış bir nitelendirme olmayacaktır. Çünkü yetki belgesinin düzenlendiği hâllerde, dış temsil yetkisinin kurulmasında, temsil olunanın irade beyanı doğrudan doğruya üçüncü kişiye ulaşmamakta; elindeki yetki belgesini ibraz eden temsilci, temsil olunanın bu husustaki irade beyanını üçüncü kişiye iletmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 219.

¹⁴⁸ *Eşdeğer yol* kavramıyla ifade edilmek istenen, temsil yetkisinin tamamen veya kısmen geri alınmasına ilişkin beyanın öğrenilmesini, en az temsil yetkisinin verildiğini bildiren beyanın öğrenilmesi kadar garanti altına alan bir yönteme başvurulmasıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 210-211.

¹⁴⁹ Mevaz kanun OR 34/f.III'de, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmasından açıkça bahsedildiği hâlde, bizim Borçlar Kanunumuzda bu yönde bir açıklık yoktur. Ancak işin doğası gereği üçüncü kişinin iyiniyetli olması vazgeçilmez bir unsurdur. Zaten Türk doktrinindeki yazarlar da, BK.m.34/f.III yorumunda hep iyiniyet şartını aramaktadırlar. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 209; Esener,

veya kısmen geri alındığı yine eşdeğer yoldan iyiniyetli üçüncü kişilere bildirilmemişse, temsil yetkisinin geri alındığı bunlara karşı ileri sürülemeyecektir¹⁵⁰. Böylece yapılan işlem, sanki temsil yetkisi varmışçasına temsil olunanı bağlayacağından iyiniyetli üçüncü kişinin olumsuz menfaatinin korunmasına hizmet eden BK.m.36/f.II'nin uygulanmasına ihtiyaç kalmayacaktır¹⁵¹.

Fakat hemen vurgulanmalıdır ki, BK.m.33/f.II ve 34/f.III çerçevesinde iyiniyetli üçüncü şahısların korunmasına yönelik bu düşünce tarzı, temsil olunan veya halefleri aleyhine kapsamı belli olmayan bir koruma şemsiyesine dönüştürülmemelidir. Çünkü yetki belgesinin ibrazı yoluyla üçüncü şahıslara yapılan bildirim, diğerlerine göre kayda değer bir farklılık göstermektedir. Şöyle ki, bu ihtimalde, temsil olunan çoğu kez belgenin temsilci tarafından kimlere sunulmuş olduğunu tam olarak bilemeyeceği için, temsil yetkisini geri almak için eşdeğer bir yola başvurma imkânına da sahip olamayacaktır¹⁵², o, bu hususta âdeta çaresizlik içindedir. Bu sebeptendir ki, BK.m.33/f.II ve 34/f.III uyarınca iyiniyeti korunacak üçüncü şahısların kapsamına sınırlama getirilmiş ve ancak *temsil olunan tarafından bilinen ve bilinmesi gerekenlerin* bu korumadan yararlanabileceği kabul edilmiştir¹⁵³. Dolayısıyla *tem-*

a.g.e., s. 199, dn. 86; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 197; Eren, **a.g.e.**, s. 409; Sarı, **a.g.e.**, s. 217.

Temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına ilişkin BK.m.33/f.II'nin uygulanmasında da, iyiniyet unsuru daima aranacaktır. Bkz. Schwenger, **a.g.e.**, § 42, Rn. 33.

¹⁵⁰ Temsil olunan, yetki belgesine sahip temsilcinin dış temsil yetkisini gerçekleştirmesinden sonra temsil yetkisini geri almışsa, iki türlü hareket edebilir: İlk ihtimal, temsil olunan doğrudan doğruya temsilciye başvurup, belgeyi geri isteyebilir. Ancak onun bu şekilde hareket ederek işlemde evvel yetki belgesini geri alması, resmî şekle tâbi işlemler haricinde BK.m.34/f.III'ün uygulanmasına engel değildir. Zira yetki belgesini bir defa gören üçüncü kişinin, sözleşmeyi yaparken tekrar bu belgenin ibrazını istemesi zorunlu değildir. Dolayısıyla temsil olunanca yetki belgesi geri alınmış olsa bile, bu davranış yalnızca iç ilişkide sonuç doğurur. Resmî şekle tâbi işlemlerde ise, temsilci elinde yetki belgesi olmadan üçüncü kişiyle sözleşme yapamayacağından, BK.m.34/f.III'e ihtiyaç kalmayacaktır. İkinci ihtimal olarak, temsil olunan, direkt üçüncü kişiye başvurup temsilcinin temsil yetkisini tamamen veya kısmen geri aldığı bildirebilir. BK.m.34/f.III düzenlemesinde, ondan beklenen davranış da esas itibarıyla budur. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 219-220.

¹⁵¹ Rabel, **a.g.m.**, s. 309; Koller, **a.g.e.**, Rn. 337-338; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 217 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 6.

Üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasının nedeni, ticarî mümessillikte olduğu gibi, temsil yetkisinin varlığının ticaret siciline tescil ve ilân edilmiş olması da olabilir. Temsil yetkinin kaldırıldığı da, ticaret siciline tescil ve ilân edilmedikçe, üçüncü kişilerin iyiniyeti korunur (BK.m.452/f.II).

¹⁵² Genele yapılacak bir ilân, BK.m.34/f.III'ün aradığı eşdeğer yola başvurma şartını yerine getirmiş olmaz; meğerki üçüncü şahsın ilân yoluyla yapılan geri alma beyanını fiilen öğrendiği ispat edilmiş olsun. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 221.

¹⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 221 vd.; 226-229; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 192-193, dn. 670; bkz. ve karş. Bucher, **a.g.e.**, s. 612. Bu son yazara göre, temsilcinin elindeki yetki belgesini önceden belir-

sil olunanca bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler yetki belgesine dayanarak işlem yapmış olsalar bile, BK.m.33/f.II veya 34/f.III'den istifade edemeyecektir; bunlar sadece sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden uğradıkları olumsuz zararın, BK.m.36/f.II uyarınca karşılanmasını talep edebileceklerdir¹⁵⁴.

Bütün bu açıklamaların özü şudur ki, belirli şartlar altında temsil olunan veya haleflerinin olumsuz zarardan sorumluluğunu öngören BK.m.36/f.II'nin kapsamı, iyiniyetli üçüncü şahısların korunması gayesiyle adamaklı daraltılmıştır¹⁵⁵. Şayet aynı olayda hem BK.m.33/f.II, 34/f.III veya 37'den birinin hem de BK.m.36/f.II'nin şartları gerçekleşmişse, iyiniyete tam bir koruma sağlayan BK.m.33/f.II, 34/f.III veya 37 düzenlemelerine öncelik tanınacaktır¹⁵⁶. Zira bu hâllerde, güvenin olumlu yoldan

lenmiş üçüncü kişilere ibraz etmekle görevlendirildiği hâllerle sınırlı olarak, BK.m.34/f.III uygulama alanı bulur. Dolayısıyla eğer yetki belgesi, sadece iç ilişkide temsil yetkisinin ispatlanması anlamını taşıyorsa yahut ibraz edilecek üçüncü kişiler önceden belirlenmemişse, BK.m.34/f.III değil, BK.m.36/f.II uygulama alanı bulur. BK.m.34/f.III'ün tatbik sahasını oldukça daraltan bu görüş şu noktalardan eleştiriye açıktır: Öncelikle üçüncü kişilerin evvelden belirlenmediği hâllerde, yetki belgesinin ibrazının her durumda BK.m.34/f.III'ün kapsamına girmeyeceğini söylemek doğru değildir. Çünkü BK.m.34/f.III'ün uygulanmasındaki sınır, belgenin ibraz edildiği üçüncü kişilere temsil olunanın geri almayı bildirebilecek durumda olup olmadığıdır; yoksa üçüncü kişilerin mutlaka önceden belirlenmiş olması şart değildir. Zira önceden belirlenmiş olmasa bile, temsil olunan yetki belgesinin ibraz edildiği üçüncü kişileri kimi zaman bilebilecek veya tahmin edebilecek durumda olabilir. Ayrıca temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiyi teyit etmek amacıyla verilen yetki belgelerine yönelik açıklamalar da, kabul edilemez niteliktedir. Zira yetki belgesinin içeriğinden ne amaçla düzenlendiğini anlaşılamıyorsa, üçüncü kişilerin iyiniyetini korumamak için hiçbir haklı neden yoktur. Yetki belgesini düzenlemek yoluyla iyiniyetli üçüncü kişiler nezdinde hukukî görünüş yaratan kimse, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 224-225; ayrıca bkz. ve karş. Koller, **a.g.e.**, Rn. 334 ve s. 105, dn. 408.

Bu bağlamda ayrıca değinmek gerekir ki, BK.m.34/f.III'ün uygulanmasında herhangi bir sınırlamaya gitmeyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, temsil yetkisini geri alma beyanı, yetki belgesinin ibraz edildiği bütün üçüncü şahıslara bildirilmelidir; örneğin temsil olunan, yetki belgesinin gösterilmiş olduğunu bilmediği için üçünü kişiye geri alma beyanını bildirmezse, yine de BK.m.34/f.III uyarınca sözleşmeyle bağlı sayılır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 372, dn. 92.

¹⁵⁴ Temsil olunanca bilinmeyen ve bilinmesi mümkün olmayan üçüncü kişiler, BK.m.33/f.II ve 34/f.III'ün öngördüğü koruma amacının dışında kalmaktadırlar. Zira temsil olunanın, bu hükümler uyarınca sözleşme ile bağlı tutulmasının altında yatan sebep, onun, temsil yetkisinin varlığı ya da devam ettiği hususunda, kendisine isnad edilebilir bir hukukî görünüş yaratmış olmasıdır. Temsil olunan, üçüncü kişiye başvurmak suretiyle bu görünüşü ortadan kaldırmak için gerekli imkânlardan yoksun ise, artık temsil yetkisinin var olduğu veya süregeldiği konusunda ortaya çıkan görünüşten sorumlu tutulamaz. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 222-223; 226-227.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 217; ayrıca bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 39-40; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 192.

İsviçre doktrininden Koller'in (bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 330), BK.m.33/f.II ile BK.m.36/f.II'nin karşılaştığı hâllerde, önceliğin BK.m.36/f.II'ye ait olacağı görüşü kanaatimizce isabetsizdir. Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 226, dn. 48.

¹⁵⁶ İyiniyeti olumlu yoldan koruyan hükümlerin, BK.m.36/f.II karşısında öncelikle uygulanması gerektiği fikri, bazı yazarlarca benimsenmemektedir. Bu görüşe göre, BK.m.34/f.III'ün şartlarının gerçekleştiği hâllerde, BK.m.36/f.II düzenlemesi de uygulanma kabiliyetine sahiptir. Böylece

korunması uyarınca yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem geçerli olarak kabul edildiğinden, geçersizlik yaptırma bağı olarak ortaya çıkan BK.m.36/f.II'nin uygulanmasına yer kalmayacaktır. Bu hâliyle BK.m.36/f.II hükmü, BK.m.33/f.II, 34/f.III veya 37 karşısında ikincil (tâli) bir nitelik taşımaktadır¹⁵⁷.

Buna göre BK.m.36/f.II'nin başlıca uygulama alanı, ölüm, gaiplik, iflâs veya fiil ehliyetinin kaybı¹⁵⁸ nedeniyle temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği hâllerden ibarettir¹⁵⁹. Temsil yetkisinin iradî sona erme hâllerinde (temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasında) ise, yalnızca temsil olunca bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen üçüncü kişilerin yaptığı işlemler, BK.m.36/f.II'nin uygulama alanına dâhil olacaktır.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, BK.m.36/f.II hükmü, yetki belgesinin geri alınmasında ihmal gösteren temsil olunan veya haleflerinin culpa in contrahendo'ya dayalı olumsuz zarardan sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre, temsil olunan

iyiniyetli üçüncü şahıs, BK.m.34/f.III uyarınca sözleşmeyi ayakta tutma ya da BK.m.36/f.II gereğince tazminat isteme imkânına sahiptir. Bkz. Esener, **a.g.e.**, s. 210-211; Béguelin, **SJK Katre**, Nr. 285 (Koller, **a.g.e.**, Rn. 333'den naklen).

Yetkisiz temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü şahsa seçimlik hak tanıyan bu görüşü Borçlar Kanunumuzun temsil sistemi içerisinde savunmak, bize oldukça güç gözükmektedir. Çünkü üçüncü şahıs, kendisine tanınan bu seçimlik hak sayesinde, işlem yaptığı temsilcinin temsil yetkisi olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle sokulmaktadır. Şöyle ki, eğer bu görüş kabul edilecek olursa, üçüncü şahıs kendisi için pek avantajlı olmadığına kanaat getirdiği sözleşmeden sonradan vazgeçerek olumsuz zarar talebinde bulunabilecektir. Hâlbuki temsilciyle işlem yapan üçüncü şahsın bağlanmış olduğu sözleşmeden bu şekilde sıyrılması mümkün değildir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 333 ve dn. 406; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 218-219, dn. 35.

¹⁵⁷ Bucher, **a.g.e.**, s. 611; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 217 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁵⁸ Temsil yetkisinin sona ermesine neden olan fiil ehliyetinin kaybı, temsil olunanın ayırt etme gücünü sürekli olarak yitirmiş olmasından kaynaklanıyorsa, yetki belgesini geri almada ihmal gösteren temsil olunanın olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, BK.m.36/f.II yerine, BK.m.98/f.II'nin atfıyla BK.m.54/f.I hükmüne göre tayin edilmelidir. Zira ayırt etme gücünden yoksun olduğu için kusurundan söz edilemeyecek temsil olunanın, BK.m.36/f.II'deki culpa in contrahendo esaslarına dayalı sorumluluk rejimine tâbi tutulması kanaatimizce mümkün değildir.

BK.m.54 düzenlemesinin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde uygulanması hakkında bkz. aş. III. Bölüm, B 2 b.

¹⁵⁹ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 372-373; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 229, dn. 51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1387; Schwenger, **a.g.e.**, § 42, Rn. 31; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 185; 192-193, dn. 670; Sarı, **a.g.e.**, s. 218, dn. 43; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 68.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, BK.m.34/f.III hükmü, sadece temsil yetkisinin geri alınmasında (iradî olarak sona ermesinde) uygulama alanı bulur. BK.m.35'de öngörülen sebeplerden dolayı temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği durumlarda, BK.m.34/f.III kıyasen de olsa tatbik edilmez. Zira aksi takdirde, BK.m.36/f.II'nin uygulama alanı kalmaz. Bkz. Schwenger, **a.g.e.**, § 42, Rn. 32; Eren, **a.g.e.**, s. 409; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 16.

ve halefleri, yetki belgesinin geri alınması veya mahkemeye tevdi edilmesi için zamanında harekete geçmiş olsalardı, iyiniyetli üçüncü kişinin içinde bulunacağı farazî durumu (olumsuz menfaati) sağlamakla yükümlüdürler¹⁶⁰. Bununla beraber, Borçlar Kanunumuzda bu yönde bir açıklık olmasa da, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, BK.m.26/f.II ve 39/f.II'ye kıyasen olumlu zararın tazmini de, BK.m.36/f.II çerçevesinde talep edilebilir¹⁶¹. Zira BK.m.36/f.II'nin amacı, BK.m.26/f.II ve 39/f.II'nin ulaşmak istediği gayeden farklı değildir; bunların hepsi, aynı yükümlülük ihlalinin (culpa in contrahendo'nun) farklı görünüm biçimleridir. Dolayısıyla iyiniyetli üçüncü şahısları, BK.m.26/f.II ve 39/f.II'deki olumlu zararın tazmin edilmesi imkânından sırf yetki belgesine güvendikleri için mahrum bırakmak, adil bir çözüm değildir¹⁶²;

¹⁶⁰ BK.m.36/f.II'deki sorumluluğun olumsuz zarara ilişkin olduğunu kabul etmeyerek baskın görüşten ayrılan Simonius'a göre, yetki belgesine güvenen üçüncü kişinin uğramış olduğu tüm zararlar tazmin edilmelidir. Bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 272-273.

Olumlu-olumsuz zarar ayırımına karşı çıkan bu fikri, isabetli olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü iyiniyetli üçüncü kişi, yetkisiz temsilci tarafından yapılan ve temsil olunanca icazet verilmeyen sözleşmeden elde edeceği kazancı (ifa menfaatini), BK.m.36/f.II çerçevesinde kural olarak talep edemez; aksi takdirde BK.m.36/f.II'deki bu özel düzenlemenin herhangi bir anlamı kalmazdı.

¹⁶¹ Becker, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 8; Koller, **a.g.e.**, Rn. 344; Zäch, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 59; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 215-216; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 91; ORKomm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 36, Rn. 4.

Hemen belirtelim ki, Keller/Schöbi'nin gerekçesi, burada savunulandan biraz farklıdır. Bu yazarlara göre, BK.m.36/f.II'deki sorumluluk, BK.m.39'daki tazminat hükmüyle bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Zira BK.m.36/f.II'de de, tıpkı BK.m.39'da olduğu gibi yetkisiz temsilin sonuçları düzenlenmektedir. Her iki hükümdeki olguların benzerliğinden ötürü, BK.m.36/f.II'nin kapsamına giren hâllerde, üçüncü şahıs, BK.m.39/f.I ve II uyarınca yetkisiz temsiliye karşı sahip olduğu tazminat talebini, onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan temsil olunan veya haleflerine karşı da ileri sürebilir. BK.m.39/f.I ve f.II düzenlemesiyle olan bu bağlantı, BK.m.36/f.II'deki tazminat talebinin olumsuz zararlarla sınırlanmaması sonucunu doğurmaktadır. Bkz. Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 91.

İyiniyetli üçüncü kişiye olumlu zarar talebinde bulunma imkânını tanımak için Keller/Schöbi tarafından varlığı iddia edilen bu tarz bir bağlantının, BK.m.36/f.II ile BK.m.39 arasında mevcut olmadığı yönünde bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 343.

¹⁶² Buradan hareketle, hâkimin BK.m.43/f.I'e dayanarak aynen ifa biçiminde tazminata karar verebileceği yönünde bkz. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 215-216.

Tabi aynen tazmine karar verebilmek için, amaçlanan sözleşmede kararlaştırılan edimin yalnızca temsil olunan tarafından yerine getirilebilir olmaması gerekir; aksi hâlde, işin doğası gereği sadece nakden tazmin yöntemine başvurulabilir.

Yetkisiz temsille yapılan sözleşmenin hâkim kararıyla ayakta tutulması anlamına gelen bu sonucu kabul etmeyen bazı yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, BK.m.43/f.I, tazminatın türünü belirleme hususunda hâkime her ne kadar takdir yetkisi tanımış olsa da, bu yolla kanun koyucunun öngörmediği bir neticeye ulaşmak doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Aynen ifa aracılığıyla sözleşmenin pratik olarak geçerli sayılması, yapılan sözleşmenin hükümsüzlüğü şartına bağlı olarak uygulama alanı bulan BK.m.36/f.II'nin hem sözüyle hem de ruhuyla bağdaşmaz. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 186, dn. 635.

hakkaniyet gerektiriyorsa, olumsuz zararın *yerine* olumlu zararının istenilmesi de mümkün olmalıdır¹⁶³.

Son olarak işaret edelim ki, temsil olunan veya halefleri için BK.m.36/f.II'de öngörülen kusura bağlı olumsuz zarardan sorumluluk, yetki belgesini kötüniyetle kullanarak iyiniyetli üçüncü kişinin güvenini boşa çıkararak yetkisiz temsilcinin BK.m.39'daki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu hâlde, temsil olunan veya halefleri ile yetkisiz temsilci, BK.m.51'deki eksik teselsül hükümleri çerçevesinde zarar görene karşı birlikte sorumludur¹⁶⁴.

f. Yetkisiz Temsil Nedeniyle Sözleşmenin Geçersizliğinde

BK.m.38'de açıkça ifade edildiği gibi, yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyle yapmış olduğu sözleşme, icazet vermediği müddetçe temsil olunanı bağlamaz ve icazet verilip verilmeyeceği kesin olarak belli olana kadar da sözleşme askıda hükümsüzlük hâlinde kalır¹⁶⁵. Temsil olunanın yanı sıra yetkisiz temsilci de, yaptığı

¹⁶³ Olumlu ve olumsuz zarar, hiçbir zaman birlikte ileri sürülemez. Burada kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, iyiniyetli üçüncü kişinin olumlu zarar talebinde bulunabilmesi için, sözleşmeye güvenden kaynaklanan olumsuz zararından vazgeçmesi gerekmektedir; yoksa kümülatif bir istem asla söz konusu değildir. Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 c.

¹⁶⁴ BK.m.36/f.II uyarınca iyiniyetli üçüncü kişinin uğradığı güven zararlarını tazmin eden temsil olunan veya halefleri, hiç şüphe yok ki, aralarındaki iç ilişki gereğince yetkisiz temsilciye rücu edebilir.

¹⁶⁵ Bazı yazarların iddia ettiğinin aksine (bkz. Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 88; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 248), yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmenin henüz kurulmadığını, temsil olunanın icazetiyle kurulacağını söylemek mümkün değildir; temsil yetkisi eksikliğine rağmen sözleşme kurulmuştur, ancak temsil olunanın icazetinden sonra sonuçlarını doğurmaya başlar. Askıda hükümsüzlük söz konusu olduğundan, temsil olunan icazet verinceye kadar yalnızca üçüncü kişi sözleşmeyle bağlıdır. İcazet verilmeyeceği anlaşılınca üçüncü kişi de sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 441 vd.; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 400 vd.; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 14; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 189; Eren, **a.g.e.**, s. 411; Schwenger, **a.g.e.**, § 43, Rn. 5; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 3 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1383-1384; Scherrer, **a.g.e.**, s. 55.

Askıda hükümsüzlük hâlinde, üçüncü kişi her ne kadar sözleşmeyle bağlı olsa da, Alman hukukunda BGB § 178 hükmü, sözleşme kurulurken temsil yetkisi eksikliğini bilmeyen üçüncü kişiye icazet verilmeyeceği kadar tek taraflı olarak sözleşmeden kurtulma (dönme hakkı) tanımıştır. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 444. Bu tarzda açık bir düzenlemenin bulunmadığı İsviçre ve Türk hukukları sisteminde ise, üçüncü şahsın böyle bir hakka sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 402, dn. 21; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 38, Rn. 8; Becker, **a.g.e.**, Art. 38, Rn. 3; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 91 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1385.

Üçüncü kişi, BGB § 178'de düzenlenen sözleşmeden dönme yoluna başvurduğu takdirde, artık yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BGB § 179 hükmüne dayanarak herhangi bir talep ileri süremeyecektir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 447, dn. 81; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9; Flume, **a.g.e.**, s. 802; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, §

sözleşmeyle kural olarak bağlı değildir¹⁶⁶. Zira o, sözleşme görüşmelerinde başkası adına hareket ettiği için, kendisini sözleşmeyle bağlayacak bir irade açığa vurmamıştır¹⁶⁷. Temsil olunan, açıkça ya da örtülü olarak sözleşmeye icazet vermediği takdirde¹⁶⁸, bu belirsizlik durumu ortadan kalkar ve sözleşme artık kesin olarak hükümsüz hâle gelir.

179, Rn. 6; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 21; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 5; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 11.

¹⁶⁶ Yetkisiz temsil, üç şekilde karşımıza çıkabilir: 1) Temsil yetkisi hiç verilmemiş olmasına rağmen, temsilci sıfatını takınan kişi, başkası adına işlem yapmıştır. 2) Önceden verilmiş temsil yetkisi tamamen veya kısmen geri alınmış ya da kendiliğinden sona ermiş olmasına karşın, temsilci bu yetkisi devam ediyormuşçasına üçüncü kişi ile sözleşme yapmıştır. 3) Temsil yetkisi verilmiş, fakat temsilci bunun sınırlarını aşmış veya kötüye kullanmıştır.

Yukarıdaki üç ihtimalin yanı sıra, yetkisiz temsilcinin, hiç mevcut olmayan birisi adına hareket ettiği hâllerde de, BK.m.39 hükmü kıyas yoluyla uygulama alanı bulur. Mevcut olmayan kimsenin sözleşmeye icazet vermesi söz konusu olamayacağından, yetkisiz temsilcinin işlemsel temasa girişmesiyle birlikte BK.m.39'daki sorumluluk rejimi onun hakkında işlemeye başlar. Adına hareket edilen kimsenin daha önceden mevcut olup olmaması, bu hususta herhangi bir öneme sahip değildir. Fakat sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmayan temsil olunan, daha sonradan hukuken kişilik kazanmışsa, sözleşmeye icazet vermek suretiyle BK.m.39'daki sorumluluğun uygulanmasına engel olabilir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 435; 442; 451; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 395; 405; Flume, **a.g.e.**, s. 803; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 19 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 38, Rn. 6; Art. 39, Rn. 7; Bucher, **a.g.e.**, s. 642; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 22 vd.; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 11 vd.; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 28; Koller, **a.g.e.**, Rn. 417-419; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 3; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9 vd.; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 17; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 4; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 35. BK.m.39'un kıyasen uygulanmasına karşı çıkan aksi yöndeki görüş için bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 22.

Aynı prensipler, ultra vires teorisi gereğince amaçlanan sözleşme türü bakımından gerekli ehliyete sahip olmayan tüzel kişilerin temsilinde de uygulama alanı bulur. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 803.

Hatırlatmak gerekir ki, henüz mevcut olmayan bir kişi adına yapılan sözleşme hakkında yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönündeki genel ilkeye, Ticaret hukuku alanında önemli bazı istisnalar getirilmiştir. Şöyle ki, TTK.m.158/f.I, 301/f.II, 512/f.II ve Kooperatifler Kanunu m.7'ye göre, tüzel kişilik kazanılmadan önce ticaret şirketi ya da kooperatif adına işlem yapanlar, bu sözleşmelerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak bu gibi işlemlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç ay içinde taahhütler şirket tarafından kabul edilmişse, sözleşmeyi yapanlar sorumluluktan kurtulur ve yalnızca ortaklık sorumlu olur (TTK.m.301/f.II, c. 2, 512/f.III). Görüldüğü üzere, bu tarz istisnai durumlarda, henüz mevcut olmayan bir kimse adına sözleşme yapılmış olmasına karşın, BK.m.39 hükmü uygulama alanı bulmamaktadır; zira kanun koyucu, temsilci olarak hareket edenler için sözleşmenin bağlayıcı olduğunu açıkça vurgulamıştır. Ticaret şirketi veya kooperatifin tüzel kişilik kazandıktan sonra sözleşmeye icazet vermediği hâllerde de durum aynıdır. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 420; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 198 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 2.

¹⁶⁷ Yetkisiz temsilci ile üçüncü şahıs, temsil olunanın amaçlanan sözleşmeye icazet vermemesi durumunda, sözleşmenin kendi aralarında (temsilci ile üçüncü kişi arasında) geçerli olacağı hususunda açıkça ya da örtülü olarak anlaşabilirler. Sözleşme serbestîsinin sınırları içinde kalan bu tarzda bir irade uyuşması, temsil olunan tarafından icazet verilmemesi şartına bağlı yeni bir sözleşmenin kurulması olarak kabul edilebilir. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 642, dn. 150.

¹⁶⁸ İsviçre Borçlar Kanununun 39.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*icazet verme açıkça veya örtülü olarak reddedilirse*” ifadesi hukuk tekniği açısından çok isabetli değildir. Çünkü susmanın kural olarak bir irade beyanı teşkil etmeyeceğini göz önünde bulundurduğumuzda, temsil oluna-

Temsilciye güvenerek onunla işlemsel temasa geçen üçüncü şahıslar, bu hükümsüzlük yaptırımından ötürü malvarlığı kayıplarına uğramış olabilirler. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu, bir yandan temsil olunanı koruyarak yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmenin hükümsüz olduğunu belirtmiş, bir yandan da bu temsilciye inanan üçüncü şahısların zararlarını tazminat yoluyla karşılamaya çalışmıştır¹⁶⁹.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, BK.m.39'daki yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu doğuran olay¹⁷⁰, temsile ilişkin sonuçların meydana gelmemesidir; daha

nın, üçüncü şahsın BK.m.38 uyarınca tayin ettiği süre içerisinde suskun kalarak sözleşmeye icazet vermemesi, *örtülü reddetme* olarak nitelendirilemez. BK.m.39 için önemli olan, icazetin açıkça ve örtülü olarak reddedilmesi değil, icazet vermeme nedeniyle temsilin sonuçlarının uygulama alanı bulmamasıdır. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 374 ve s. 116-117, dn. 443.

¹⁶⁹ Aracının bir başkasının beyanını yanlış olarak iletmediği hâllerde, muhatap konumundaki üçüncü kişinin BK.m.39'a kıyasen aracından tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bu soruya olumlu cevap vermektedirler. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 350, dn. 21; Bucher, **a.g.e.**, s. 202; 598-599. Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, sebebiyet verme prensibine bağlı yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeler, araçlar hakkında uygulama alanı bulmaz. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 9; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 21.

Kanaatimizce burada şöyle bir ayırım yapılmalıdır: Aracının beyanı kasten yanlış naklettiği hâllerde, BK.m.39 hükmü kıyasen uygulanmalı (bkz. yuk. III. Bölüm, dn. 47) ve üçüncü kişi uğramış olduğu zararlarını BK.m.39'da öngörülen şartlar çerçevesinde aracı olarak davranan kimseden talep edebilmelidir. Şayet aracının beyanı yanlış iletmesinde herhangi bir kastı yoksa BK.m.27'nin kapsamına giren bir durum söz konusu olacağından (bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 a), yetkisiz temsile ilişkin BK.m.39'un uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Bu son ihtimalde, tazminat yükümlüsü aracı değil, sözleşmeyi yanlışla sebebiyle iptal eden beyan sahibi olacaktır (BK.m.26). Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 422-423.

Beyanı kasten yanlış nakleden aracı daima kusurlu olacağından, iyiniyetli üçüncü kişi, kural olarak BK.m.39/f.II uyarınca olumlu zararının giderilmesini talep edebilecektir. Ancak daha fazla zararın tazmin edilmesi hakkaniyete uygun değilse, üçüncü kişi BK.m.39/f.I'e göre olumsuz zararının giderilmesiyle yetinmek zorundadır. Karş. Koller, **a.g.e.**, s. 133, dn. 520.

¹⁷⁰ Alt temsil durumunda da, BK.m.39 hükmü uygulama alanı bulur. Böylece alt temsilci, asıl veya alt temsil yetkisindeki eksiklikten ötürü işlem yaptığı üçüncü kişiye karşı her hâlde (ister alt temsil yetkisini açığa vurarak temsilcinin temsilcisi gibi ister alt temsil ilişkisini açıklamayarak doğrudan temsil olunanın temsilcisi gibi hareket etsin) BK.m.39 uyarınca sorumlu olur.

Bununla beraber alt temsile ilişkin şu özelliği gözden kaçırmamak gerekir: Şayet asıl temsilci, temsil yetkisi hiç olmamasına veya alt temsilci tayin etmeye yetkili kılınmamış olmasına rağmen bir başkasına alt temsil yetkisi vermişse ve alt temsilci de, kendisine verilen yetki çerçevesinde hareket ettiğini karşı tarafa açıklamışsa (temsilcinin temsilcisi gibi davranmışsa), bu ihtimalde, hem asıl temsilci hem de alt temsilci üçüncü kişiye karşı birlikte sorumlu olur. Zira asıl temsilci sözleşme görüşmelerini bizzat yürütmemiş olsa da, alt temsil yetkisi vermekle karşı tarafta güven uyandıran işlemsel temasın ortaya çıkmasına alt temsilciyle birlikte etkide bulunmuştur. İç ilişkide ise, iyiniyetli (kusursuz) alt temsilcinin, asıl temsilciye rücu hakkı her zaman için saklıdır.

Alt temsil yetkisini açığa vurarak hareket eden alt temsilcinin, yalnızca alt temsil yetkisinin varlığından sorumlu olacağını, buna karşılık asıl temsil yetkisindeki eksiklikten ötürü sorumlu olmayacağını, bundan dolayı sadece asıl temsilcinin sorumluluk altına gireceğini ileri süren aksi yöndeki görüş için bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 34; Flume, **a.g.e.**, s. 838-839; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 67; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 21-22; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 29-32; Bucher, **a.g.e.**, s. 635, dn. 122; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9; ayrıca bkz. Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 6; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 19.

açık söylemle, bir başkası adına hareket eden yetkisiz temsilci ile üçüncü şahıs arasındaki sözleşmenin hükümsüz olmasıdır. Bu sebeple, üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına ya da kapsamına yönelik iyiniyetini koruyan hükümler uyarınca (söz gelimi MK.m.342/f.II, BK.m.33/f.II, 34/f.III, 37, 450/f.I, 451/f.III, 452/f.II) veya güven teorisi (*Anscheinsvollmacht-Duldungsvollmacht*) yardımıyla sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş sayıldığı hâllerde¹⁷¹, temsil olunan sözleşmeyle bağlı olacağından yetkisiz temsilcinin sorumluluğu uygulama alanı bulmaz¹⁷². Bundan başka ayrıca, yetkisiz temsilciyi yaptığı işlemle bizzat bağlı tutan istisnai düzenlemelerin söz konusu olduğu durumlarda da, BK.m.39'daki genel sorumluluk rejimine ihtiyaç kalmaz. Örnek olarak TTK.m.590, 690/f.II 730/b.III'e göre, bir şahsın temsilcisi sıfatıyla bir poliçe, bono veya çeki imzalayan kimse aslında temsil yetkisine sahip değilse

¹⁷¹ Bazı yazarlar, yetki eksikliğine rağmen yaratılan hukukî görünüş nedeniyle sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş sayıldığı hâllerde, diğer sözleşme tarafına bir seçim hakkı verilmesini ileri sürmektedirler. Bu fikre göre, iyiniyetli diğer sözleşen, hukukî görünüş sorumluluğundan vazgeçerek, doğrudan doğruya temsilciye başvurma imkânına sahiptir. Bkz. Canaris, **a.g.e.**, s. 520; ayrıca bkz. Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 6; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9. Aksi görüşte bkz. MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 29; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 3.

Kanaatimizce bu görüşü isabetli bulmak mümkün değildir. Zira diğer sözleşme tarafına tanınan seçimlik hakkın, yetkisiz temsili düzenleyen hükümlerle (BK.m.39, BGB § 179) bağdaşmadığı açıktır. Bu tarz bir durumda, sözleşme geçerli olarak kurulmuş olacağından, artık yetkisiz temsile ilişkin hükümlere başvurmak da mümkün değildir. Aksi takdirde, diğer sözleşme tarafı, kendisine tanınan bu seçimlik hak sayesinde, işlem yaptığı temsilcinin temsil yetkisi mevcut olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Dolayısıyla yaratılan hukukî görünüşün etkisiyle yürütülen işlemsel temastan sorumlu olan kimse, yalnızca temsil olunandır. Bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 6.

¹⁷² Bütün bu istisnaların yanı sıra, mevcut temsil yetkisinin aşılması durumunda, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme, BK.m.20/f.II'ye göre kısmî olarak da geçerli olabilir. Örneğin 10 ton kuru üzüm satın alması için yetki verilen temsilcinin, 15 ton kuru üzüm satın alması hâlinde durum böyledir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 440, dn. 40; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 400; Bucher, **a.g.e.**, s. 642, dn. 152; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 38.

Bunun gibi, üçüncü kişinin haklarını temsil yetkisinin sınırları içinde kalacak ölçüye indirgemeye razı olduğunu açıklaması durumunda da, MK.m.2 uyarınca ve BK.m.25'e kıyasen (von Tuhr/Peter, BK.m.398/f.II'nin kıyasen uygulanacağını söylüyorsa da, bu hüküm, kendisinden burada kıyasen yararlanmayı sağlayacak bir benzerlik taşımamaktadır) sözleşme geçerli olabilir. Örneğin kuru üzümün kilosunu 20 YTL üzerinden satın almaya yetkilin kılınan temsilci, 21 YTL üzerinden satın alma işlemini gerçekleştirmişse ve temsil yetkisinin aşıldığını öğrenen satıcı da 20 YTL ile yetineceğini belirtmişse durum bu şekilde karşımıza çıkar. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 400; Bucher, **a.g.e.**, s. 642, dn. 152; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 38.

Bu ikinci ihtimalde, von Tuhr/Peter, icazet vermeden kaçınmanın dürüstlük kuralına aykırı olacağını ifade etmekte ve üçüncü kişinin yukarıda belirttiğimiz tarzdaki açıklamasını, temsil olunanın icazet vermektan kaçınmasından önce yapmasını gerekli görmektedir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 400, dn. 4 ve ona bağlı metin.

Ancak doktrindeki baskın görüş, ilk ihtimalde olduğu gibi burada da, sözleşmenin belirtilen çerçevede doğrudan doğruya geçerli olacağını; temsil olunanın ayrıca sözleşmeye icazet vermesine gerek olmadığını haklı olarak vurgulamaktadır. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 642, dn. 152; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 38.

veya mevcut yetkisini aşmışsa, o kambiyo senedinden bizzat kendisi sorumlu olur; yeter ki hamil senedi iktisap ederken bilerek borçlunun zararına hareket etmemiş olsun (TTK.m.599/f.I, 737/f.II)¹⁷³. Yine BK.m.533'e göre, adı ortaklıkta ortaklardan birisi, temsil yetkisi olmaksızın tüm ortaklar adına sözleşme yapmış fakat diğerleri buna icazet vermemişse, işlemi gerçekleştiren ortağın kendisi ifa borcu altına girer¹⁷⁴. Bu hükümlerin yanında TTK.m.122¹⁷⁵, 158/f.I, 301/f.II, 512/f.II ve Kooperatifler Kanunu m.7'de de, işlem tarafı olmamasına karşın, yetkisiz olarak hareket eden kimseyi yaptığı sözleşmeyle şahsen sorumlu tutan ve böylece BK.m.39'daki genel prensipten ayrılan düzenlemeler bulunmaktadır¹⁷⁶. İşte bu tarz istisnai durumlarda¹⁷⁷, temsil yetkisi olmadan hareket eden ile üçüncü kişi arasındaki işlem hükümsüz sayılmadığı için, yani yetkisiz temsilcinin bizzat kendisi sözleşmeyle bağlı tutulduğundan, ifa menfaatini yetkisiz temsilciden talep edebilecek olan üçünü kişinin, BK.m.39'daki sorumluluğa dayanması hem pratik olarak anlamsızdır hem de teorik olarak mümkün değildir.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, temsil yetkisi eksikliğinden ötürü sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllere özgüdür¹⁷⁸; bir başka deyişle BK.m.39'daki garanti

¹⁷³ Bu düzenlemelere yönelik değerlendirmeler için bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 193-198.

¹⁷⁴ Nami Barlas, **Adı Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul, Beta, 1998, s. 58; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 403, dn. 31a; Koller, **a.g.e.**, 375.

Burada genel hükümlerden farklı bir sonuç benimsenmesinin altında yatan neden, yetkisiz temsilci olarak hareket eden ortağın işlemi aynı zamanda "*kendi adına*" gerçekleştirmiş olmasıdır. Bkz. Barlas, **Adı Ortaklık**, s. 58; Koller, **a.g.e.**, s. 117, Rn. 445.

Koller'e göre, BK.m.533 ile TTK.m.590 (OR 543/f.II ile 998) arasında şöyle bir fark bulunmaktadır. TTK.m.590'da (OR 998'de), yetkisiz temsilci kanunda ötürü yapmış olduğu işlemle bağlı sayılmaktadır. Hâlbuki BK.m.533'de (OR 543/f.II'de) ise, yalnızca üçüncü kişinin isteğiyle bu sonuç meydana gelmektedir. Zira üçüncü şahıs, yapmış olduğu işlemin sadece bir ortak için geçerli sayılmasını reddedebilir; bu takdirde, işlemin geçerli sayılmasına karşı çıkan iyiniyetli üçüncü kişi, uğradığı zararlardan ötürü, yetkisiz temsilciden BK.m.39 uyarınca tazminat talep edebilir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 376.

¹⁷⁵ Acente, yetkisi olmaksızın veya yetkisinin sınırlarını aşarak müvekkili adına bir sözleşme yaparsa, müvekkil, BK.m.39'daki kuralın tersine sözleşmenin yapıldığını öğrenir öğrenmez derhal üçüncü şahsa, sözleşmeye icazet vermediğini bildirmek zorundadır; aksi takdirde, sözleşmeye icazet vermiş sayılır. Müvekkilin icazet vermediği hâllerde ise, bizzat acente yaptığı sözleşmeden sorumlu olur. Bu hükme yönelik değerlendirmeler için bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 190-193.

¹⁷⁶ Alman hukukunda GmbHG § 11/f.II ve AktG § 41'de de benzer düzenlemeler bulunmaktadır.

¹⁷⁷ Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 190 vd.

¹⁷⁸ BK.m.39'daki yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, yalnızca borçlandırıcı işlemlerde değil, aynı zamanda aynı sözleşmelerde de uygulama alanı bulur. Buna göre, borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu fakat tasarruf işleminin temsil yetkisi eksikliğinden ötürü geçersiz olduğu hâllerde (borçlandırıcı işlemi bizzat temsil olunan yapmıştır veya temsilci, yalnızca borçlandırıcı işlemi yapmaya yetkilidir), diğer sözleşme tarafı, temsil olunana karşı ileri sürebileceği ifa talebinin yanında, tasarruf iş-

sorumluluğu, temsil yetkisinin varlığına ilişkindir. Eğer yetki eksikliği dışında başka bir takım sebepler de (söz gelimi şekle aykırılık, temsilcinin ayırt etme gücünün bulunmaması vs.), sözleşmenin hüküm ifade etmesini engelliyorsa, BK.m.39 hükmü uygulama alanı bulmaz¹⁷⁹. Zira işlemsel temas esnasında temsil yetkisi mevcut olsaydı bile sözleşme yine geçersiz olacaktı; yani yetkisiz temsilcinin davranışı ile sözleşmenin geçersizliği yüzünden meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır¹⁸⁰. Bu ihtimalde BK.m.39'daki sorumluluk rejimi uygulanırsa, üçüncü kişi, işlem yaptığı şahsın temsil yetkisi olsaydı içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle getirilmiş olur. Ancak yetkisiz temsilcinin genel prensipler çerçevesindeki culpa in contrahendo sorumluluğu, elbette ki varlığını sürdürmeye devam eder. Örnek olarak sınırlı ehliyetsiz adına borçlandırıcı işlem yapan yetkisiz temsilci, temsil olunandaki ehliyet eksikliğini işlemsel temas esnasında karşı sözleşene bildirmemişse, culpa in contrahendo teşkil eden bu davranışından ötürü sorumluluk altına girer. Fakat buradaki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün doğumu, BK.m.39'dan farklı olarak artık yetkisiz temsilcinin kusuruna bağlıdır¹⁸¹.

leminin geçersiz olmasından ötürü uğramış olduğu zararlar (söz gelimi aynı sözleşmeyi yapmaya yönelik masraflar veya edimin ifa edildiği umuduyla yapılan diğer masraflar vs.) için BK.m.39 uyarınca yetkisiz temsilciye de başvurulabilir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 450; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 21.

BK.m.39'daki sorumluluk ayrıca, yetkisiz temsilcinin bir başkası adına yaptığı veya kabul ettiği tek taraflı hukukî işlemlere de uygulanır. Örneğin yetkisiz temsilci, diğer sözleşen tarafından yöneltilen fesih beyanını kabul etmişse, temsil olunan sözleşmenin feshine icazet vermediği takdirde, fesih beyanının geçersiz olmasından ötürü diğer tarafın uğramış olduğu zararları tazmin etme yükümlülüğü altına girer. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 450-451.

¹⁷⁹ Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 6; 12; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9; Münch-Komm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 22; Koller, **a.g.e.**, Rn. 377; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 9; 25; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 10; Flume, **a.g.e.**, s. 802; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 8; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 34; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 179, Rn. 1a; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 5; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 12; ayrıca bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s.447, dn. 86.

¹⁸⁰ Şu durumu, diğerlerinden ayırmak gerekir: Sözleşmenin hüküm ifade etmesi, ancak temsil olunan tarafından elde edilebilecek bir resmî makamın onayına bağlıysa ve temsil olunan, onay için gerekli başvuruda bulunmamışsa, yetkisiz temsilcinin bunu gerekçe göstererek BK.m.39'daki sorumluluktan sıyrılması mümkün değildir. Zira temsil olunanın başvuruda bulunmaması, onun yetkisiz yapılan sözleşmeye onay vermediği anlamına gelmektedir. Tabii bu sonucun meydana gelebilmesi için, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmenin, temsil olunanın başvurusu dışındaki diğer geçerlilik şartlarını taşıyor olması gerekir. Aksi hâlde, yukarıda belirttiğimiz açıklamalar uyarınca BK.m.39'daki sorumluluk rejimi yine uygulama alanı bulmaz. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 803; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 24; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 12.

¹⁸¹ Alman hukukundaki bazı yazarlar ise, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BGB § 179'daki özel düzenlemeyi uygulamaktadır. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 802-803; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9.

Sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararlara yetkisiz temsilci davranışlarıyla sebep olduğundan, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan zararları tazmin yükümlülüğü tarihsel süreç içerisinde hep yetkisiz temsilciye yüklenmiştir¹⁸². Çünkü yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu sözleşme ile bağlı olması, onun MK.m.2 uyarınca sözleşme görüşmelerinden doğan (*ex lege*) davranış yükümlülüklerinden de sorumlu olmayacağı anlamına gelmez¹⁸³. Bu düşüncenin etkisiyle, gerek Alman hukukunda BGB § 179'da gerek İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarının 39. maddesinde, temsil yetkisizi olmaksızın hareket edenlerin, kendisine güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin zararından sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir¹⁸⁴.

BK.m.39'daki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün dayandığı esas, yetkisiz temsilcinin, sözleşme görüşmeleri sırasında iyiniyetli üçüncü kişide, temsil yetkisine sahip olduğu ve böylece sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde uyandırmış olduğu güveni boşa çıkarmış olmasıdır. Dolayısıyla BK.m.39'daki sorumluluğun meydana gelmesi için temsilcinin işlemsel temas esnasında, temsil yetkisine sahip

¹⁸² Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 2 vd.; 100.

¹⁸³ Aynı işlemsel temas sırasında, birden fazla kimse yetkisiz temsilci olarak hareket etmişse, bunlar iyiniyetli üçüncü kişiye karşı BK.m.39 uyarınca müteselsilen sorumlu olur (BK.m.50). Ancak aynı olayda, yetkisiz temsilcilerden bazılarının BK.m.39/f.I, bazılarının da BK.m.39/f.II'ye sorumlu tutulması mümkün değildir; aksi hâlde zarar gören, temel prensibe aykırı düşecek şekilde olumlu ve olumsuz zararını birlikte elde etmiş olur. Aksi yönde bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 63-64.

¹⁸⁴ Yetkisiz temsilde, temsil olunan kimse icazet vermeyerek sözleşmenin hükümsüz kalmasına yol açmış olsa da, sözleşme görüşmelerinde kusur teşkil eden bir davranış sergilememiş olduğundan, üçüncü kişinin zararından ötürü kural olarak herhangisi bir sorumluluk altına girmez. Temsil olunan sadece kendi kusurundan ötürü (örnek olarak gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, bir başkasının onun adına yetkisiz bir şekilde hareket etmesini öğrenebilecek ve engelleyebilecek idiyse), üçüncü kişiye karşı sorumlu olur. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 808; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1386; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 68 vd.

Temsil olunanın kendi kusurundan başka, yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo teşkil eden davranışından dolayı da sorumlu olabileceği şu üç ihtimali burada gözden kaçırmamak gerekir:

1) Yetkisiz temsilci, temsil olunanın aynı zamanda ifa yardımcısı ise, bu takdirde temsil olunan, üçüncü kişinin uğradığı zararlardan BK.m.100 uyarınca kusursuz olarak sorumlu tutulur. Bkz. yuk. II. Bölüm, C 2. Bu tarz durumlarda, BK.m.100'ün uygulanmayacağı yönündeki görüş için bkz Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 73; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 1105.

2) Yetkisiz temsilci, temsil olunanın BK.m.55 anlamında çalışanıysa ve kendisine verilen hizmetin görülmesi sırasında üçüncü kişiyle bir sözleşme yapmışsa, temsil olunan üçüncü kişinin uğradığı zararlardan BK.m.55 çerçevesinde sorumlu olur. Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 195.

3) Temsil olunan, yetkisiz temsilciden yetki belgesini geri almayı ihmal etmişse, iyiniyetli üçüncü kişinin uğradığı zararlardan BK.m.36/f.II'ye göre sorumlu olur. Bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 e.

Bütün bu hâllerde, yetkisiz temsilci ile temsil olunan üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumludur.

olduğu iddiasıyla hareket etmiş olması gerekir¹⁸⁵. Ancak bunun için, onun mutlaka bir belge göstermesine veya temsil yetkisine sahip olduğunu açıkça beyan etmesine gerek yoktur; susma yoluyla sanki temsil yetkisi varmış gibi karşı tarafta güven uyandırdığı hâllerde de, BK.m.39'daki sorumluluk düzenlemesi uygulama alanı bulur¹⁸⁶.

Zarar verici olayın yetkisiz temsilcinin uyandırdığı güvene bağlı olarak ortaya çıkması, temsil olunanın yapılan işleme icazet vermekte gecikmesi nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararların, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kapsamına girmesini engellemektedir. Zira buradaki zarar, temsilcinin yetkisiz şekilde hareket etmesinden değil, temsil olunanın özensiz tutumundan kaynaklanmaktadır¹⁸⁷.

Şimdiye kadar açıklanan hususlar bize şunu göstermektedir ki, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen BK.m.39 hükmü, Jhering'e ait culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukumuzdaki somut görünüm biçimlerinden birisidir¹⁸⁸.

Culpa in contrahendo niteliğinde olmasına karşın, BK.m.39/f.I'deki sorumluluğun doğumu için yetkisiz temsilcinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Zira olumlu zarara ilişkin BK.m.39/f.II'de açıkça yetkisiz temsilcinin kusurundan söz edilmesine karşın, olumsuz zararı düzenleyen birinci fıkrada herhangi bir şekilde kusurdan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla BK.m.39/f.I ve II'nin kaleme alınış tarzından, kanun koyucunun olumsuz zarardan sorumluluk için kusuru gerekli görmediği anlaşılmaktadır. Buna göre temsil yetkisi olmaksızın bir başkası adına hareket eden bir kimsenin, amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğünden ötürü iyiniyetli diğer tarafa karşı sorumlu olması için, temsil yetkisinin bulunmadığını bilmesine gerek yoktur; hatta o bunu

¹⁸⁵ BK.m.39'daki sorumluluk, yetkisiz temsilcinin haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Şayet yetkisiz temsilci, temsil yetkisinin mevcudiyeti hakkında işlem yaptığı tarafı kasıtlı olarak aldatmışsa, genel davranış yükümlülüklerine aykırılık teşkil eden bu hareketinden ötürü BK.m.41 anlamında sorumlu olur. Taleplerin yarışmasının söz konusu olacağı bu hâlde, zarar gören haksız fiil hükümlerine dayanacak (BK.m.41 vd.) olursa, artık sözleşmesel alana özgü olan olumlu-olumsuz zarar ayırımına da yer kalmayacaktır.

¹⁸⁶ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 2; Koller, **a.g.e.**, Rn. 386; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 8.

¹⁸⁷ KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 14.

¹⁸⁸ Jhering, **a.g.e.**, s. 74-75.

Bazı yazarların (bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 499) yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun hakkaniyet esasına dayandığını ileri sürmesi kanaatimizce isabetli olmamıştır.

bilebilecek durumda olmasa dahi, yine de BK.m.39/f.I uyarınca olumsuz zarardan sorumluluk altına girer¹⁸⁹.

Yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulmasının altında yatan düşünce, bir başkasının adına hareket eden temsilcinin, gerekli yetkiye sahip olup olmadığını araştırma ve öğrenme bakımından işlem yaptığı üçüncü kişiye nazaran daha elverişli konumda olması; onun hayatın olağan akışı içinde temsil olunanla daha yakın ilişki içinde bulunmasıdır¹⁹⁰. Bu hâliyle temsil yetkisi eksikliği, tamamıyla yetkisiz temsilcinin kendi hâkimiyet alanından kaynaklanan bir rizikoyu bünyesinde taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunumuzun yaklaşımı, Jhering'in culpa in contrahendo öğretisine aykırı düşmemekte; hatta tam aksine, yazarın benimsediği *objektif culpa* anlayışıyla da bağdaşmaktadır. Çünkü yetkisiz temsilcinin sözleşme görüşmelerindeki *diligentia yükümlünü* ihlal etmesi, culpa in contrahendo sorumlulu-

¹⁸⁹ BK.m.39/f.I'nin uygulanması için kusur gerekli olsaydı, iyiniyetli üçünü şahısların korunmasına hizmet eden BK.m.37 ve 39 hükümleri arasındaki ahenk de bozulmuş olurdu. Örneğin baştan itibaren hiç temsil yetkisine sahip olmayan kusursuz yetkisiz temsilciye güvenerek sözleşme yapan kimse, iyiniyetli olsa bile her iki düzenlemeden de yararlanmayacak konuma düşerdi. Zira BK.m.37'nin en önemli şartlarından birisi, iyiniyetli yetkisiz temsilcinin önceden temsil yetkisine sahip olmasıdır. Böyle bir ihtimalde, BK.m.39/f.I hükmü de, yetkisiz temsilciye izafe edilecek bir kusurun bulunmamasında ötürü uygulama alanı bulmazdı. Böylece kanun koyucunun iyiniyetli üçüncü şahıslar için öngördüğü koruma şemsiyesi işlemez hâle gelirdi. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 388-391.

¹⁹⁰ Scherrer'e göre ise, yetkisiz temsilcinin BK.m.39/f.I'deki yasal garanti sorumluluğunun temelinde şu fikir yatmaktadır: Normalde temsil olunan ile yakın bir ilişki içinde bulunan temsilci, temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı hakkında en baştan bilgi edinmek zorundadır. Böyle bir düşünceyle hareket eden iyiniyetli üçüncü kişi, temsil yetkisinin varlığına güvenmekte haklıdır. Zira üçüncü kişi, sözleşme görüşmelerine başlamadan evvel temsil yetkisinin varlığı veya yokluğu hususunda daha derin bir araştırmaya girişecek olursa, bu durum olayların büyük bir çoğunluğunda temsilci tarafından hoş karşılanmayacak ve kendisine karşı yapılmış bir güvensizlik göstergesi olarak ele alınacaktır. Bu sebeple, üçüncü kişiden böyle bir araştırma yapması beklenemeyeceği için, kendisine herhangi bir kusur da isnad edilemez. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 32-33.

Ancak yazarın bu son gerekçeleri, BK.m.39/f.I'nin kusursuz sorumluluk esasına bağlanma nedenini açıklamaya yeterli değildir. Zira olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerde olduğu gibi, BK.m.39/f.I uyarınca talepte bulunabilmek için de, zarar gören üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerekir. Şayet üçüncü kişi, kendisiyle işlem yapan temsilcinin temsil yetkisine sahip olmadığını öğrenebilecek durumda idiyse, onun MK.m.3 anlamında iyiniyetli olması mümkün değildir. Hâlbuki Scherrer'in görüşü kabul edilecek olursa, üçüncü kişi araştırma yükümlülüğünden kurtulmuş olacağı için, bu ihtimalde dahi iyiniyetli sayılacaktır. Ayrıca araştırma yükümlülüğü, zarar verenin kusuruna değil, zarar görenin iyiniyetine ilişkin bir olgudur. Nitekim BK.m.26/f.I'deki olumsuz zarar talebinde, zarar görenin iyiniyetli olması (yanılmayı fark etmesi için yeterince araştırma yapması) aranırken, zarar veren sadece kusurundan ötürü sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla BK.m.39/f.I'deki kusursuz sorumluluğun nedeni, üçüncü kişinin araştırma yükümlülüğünün olup olmaması değildir. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 102-103.

ğunun onun hakkında uygulanması için gerekli ve yeterlidir¹⁹¹. Dolayısıyla temsil yetkisinin varlığı hakkında yanılan yetkisiz temsilci, kusuru olmasa bile söz veya davranışlarıyla iyiniyetli üçüncü kişide güven uyandırmış olduğundan, sözleşme görüşmelerindeki diligentia yükümünü ihlal etmiş olarak kabul edilir ve onun objektif açıdan kusurlu görülen bu davranışı, BK.m.39/f.I'deki yaptırımın kendisine uygulanmasını haklı kılar.

Alman hukukunda da, yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğu, yasal garanti sorumluluğuna ilişkin prensipler çerçevesinde kusurdan bağımsızdır¹⁹². BK.m.39/f.I gibi objektif sorumluluğu düzenleyen BGB § 179/f.II'ye göre, temsilci, *temsil yetkisi eksikliğini bilmiyor idiyse*, diğer tarafın temsil yetkisine güvenmesi yüzünden uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur.

Bu açıklamaları dikkate aldığımızda, BK.m.39/f.I ve BGB § 179/f.II hükümlerinin, culpa in contrahendo öğretisi ışığında *sebebiyet verme ilkesine* dayanan olumsuz zarardan sorumluluk hâllerini düzenlediklerini söyleyebiliriz¹⁹³.

BK.m.39/f.I hükmü objektif olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin olduğundan, sözleşme görüşmeleri sırasında mevcut olan temsil yetkisinin, temsilci veya

¹⁹¹ Daha önceden de açıkladığımız gibi, BK.m.39/f.I'deki olumsuz zarar düzenlemesinin yetkisiz temsilcinin kusurunu gerektirmemesi, bu hükmün culpa in contrahendo sorumluluğu olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 169.

¹⁹² BK.m.39 ve BGB § 179 hükümleriyle yetkisiz temsilciye yüklenmiş olan yasal garanti sorumluluğu, müşterek hukuktaki "*garanti sözleşmesi teorisi*"yle benzerlikler taşımaktadır. Müşterek hukuk döneminde savunulan garanti sözleşmesi teorisi için bkz. yuk. II. Bölüm, A 4.

Alman doktrinindeki bazı yazarlara göre, yetkisiz temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bilme imkânının hiç bulunmadığı hâllerde, BGB § 179/f.II'deki sorumluluk uygulama alanı bulmaz. Bkz. Flume, **a.g.e.**, 807-808; Canaris, **a.g.e.**, s. 535; ayrıca bkz. aş. III. Bölüm, dn. 194.

Kanunun açık düzenlemesine aykırı düşen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira temsil yetkisi eksikliğinin doğurduğu riziko, iyiniyetli üçüncü kişinin hâkimiyet alanından değil, temsil olunana daha yakın ilişkide olması gereken temsilciden kaynaklanmaktadır. Kusursuz sorumluluğun altındaki bu *ratio*, hâkimler için bağlayıcı niteliktedir. Bundan başka aksi yöndeki düşüncenin kabulü, sebebiyet verme prensibine bağlı objektif olumsuz zarardan sorumluluğun, kusur esasına dayalı sorumluluk türüne dönüşmesine de açar. Bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 26; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 48-49; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 24; ayrıca bkz. MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 38; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 17. Bkz. ve karş. Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18.

¹⁹³ Bu hususta bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 17 ve dn. 169.

temsil olunan tarafından irade sakatlığı sebebiyle sonradan iptal edildiği hâllerde de, yetkisiz temsilci, iyiniyetli üçüncü şahsa karşı tazminat yükümlülüğü altına girer¹⁹⁴.

Zarar gören üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciden BK.m.39/f.I uyarınca olumsuz zarar talebinde bulunabilmesi için iyiniyetli olması lazımdır. Yani kendisiyle işlem yapan temsilcinin aslında temsil yetkisine sahip olmadığı, üçüncü kişi tarafından hem bilinmemeli hem de bilinmesi gerekmemelidir. Gerçi gerek Alman Medenî Kanununda gerek Borçlar Kanunumuzda, iyiniyet şartına açıkça yer verilmiş değildir; bununla birlikte her iki düzenlemede de, tazminat talep eden üçüncü kişinin kötüniyetli olmaması gereğinden bahsedilerek iyiniyet unsuruna *zıt anlamı itibarıyla* vurgu yapılmıştır¹⁹⁵. Böylece işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın temsil yetkisi ek-

¹⁹⁴ Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, temsil olunan, temsil yetkisi verme beyanını irade sakatlığı nedeniyle sonradan iptal ettiği takdirde, bağlayıcı olmayan temsil yetkisine dayanarak yapmış olduğu işlemde ötürü yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna BGB § 179 uyarınca başvurulamaz. İyiniyetli üçüncü şahıs uğramış olduğu zararların tazminini, BGB § 122'ye dayanarak sadece temsil olunandan talep edebilir. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 808; ayrıca bkz. yuk. III. Bölüm, dn. 192.

Alman hukukunda dahi tartışmaya açık olan bu görüşü, İsviçre ve Türk borçlar hukuku sistemleri için kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira böyle bir ihtimalde, iyiniyetli üçüncü kişinin BK.m.26'ya dayanarak temsil olunandan tazminat talep edecek olması, yetkisiz temsilcinin BK.m.39/f.I'deki kusur aranmayan yasal garanti sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yetkisiz temsilci, temsil olunanın irade beyanındaki (yetki verme işlemindeki) sakatlığı bilemeyecek durumda olsa bile, geçerli olmayan temsil yetkisine dayanarak işlem yapmakla, sözleşme görüşmelerindeki *diligentia yükümini* ihlal etmiş olur. Nitekim Alman doktrinindeki baskın görüş de bu yönde olup, BGB §§ 122 ve 179 hükümleri uyarınca, hem temsil olunan hem de yetkisiz temsilci birlikte sorumlu tutulmaktadır. Bu hususta bkz. Lieb, **Aufgedrängter Vertrauensschutz**, s. 582-583.

Bu tarz bir durumda iyiniyetli üçüncü kişinin, BK.m.26 uyarınca temsil olunana, BK.m.39 gereğince de yetkisiz temsilciye karşı sahip olduğu tazminat talepleri birbirleriyle yarışma hâlinindedir; yetkisiz temsilci ile temsil olunan, üçüncü kişinin olumsuz menfaatinden eksik teselsül hükümleri (BK.m.51) çerçevesinde müteselsilen sorumludur. İşlem yaptığı üçüncü şahsa karşı sorumlu olan yetkisiz temsilci de, yetki verme işleminde yanılmaya düşen temsil olunandan BK.m.26'ya göre tazminat talep etme hakkına sahiptir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 360, dn. 34c; Bucher, **a.g.e.**, s. 634; Koller, **a.g.e.**, s. 125, dn. 482. Ancak anılan son yazar, üçüncü kişinin BK.m.26'daki tazminat talebine dayanamayacağını; yalnızca hatalı temsil yetkisi verme beyanına muhatap olan temsilcinin BK.m.26'ya göre tazminat talep edebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, s. 125-126, s. 482; aynı görüşte bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 69.

¹⁹⁵ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu kaldıran BK.m.39/f.I, c.2 hükmü, yalnızca BK.m.39/f.I'deki objektif olumsuz zarardan sorumluluk için getirilmiş gibi gözüktüğü de, anılan düzenleme aynı maddenin ikinci fıkrasındaki olumlu zarardan sorumluluk hakkında da uygulama alanı bulur. Böylece kusurlu yetkisiz temsilci de, işlem yaptığı üçüncü kişinin temsil yetkisi eksikliğini bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. Landtwing, **a.g.e.**, s. 50 vd.; Kulu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 181-182.

sıklığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde, yetkisiz temsilcinin sorumlu olmayacağı belirtmiştir (BGB § 179/f.III, c. 1; BK.m.39/f.I, c. 2)¹⁹⁶.

Üçüncü kişide varlığı aranacak olan iyiniyet, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalıdır; gerçek durumun sonradan öğrenilmiş olması, Roma hukukundan günümüze kadar gelen prensip uyarınca yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (*mala fides superveniens*)¹⁹⁷. Yeri gelmişken hemen açıklamak gerekir ki, doktrinde sıklıkla kullanılan bu ifade biçimi (üçüncü şahısta varlığı aranacak iyiniyet sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalı), aslında dar bir içeriğe sahiptir. Zira yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için mutlaka bir sözleşmenin akdedilmiş olması şart değildir; sözleşme görüşmelerinin yarıda kesildiği hâllerde de, diğer şartlar bulunmak kaydıyla BK.m.39'daki culpa in contrahendo sorumluluğu pekâlâ uygulama alanı bulur. Dolayısıyla bu sığ anlatım tarzı yerine, *üçüncü şahıs kendisinde güven uyandıran işlemsel temas (sözleşme görüşmeleri) sırasında iyiniyetli olmalıdır* ifadesini kullanmak, kanaatimizce daha isabetli olur. Kaldı ki, olumsuz zararı doğuran olay, bizatihi geçersiz bir sözleşmenin yapılması değil, sözleşme görüşmelerinde uyandırılan güvenin sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle ihlal edilmesidir.

Temsilcinin kusurlu olup olmaması, zarar görende varlığı aranacak iyiniyet unsuru üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Yani BK.m.39/f.I, c.2 hükmünün uygulanması, temsilcinin kusurlu olup olmamasına bağlı değildir¹⁹⁸. BK.m.39/f.I, c.2'deki düzenleme, MK.m.3'deki iyiniyet karinesinin özel bir görünüm biçimi olduğundan, üçünü kişinin kötünüyetini ispat yükü yetkisiz temsilciye düşmektedir. Yetkisiz temsilcinin BK.m.39'daki sorumluluktan kurtulması için, işlem yaptığı üçüncü kişinin yetki eksikliğini mutlak surette bildiğini ispatlaması gerekli değildir; üçüncü kişinin eksikliği öğrenmede ihmalinin bulunduğunu kanıtlaması da yeterlidir. Zira

¹⁹⁶ İşaret etmek gerekir ki, UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art.2.2.6/f.II, Convention on Agency in the International Sale of Goods Art. 16/f.II ve The Principles of European Contract Law 3:204/f.II'de de, benzer kurtuluş imkânlarına yer verilmiştir.

¹⁹⁷ Sonradan gelen kötünüyet, tazminat hesabında bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Şöyle ki, üçüncü şahıs, işlem yaptığı temsilcinin yetkisi olmadığını öğrendikten veya yetkisi hakkında şüpheye düştükten sonra, zararın meydana gelmesine veya artmasına engel olmamışsa, onun bu davranışı BK.m.44/f.I anlamında birlikte kusur olarak değerlendirilir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 382-383.

¹⁹⁸ Koller, **a.g.e.**, s. 118, dn. 452 ve ona bağlı metin.

kanun koyucu, yetki eksikliğini ihmal yüzünden bilmemeyi yahut temsil yetkisinin varlığından şüphe duymamayı, bilmeye eşdeğer tutmuştur¹⁹⁹.

Üçüncü kişinin hangi davranışlarının ihmal niteliğinde sayılacağı, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir²⁰⁰. Taraflar arasındaki işlemsel temasın ortaya çıkış biçimini dikkate almayan bir takım varsayımlarla, BK.m.39/f.I, c.2'nin kapsamına giren hâlleri soyut olarak belirlemek mümkün değildir. Bu bağlamda, üçüncü kişinin temsilciden yetki belgesini göstermesini talep etmemiş olması, onun her zaman için BK.m.39/f.I, c.2 anlamında ihmalkâr davrandığı anlamına gelmez²⁰¹; daha ziyade, üçüncü kişinin temsil yetkisinin bulunmadığına işaret eden başka olguları da göz önünde tutmamış olması gerekir²⁰². Bundan başka, üçüncü kişinin temsil yetkisinin mevcudiyetini ve kapsamını araştırma yükümlülüğü de kural olarak bulunmamaktadır; o, temsil yetkisine sahip olduğunu iddia eden temsilcinin söz ve davranışlarına güvenmekte haklı olarak kabul edilir; meğerki karşılaşılan özel durumlar böyle bir inceleme yapmayı gerektirsin²⁰³.

Yetkisiz temsilciyi sorumluluktan kurtaran BK.m.39/f.I, c.2 için örnek olarak, temsilcinin muhtemel yetki eksikliğine dikkat çekerek işlemsel temasa girişmesi²⁰⁴ veya temsilci ile üçüncü şahsın, temsil olunanın sonradan icazet vermesi kaydıyla

¹⁹⁹ İşlemi yapan resmî memurun (örneğin noterin), temsilcin temsil yetkisine sahip olmadığını bilmesi, üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 3.

²⁰⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 19-20; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 19; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 40.

²⁰¹ Burada Yargıtay'ın şu haklı uygulamasına da yer vermek gerekir. Tacirlerin TTK.m.20/f.II uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğine işaret eden yüksek mahkeme, bir tacirin işlem yaptığı temsilciden yetki belgesini göstermesini istememesini veya yetki belgesini gereği gibi incelememesini yahut temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırmamasını, üçüncü kişinin kusuru olarak kabul etmektedir. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 174-176, dn. 154a'daki Yargıtay kararları.

²⁰² Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 15; Landtwing, **a.g.e.**, s. 49; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 174.

²⁰³ Scherrer, **a.g.e.**, s. 32-33; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 28; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 179, Rn. 4.

²⁰⁴ Yetkisiz temsilci, sadece temsil yetkisinin varlığını gösteren olgulara dikkat çekmiş ama temsil yetkisine gerçekten sahip olup olmadığını değerlendirmesi için son kararı üçüncü kişiye bırakmışsa (örneğin yetkisiz temsilci, temsil olunana ait bir mektubu üçüncü kişiye göstererek, mektubun temsil yetkisini içerip içermediği hakkında karar vermesini istemişse) yine BK.m.39 hükmü uygulama alanı bulmaz. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 447, dn. 83 ve ona bağlı metin; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 29; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18.

sözleşme yapması gösterilebilir (BK.m.38)²⁰⁵. Bu ihtimallerde, üçüncü şahıs işlemsel temasa girdiği temsilcinin yetki eksikliğini baştan itibaren bildiği için, onun sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik MK.m.2 anlamında korunacak herhangi bir güveni oluşmamıştır²⁰⁶. Bununla beraber yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın sözleşmeye sonradan icazet vereceği yolunda üçüncü kişide özel bir güven yarattığı hâllerde, onun culpa in contrahendo esasları²⁰⁷ uyarınca sorumluluk altına girebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir²⁰⁸.

²⁰⁵ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 15; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 404, dn. 32; Bucher, **a.g.e.**, s. 643-644; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 173; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 23; Koller, **a.g.e.**, Rn. 379; 386; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 2; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 18; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 6; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 5.

Hatta Bucher'e göre bu hâlde, yani yetkisiz temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini işlem yaptığı üçüncü kişiye bildirmesi durumunda, sözleşme temsil olunanın icazet vermesi şartıyla kurulmuş olur. Temsil olunan sözleşmeye icazet vermediği takdirde, yetkisiz temsilci, sadece BK.m.39/f.I'deki kuraldan dolayı değil, ayrıca sözleşmenin kurulmasına engel olan şartın gerçekleşmemesinden ötürü de üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaz. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 643.

Kanaatimizce yazarın bu son gerekçesi yerinde değildir. Zira yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun doğumu, amaçlanan sözleşmenin kurulmuş olmasına bağlı değildir; culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların yapmak istedikleri sözleşmenin kurulup kurulmamasından bağımsız olarak doğrudan doğruya kanun uyarınca (*ex lege*) meydana gelir. Bucher'in bu gerekçesi, artık çoktan terk edilmiş olan "kurulacak sözleşme", bir diğer adıyla "amaç sözleşme teorisi" (*Zielvertragstheorie*) çerçevesinde bir anlam ifade eder. Bu hususta bkz. yuk. II. Bölüm, B 2 b (1).

Bundan başka böyle bir ihtimalde, sözleşmenin şarta bağlı kurulduğunu söylemek de, her zaman için doğru değildir. Örneğin burada, şarta bağlı sözleşme kurulması yerine, üçüncü şahsın sözleşme kurma önerisini, görüşmeleri yürüten temsilciye yönelttiği fakat öneriye ilişkin kabul veya ret beyanının temsil olunanca açıklanması gereken bir hâl de söz konusu olabilir. Sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkabilecek bu ufak ayrıntı, şekle bağlı sözleşmelerde şöyle önemli bir farklılığa yol açmaktadır. Eğer şarta bağlı sözleşme denilirse, öngörülen şekil zorunluluğuna temsilci ile üçüncü şahıs riayet etmek zorundadır; hâlbuki ikinci ihtimalde ise (sadece üçüncü kişinin temsilci aracılığıyla yönelttiği bir öneri varsa), bizzat temsil olunanın öneriyi kabul ederken şekil zorunluluğunu yerine getirmesi gerekir. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil**, II/2, s. 438, dn. 24 ve ona bağlı metin.

²⁰⁶ Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişinin ortak hareket ederek, temsil yetkisini kötüye kullandığı hâllerde de, üçüncü kişinin korunacak haklı güveninin olmamasından ötürü, BK.m.39 ve BGB § 179 düzenlemeleri uygulama alanı bulmaz. Bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 7; Rn. 28.

²⁰⁷ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 173; aynı esaslar hiç şüphe yok ki, BK.m.39/f.II'nin kapsamına giren hâllerde de geçerlidir. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 182-183.

Üçüncü şahısta özel bir güven uyandıran temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. II. Bölüm, C 2.

²⁰⁸ Yetkisiz temsilci, temsil olunanın sözleşmeye icazet vereceğini üçüncü şahsa garanti etmiş de olabilir. Bu durumda da, yetkisiz temsilcinin üçüncü şahsa karşı sorumlu olacağı muhakkaktır; fakat onun sorumluluğu artık culpa in contrahendo'ya değil, BK.m.110'da düzenlenmiş olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesine dayanır. Ancak bu sonuç, hiç şüphe yok ki, taraflar arasında BK.m.110 anlamında bir sözleşmenin kurulmuş olduğu (ya da kurulmuş sayıldığı) hâllerle sınırlı olarak uygulama alanı bulur. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 644; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 19; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 173; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 26; Koller, **a.g.e.**, Rn. 379; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1421a.

Yetkisiz temsilcinin BK.m.39/f.I, c.2'ye dayanarak sorumluluktan sıyrılabilmesi için, yetki eksikliğini bizzat kendisinin üçüncü kişiye bildirmiş olması şart değildir²⁰⁹. Zira üçüncü kişinin ne şekilde temsil yetkisi eksikliğini öğrenmiş olduğunun burada bir önemi yoktur; yetkisiz temsilci, sözleşme görüşmelerinde yetkisi varmış gibi davranmış olsa bile, üçüncü kişi başka bir yoldan gerçeği öğrenmiş olduğu takdirde, yetkisiz temsilci, yine BK.m.39/f.I, c.2 aracılığıyla sorumluluktan kurtulabilir²¹⁰.

Bütün bunların yanı sıra, BK.m.39 düzenlemesi emredici nitelikte olmadığından, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, tarafların anlaşmasıyla da ortadan kaldırılabılır²¹¹. Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki bu uzlaşma, sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olacağından, burada BK.m.99 ve 100 hükümleri uygulama alanı bulacaktır²¹².

Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı hâllerde, yetkisiz temsilcinin sorumluluktan kurtulacağını söyleyen BK.m.39/f.I, c.2, tıpkı BK.m.26/f.I, c. II gibi, bütün tazminat taleplerinin ortak hükmü olan BK.m.44/f.I'e istisna getiren bir içeriğe sahiptir. Daha önceden de belirttiğimiz üzere²¹³, tazminat hakkının tamamıyla yitirilmesi şeklinde oldukça sert bir netice öngören bu tarz istisnai hükümlerin yorumunda, kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmamalıdır²¹⁴. Özellikle de, yetkisiz temsilcinin kasten hareket ettiği hâllerde, işlem yaptığı üçüncü kişi sadece hafif ihmal düzeyinde kalan bir davranış sergilemişse, zarar görenin birlikte kusurunda indirimi öngören

²⁰⁹ Yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği iddiasıyla sorumlu tutulmak istenen kimse, işlemi yaptığı sırada temsil yetkisine sahip olduğunu ispatlamak suretiyle de sorumlulukta kurtulur. Bu hâlde, artık yapılan sözleşme geçerli olacağından BK.m.39'daki sorumluluk, işin doğası gereği uygulama alanı bulmaz.

Buna karşın, yetkisiz temsilcinin temsil olunan yarına vekâletsiz iş gördüğünü veya temsil yetkisi içermeyen vekâlete sahip olduğunu ispatlaması, onu BK.m.39'daki sorumluluktan kurtarmayacaktır. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 400; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 446, dn. 80.

²¹⁰ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 15; Landtwing, **a.g.e.**, s. 49; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 174.

²¹¹ KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 27; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 449.

²¹² Vurgulamak gerekir ki taraflar, henüz zarar verici olay gerçekleşmeden bir uzlaşmaya varırlarsa, BK.m.99-100 anlamında bir sorumsuzluk sözleşmesinden bahsedilebilir. Sorumluluk meydana geldikten sonra yapılan anlaşmalar ise, ancak ibra sözleşmesi olarak değerlendirilebilir.

²¹³ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 2 a; III. Bölüm, B 1 a.

²¹⁴ Aksi yönde bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 381; 411; ORKomm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 4.

BK.m.44/f.I'den ayrılmayı gerektiren yeterli bir sebep bulunmamaktadır²¹⁵. Aksi yöndeki çözüm, hem adalet hissiyatımızı rahatsız eder hem de Roma-Pandekt hukukundan günümüze kadar gelen *zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali dikkate alınmaz* ilkesine aykırı düşer. Buna göre kabul ettiğimiz anlayış çerçevesinde²¹⁶, söz veya davranışlarıyla kendisini açıkça yetkiliymiş gibi gösteren yetkisiz temsilci, temsil yetkisini eksikliğini öğrenmede yalnızca ihmal gösteren üçüncü kişiye karşı BK.m.39/f.I, c.II'ye dayanarak sorumluluktan kaçamayacaktır²¹⁷.

Temsil olunan tarafından icazet verilmediği için akdettiği sözleşme hükümsüz olan yetkisiz temsilcinin, iyiniyetli üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağı oybirliğiyle kabul edilse de, bu sorumluluğun kapsamı üzerinde uzun zamandan beri hep bazı soru işaretleri oluşmuştur. Bunun nedeni ise, kanundaki ifadelerin son derece belirsiz olmasıdır. Şöyle ki, eski İsviçre Borçlar Kanununun yetkisiz temsili düzenleyen 48. maddesinde sadece "*tazminat*" istenebileceği belirtildiği için burada olumlu zararın mı yoksa olumsuz zararın mı söz konusu olduğu doktrinde tartışma konusu olmuştur²¹⁸. İsviçre kanun koyucusu, eski kanun döneminde yaşanan fikir çatışmalarına son vermek için şimdiki Borçlar Kanununun 39. maddesinde "*sözleşmenin hükümsüzlü-*

²¹⁵ Schwenzer, **a.g.e.**, § 43, Rn. 9; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 4; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 15; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 23.

Hâkim, zarar gören konumundaki üçüncü kişinin birlikte kusurunu, BK.m.44/f.I uyarınca tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması sebebi olarak dikkate alacaktır.

Üçüncü kişinin birlikte kusurunun sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıktığı hâllerde de, BK.m.44/f.I hükmü uygulama alanı bulur. Fakat bu ihtimalde üçüncü kişinin kusuru, sözleşmenin kurulması anında temsilcideki yetki eksikliğine ilişkin olmayıp, geçersiz sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan zararın meydana gelmesi veya artmasına ilişkindir.

²¹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi de, önüne gelen bir olayda aynı gerekçeyle üçüncü kişinin dikkatsizliğini, yetkisiz temsilciyi tamamıyla sorumluluktan kurtaran bir neden olarak görmemiş ve tazminatta indirim yapılmasını öngören BK.m.44/f.I hükmünü uygulamıştır. Bkz. BGE 116 II 693-694; bu karar için ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 205, dn. 60b.

²¹⁷ Bu ihtimalde, yetkisiz temsilcinin BK.m.39/f.I, c.2'ye dayanan savunmasına karşı, üçüncü kişi, MK.m.2'ye aykırılık itirazında (*replicatio doli*) bulunabilecektir. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 15. Aksi yönde bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 381; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 176.

Fakat belirtmek gerekir ki, Kutlu Sungurbey, BK.m.39/f.I'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde aksi görüşte olmasına rağmen, BK.m.39/f.II'deki olumlu zarardan sorumlulukta, burada benimsediğimiz sonucu savunmaktadır. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 182.

Bize göre, temsilcinin kasten hareket ettiği ve üçüncü kişinin de sadece hafif ihmal düzeyinde kusurlu davranış sergilediği hâllerde, olumsuz veya olumlu zarar türüne göre bir ayırım yapmak isabetli değildir. Bu tarz durumlarda, BK.m.44/f.I hükmü saklı kalmak kaydıyla, yetkisiz temsilcinin her zaman için sorumlu olduğu kabul edilmeli ve tazminatın kapsamı, hakkaniyetin gerektirip gerektirmemesine göre, üçüncü kişinin olumsuz veya olumlu menfaati çerçevesinde belirlenmelidir.

²¹⁸ Bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 312-313; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 1; 5; Landtwing, **a.g.e.**, s. 45, dn. 65; Koller, **a.g.e.**, s. 126, dn. 485.

ğünden doğan zarar” (*aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens*) ifadesini kullanmış; fakat hukuk tekniği açısından çok başarılı olmayan bu anlatım tarzı²¹⁹ da, sis perdesini aralamaya yeterli olmamıştır.

Tarihsel süreç boyunca kullanılan ifadelerdeki bütün bu aksaklıklara rağmen, şunu tereddütsüz olarak belirtebiliriz ki, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu esas itibarıyla iyiniyetli üçüncü kişinin olumsuz zararını tazmin etmeye yöneliktir²²⁰. Çünkü BK.m.39/f.I ve II düzenlemeleri, bir bütün olarak ele alınmalı ve bu iki hüküm arasındaki karşıtlık gözden kaçırılmamalıdır. Zira kanun koyucu, kusursuz yetkisiz temsilciyi, kusurlu olarak hareket edene göre daha hafif şekilde sorumlu tutmak istemiştir. Buna göre, birinci fıkradaki “*sözleşmenin geçersizliğinden doğan zarar*” (*akdin sahih olmamasından tahaddüs eden zarar*) olumsuz zarar anlamına gelmekte; ikinci fıkradaki “*daha fazla zarar*” ifadesi de, miktar olarak çoğu kez daha yüksek olan olumlu zarara karşılık gelmektedir²²¹. Zaten “*sözleşmenin geçersizliğinden doğan*

²¹⁹ Bu ifade biçimine yönelik eleştiriler için bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b.

²²⁰ Landtwing, **a.g.e.**, s. 45-48; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 6; 16; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 403; Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 6; Bucher, **a.g.e.**, s. 644; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 21, Rn. 24; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 1420; Koller, **a.g.e.**, Rn. 371; 398; 405; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 90; Scherrer, **a.g.e.**, s. 69; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn.2; 59; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 1107; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 304; Schwarz, **a.g.e.**, s. 395-396; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 203 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 139 vd.; 177; ORKomm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; 9; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 6; Schwenzer, **a.g.e.**, § 43, Rn. 8; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 191; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 95; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 436; Eren, **a.g.e.**, s. 415; Aybay, **a.g.e.**, s. 73; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 427; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 174; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 137; Arsebük, **a.g.e.**, s. 527, dn. 31; 33; Bozer, **a.g.e.**, s. 243; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 423-424; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 246; Veldet Hıfzı, **a.g.m.**, s. 745-746; Lauer, **a.g.e.**, s. 33-34; Karahasan, **C. 1**, s.415; BGE 44 II 507; 90 II 413; 106 II 132; 123 III 28; 116 II 690.

Aksi yönde bkz. von Büren, **a.g.e.**, s. 81-82; 163; 211. Yazar, Borçlar Kanunumuzun sistemini eleştirmekte ve yetkisiz temsilcinin her durumda sözleşmeden sorumlu tutulmasının daha doğru olacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, yetkisiz temsilcinin doğrudan doğruya sorumluluğunu öngören OR 998’deki (Türk hukukundaki TTK.m.590’daki) çözümün Borçlar Kanununda benimsenmemiş olması, anlaşılabilir niteliktedir.

von Büren’in getirmiş olduğu eleştiriler yerinde değildir. Zira kambiyo senetlerinde aranan işlem güvenliğini sağlayabilmek için yetkisiz temsilcinin attığı imzadan bizzat sorumlu olacağını öngören bir hükmü, genel düzenleme niteliğindeki Borçlar Kanununa ithal etmek mümkün değildir; her iki hâldeki menfaatler dengesi birbirinden oldukça farklıdır. Kaldı ki yazar da, fikrinin çok katı olduğunu kabul etmiş olacak ki, savunduğu çözümün sertliğinin indirim düşüncesiyle yumuşatılabileceğini söylemiştir. Bu indirimin yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmamasına göre yapılacağını dikkate aldığımızda, von Büren’in görüşü de, objektif sorumluluğu kabul eden Borçlar Kanunundaki çözümden sonuç itibarıyla pek farklı olmayacaktır. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 179-181, dn. 169.

²²¹ Zürich Kanunundaki § 954 düzenlemesi örnek alınarak hazırlanmış olan eski İsviçre Borçlar Kanununun yetkisiz temsile ilişkin 48. maddesinde, sadece kusursuz sorumluluk hâli kabul edilmişti; kusurlu yetkisiz temsilcinin olumlu zarardan sorumluluğuna ilişkin olarak ise, herhangi bir hüküm

zarar” ibaresinin BK.m.39’un metnine konuluş amacı da, kabul ettiğimiz bu sonucu desteklemektedir.

Buna göre BK.m.39’da kusurdan bağımsız olarak düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, ilk planda, iyiniyetli üçüncü kişinin olumsuz menfaatini gidermeye yöneliktir²²². İyiniyetli üçüncü kişi, temsil yetkisine inanmış olduğu temsilciyle işlemsel temasa hiç girişmemiş olsaydı, uğramayacak olduğu malvarlığı kayıplarının tazmin edilmesini talep edecektir²²³. Bir başka ifadeyle yetkisiz temsilci, söz ve davranışlarıyla sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde güven uyandırmıyorsa, iyiniyetli üçüncü kişinin içinde bulunacağı farazî durumu sağlamlaştırmakla yükümlüdür²²⁴.

Yukarıdaki şartların yanı sıra yetkisiz temsilcinin kusurlu²²⁵ olduğu ve hakaniyetin de gerektirdiği hâllerde, hâkim, BK.m.39/f.II uyarınca olumlu zararın giderilmesine, yani geçersiz sözleşme ifa edilmiş olsaydı üçüncü kişinin içinde bulunacağı varsayımsal durumun tesis edilmesine karar verme yetkisine de sahiptir²²⁶. Burada

bulunmamaktaydı. Bkz. Landtwing, **a.g.e.**, s. 47-48; Rabel, **a.g.m.**, s. 313; Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 6; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 145.

²²² Convention on Agency in the International Sale of Goods Art. 16/f.I ve UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art.2.2.6’da, yetkisiz temsilcinin, temsil yetkisi bulunsaydı ve onun sınırları içinde hareket etseydi, işlem yaptığı üçüncü kişinin içinde bulunacağı durumu tazmin etmekle, yani ifa menfaatini karşılamakla sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bunun gibi, The Principles of European Contract Law 3:204’de de, yetkisiz temsilciyi olumlu zararlarla sorumlu tutan çok benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

²²³ BK.m.39 düzenlemesi emredici nitelikte olmadığından taraflar, BK.m.39/f.I’ın kapsamına giren hâllerde olumsuz zarar yerine ifa menfaatinin tazmin edileceği yönünde bir anlaşma yapabilirler.

²²⁴ Şayet üçüncü kişi, sözleşmenin geçerli olduğu inancıyla kendi edimini temsil olunana karşı yerine getirmiş ve temsil olunanın edimi kabul etmesi, sözleşmenin örtülü olarak onaylanması sonucunu doğurmamışsa, onun BK.m.39’dan doğan tazminat talebinin yanında, temsil olunana karşı yöneltebileceği iade talebi de mevcuttur. BK.m.39 hükmünden, iyiniyetli üçüncü kişinin sadece kendisinde güven uyandıran yetkisiz temsilciye başvurabileceği sonucu asla çıkarılamaz. Zira temsil olunanın, sebepsiz zenginleşme ya da istihkak talebi çerçevesinde iadeyle sorumlu tutulması, yetkisiz temsilden ötürü menfaatinin zedelenmesi sonucunu doğurmaz. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 805.

²²⁵ Yetkisiz temsilcinin kusuru, temsil yetkisi eksikliğine dair olmalıdır; yetkisiz temsilcinin temsil yetkisi eksikliğini bildiği ya da bilmesi gerektiği yahut temsil yetkisinin varlığından kuşkulandığı veya kuşkulananması gerektiği hâllerde, BK.m.39/f.II’nin aradığı kusur şartı gerçekleşmiş olur. Kusurun her türlü derecesi (kasıt yahut ihmal), burada göz önünde bulundurulur. Ancak üçüncü kişiyle yapılan hukuksal işlemdeki diğer kusurlar, örneğin yetkisiz temsilcinin işlem temeli hakkında üçüncü kişiyi aldatması, BK.m.39/f.II’deki olumlu zarardan sorumluluğun doğumunda dikkate alınmaz. Bkz. Landtwing, **a.g.e.**, s. 50; Koller, **a.g.e.**, Rn. 399; 412; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 178; Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 27-28.

²²⁶ Hâkim, BK.m.43/f.I’ın tanıdığı yetkiye dayanarak, olumlu zararın nakden veya aynen tazmin edilmesine karar verebilir. Aynen tazmine karar verilen hâllerde, yetkisiz temsilci ile üçüncü şahıs arasındaki geçersiz sözleşme pratik olarak geçerliymiş gibi bir sonuç doğuracaktır. Çünkü bu ihtimalde, yetkisiz temsilci, temsil yetkisi bulunsaydı temsil olunanın yerine getirmekle yükümlü olacağı edimi, tazminat olarak diğer sözleşmeye ifa etme borcu altına girer. Örneğin yetkisiz temsilci,

yetkisiz temsilcinin kusurunun ağırlığı, üçüncü kişinin uğradığı zarar miktarı ve tarafların ekonomik durumları etkili olacaktır²²⁷. BK.m.39/f.II uyarınca hâkime tanınmış olan takdir yetkisi, sadece olumlu zararın tazmin edilip edilmemesiyle ilgili değildir; hâkim ayrıca tazminatın miktarını da takdir yetkisi çerçevesinde belirleyecektir²²⁸.

Yetkisiz temsilci kusurlu olmasına karşın hakkaniyet daha fazla zararın tazmin edilmesini gerektirmiyorsa, hâkim, BK.m.39/f.I uyarınca yalnızca olumsuz zararın giderilmesine hükmedecektir. Zira BK.m.39/f.II'ye göre olumlu zararın talep edilebilmesi için, kusur ve hakkaniyet şartları bir arada bulunmalıdır²²⁹.

BK.m.39/f.I ve II'de öngörülen sorumluluk rejimleri arasındaki farklılığı dikkate aldığımızda şunu söyleyebiliriz ki, BK.m.39 düzenlemesi öncelikle iyiniyetli üçüncü şahısların korunmasına yönelik olmakla birlikte, sadece olumsuz zarardan

üçüncü kişiye bir mal satmışsa, hâkim aynen tazmin olarak üçüncü kişinin ödeyeceği bedel karşısında yetkisiz temsilcinin böyle bir malı teslim etmesine karar verebilir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 403; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 179; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 205; Eren, **a.g.e.**, s. 416; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 138. Karş. Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 60.

Tabii aynen tazmine karar verebilmek için, amaçlanan sözleşmede kararlaştırılan edimin yalnızca temsil olunan tarafından yerine getirilebilir olmaması gerekir; aksi hâlde sadece nakden tazmin yöntemine başvurulabilir.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hâkim, BK.m.39/f.II uyarınca olumlu zarara hükmettiği takdirde, üçüncü kişi de kendi karşı edimini yerine getirme borcu altına girer. Olumlu zarar eğer nakden gideriliyorsa, fark teorisi, aynen gideriliyorsa değişim teorisi uygulama alanı bulur. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 179.

²²⁷ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 178; Koller, **a.g.e.**, Rn. 413; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 16; ORKomm/Schöbi, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 11.

²²⁸ BK.m.39/f.II uyarınca hükmedilecek tazminatın, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciyle yaptığı geçersiz sözleşmeden doğan ifa menfaatinin tamamını karşılaması, her zaman için gerekli değildir. Hâkim BK.m.42 vd. çerçevesinde, üçüncü kişinin olumlu zararının tamamının veya bir kısmının giderilmesine karar verebilir. Ancak tazminatın üst sınırı, hiçbir zaman üçüncü kişinin uğradığı olumlu zarar miktarını aşamaz. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 7; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 205; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 16; Eren, **a.g.e.**, s. 416.

²²⁹ Koller'e göre, yetkisiz temsilcinin sadece hafif kusuru varsa, onun üçüncü kişinin olumlu zararından sorumlu tutulabilmesi için ayrıca bazı özel hakkaniyet sebeplerinin de (örneğin yetkisiz temsilci ekonomik açıdan iyi durumda olmasına karşın, üçüncü kişinin mali zorluklar yaşaması gibi) gerçekleşmiş olması gerekir. Yetkisiz temsilcinin kastı ya da ağır ihmalinin bulunduğu hâllerde ise, BK.m.39/f.II'nin uygulanması için ayrıca özel hakkaniyet sebeplerinin bulunmasına ihtiyaç yoktur. Bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 402; 413.

Kanaatimizce bu görüş, BK.m.39/f.II'nin düzenlemesine açıkça ters düşmektedir. Zira kanun koyucu, olumlu zararın tazmini bakımından kusurun her derecesi için hakkaniyet şartını gerekli görmüştür. Bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 30.

sorumluluğu öngören birinci fıkra, aynı zamanda kusursuz yetkisiz temsilcinin korunmasına da hizmet etmektedir²³⁰.

Şu hususu yeniden hatırlatmak gerekirse, hâkimin BK.m.39/f.II'nin uygulanmasına karar vermesi, hem olumlu hem de olumsuz zararın birlikte tazmin edilmesi anlamına gelmez²³¹. Zira daha önceden de belirttiğimiz üzere²³², farklı hesaplama esaslarına dayanan bu iki ayrı zarar türünün aynı olayda birlikte talep edilmesi asla mümkün değildir. BK.m.39/f.II düzenlemesi hâkime, hakkaniyet gerektiriyorsa, olumsuz zarar *yerine* olumlu zararın tazmin edilmesine karar verme yetkisini sağlayan bir hükümden ibarettir²³³. Yine bu bağlamda, BK.m.39/f.II'ye dayanarak, tazminatın bir kısmının olumsuz, diğer kısmının da olumlu menfaat çerçevesinde hesaplanması da mümkün değildir; çünkü zarar türleri arasında karma yöntem yasağı, buna kesinlikle engeldir.

BK.m.39/f.I-II'de iki farklı menfaat türünün düzenlenmesinin nedeni, olumlu zararın daima olumsuz zarardan fazla olacağı düşüncesidir. Ne var ki, bu yaklaşım tarzı doğru değildir; zira bazı hâllerde uğranılan olumsuz zararı miktarı, pekâlâ amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatini de aşabilir²³⁴.

Karşılaştırma yapmak amacıyla Alman hukukuna da değinecek olursak, BGB sisteminde öne çıkan şu hususlar zikredilmeye değerdir: BGB § 179 hükmü,

²³⁰ Koller, **a.g.e.**, Rn. 400-401.

²³¹ Koller, **a.g.e.**, Rn. 415.

²³² Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 c.

²³³ Bu yapısı itibarıyla BK.m.39 hükmünün, değiştirici yenilik doğuran beyanla kullanılacak bir seçim hakkını düzenlediğini iddia etmek de mümkün değildir. Aksi hâlde, bunlardan birisini talep eden zarar görenin seçimiyle bağlı olduğunu kabul etmek gerekir ki, bunun isabetli sonuçlar doğuracağı açıktır. Söz gelimi, BK.m.39/f.II uyarınca olumlu zarar talebi ileri sürülmüş ve yetkisiz temsilci de kusursuz olduğunu ispat etmişse ya da hakkaniyet şartı gerçekleşmemişse, iyiniyetli üçüncü kişi hiç tazminat elde edememe riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Hâlbuki onun, BK.m.39/f.I'deki kusursuz objektif sorumluluktan yararlanmasına izin vermemenin hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Kısacası zarar görenin, BK.m.39'a dayanarak olumsuz ya da olumlu zarar talebinde bulunması, ona tanınmış olan bir seçimlik hakkın kullanılması değildir; bunlardan hangisinin giderileceğine karar verme yetkisi münhasıran hâkimin takdirindedir. Bkz. BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 9. Aksi yönde bkz. Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 60.

Şayet üçüncü kişi yalnızca olumsuz zarar talebinde bulunmuşsa, BK.m.39/f.II'nin şartları gerçekleşmiş olsa bile, netice taleple bağlı olan hâkim, usul hukukundan kaynaklanan sebeplerle daha fazla miktardaki olumlu zararın tazminine hükmedemeyecektir; meğerki daha sonradan davalının rızası veya ıslah yoluyla talebin miktarı artırılmış olsun.

²³⁴ Hükmedilecek olumsuz zarar tazminatının, olumlu zararlar sınırlı olup olmadığı hususunda bkz. aş. IV. Bölüm, B 6 a.

BK.m.39'a benzer bir şekilde, yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmamasına (temsil yetkisi eksikliğini bilip bilmemesine) bağlı olarak basamaklı bir sorumluluk rejimi öngörmüştür²³⁵. Bununla beraber, Alman hukukundaki BGB § 179, bizim BK.m.39'dan biraz daha farklı şekilde kaleme alınmıştır. Şöyle ki, yetkisiz temsilci, temsil yetkisi eksikliğini veya yetki verme işleminin iptal edilebilirliğini biliyorsa, BGB § 179/f.I'e göre üçüncü kişi yetkisiz temsilciden ifa veya olumlu zararının giderilmesini istemek yolunda bir seçimlik hakka (BGB § 262 vd.) sahiptir. Yani üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden, sözleşme geçerli olsaydı temsil olunanın borç altına gireceği edimi bizzat yerine getirmesini²³⁶ veya sözleşme temsil olunan tarafından ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı farazî durumun nakden²³⁷ sağlanmasını talep etme yetkisine sahiptir²³⁸. Hâlbuki İsviçre ve Türk hukuklarında ise, BK.m.39/f.II'de ü-

²³⁵ BGB'nin ilk tasarısındaki § 125 düzenlemesinde, daha katı bir sorumluluk rejimi öngörülmüştü. Şöyle ki, diğer sözleşen temsil yetkisi eksikliğini bilmiyorsa, yetkisiz temsilci daima ifa ya da olumlu tazminatla sorumlu tutulmuştu. Ancak daha sonraki komisyon çalışmalarında, bu sert sorumluluk yumuşatılmış ve yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmamasına göre basamaklı bir sorumluluk getirilmiştir. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 803-804.

²³⁶ Üçüncü kişi, şayet seçimlik hakkını sözleşmenin ifasından yana kullanırsa, o da, temsil olunan için vaad ettiği edimi, yetkisiz temsilciye karşı yerine getirme borcu altına girer. Bkz. KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 22; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 449; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 20.

İfa talebine ilişkin seçim hakkının kullanılmasıyla birlikte, yetkisiz temsilci, sözleşmenin tarafı hâline gelmemekte; onun ile üçüncü kişi arasında, amaçlanan sözleşmeyle içerik olarak aynı olan yasal borç ilişkisi meydana gelmektedir. Böylece iyiniyetli üçüncü kişi sözleşme geçerli olsaydı elde edebileceği haklara ulaşırken, yetkisiz temsilci de, temsil olunanın sahip olacağı aynı hakları üçüncü kişiye karşı bizzat kullanabilme imkânına kavuşmaktadır; yeter ki karşı sözleşen, yetkisiz temsilciden ifa talebinde bulunmuş olsun. Bkz. Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 8; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 20; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 449, dn. 94; Flume, **a.g.e.**, s. 806; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 15; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 19-20; ayrıca bkz. ve karşı. Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 12 vd.; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 15 vd.; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 32 vd.; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 16.

²³⁷ BGB § 179/f.I'de, ifa yerine seçimlik olarak düzenlenmiş olumlu zarar tazminatının yalnızca nakden hesaplanacağı, aynen tazmin yönteminin burada uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s. 447-448; Flume, **a.g.e.**, s. 806; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 23; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 21; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 36; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 16; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 17; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 16; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 9; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 179-181, dn. 169.

²³⁸ Üçüncü kişinin, sözleşmenin aynen ifası yerine olumlu zararının nakden tazmin edilmesini talep etmesinin altında şu tarz sebepler olabilir: Ya sözleşmede kararlaştırılan edim yalnızca temsil olunan tarafından yerine getirilebilecek niteliktedir ya da böyle olmasa bile, üçüncü kişi, kararlaştırılan edimin yetkisiz temsilci aracılığıyla ifa edilmesini (güvensizlik vs. nedenlerle) istememektedir. Seçimlik hakkın tazminat yönünde kullanılmasıyla birlikte üçüncü kişi, artık kendi edimini yerine getirmekten de kurtulmuş olur.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, BGB § 179/f.I çerçevesinde hesaplanacak olumlu zarar tazminatında fark teorisi uygulama alanı bulacaktır. Bkz. von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/2**, s.

çüncü kişiye böyle bir seçimlik hak tanınmamıştır; yetkisiz temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin de gerektirmesi şartıyla hâkime olumlu zarara hükmetme imkânı verilmesinden öte bir düzenleme bizim hukukumuzda bulunmamaktadır²³⁹. Yetkisiz temsilci, temsil yetkisine sahip bulunmadığını bilmiyorsa, BGB § 179/f.II uyarınca işlem yaptığı karşı yanın olumsuz zararını tazmin etme yükümlülüğü altına girer²⁴⁰. Burada dikkat etmek gerekir ki, yetkisiz temsilcinin BGB § 179/f.I uyarınca ifa veya olumlu zararlarla sorumlu tutulabilmesi için, onun yetki eksikliğini biliyor olması (müspet vukuf) şartı aranmış; bu husustaki ağır ihmali dahi yeterli görülmemiştir²⁴¹. Bilme dışındaki her türlü kusur ya da kusursuzluk hâllerinde, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu olumsuz zararlarla sınırlanmıştır. Tıpkı BK.m.39/f.I'de olduğu gibi yetkisiz temsilcinin objektif olumsuz zarardan sorumluluğunu düzenleyen BGB § 179/f.II hükmünün İsviçre ve Türk hukuklarından farklı yanı, tazmin edilecek olumsuz zarar miktarını, sözleşmenin geçerli olması durumunda elde edilecek olan ifa menfaatiyle açıkça sınırlamış olmasıdır.

2. Borçlar Kanununda Bulunmayan Tipik Olumsuz Zarardan Sorumluluk Hâlleri

Daha önce çeşitli defalarla belirttiğimiz üzere, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâller, sadece Borçlar Kanunumuzdaki münferit düzenlemelerden ibaret değildir. Bu hükümlerden başka, olumsuz zarardan sorumluluğun en önemli

448; KommBGB/Habermeier, **a.g.e.**, § 179, Rn. 23; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 49, Rn. 21; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 16; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 17.

²³⁹ Hâkimin, BK.m.39/f.II'deki olumlu zararın BK.m.43/f.I uyarınca aynen tazmin edilmesine karar verdiği hâllerde, BGB § 179/f.I'deki ifa talebiyle benzer sonuçlar pratik olarak tesis edilmiş olur.

²⁴⁰ Alman hukukundaki baskın görüşe göre, BGB § 179/f.I-II'deki talepler, yetkisiz temsilciyle işlem yapan üçüncü şahsın sözleşme geçerli olsaydı temsil olunandan elde edebileceği miktarla sınırlıdır. Bunu belirleyecek olan temsil olunanın ekonomik durumudur; şayet temsil olunanın yeterli malvarlığı yoksa, temsilcinin BGB § 179'daki sorumluluğu da sona erer. Bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 806-808; PWW Komm/Frensch, **a.g.e.**, § 179, Rn. 8; Staudinger/Schilken, **a.g.e.**, § 179, Rn. 15; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 179, Rn 1a; MünchKomm/Schramm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 34; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 179, Rn. 8; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 16; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 15; 18.

Kanaatimizce bu görüşü isabetli bulmak mümkün değildir. Zira sözleşme görüşmeleri aşamasındaki davranış yükümlülüklerine aykırı hareket ederek işlem yaptığı karşı tarafta uyandırdığı güveni ihlal eden yetkisiz temsilci, bağımsız bir sorumluluk rejimi altına girmektedir. Onun sorumluluğunun kapsamı, temsil olunana hiçbir şekilde bağlı değildir. Aksi yöndeki düşünüş tarzı, yetkisiz temsilci için getirilen yasal garanti sorumluluğunun amacına tümüyle ters düşmektedir.

²⁴¹ Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18.

kaynağı, Jhering'in culpa in contrahendo öğretisidir. Zaten Borçlar Kanunumuzda yer alan olumsuz zarara ilişkin hükümlerin birçoğunun temelinde de, culpa in contrahendo sorumluluğu bulunmaktadır.

Sözleşmenin hiç kurulmadığı ya da baştan itibaren hükümsüz olduğu hâllerde ortaya çıkan ve henüz yazılı bir kurala bağlanmamış olan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, gerek culpa in contrahendo sorumluluğundan gerek Borçlar Kanunumuzdaki benzer düzenlemelerin (BK.m.26, 31/f.II, 39) kıyas yoluyla uygulanmasından elde edilirler.

Her bir hâli özel olarak incelemeye geçmeden önce hepsi bakımından ortak olan şu hususu yeniden belirtmek gerekir ki, burada yer verilen olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinin temelinde, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan MK.m.2 kaynaklı edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine aykırılık bulunmaktadır. Buna göre sözleşme görüşmeleri esnasında karşı yana zarar vermemek için gerektiği şekilde davranmayan taraf, ifa yükümlülüğü altında olmasa ve kanunda özel bir hüküm bulunmasa bile, diğer yanın olumsuz menfaatini tazmin etmek zorundadır²⁴². Ancak tarafların amaçlamış oldukları sözleşmenin hükümsüz olmasının her zaman için olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğurmadığını, yani sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmediğini de vurgulamak gerekir. Özellikle de taraflardan birinin açıklama yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve bu sebeple culpa in contrahendo esasları uyarınca olumsuz zarardan sorumlu olduğunu söyleyebilmemiz için bazı sıkı şartların varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. Zira Federal Mahkeme'nin de belirttiği gibi²⁴³, karşı yanı tüm esaslı noktalarda aydınlatma yönünde sözleşme taraflarına isabet eden genel bir yükümlülük bulunmamaktadır; her bir taraf, o sözleşme ilişkisiyle ilgili gerekli bilgileri kural olarak kendisi edinmek zorundadır.

²⁴² BSK OR I/Schwenzer, a.g.e., Art.19/20, Rn. 59; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 718; Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1991, Art. 19-20, Rn. 404; Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 217.

²⁴³ BGE 92 II 334; 101 Ib 432.

a. Sözleşmenin Yokluğunda

Daha önceden de vurguladığımız gibi, olumsuz zarardan sorumluluk sadece geçersiz olarak yapılan sözleşmelerden değil, ayrıca bir sözleşmenin kurulması aşamasına ulaşmayan işlemele temaslardan da doğabilir. Zira olumsuz zarardan sorumluluğun kaynağı, taraflar arasındaki mevcut bir sözleşme bağı değil, sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelenlerin yürüttüğü güven temeline dayalı görüşmelerdir.

Sözleşmenin yokluğu olarak nitelendirilebilecek bu hâlin kapsamına giren ihtimalleri önceden birer birer saymak olası değildir; ancak hepsi bakımından ortak olan husus, sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı uygun irade beyanlarının bulunmamasıdır (BK.m.1).

Karşılaşılacak olayların bu denli çeşitliliğine karşın, anlatımda kolaylık sağlamak üzere, olumsuz zarardan sorumluluk ekseninde bazı ana gruplandırmalar yapılabilir:

(1) Açık Uyuşmazlıkta

Tarafların birbirine uygun irade beyanında bulunmadığının açıkça belirgin olduğu hâllerde (*açık uyuşmazlık*), sözleşmenin kurulduğuna güvenip masraflar yapan veya malvarlığında bir takım azalmalar yaşayan kimse, diğer görüşmeciden olumsuz zararının karşılanmasını isteyemeyecektir. Zira zarara uğradığını ileri süren kimse, karşı taraf ile arasındaki açık irade uyuşmazlığını fark etmek zorunda olup, onun bu hususta korunacak haklı bir güveni bulunamamaktadır²⁴⁴.

(2) Gizli Uyuşmazlıkta

Gizli uyuşmazlıkta olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün ortaya çıkışı, uyuşmanın meydana geliş biçimine (iki veya tek taraflı oluşuna) göre farklılık arz eder. İki taraflı gizli uyuşmazlık hâlinde, her iki görüşmeci de irade beyanlarının birbirine uygun olduğu ve böylece sözleşmenin kurulduğu yönünde bir inanca sahip olduğundan, olumsuz zarardan sorumluluk için gerekli olan kusur şartı gerçekleşmiş olur²⁴⁵; her biri kendi zararına katlanmak zorundadır. Buna karşılık tek taraflı gizli uyuşmazlık hâlinde ise, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden söz etmek

²⁴⁴ Keller, M., a.g.e., s. 155-156.

²⁴⁵ Keller, M., a.g.e., s. 156.

mümkün olabilir. Şöyle ki, uyuşmazlığı bilen veya bilmesi gereken taraf, iyiniyetli diğer görüşmecide sözleşmenin kurulduğuna dair bir güven yaratmışsa, bu güveni kusuruyla boşa çıkarmasından ötürü meydana gelen zararları tazmin etme yükümlülüğü altına girer²⁴⁶.

(3) Maddî Cebirde

Manevî unsur içeren korkutmadan farklı olarak, maddî cebirde iradenin hiç mevcut olmadığı kabul edildiği için yokluk hâli söz konusudur²⁴⁷. Bu tarz durumlarda (*vis absoluta*), çoğu zaman zarar görenin iyiniyetli olmaması (maddî cebiri bilmesi ya da bilmesi gerekmesi) ve maddî cebire uğrayan kimseye herhangi bir kusur isnad edilememesi nedeniyle olumsuz zarardan sorumluluğun şartları gerçekleşmiş olmaz. Bununla beraber şöyle bir istisnai hâl düşünülebilir²⁴⁸: Eğer maddî cebir bir üçüncü şahsın fiili olup da, buna maruz kalan kimse kusurluysa ve zarar gören kimse, onun ile arasında geçerli bir sözleşme kurulduğuna inanmakta haklı ise, iyiniyetli zarar gören, olumsuz menfaatinin giderilmesini, cebre uğrayan kimseden talep etme hakkına sahip olur²⁴⁹.

Maddî cebirin amaçlanan sözleşmeyi yapmak isteyen kişi tarafından doğrudan doğruya yapıldığı durumlarda ise, irade beyanında bulunmaya zorlanan kimse- nin, uğramış olduğu kayıpların giderilmesini, cebir uygulayan karşı taraftan talep edebileceği şüphesizdir. Fakat culpa in contrahendo esaslarına dayalı buradaki olumsuz zarar tazminatının, sözleşmenin geçerliliğine yönelik güven zararı niteliğinde olmayacağını gözden kaçırmamak gerekir.

²⁴⁶ Benzer yönde bkz. Huang, **a.g.e.**, s.65; bkz. ve karşı. Nickel, **a.g.e.**, s. 131 vd.

²⁴⁷ Maddî cebirle benzerlik gösteren bir diğer hâl ise, sözleşme yapma yönünde hiçbir iradesi bulunmayan bir kimseye ait belgenin, ondan habersiz olarak ya da farklı bir içerikle doldurularak işlem hayatına sokulmasıdır. Bu belgeye güvenerek zarar gören şahıslar, ancak görünürdeki işlem tarafının kusurunun bulunması hâlinde tazminat isteminde bulunabilirler. Olumsuz zarardan sorumluluğun doğumuna yol açacak bir kusur, örneğin belgenin saklanması yeterli önlemleri almama şeklinde ortaya çıkabilir. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 157-158; kusurun varlığını aramayan görüş için bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 202 vd.

²⁴⁸ Melliger, **a.g.e.**, s. 200-201; Keller, M., **a.g.e.**, s. 156-157.

²⁴⁹ Bu ihtimalde, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan BK.m.29/f.II'den kıyasen de olsa yararlanmak mümkün değildir. Zira kusursuz sorumluluk hâlleri istisna olup, kanunda açıkça düzenleme bulunması şartıyla uygulama alanı bulurlar.

(4) Geç Ulaşan Öneri veya Kabul Beyanında

Geç ulaşan öneri veya kabul beyanı, kimi durumlarda öneride bulunan taraf bakımından olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne yol açabilir²⁵⁰. Şöyle ki, süreye bağlı olarak yapılan ve vaktinde ulaşan öneri için gönderilen kabul haberi zamanında ulaşmamışsa, öneride bulunan, sözleşmenin kurulmadığını karşı tarafa bildirmekle yükümlü değildir. Ne var ki bazı hâllerde öneren, dürüstlük kuralı gereğince kabul beyanının kendisine geç ulaştığını bildirmekle yükümlü olabilir. Öneride bulunanın bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, sözleşmenin kurulmasını sağlamayacaksa da (BK.m.3)²⁵¹, kabul beyanında bulunan iyiniyetli tarafın olumsuz menfaatinin korunması bakımından elverişli bir hukukî zemin hazırlar. Zira öneride bulunan, kabul haberinin geç ulaştığını bildirmemekle, bundan haberdar olmayan diğer tarafta sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu yönünde bir güven oluşmasına sebebiyet vermiş olur. Daha sonradan anlaşılan sözleşmenin kurulmadığı gerçeği, kabul beyanında bulunan tarafın beslediği haklı güvenin boşa çıkmasına yol açar.

Önerinin bir süreye bağlanmadığı hâllerde, şayet öneri muhataba geç ulaşmış ve öneride bulunan önerisinin geciktiğini bilmiyorsa, normal bekleme süresinden sonra gelen kabul haberiyle birlikte sözleşme yine kurulmuş olmaz (BK.m.5/f.I-II). Ancak bu kabul beyanı yeni bir öneri sayılır ve önce öneride bulunan, bunu kabul edip etmemekte serbesttir. Fakat bazı hâllerde evvelki öneri sahibi, dürüstlük kuralı gereği bildirimde bulunma yükümlülüğü altında olabilir. Örnek olarak kabul beyanında bulunan taraf, gerekli çabayı göstermesine rağmen önerinin bağlayıcılık süresini hesaplayamamış olabilir (e-mail ya da mektupta tarihlerin silik çıkması gibi). Bu yükümlülüğün ihlali durumunda, sözleşme kurulmuş olmasa da²⁵², önce öneride bu-

²⁵⁰ Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, önerinin bağlayıcılığı ilkesi benimsenmiş olduğundan (BGB § 145; ABGB § 862; BK.m.3, 5), burada belirttiğimiz ihtimaller dışında muhatabın güven sorumluluğu çerçevesinde korunmasına kural olarak ihtiyaç bulunmamaktadır.

²⁵¹ Hazır olmayan şahıslar arasında herhangi bir süre tayin edilmeden yapılan önerilerde, sözleşmenin kurulduğu faraziyesini getiren BK.m.5/f.III hükmünü, süreye bağlı olarak yapılan önerilere uygulama eğiliminde olan yazarların bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 185, dn. 29; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 182; Becker, **a.g.e.**, Art. 3, Rn. 5; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 9, dn. 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 91; Keller, M., **a.g.e.**, s. 120-121; aksi görüş için bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 3, Rn. 4; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 54.

²⁵² Önceki öneri sahibinin, yeni öneriye red cevabı vermemesinin zımnî kabul anlamına geldiği hâllerde ise, sözleşme kurulmuş olarak kabul edileceğinden olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmayacaktır.

lunan taraf, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulduğuna güvenen karşı yanın (kabul beyanında bulunanın) olumsuz zararını tazmin etmek zorunda kalır²⁵³.

Önerinin, hazır olmayan şahıslar arasında bir süreye bağlı olmaksızın yapıldığı hâllerde ise, zamanında gönderilen kabul haberinin geç ulaştığının bildirilmemesi, süreli önerilerden farklı olarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün doğumuna yol açmaz. Zira kabul haberinin zamanında gönderildiğini anlayıp bilebilecek durumda olan öneren²⁵⁴, yükümlülüğünü ihlal ederek kabul haberinin geç ulaştığını diğer tarafa bildirmezse, amaçlanan sözleşme taraflar arasında kanun uyarınca (*ex lege*) kurulmuş olur (BK.m.5/f.III)²⁵⁵. İfa menfaatinin istenebileceği bu ihtimalde, artık sözleşmenin hükümsüzlüğüne bağlı olumsuz zarardan sorumluluktan söz edilemez.

(5) Sözleşme Görüşmelerinin Yarıda Kesilmesinde

Borçlar hukukumuzda hâkim olan irade serbestîsi ilkesi gereğince, sözleşme görüşmelerine başlayan kimsenin amaçlanan sözleşmeyi mutlaka yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi, culpa in contrahendo teorisi açısından kural olarak bir sorumluluk nedeni oluşturmaz²⁵⁶. Zira görüşmeler aşamasında ortaya çıkan hukukî ilişki, henüz bir kesinliğe ulaşmış değildir; taraflar birbirlerine hukuken bağlanmamış olup, aralarında askıda bulunan bir ilişki (*ein Schwebezustand*) söz konusudur. İrade özgürlüğünün en üst seviyede olduğu bu evrede taraflar, karşı yanın durumunu ortaya koymaya ve kendi zaaflarını kapatmaya yönelik bir taktik çerçevesinde hareket ederler. Görüşmeleri sona erdirenin, diğer tarafa bunun sebebini bildirmesi de gerekmez; çünkü sözleşme görüşmelerine

²⁵³ Keller, M., *a.g.e.*, s. 170; Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s. 56.

²⁵⁴ Önerenin kabul haberinin zamanında gönderildiğini anlayıp bilebilecek durumda olması, BK.m.5/f.III'ün metninde bulunmasa da, bu şart için doğası gereği aranacaktır. Nitekim BGB § 149'da bu hususa açıkça yer verilmiştir.

²⁵⁵ BK.m.5/f.III düzenlemesi, Alman hukukunda yer alan BGB § 149'dan etkilenmiştir. Hâlbuki eski İsviçre Borçlar Kanunu m.5/b.II'de daha farklı bir düzenleme yer almaktaydı: Eski hüküm, öneride bulunana sözleşmeyi kurulmuş kabul etmek ya da geçersiz saymak şeklinde bir seçim hakkı tanımaktaydı. Öneride bulunan ikinci şikkî seçerse, bu durumu derhal karşı tarafa bildirmek zorundaydı. Aksi hâlde, sözleşmenin kurulduğu yönünde karşı tarafta oluşan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olurdu. Görüldüğü üzere eski İsviçre Borçlar Kanunu, kabul haberinin geç ulaştığının bildirilmemesi durumunda, sözleşmenin kuruluşunu değil; olumsuz zarara yönelmiş tazminat yükümlülüğünü düzenlemişti. Bkz. Rabel, *a.g.m.*, s. 307-308; Gonzenbach, *a.g.e.*, s. 9-10; Bucher, *a.g.e.*, s. 280, dn. 11.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Soergel/Wiedemann, *a.g.e.*, § 275, Vorbem. 130 vd.

başlayan herkes, görüşmelerin kesilebileceğini önceden hesaba katmak zorundadır²⁵⁷. Dolayısıyla sözleşmenin kurulacağı yönünde beklentisi olan tarafın, görüşmelerin ani ve beklenmedik şekilde kesilmesi yüzünden zarara uğramış olması (seyahat, danışma, proje masrafları vs), herhangi bir sorumluluğa yol açmaz²⁵⁸; görüşmeler aşamasında her bir taraf bu rizikoyu üstlenmek zorundadır²⁵⁹. Karşı yanın malvarlığı azalmalarını tazmin etme yönünde kabul edilecek aksi bir çözüm, sözleşme yapma serbestisiyle bağdaşmaz²⁶⁰.

Culpa in contrahendo esaslarına dayalı olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü²⁶¹, görüşmeleri terk eden tarafın, diğer yanda uyandırdığı güveni ağır biçimde ihlal ettiği ya da sözleşme yapma niyeti olmaksızın²⁶² diğer görüşmeciye zarar ver-

²⁵⁷ Taraflardan birisinin, sözleşme yapıp yapmamakta serbest olduğunu görüşmeler sırasında diğer yana söz ya da davranışlarıyla açıkladığı hâllerde, culpa in contrahendo'dan kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü evleviyetle doğmayacaktır. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 94; Hüsken, **a.g.m.**, s. 132

²⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 29.10.2001 tarihli ve 4C.152/2001 sayılı kararında da belirttiği üzere, taraflar arasındaki dostluk ilişkisi, sözleşme görüşmelerinin uzun sürmesi ya da karşı tarafın bir takım masraflar yaptığını bilme gibi olgular, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumunu tek başına sağlamaya yeterli değildir. Federal Mahkeme, önüne gelen bir olayda bu gerekçelerle davalının culpa in contrahendo sorumluluğu altında olmadığını belirterek, davacının tazminat talebini reddetmiştir. Bkz. www.bger.ch/jurisdiction-recht.

Fransızca kaleme alınmış olan bu karara yönelik değerlendirmeler için bkz. Stephan Hartmann, "Der Abbruch der Vertragsverhandlungen als Enttäuschung von Vertrauen: Bemerkungen im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil 4C.152/2001 vom 29. Oktober 2001", **ZBJV**, 2003, s. 516 vd.

Kanaatimizce de, Federal Mahkeme bu gerekçelerinde haklıdır. Çünkü aksi takdirde, sözleşme görüşmelerine giren herkes, masraflar yapmak suretiyle diğer tarafı amaçlanan sözleşmeyi yapmaya ya da tazminat ödemeye zorlama imkânına kavuşmuş olur. Ayrıca sözleşme görüşmelerinin, işin doğası gereği taraflar için her zaman bazı masraflar çıkardığını düşündüğümüzde, bu gerekçenin isabet derecesi daha da anlaşılır hâle gelir. Ancak bu kurala şöyle bir istisna tanınmaktadır: Şayet taraflardan birisi, ancak sözleşmenin kurulmasıyla anlam kazanacak bir takım masraflar (örneğin yatırımlar) yapmayı önceden planlamış ve görüşmeler sırasında uyandırılan güven çerçevesinde bunları hayata geçirmeye başlamışsa, bu durumdan haberdar olan karşı görüşmeci, sözleşme yapma iradesinin henüz kesin olarak oluşmadığını dürüstlük kuralı uyarınca bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, culpa in contrahendo'ya dayalı olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü altına girer. Bkz. ve karşı. Hartmann, **a.g.m.**, s. 532; Reinhard Singer, "Vertrauenshaftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen", **Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung: Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag**, München, Verlag C.H.Beck, 2002, s. 140-141.

²⁵⁹ BGE 119 II 40 = Die Praxis 84, 45 vd.

²⁶⁰ Böyle bir çözüm, işlemsel temas hâlinde bulunan tarafların amaçlanan sözleşmeyi yapması yönünde dolaylı bir zorlama teşkil eder. Karş. Singer, **a.g.m.**, s. 147-148.

²⁶¹ Bu ihtimalde olumlu zararın tazmini, dürüstlük kuralının haklı kıldığı istisnai hâllerde yalnızca söz konusu olabilir. Bkz. Dieter Medicus, Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen?, **Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992**, Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1992, s. 547 vd.

²⁶² Sözleşme yapma niyeti olmadığı için görüşmeleri yarıda kesen tarafın culpa in contrahendo esaslarına göre sorumlu olacağı şüphesiz ise de, bunun ispatı her zaman için kolay değildir. Bu tarz du-

mek amacıyla hareket ettiği hâllerde ancak söz konusu olabilir²⁶³. Fakat dikkat etmek gerekir ki, bu tarz durumlarda zararı doğuran olay, amaçlanan sözleşmenin yapılmamış olması değil; sözleşme yapma niyeti bulunmayan ya da görüşmeleri yarıda bırakan kimsenin, sözleşmenin kurulacağı yönünde karşı tarafta yaratmış olduğu güveni kendi çelişkili davranışlarıyla boşa çıkarmasıdır (*venire contra factum proprium*)²⁶⁴. Uygulama ve doktrininin sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne ilişkin olarak kabul etmiş olduğu bu esaslar, uluslararası metinlerde de kendisine yer bulmuştur. Öyle ki, The Principles of European Contract Law Art.2:301 ve UNIDROIT-Principles of International Commercial

rumlarda, görüşmecinin sözleşme yapma niyetinin bulunmadığını açıkça ortaya koyan emarelere ihtiyaç vardır; zira sözleşme görüşmelerine giren herkesin, amaçlanan sözleşmenin kurulmasında menfaati bulunduğu bir karine olarak kabul edilir.

Görüşmecinin başlangıçta sahip olduğu sözleşme yapma niyetinin sonradan değiştiği ya da amaçlanan sözleşmeyi yapabilecek konumda olmadığını bilmesine rağmen işlemsel teması yürüttüğü ve böylece karşı yanda güven uyandırdığı hâllerde de, olumsuz zarara yönelmiş culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olur. Bkz. Kramer, **Berner Komm.**, Art. 22, Rn. 14.

²⁶³ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 193; von Büren, **a.g.e.**, s. 211; Keller, M., **a.g.e.**, s. 288-289 (ancak aynı yazar karşı. s. 300); Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 15; 93 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1085; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 22, Rn. 12 vd.; Schwenzler, **a.g.m.**, s. 673; Bucher, **a.g.e.**, s. 281-282; Hüskén, **a.g.m.**, s. 131 vd.; Dagmar Kaiser, "Schadensersatz aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Verträge", **JZ**, 1997, s. 448 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 235; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 380; Lauer, **a.g.e.**, s. 312-313; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 241; ayrıca bkz. Yarg. 3. HD., 15.09.1997 t., E. 6603, K. 8864 (Karahasan, **C. 2**, s. 916-918); BGE 80 II 37 vd.; 105 II 79 vd. Bkz. ve karşı. Nickel, **a.g.e.**, s. 136 vd.

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang Küpper, **Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker&Humblot, 1988, s. 173 vd.; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 109 vd.

²⁶⁴ Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, buradaki sorumluluğun doğumu için genel ilkelerden farklı olarak zarar verenin kusurunun belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Ancak bunun mutlaka kasıt derecesinde olmasına gerek yoktur.

Belirtmek gerekir ki, Alman Federal Mahkemesi, önüne gelen bazı olaylarda, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan güven sorumluluğunda kusuru aramamış; yanlış sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen BGB § 122'den kıyasen yararlanarak tazminata hükmetmiştir. Bkz. BGH WM 1969, s. 595-598; WM 1974, s. 508-510; WM 1989, s. 685-689. Federal Mahkeme başka kararlarında ise, yukarıda değindiğimiz prensipler çerçevesinde bir sonuç varmıştır; hatta daha da ileri giderek zarar verenin kasıtlı olarak hareket etmesini aramıştır. Bkz. BGH NJW 1975, 43-44; JZ 1984, s. 745-746; NJW 1996, 1884-1886. Federal Mahkemenin tutarlılık göstermeyen uygulaması hakkında bkz. Küpper, **a.g.e.**, s. 205 vd.; Hüskén, **a.g.m.**, s. 132-133.

Bazı yazarlar da, tıpkı Alman Federal Mahkemesi gibi, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden kaynaklanan güven sorumluluğunda kusuru aramamaktadır. Bkz. Larenz, **culpa in contrahendo**, s. 415 vd.; Singer, **a.g.m.**, s. 141 vd.; MünchKomm/Kramer, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5; biraz farklı olmakla birlikte ayrıca bkz. Barbara Grunewald, "Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund", **JZ**, 1984, s. 710; Huang, **a.g.e.**, s. 64; Keller, M., **a.g.e.**, s. 300; bkz. ve karşı. Götz von Craushaar, "Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses", **JuS**, 1971, s. 127-131.

Kusursuz güven sorumluluğunun eleştirisi için bkz. Pohlmann, **a.g.e.**, s. 155.

Contracts Art.2.1.15 hükümleri, yukarıdaki açıklamaları tekrar eden tarzda kaleme alınmışlardır.

İsviçre Federal Mahkemesinin de vurguladığı gibi²⁶⁵, işlemsel temasa girişen taraflar, sözleşme görüşmelerini gerçek arzuları doğrultusunda yürütmeli ve sözleşme yapma iradesi hakkında karşı yanda yanlış kanaatlerin oluşmasına sebebiyet vermemelidir. Fakat burada hemen vurgulanmalıdır ki, sözleşme yapıp yapmamakta kararsız olmak culpa in contrahendo sorumluluğuna kural olarak yol açmaz; zira bizatihi sözleşme görüşmelerinin amacı, tarafların sözleşme yapıp yapmama kararının oluşmasına katkıda bulunmaya (sözleşmenin faydalı ve elverişsiz yanlarını ortaya koymaya) yöneliktir²⁶⁶. Kaldı ki, işlemsel temas sırasında görüşmeciler, sözleşme yapma iradelerini tüm ayrıntılarıyla karşı yana açıklamak zorunda değillerdir; yalnızca diğer tarafın sözleşme görüşmelerini yürütme ve bu bağlamda masraflar yapma kararını etkilediği ölçüde bildirimde bulunma yükümlülüğü altındadırlar.

Sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesinin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğurup doğurmayacağı, yukarıdaki esaslar çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir²⁶⁷; fakat yine de vurgulamak gerekir ki, tarafların bir sözleşmeyle henüz birbirlerine bağlanmadığı; irade serbestîsinin geniş ölçüde hâkim olduğu bir evreyle karşı karşıya olduğumuz için, bu değerlendirmeyi yaparken fazla sıkı davranmamak gerekir. Sözleşmenin o şartlarla yapılmasının beklenilmez nitelikte olması, değişen ekonomik durumlar, karşı yanın uygun bir süre geçmesine rağmen sözleşme yapıp yapmayacağı hususunda hâlâ bir karara varamamış olması veya daha iyi başka bir teklifin varlığı, sözleşme görüşmelerini kesen tarafın olumsuz zarardan sorumluluk altına girmemesi için yeterli bir neden olarak kabul edilebilir²⁶⁸.

Yukarıda belirttiğimiz prensipler çerçevesinde doğacak olan olumsuz zarardan sorumluluk, sadece herhangi bir şekilde bağlı olmayan sözleşmelerde değil, ayrıca

²⁶⁵ Bkz. yuk. III. Bölüm, dn. 258’de anılan karar.

²⁶⁶ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 95; Hartmann, **a.g.m.**, s. 523; Kaiser, **a.g.m.**, s. 449.

²⁶⁷ Haklı neden kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Küpper, **a.g.e.**, s. 240 vd.; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 153.

²⁶⁸ Hüsken, **a.g.m.**, s. 132; PWW Komm/Medicus, **a.g.e.**, § 311, Rn. 49; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 111.

kanunî ya da iradî şekle tâbi sözleşmelerde de uygulama alanı bulur²⁶⁹. Örneğin en baştan beri sözleşme yapma niyeti bulunmayan görüşmecilerden birisi, yürütülen işlemsel temasın ardından amaçlanan sözleşmeyi şekle uygun olarak yapmaktan kaçınırsa²⁷⁰, güveni ağır biçimde ihlal edilen taraf, olumsuz menfaatinin giderilmesini talep etme hakkına sahip olur²⁷¹. Şeklin koruyucu etkiye sahip olması, karşı yanda uyandırdığı güveni dürüstlük kuralına aykırı davranışlarıyla boşa çıkaran görüşmenin güven sorumluluğu altına girmesini engellemez.

Ayrıca yine işaret etmek gerekir ki, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumu için sözleşme görüşmelerinin mutlaka hazırlar arasında yapılmış olması şart değildir; hazır olmayanlar arasında çeşitli vasıtalarla yürütülen (internet, faks vs.)²⁷² görüşmelerde de, aynı esaslar uyarınca olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar.

²⁶⁹ MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 247; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 22, Rn. 16; Hartmann, **a.g.m.**, s. 533 vd.; Hüsken, **a.g.m.**, s. 132-134; Bucher, **a.g.e.**, s. 282; Singer, **a.g.m.**, s. 149 vd.; özellikle s. 154-155; Kaiser, **a.g.m.**, s. 450; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 160 vd.; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 380. Aksi yönde bkz. Medicus, **Gutachten**, s. 499.

²⁷⁰ Şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin yokluğu, şeklin kurucu unsur olarak ön plana çıktığı hâllerde söz konusu olur; diğer durumlarda, her iki tarafın esaslı unsurlar üzerinde anlaşmasıyla birlikte sözleşme kurulmuş sayılır; fakat şekle aykırılıktan ötürü butlan engeline takılır. Doktrindeki yazaların büyük bir kısmının bu yönde bir ayırım yapmaksızın, konuyu “*sözleşme görüşmelerinin kesilmesi*” başlığı altında incelemeleri isabetli olmamıştır (örneğin bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Hartmann, **a.g.m.**, s. 533 vd.; Hüsken, **a.g.m.**, s. 132 vd.). Çünkü hem her iki hâlde varılacak sonuçlar aynı değildir (söz gelimi şekle aykırılık nedeniyle geçersizlikten farklı olarak yoklukta, MK.m.2 uyarınca sözleşmenin ayakta tutulması yoluna başvurulamaz) hem de ihlal edilen güven olguları, birbiriyle örtüşmez. Şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin butlanında, zarara uğrayan taraf sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ya da şekle aykırılığa rağmen ifa edileceği hususunda bir güven taşımaktadır. Hâlbuki şeklin gerçekleşmemesi nedeniyle yoklukta, zarar görenin güveni, görüşmelerin tamamlanarak sözleşmenin kurulacağı yönündedir.

²⁷¹ İrade beyanlarının güven teorisi çerçevesinde yorumu sayesinde taraflar arasında amaçlanan sözleşmenin ya da en azından bir ön sözleşmenin kurulduğunu kabul edebildiğimiz hâllerde, artık olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü hedefleyen culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurmaya gerek yoktur. Ancak bu sözleşme bağından kurtulmak isteyen tarafın yanılma sebebiyle sözleşmenin iptali veya sözleşmeden dönme yoluna başvurduğu hâllerde, BK.m.26 veya 108 uyarınca olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar.

²⁷² İlan veya katalog gönderme, BK.m.7/f.II uyarınca bir sözleşmeye bağlanma iradesini taşımadığından (genellikle öneriye davet olduğundan), sözleşme görüşmelerinin nedensiz kesilmesi, kural olarak karşı tarafın uyandırılan güveninin ihlali anlamına gelmez. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 94-95; ayrıca bkz. Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 213.

b. Ehliyetsizlikte

Ayırt etme gücüne sahip olmayanların yaptıkları hukukî işlemlerin MK.m.15 uyarınca kural olarak kesin hükümsüz olması²⁷³, bu geçersizlik yaptırımını nedeniyle zarara uğrayan karşı tarafın güven tazminatı talep edip edemeyeceği sorununu da beraberinde getirmektedir.

Culpa in contrahendo esaslarına bağlı olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün doğumu için prensip itibarıyla zarar verenin kusurlu olması şartı arandığından, ayırt etme gücüne sahip olmayan taraf, karşı sözleşenin olumsuz zararından sorumlu olmayacaktır. Zarar görenin, diğer tarafın ayırt etme gücüne sahip olmadığını bilmesi ve bilmesi gerekmemesi de, varılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira olumsuz zarardan sorumluluğunun doğumu için zarar görenin iyiniyetli olmasından başka, zarar verenin de kusurlu olması gerekmektedir. Kusurun bulunmadığı yerde, kanundaki istisnai düzenlemeler (BK.m.29/f.II, 39) haricinde olumsuz zarardan sorumluluğa da yer yoktur²⁷⁴. Ayırt etme gücü olmadığı hâlde işlemsel teması yürüten tarafın, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde diğer yanda oluşan güveni kusuruyla boşa çıkardığından bahsedilemez. Kusur ögesinin eksikliğinin yanında, karşı sözleşenin korunması gereken haklı bir güvene sahip bulunması (iyiniyetli olması) şartı da, olayların büyük bir çoğunluğunda gerçekleşmiş olmayacaktır.

Bununla beraber, BK.m.98/f.II'nin atfıyla borca ayırılık hâllerinde de uygulanacağı kabul edilen kusursuz sorumluluğa ilişkin BK.m.54/f.I hükmü sayesinde, ayırt etme gücünden yoksun olanların, belirli şartlar altında olumsuz zararı tazmin yüküm-

²⁷³ Keller'in ayırt etme gücüne sahip olmayanların yaptıkları hukukî işlemin yoklukla sakat olduğunu ileri sürmesi, kanaatimizce isabetli olmamıştır. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 159.

²⁷⁴ BK.m.39/f.I'in zaten kusurdan bağımsız garanti sorumluluğu getirmiş olduğundan hareketle, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği hâllerde, onun iyiniyetli karşı yanın olumsuz zararından bu madde uyarınca sorumlu tutulmak istenmesi mümkün değildir. Çünkü daha önceden de vurguladığımız gibi (bkz. yuk. II. Bölüm, C 3), sınırlı ehliyetsizlerin yetkisiz temsilci olarak ortaya çıktığı durumlarda, onları korumak amacıyla olumsuz zarardan sorumluluk, BK.m.39 hükmüne değil, kusur esasına bağlı MK.m.452/f.II'ye dayandırılmaktadır. Buradan hareketle daha fazla korunmaya ihtiyaç duyduğu şüphesiz olan tam ehliyetsiz yetkisiz temsilcilerin de, evleviyetle BK.m.39'daki sorumluluk rejimine tâbi tutulmaması gerekir. Sonuç itibarıyla her ihtimalde, ayırt etme gücüne sahip olmayanların olumsuz zarardan sorumluluğu için hakkaniyet şartını arayan BK.m.54 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 191-192; ayrıca bkz. ve karşı. Anex, **a.g.e.**, s. 32-33.

lülüğü altına girmesi mümkündür²⁷⁵. Fakat bu düzenleme uyarınca olumsuz zarardan sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için, zarar görenin iyiniyetli olması gerekmesinin yanı sıra, zarar verenin davranışı ayırt etme gücüne sahip olsaydı kendisine kusur izafe edilebilecek nitelikte olmalı²⁷⁶ ve ayrıca hakkaniyet düşüncesi güven zararlarının tazminini haklı kılmalıdır. Örnek olarak, ayırt etme gücü bulunmayan zarar verenin zengin olmasına karşın, haklı güveni boşa çıkan tarafın ekonomik açıdan zor durumda bulunması hâlinde, hâkim BK.m.54/f.I'e dayanarak, ayırt etme gücü olmayan tarafı, kusuru olmasa da iyiniyetli diğer yanın olumsuz zararından kısmen ya da tamamen (hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde) sorumlu tutabilir.

Geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olanların olumsuz zarardan sorumluluğu bakımından ise, BK.m.54/f.II hükmü uygulama alanı bulacaktır. Anılan düzenleme gereğince, işlemsel temas sırasında geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmiş olan zarar veren, bu duruma düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlamadığı müddetçe, sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden güven kayıplarına uğrayan iyiniyetli diğer sözleşenin olumsuz menfaatini tazmin etmekle yükümlüdür. Dikkat edileceği üzere burada artık, kusur esasına dayalı culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel prensipler çerçevesinde hareket edilecektir²⁷⁷. Yani geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmiş olan görüşmeci, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde diğer tarafta oluşan haklı güvenin kusurlu olarak ihlal edilmesinden kaynaklanan malvarlığı azalmalarından sorumludur; sorumluluktan kurtulabilmesi için, bu duruma düşmekte kusuru bulunmadığını kanıtlamak zorundadır. Ancak bu ihtimalde de (kusursuzluğun ispatlanması durumunda), hakkaniyetin gerektirmesi kaydıyla hâkimin,

²⁷⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 159; 298; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 502; Bucher, **a.g.e.**, s. 349-350; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 626, dn. 175; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e.**, s. 531; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 189 vd.; Ataay, **a.g.e.**, s. 327; 330; BSK OR I/Schnyder, **a.g.e.**, Art. 54, Rn. 2. Karş. Rabel, **a.g.m.**, s. 302.

İsviçre ve Türk uygulamaları da aynı yöndedir. Bkz. BGE 102 II 230; Yarg. 4. HD., 16.04.1990 t., E. 1153, K. 3376 (karar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 502-503, dn. 2g).

²⁷⁶ Zarar veren ayırt etme gücüne sahip olsaydı, sorumluluğuna yol açmayacak davranışından ötürü, sırf tam ehliyetsiz olduğu için sorumlu tutulacak olursa, bu durumun onun cezalandırılması anlamına gelir.

²⁷⁷ Jhering, **a.g.e.**, s. 52.

BK.m.54/f.I'e dayanarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne karar verebileceğini gözden kaçırmamak gerekir²⁷⁸.

Yukarıdaki açıklamalar hep ayırt etme gücünden yoksun olanların olumsuz zarardan sorumluluğuna ilişkindi; hâlbuki ehliyetsizliğe bağlı hükümsüzlüğün ortaya çıkardığı olumsuz zarardan sorumluluk, ayırt etme gücünden yoksun olan bir kimseyle işlemsel teması girişen tam ehliyetli taraf için de pekâlâ söz konusu olabilir²⁷⁹. Zira ayırt etme gücünden yoksun olan görüşmeci, bu işlemsel temas nedeniyle malvarlığında azalmalara yol açan bir takım masraflar yapmış (yapmaya yöneltilmiş) olabilir²⁸⁰. İşte amaçlanan sözleşmenin ehliyetsizlik nedeniyle hükümsüz olacağını bilen veya bilmesi gereken tam ehliyetli taraf, buna rağmen sözleşme görüşmelerini yürütmekle, MK.m.2'nin kendisine yüklediği davranış yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmiş sayılır. Böylece fiil ehliyetine sahip iyiniyetli olmayan görüşmeci bakımından, culpa in contrahendo esaslarına dayalı olumsuz zarardan sorumluluğun şartları gerçekleşmiş olur. Fakat buradaki olumsuz zarardan sorumluluğun, güven zararı niteliğinde olmayacağını vurgulamak gerekir. Zira yapmış olduğu sözleşmeye dair ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin, bu işlemin hüküm ifade edeceği yönünde bir güven beslemesi de söz konusu olamaz. Dolayısıyla bu ihtimaldeki zarar verici olay, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması değil; işlemsel temas sırasında ortaya çıkan davranış yükümlülüğünün kusurlu olarak yerine getirilmemesidir.

c. Hukuka Aykırılıkta

Hukuka aykırı sözleşmeler için BK.m.19-20'de öngürülen butlan yaptırımını, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde güven uyandırılan tarafın malvarlığında zarar verici sonuçlara yol açabilir. Sözleşmenin hukuka aykırılık sebe-

²⁷⁸ Keller, M., **a.g.e.**, s. 160.

²⁷⁹ Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimseyle işlem yapan diğer tarafın sınırlı ehliyetsiz olduğu hâllerde, sınırlı ehliyetsizin olumsuz zarardan sorumluluğu hakkında bkz. yuk. II. Bölüm, C 3.

²⁸⁰ MK.m.15'deki butlan yaptırımını dikkate aldığımızda, ayırt etme gücünden yoksun olan tarafın daha iyi şartlar içeren başka bir sözleşme yapma teklifini kaçırmış olması yüzünden olumsuz zarar talebinde bulunabileceğini söylemek isabetli değildir. Çünkü hüküm ifade etmeyen sözleşme ilişkisi hiç gerçekleşmeseydi dahi, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin kaçırılan sözleşmeyi bizzat yaparak ondan kâr elde etmesi hukuken mümkün olmayacaktı. Dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olanların işlemsel temas sırasında uğradıkları olumsuz zararın tespitinde sadece fiilî azalmalar (*damnum emergens*) dikkate alınmalıdır; nedensellik bağının mevcut olmamasından ötürü başka sözleşmenin kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*), göz önünde bulundurulmamalıdır; meğerki ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar gören, kaçırılan daha iyi sözleşme teklifinin onun adına kanunî temsilcisi tarafından değerlendirileceğini ispatlamış olsun.

biyle hükümsüz sayılması, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan bu malvarlığı azalmalarının tazmin edilmesine engel değildir²⁸¹; yeter ki olumsuz zarardan sorumluluk için varlığı aranan şartlar gerçekleşmiş olsun²⁸². Yani tazminat talebinde bulunan iyiniyetli taraf, sözleşmenin geçerli olacağı yönünde kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkartılması yüzünden zarara uğramış olmalıdır. Culpa in contrahendo sorumluluğu için öngörülen şartların eksikliği yüzünden (örneğin zarar görenin iyiniyetli olmaması veya zarar verenin kusurunun bulunmaması gibi) kimi olaylarda tazminat talebinin ileri sürülemediği olması, hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin butlanında olumsuz zarar talebine daima yer olmadığı anlamına gelmez.

Tazminat talebinde bulunacak olan, sözleşmenin geçerliliğine inanan ve bu sebeple zarara uğrayan sözleşendir; tazminat borçlusu ise, uyandırdığı güveni ihlal eden sözleşmenin diğer tarafıdır. Olayların büyük bir çoğunluğunda, hukuka aykırı edim taahhüdünde bulunan taraf, tazminat yükümlüsü olacak ise de, bunun tam tersi de her zaman için mümkündür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ekonomik, sosyal veya fizikî durumları yüzünden zayıf olanları (işçi veya tüketicileri) korumak amacıyla getirilmiş olan nisbî emredici hükümlere aykırılık hâlinde, bu düzenlemelerle korunmak istenen taraf, sözleşmenin geçersizliğinden ötürü diğer yanın uğradığı olumsuz zarardan sorumlu tutulamaz²⁸³; meğerki korunmak istenen taraf, sözleşmeyi geçersiz kılmak amacıyla nisbî emredici hükümden haberdar olmayan diğer sözleşeni bu yönde hareket etmeye sevk etmiş olsun. Nisbî emredici hükümlere aykırılık hâlinde, karşı yanın korunacak haklı bir güveninden kural olarak söz edilemeyeceği gibi, aksine bir çözüm, bu hükümlerin kanuna konuluş amacına da aykırılık teşkil eder²⁸⁴.

²⁸¹ Scherrer, **a.g.e.**, s. 40 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 127 vd.; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 264; Schwenger, **a.g.m.**, s. 670-671; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Rn. 404; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 236; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1998, s. 179. Aksi yönde bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 190 vd.

²⁸² Kamu düzenine veya şahsiyet haklarına aykırı olduğu için hükümsüz sayılan sözleşmelerden doğan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü de, burada belirttiğimiz açıklamalara tâbidir. Zira hukuka aykırılık unsuru, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırılığı da kapsadığından, bu tarz sözleşmeler, olayların çoğunluğunda hukuka aykırılık yaptırımına bağlanacaklardır.

²⁸³ Schwenger, **a.g.m.**, s. 670.

²⁸⁴ Bu ifadeden, korunmak istenen tarafın da tazminat talep edemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Diğer sözleşenin kusurlu, kendisinin de iyiniyetli olduğu hâllerde, onun olumsuz menfaate yönelik talebi varlığını sürdürecektir.

Alman hukukunda eski BGB § 309 hükmü, başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin eski BGB § 307'ye atıf yapmak suretiyle, hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğünde, olumsuz zarardan sorumluluğu açıkça düzenlemiş bulunmaktaydı. Fakat başlangıçtaki imkânsızlığı butlan sebebi olmaktan çıkartan ve böylece olumlu zararın tazminine olanak tanıyan 2002 yılındaki reformdan sonra, durum değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki, BGB § 134'de hukuka aykırılık hâlâ bir butlan sebebi olarak kalmaya devam ettiği için, hukuka aykırılık nedeniyle ileri sürülecek tazminat talebinin artık başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin (ifa menfaatinin tazminini mümkün kılan) BGB § 311a çerçevesinde belirlenmesi mümkün değildir. Alman hukukunda, hukuka aykırılık butlanında olumsuz zarardan sorumluluk bundan böyle culpa in contrahendo'ya ilişkin genel hükümlerden çıkartılmaktadır (BGB §§ 240/f.II, 280)

285

Burada değinilmesi gereken sorun, hukuka aykırılık sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllerde, zarar gören tarafın iyiniyetinin hukuken korunmaya değer olup olmadığıdır. Sözleşmedeki hukuka aykırılığı bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen bir kimsenin güvenini korumamak için kanaatimizce herhangi bir haklı neden bulunmamaktadır. Bu ihtimalde, “*ignorantia iuris nocet*” (*hukuku bilmemek mazaret değildir*) ilkesi, olumsuz zarardan sorumluluğun tespitinde belirleyici bir rol oynamaz. Hukuka aykırı sözleşmeler için getirilen butlan yaptırımını, sadece ifa menfaatine ilişkindir; yoksa hükümsüz sözleşmeye güvenerek zarara uğrayan sözleşenlerin culpa in contrahendo esasları uyarınca olumsuz menfaatini talep etmesi yasaklanmış değildir. Zaten aksine bir kabul tarzında, karşı tarafın bilgisizliğinden yararlanarak hukuka aykırı sözleşmeler yoluyla kazanç elde etmeye çalışan kötüniyetli kişilerin yol açtıkları zararlar yaptırımsız kalmış olur.

“*Ignorantia iuris nocet*” ilkesi her ne kadar uygulama alanı bulmasa da, zarar görenin sözleşmedeki hukuka aykırılığı bilmemesi, olayların büyük bir çoğunluğunda ona ait birlikte kusur olarak değerlendirilebilir. Bu takdirde, tazminatın hesaplanmasında BK.m.44/f.I hükmü göz önünde bulundurulur.

²⁸⁵ Bkz. BGBKomm/Gehrlein, **a.g.e.**, § 311a, Rn. 4; MünchKommBGB/Ernst, **a.g.e.**, § 311a, Rn. 25; Nickel, **a.g.e.**, s. 123.

Bu bağlamda yine belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeylerin iadesinin istenemeyeceğini düzenleyen BK.m.65 hükmü de, olumsuz menfaatin talep edilmesini engelleyen bir kuvvete sahip değildir²⁸⁶. Zira sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan güven kayıpları, BK.m.65'deki yasaklamanın kapsamına girmemektedir. Şöyle ki, BK.m.65 hükmü ile BK.m.20'deki hukuka aykırılık sebebiyle sözleşmenin butlanı arasında yakın bir bağ bulunsa da, bu iki hükmün uygulama alanı her zaman birbirinin aynı değildir²⁸⁷. BK.m.20'nin uygulanmasında, hukuka aykırılık sözleşmenin konusunda ve bu konuya dâhil olan ortak amaçta aranırken, BK.m.65 hükmünde yalnızca kazandırmada bulunanın saiki dikkate alınır. Buna göre sözleşmenin konusu hukuka aykırılık sebebiyle batıl olsa bile, kazandırmada bulunanın saiki hukuka aykırı olmayabileceği gibi, kazandırmada bulunanın saiki hukuka aykırı olsa bile sözleşme hukuka aykırılık sebebiyle batıl olmayabilir. Bu açıklamaların ardından şu tespiti yapabiliriz ki, hukuka aykırı bir sonuca ulaşmak için verdiği şeylerin iadesini, BK.m.65 nedeniyle talep edemeyen bir kimse, zaten sözleşmenin geçerliliğine yönelik herhangi bir güven beslemiş olmayacağından, olumsuz zarar istemine de sahip olamayacaktır. Buna karşılık, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek kendi edimini yerine getiren tarafın olumsuz zarar talebine BK.m.65'i gerekçe göstererek karşı çıkmak mümkün değildir. Zira BK.m.65 uyarınca iade talebi engellenen ile olumsuz menfaat isteminde bulunmaya hakkı olan taraf, aynı kişi değildir.

d. Ahlâka Aykırılıkta

Ahlâka aykırılık sebebiyle sözleşmenin BK.m.19-20 uyarınca geçersiz olduğu hâllerde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden kural olarak bahsedilemeyecektir. Çünkü bir sözleşmenin ahlâka aykırılık sebebiyle hükümsüz sayılabilmesi için her iki tarafın da ahlâka aykırı amacı güdüyor olması ya da en azından bir tarafın taşıdığı ahlâka aykırı amacı diğer yanın bilmesi gerektiğine göre²⁸⁸, olumsuz zarardan sorumluluk için varlığı aranan zarar görenin iyiniyetli olması şartı, daima eksik bir unsur

²⁸⁶ Scherrer, **a.g.e.**, s. 41-42 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 127; Huguenin, **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit**, s. 74, dn. 31. Aksi yönde bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 190 vd.

²⁸⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 766.

²⁸⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 75; Eren, **a.g.e.**, s. 294; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 400-401.

olarak kalacaktır²⁸⁹. Sözleşmenin konusundaki veya yöneldiği sonuçtaki ahlâka aykırılığı bilen ve buna rağmen sözleşme görüşmelerine girişen bir kimse, hukuken korunacak bir güvene sahip değildir; bu nedenle işlemsel temas sırasında malvarlığında meydana gelen kayıpları, culpa in contrahendo esaslarına dayanarak diğer sözleşşenden talep edemez.

Kural bu olmakla beraber, sözleşmedeki ahlâka aykırılığa rağmen, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden şu istisnai durumda söz etmek mümkün olabilir²⁹⁰: Şayet sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden zarara uğrayan taraf, sözleşşenin kuruluşunda göz önünde bulundurduğu olguların ahlâka aykırı olduğunu bilmiyorsa veya yaptığı sözleşşenin ahlâka aykırı olduğunu düşünmemekte haklı ise, onun MK.m.2 uyarınca korunması gereken bir güveninden söz edilebilir. Örneğin farklı ahlâki değerleri olan ve Türk toplumu hakkında fazla bilgisi bulunmayan bir yabancı'nın Türkiye'de yapmış olduğu sözleşşenin, BK.m.19-20'deki ahlâka aykırılık butlanına takıldığı hâllerde, onun sözleşşenin hükümsüzlüğüne yol açan ahlâka aykırılık unsuru bakımından iyiniyetli olduğu kabul edilebilir²⁹¹. Bu ihtimalde, zarar görenin sözleşşenin geçerliliği yönünde uyandırılan güveninin ihlal edildiğini ve zarar verenin kusurlu olması kaydıyla olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran olayın gerçekleştiğini söylemek mümkün gözükmektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, buradaki iyiniyet, sadece sözleşşenin hükümsüzlüğüne sebebiyet veren (sözleşşenin kuruluşunda dikkate alınan) olguların ahlâka aykırı olduğunu bilmemeye ilişkindir; eğer bunların ahlâka aykırılık teşkil ettiği bilinmekle beraber, amaçlanan sözleşşenin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kaldığı bilinmiyorsa, olumsuz zarardan sorumluluk için gerekli olan iyiniyet şartı yine gerçekleşmiş olmaz.

²⁸⁹ Clasen, **a.g.m.**, s. 14; Keller, M., **a.g.e.**, s. 134; 296.

²⁹⁰ Scherrer, **a.g.e.**, s. 42-43; Keller, M., **a.g.e.**, s. 135; bkz. ve karşı. Nickel, **a.g.e.**, s. 114. Aksi yönde Melliger, **a.g.e.**, s. 190; 193.

²⁹¹ Türk hukukuna tâbi bir sözleşşme yapan yabancı'nın, amaçladığı sözleşşmeyi yapmadan evvel Türk toplumu hakkında bilgi edinmemiş olması, ona atfedilebilecek bir kusur olarak görülebilir. Bu takdirde, zarar görenin birlikte kusuruna ilişkin BK.m.44/f.I hükmü uygulama alanı bulur.

Ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olan sözleşşmenin her iki tarafı da yabancı ise, yine belirttiğimiz prensip çerçevesinde hareket etmek gerekir.

e. Başlangıçtaki İmkânsızlıkta

En baştan belirtmek gerekir ki, bu başlık altındaki açıklamalarımız yalnızca, aynı zamanda hukuka aykırılık teşkil etmeyen sözleşme konusundaki imkânsızlığa ilişkindir²⁹². Zira tazminat yükümlülüğü açısından burada benimsediğimiz sonuçlar, hukuka aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüz sayıldığı hâllerin kapsamı dışındadır. Hukuka aykırılığa butlan yaptırımını bağlayan hükümlerin *ratio*'su, sözleşmenin konusundaki imkânsızlıktan farklı davranmayı gerekli kılmaktadır. Tazminat sorumluluğunun belirlenmesi bakımından iki hâli aynı potada değerlendirmek isabetli olmadığından, öncelikle hukuka aykırılık ögesini içermeyen sözleşme konusundaki imkânsızlığa bağlı olumsuz zarardan sorumluluk ele alınacaktır.

Roma hukukundan günümüze kadar gelen kökleşmiş ilkeyi (*impossibilium nulla obligatio est*) takip eden BK.m.20'ye göre²⁹³, sözleşme konusundaki başlangıçtaki objektif imkânsızlık²⁹⁴, sözleşmenin hüküm doğurmasına engel olan bir butlan sebebidir²⁹⁵. İfa borcunun ve ona bağlı yaptırımların batıl sayıldığı bu ihtimalde, olmayacak edimleri sözleşme konusu hâline getirerek diğer yanda güven uyandıran taraf, hükümsüzlük şemsiyesinin altına sığınarak sorumlu olmadığını ileri sürememe-

²⁹² Aynı olayda hem hukukî imkânsızlık hem de hukuka aykırılık söz konusu olabilir; örneğin ithalat veya ihracat yasağı bulunan mallara ilişkin satış sözleşmesinde, hukuka aykırılık ve imkânsızlık olguları bir arada bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalde, hukukî tutarlılığı sağlamak amacıyla, sözleşmenin hukuka aykırılık nedeniyle butlanına ilişkin prensipler çerçevesinde hareket etmek gerekir. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 39; Keller, M., **a.g.e.**, s. 126-127.

Hukuka aykırılık butlanına bağlı olumsuz zarardan sorumluluk için bkz. aş. B 2 c.

²⁹³ Borçlar Kanunumuza kaynaklık eden İsviçre gibi, Roma hukukunun etkisinde kalan diğer ülkelerin birçoğunda da, imkânsızlık bir butlan nedeni olarak düzenlenmiştir. Örneğin Avusturya (ABGB § 878), İtalyan (Codice Civile Art. 1346 1418/f.II) ve Fransız (Code Civil Art. 1172) hukuk sistemlerinde de, başlangıçtaki imkânsızlık bir butlan sebebidir.

Müşterek hukuk geçmişiyle Roma hukukunun etkilerinin güçlü bir şekilde yaşandığı Almanya'da da, başlangıçtaki imkânsızlık yakın zamana kadar bir butlan sebebi olarak kabul edilmişti (eski BGB § 306).

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 54 vd.

²⁹⁵ İmkânsızlığa butlan sonucunu bağlayan Avusturya hukukunda, imkânsızlığa ilişkin düzenleme biraz daha değişik şekilde kaleme alınmıştır. ABGB § 878'de butlan yaptırımı, "*doğrudan doğruya imkânsız olan bir şeyin*" (*Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden*) söz konusu olduğu hâller için öngörülmüştür. Doğrudan doğruya imkânsızlık kavramını getiren ABGB § 878 hükmü, Avusturya öğretisinde (mevcut olmayan malın satışını tekeffül sorumluluğu olarak düzenleyen ABGB § 923 yardımıyla) dar yorumlanmakta ve sadece hukukî veya mutlak anlamdaki (absürd, manasız) imkânsızlıkların sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açacağı benimsenmektedir. Bu hususta bkz. Apathy/Riedler, **Schwimann ABGB IV**, § 878, Rn. 4; Elke Joeinig, **Die anfängliche Unmöglichkeit**, Wien, Verlag Österreich, 2006, s. 43 vd; Engin, **a.g.e.**, s. 78, dn. 10-11 ve onlara bağlı metinler; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 58-60.

lidir. Bu sebeptendir ki, sözleşmesel ilişki herhangi bir yükümlülük doğurmasa da, imkânsızlığı bilen veya bilmesi gereken tarafın, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırdığı güvenden ötürü²⁹⁶, iyiniyetli karşı sözleşenin –en azından- olumsuz zararını tazmin etmek zorunda olduğu Jhering’in etkisiyle²⁹⁷ doktrin ve uygulamada oybirliği ile kabul edilmektedir²⁹⁸.

İmkânsız sözleşme yaparak iyiniyetli karşı sözleşenden çıkar sağlamaya çalışan taraf için, -İsviçre ve Türk kanun koyucularının suskun kalmasından ötürü- culpa in contrahendo sorumluluğu yardımıyla öngördüğümüz bu tazminat yükümlülüğü,

²⁹⁶ Başlangıçtaki imkânsızlıktan farklı olarak, ifanın sonradan imkânsızlaştığı hâllerde, olumsuz zarardan sorumluluk ortaya çıkmaz. Zira BK.m.117 uyarınca borcu sona erdiren sebeplerden birisi olan ifa imkânsızlığında, borç ilişkisi geçerli olarak kurulmuş olduğundan, sözleşmenin geçerliliğine yönelik uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından da söz edilemez. Bu ihtimalde, borçlunun ifa imkânsızlığından sorumlu olup olmamasına göre, ancak olumlu zararın tazmininden söz edilebilir (BK.m.96). İfa imkânsızlığında da olumsuz zararın söz konusu olabileceğini ileri süren isabetli olmayan açıklamalar için bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 126; 295.

Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında, alacaklının ifa menfaatine yönelik tazminat isteminde bulunabileceği Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında tereddütsüz bir biçimde kabul edildiği hâlde, Avusturya öğretisinde durum bu kadar berrak değildir; Avusturyalı yazarlar, garanti sözleşmesi kurgusundan ya da güven sorumluluğundan hareketle alacaklıya olumlu zarar talebi tanımayla çalışmaktadırlar. Bkz. Joeinig, **a.g.e.**, s. 114 vd.

²⁹⁷ Sözleşme konusundaki imkânsızlığın olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne yol açtığı yönündeki açıklamalar için bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 53 vd.

²⁹⁸ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 193, dn. 87; s. 264; Scherrer, **a.g.e.**, s. 39-40; Keller, M., **a.g.e.**, s. 124 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 249-250; 281; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 12; Becker, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 14; Barth, **a.g.e.**, s. 16; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 977; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 78; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 36-37; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 155-156; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 125 vd.; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 134; Schwenzer, **a.g.e.**, § 32, Rn. 46; Joeinig, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 56; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 241; Başpınar, **a.g.e.**, s. 177-179; Mehmet Serkan Ergüne, Lisans Sözleşmesinde Başlangıçtaki İmkânsızlık, **Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 207; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 156; 234; 242-244; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 117; 303-304; Yavuz, **a.g.m.**, s. 77.

Başlangıçtaki imkânsızlık hâlinde, ifa menfaatine tekabül eden olumlu zararın istenebileceği yönündeki görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 16 vd.

Yargıtayımız da, başlangıçtaki imkânsızlıkta, olumsuz zararın tazminine olanak tanımaktadır: Yarg. 11. HD., 20.02.1990 t., E. 1988/9411, K. 1990/1087: “... *Başlangıçtaki objektif imkânsızlık yüzünden akdin bâtil olduğu hallerde ise taraflar ancak menfi zararlarının (örneğin hükümsüz kalan akit gereğince yaptıkları giderlerin, bu akdin geçerliliğine güvenerek kaçırdıkları sözleşme fırsatlarından doğan kazanç kayıplarının) tazminini talep hakkına sahip olup müspet zararlarının (diğer bir deyişle akdin ifa edilmemesinden doğan kazanç kayıplarının yani akit ifa edilse idi elde edecekleri menfaatleri) tazminini isteyemezler...*” (YKD., 1990, S. 8, s. 1177).

Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 21.12.1966 t., E. 1966/3-134, K. 1966/326 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 09.06.1975 t., E. 515, K. 2952 (Karahasan, **C. 2**, s. 912-913); Yarg. 15. HD., 07.05.1981 t., E. 1981/331, K. 1981/1050 (YKD., 1981, S. 9, s. 1179-1180); Yarg. 15. HD., 25.05.1981 t., E. 1981/825, K. 1981/1234 (YKD., 1982, S. 3, s. 391); Yarg. 13. HD., 29.05.1984 t., E. 1985/2594, K. 1984/4113 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Prusya Devletleri Medenî Kanununda açıkça yer almaktaydı (ALR I 5 § 53)²⁹⁹. Yine günümüzde Avusturya Medenî Kanununda da bu hususta çok açık bir düzenleme bulunmaktadır. ABGB § 878/c.III'e göre, sözleşmenin kuruluşu sırasında imkânsızlığı bilen veya bilmesi gereken taraf, aynı şeyler kendisi için geçerli olmayan (iyiniyetli) diğer tarafa, sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi yüzünden uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır³⁰⁰.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olduğu bu ihtimalde, olayların büyük bir çoğunluğunda imkânsız edimi taahhüt eden kimse, karşı tarafın güven zararını tazmin etme yükümlülüğü altına girecektir. Fakat her zaman için böyle olmak zorunda değildir; imkânsız edimin alacaklısı için de, tazminat yükümlülüğü ortaya çıkabilir; yeter ki alacaklı, sözleşmenin geçerli olacağı yönünde borçluda güven uyandırmış olsun.

Sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle doğan bu sorumluluk için, tazminat yükümlüsünün kusuru şarttır; ancak bunun mutlaka kasıt derecesinde olmasına gerek yoktur; kusurun her türlü derecesi (kasıt ya da ihmal) sorumluluğun doğumu için gerekli ve yeterlidir³⁰¹.

Tazminat yükümlülüğünden sıyrılmak isteyen taraf, sözleşme görüşmeleri sırasında imkânsızlığı bilmediğini ve bilmesinin de mümkün olmadığını ispatlamak zorundadır. İspat yükü BK.m.96 gereğince, tazminatla sorumlu tutulan tarafa düşmektedir. Ayrıca diğer tarafın da imkânsızlığı bildiği³⁰² veya bilmesinin gerektiği (iyiniyetli olmadığı) hâllerde, culpa in contrahendo'dan doğan tazminat yükümlülüğü uygulama alanı bulmayacaktır. Bununla beraber, bu durum mutlak bir sorumsuzluk nedeni olarak algılanmamalıdır; zira zarar gören tarafın, hiç kimsenin aşamayacağı

²⁹⁹ Ancak ALR I 5 § 53'de yer alan "*tam tazminat verme (... vollständig entschädigen)*" ifadesinin olumlu zararı mı yoksa olumsuz zararı mı kastettiği tartışmalı idi. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 41.

³⁰⁰ Reform öncesi Alman hukukunda da, benzer tarzda bir düzenleme yer almaktaydı. Eski BGB § 307/f.I hükmü uyarınca, imkânsız edimi içeren sözleşmenin kuruluşu sırasında, imkânsızlığı bilen veya bilmesi gerek taraf, diğer yanın sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi yüzünden uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüydü. Ayrıca tıpkı BGB § 122/f.I ve 179/f.II'de olduğu gibi, hükmedilecek olumsuz zarar miktarı, sözleşmenin geçerli olması hâlinde elde edilecek ifa menfaatıyla sınırlıydı.

³⁰¹ Scherrer, **a.g.e.**, s. 39-40; Keller, M., **a.g.e.**, s. 125-126; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 12; karşı. Becker, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 14

³⁰² Her iki tarafın da imkânsızlığı bildiği kimi hâllerde, tarafların sözleşme yapma niyetinin varlığına şüpheyle bakılabilir. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 9.

ifa engelini bilmemesi, somut olayların genelinde ona atfi kabil bir kusur olarak değerlendirileceğinden, aksine bir yaklaşım tarzı, başlangıçtaki imkânsızlıkta tazminat talebinin çoğu zaman ileri sürülememesine sebebiyet verir³⁰³. Dolayısıyla bu tarz durumlarda, BK.m.44 uyarınca her iki tarafın karşılıklı kusurları arasında bir derecelendirme yapılmalıdır³⁰⁴. Örneğin zarar verenin ağır ihmaline karşılık, diğer sözleşmenin kusuru sadece hafif ihmal derecesinde kalmışsa, imkânsızlıktan kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluk, culpa in contrahendo uyarınca varlığını sürdürmeye devam eder³⁰⁵.

BK.m.20’de yer alan başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin butlanına yol açacağı kuralı, Roma hukukunun “*mümkün olmayan borçlanılamaz*” (*impossibilium nulla obligatio est*) dogmasını benimseyerek genel bir kural hâline getiren müşterek hukuk doktrininden kaynaklanmaktadır. Ünlü Pandekt hukukçusu Mommsen’in izlerini taşıyan bu düzenleme, tarihsel yanılığa dayandığı ve kesin hükümsüzlük gibi pek yerinde olmayan bir sonuç içerdiği gerekçesiyle kimi yazarlarca şiddetli bir şekilde eleştirilmektedir³⁰⁶. Gerçekten de öğretilde ileri sürülen bu eleştirilere yüz çevirmek mümkün değildir. Şöyle ki, başlangıçtaki imkânsızlığın hükümsüzlüğe yol açtığını söyleyen Mommsen’e göre, sözleşmenin batıl sayılmasını gerektiren sebep, tarafların imkânsızlığı bilseydi amaçlanan sözleşmeyi hiç yapmayacak olmalarıdır³⁰⁷. Kanaatimizce sırf bu gerekçeye dayanarak konusu imkânsız sözleşmelerden her türlü hukukî sonucu esirgemek doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Çünkü borçlar hukukunda, tarafların gerçek durumu bilseydi amaçladıkları sözleşmeyi hiç yapmayacakları

³⁰³ Aksi yönde bkz. Antje Ziegler, **Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre**, Bern, Stuttgart, Wien, Verlag Paul Haupt, 1992, s. 22-23.

³⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, Rn. 23; 31; karşı. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 12.

³⁰⁵ Karşı tarafın imkânsızlığı bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde tazminat talebinin doğmayacağını söyleyen eski BGB § 307’den farklı olarak, yeni BGB § 311a hükmünde benzer tarzda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buradan hareketle artık Alman hukukunda da, zarar görenin kusuru hâlinde, tazminat talebinin kayıtsız şartsız sona ermeyeceği, birlikte kusura ilişkin BGB § 254 çerçevesinde bir sonuca varılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 371; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 68; karşı. MünchKommBGB/Ernst, **a.g.e.**, § 311a, Rn. 68.

³⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 3; 17 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 126-127; Joeinig, **a.g.e.**, s. 83-84; Engin, **a.g.e.**, s. 76 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s. 283-285. Karşı. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 7, Rn. 17-18. Bu görüşlere topluca göz atmak için bkz. Altunkaya, **a.g.e.**, s. 166 vd.

³⁰⁷ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 17; Ziegler, **a.g.e.**, s. 13.

birçok ihtimal daha bulunmaktadır ve bunların çoğunluğu (örneğin, açıklamada esaslı yanılma hâlleri), kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulmamıştır. Ayrıca başlangıçtaki ile sonraki imkânsızlık arasında çizilen sınırların belirsizliği ve öngörülen farklı hukukî sonuçların yarattığı adaletsizlikler de işin cabasıdır³⁰⁸. Birbirine oldukça yakın olgulara farklı yaptırımlar bağlanması, hukukî güvenliğe ve çözümlerdeki sadelik isteklerine aykırı düşmektedir³⁰⁹. Kısacası başlangıçtaki imkânsızlık hâllerinde sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü kabul etmek kaçınılmaz (olmazsa olmaz) bir sonuç değildir; hukuk düzeni böyle bir sözleşmeyi pekâlâ geçerli olarak kabul edebilir. Kaldı ki, bu durum hukukumuzda tamamıyla da yabancı değildir; başlangıçtaki imkânsızlığa rağmen kanun koyucu bazı sözleşmeleri ayakta tutarak geçerli olarak kabul etmiştir³¹⁰. Başlangıçtaki objektif imkânsızlığın tek mantığı ve zorunlu sonucu aynen ifa talebine yer olmamasıdır; yoksa ikincil talepler bakımından imkânsızlık nedeniyle en baştan dogmatik bir sınırlama getirmenin (yani olumlu zarar ve kaim değerlerin iadesi talebini engellemenin) hiçbir haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır³¹¹.

Nitekim 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren BGB § 311a hükmü sayesinde başlangıçtaki imkânsızlık Alman hukukunda butlan sebebi olmaktan çıkarılmıştır³¹².

³⁰⁸ Örneğin sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce sözleşme konusunu bilerek imkânsız hâle getiren görüşmeci, yalnızca olumsuz zararlar sorumlu tutulurken, bu fiili bir dakika sonra yapmış olan sözleşen, karşı tarafın olumlu zararını tazmin etme yükümlülüğü altına girmektedir. Birbirine çok yakın bu iki hâlde, gerek zarar verenin sorumluluğunu gerek zarar görenin alışveriş menfaatini tesadüfen ortaya çıkan zaman dilimlerine bağlamak isabetli değildir. Bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 640; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 17; 22; bkz. ve karşı. Buz, **a.g.e.**, s. 264-265.

³⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, Rn. 22.

³¹⁰ Bir malda aslında bulunmayan özelliklerin taahhüt edilerek satıldığı hâllerde, imkânsızlık yerine ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu uygulayan BK.m.194 ve TKHK.m.4 ile mevcut olmayan bir alacağın satımına ilişkin BK.m.169 hükümleri, bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 3; 18; 22; Engin, **a.g.e.**, s. 75 vd.; 81, dn. 17; Bucher, **a.g.e.**, s. 248; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 10. Belirtmek gerekir ki, bu yazarlardan Bucher, BK.m.169 düzenlemesini, BK.m.20'ye bir istisna olarak görmemektedir. Bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 248, dn. 46.

³¹¹ Aksi yönde bkz. Yarg. 15. HD., 21.10.2002 t., E. 2002/4195, K. 2002/4758 (YKD., 2003, S. 5, s. 745); Yarg. 15. HD., 23.12.2003 t., E. 2003/2775, K. 2003/6201 (YKD., 2004, S. 4, s. 579).

³¹² Uluslar Arası Mal Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kapsamında da, başlangıçtaki imkânsız bir butlan sebebi olarak düzenlenmemiştir. CISG, başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı yapmayarak, imkânsız sözleşmeleri geçerli olarak kabul etmiştir. Şöyle ki, nakil hâlindeki malların satımına ilişkin 68. maddeye göre, "... satış sözleşmesinin kurulduğu anda malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde, bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya ve zarar rizikosunu satıcı taşır". Görüldüğü üzere, söz konusu hüküm, satıcıya belirli hâller için sorumluluk yüklemek suretiyle, imkânsız edimi konu edinen

Yani anılan düzenlemeyle birlikte, başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği; imkânsızlığa rağmen sözleşmenin geçerli olarak ayakta kaldığı kabul edilmiştir. Böylece yeni BGB sistemi içerisinde, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan olumsuz zarar yerine ifa menfaatinin istenebilmesi artık olanaklı hâle getirilmiştir³¹³; yeter ki borçlu, sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olan ifa engelini bilsin veya bilmemesinden ötürü sorumlu tutulabilsin³¹⁴.

Ancak Alman hukukunda yaşanan bu gelişmelerden farklı olarak, İsviçre ve Türk hukuklarında butlan yaptırımını hâlâ güncel varlığını korumaya devam ettiği için, BK.m.20'deki düzenlemeyi görmezlikten gelmemiz mümkün değildir³¹⁵. Kanaatimizce başlangıçtaki imkânsızlık hâlinde şöyle bir yol benimsediğimiz takdirde, hem taraf menfaatleri arasındaki dengeyi sağlayan hem de Borçlar Kanunumuzun açık hükmüyle çelişmeyen bir sonuç elde edebiliriz: BK.m.20 hükmü, tıpkı Avusturya hukukunda (ABGB § 878) olduğu gibi dar yorumlanarak yalnızca mutlak imkânsızlık hâllerine (yani hukukî imkânsızlıklar ile fiilî absürd imkânsızlıklara) inhisar etti-

sözleşmelerin geçerli olacağını dolaylı yoldan düzenlemiş bulunmaktadır. Bkz. Ulrich Magnus, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005, § 68, Rn. 22; Yeşim M. Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2005, s. 110-111; Schwenger, **a.g.m.**, s. 666, dn. 54.

CISG, tüm borca aykırılıkların yaptırımını m. 74-77 arasında düzenlenen merkezî nitelikteki tazminat yaptırımına bağlayarak, bunları ortak bir potada birleştirmiştir. Böylece başlangıçtaki imkânsızlık hâlinde de uygulama alanı bulacak olan söz konusu hükümler, borca aykırılık nedeniyle meydana gelen tüm zararların, amaçlanan sözleşmedeki kâr mahrumiyeti de dâhil olmak üzere tazmin edilmesini, yani ifa menfaatinin karşılanmasını öngörmektedir. CISG'de yer alan tazminat yaptırımı üzerine ayrıntılı açıklamalar için bkz. Staudinger/Magnus, **a.g.e.**, § 74, Rn. 1 vd.

Bunun yanı sıra, Principles of European Contract Law Art. 4:102 ve Unidroit Principles of International Commercial Contracts Art. 3.3'de de, konusu imkânsız şeye ilişkin sözleşmeler açıkça geçerli olarak kabul edilmiştir.

³¹³ Başlangıçtaki imkânsızlıkta olumlu zararın tazmin edilmesini öngören BGB § 311a/f.II hükmüne yönelik eleştiriler için bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 70; Holger Altmepfen, "Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf", **Der Betrieb**, 2001, s. 1399 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 65-66; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311a, Rn. 7; diğer yazarlar için ayrıca bkz. Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 369, dn. 53'de belirtilenler.

³¹⁴ Başlangıçtaki imkânsızlığı düzenleyen BGB § 311a/f.II hükmü, alacaklıya bir seçim hakkı tanımaktadır. Alacaklı, olumlu zararının tazmin edilmesi yerine borçlunun davranışları neticesinde boşan çıkan masraflarının BGB § 284 uyarınca tazmin edilmesini isteme hakkına da sahiptir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 351 vd.; 367 vd.

³¹⁵ Doktrinde savunulan bir görüşe göre, başlangıçtaki imkânsızlık olgusunu, sonraki imkânsızlığa ilişkin kuralların (BK.m.96, 117) kapsama alanına, yasa boşluğunu doldurma operasyonu ile kıyas dolambacını dönerek aktarmak yerinde olacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 3; 17.

rildiği takdirde, adalet hissiyatımızı zedeleyen olayların büyük bir çoğunluğunda, imkânsız edimi içeren sözleşmelerin geçerli olarak ayakta tutulmasını sağlamış oluruz³¹⁶. Böylece zarar gören taraf, olumsuz zarar istemiyle yetinmek zorunda kalmadan geçerli sözleşmeye dayanarak olumlu zararının giderilmesini talep etme hakkına kavuşur. Bu kabul tarzı içinde, sadece mutlak imkânsızlık olarak nitelendirilen hukukî ve fiilî absürd imkânsızlık hâllerinde (örnek olarak henüz icat edilmemiş olan zaman makinesinin yapımının taahhüt edilmesi veya ölü bir atın satışında), culpa in contrahendo'ya dayalı olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar.

BK.m.20 düzenlemesini, mutlak anlamdaki imkânsızlıklara hasretme yönündeki düşünce kabul edilmeyerek doktrinde baskın olan objektif imkânsızlık görüşüne bağlı kalınmaya devam edilecek olursa, bu kez garanti sözleşmesi kurgusundan yararlanmak suretiyle butlan yaptırımının hakkaniyete aykırı sonuçları sınırlandırılabilir³¹⁷. Zira BK.m.20'deki hükümsüzlük yaptırımı, imkânsız edimin yerine getirilmesi nedeniyle meydana gelen zararlar hakkında taraflarca garanti sözleşmesinin yapılmasını yasaklamış değildir³¹⁸. Buna göre edimin objektif olarak imkânsızlığına rağmen ifanın garanti edildiği sonucuna vardığımız hâllerde, zarar gören, batıl borç ilişkisinden beklediği ifa menfaatini, garanti sözleşmesi uyarınca tazminat yoluyla isteyebilme hakkını elde eder³¹⁹. Böylece culpa in contrahendo'dan doğan olumsuz zarardan sorumluluk, garanti taahhüdü varsayıldığı ölçüde, ikincil bir sorumluluk hâline bürünür³²⁰.

³¹⁶ Bu kabul tarzı, İsviçre öğretisinde son yıllarda savunulmaya başlanmıştır. Örneğin bkz. Ziegler, **a.g.e.**, s. 14 vd.

³¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 17; 21-22; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 262, dn. 67; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 11; Bucher, **a.g.e.**, s. 248; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Rn. 257; 404; Ergüne, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 210, dn. 27; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 244-245; 252-255. Karş. Ziegler, **a.g.e.**, s. 157.

³¹⁸ BGE 72 I 278; 76 II 38.

³¹⁹ Sözleşmenin butlanına yol açmayan başlangıçtaki subjektif imkânsızlıkta da, garanti sorumluluğunun olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 24 vd.; Altunkaya, **a.g.e.**, s. 262 vd.

Reform öncesi Alman hukukunda, başlangıçtaki subjektif imkânsızlık hâlinde garanti sorumluluğu görüşü baskın olarak savunulmaktaydı; fakat borçlunun tüm yüküm ihlallerini kusur sorumluluğu esasına bağlayan yeni BGB sistemi içerisinde garanti sorumluluğunu savunmak artık pek kolay değildir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 29; Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 351 vd.

³²⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 21.

Hemen önemle belirtmek gerekir ki, başlangıçtaki objektif imkânsızlığın bağ-landığı butlan yaptırımını aşmak için kabul ettiğimiz garanti sorumluluğu genel bir ilke olmayıp, bazı hâllerde başvuru olan ayrıksı bir nitelik taşır³²¹. Şöyle ki, sözleşme konusu objektif olarak imkânsız olduğu takdirde, garanti sözleşmesi yardımıyla ifa menfaatinin tazmin edilebilmesi için, zarar verenin ifayı garanti etmiş olması gerekmektedir. Somut olayın özellikleri çerçevesinde yapılacak araştırmada, zarar verenin böyle bir garantiyi üstlendiği sonucuna vardığımız hâllerle sınırlı olarak, başlangıçtaki imkânsızlıkta olumlu zarar talebi ileri sürülebilir. Ancak bu sonucun meydana gelmesi için, garanti sözleşmenin mutlaka açık bir şekilde yapılmış olmasına gerek yoktur; zaten olayların büyük birçoğunluğunda bu tarzda bir sözleşmeye rastlamak da pek olası değildir. Taraflar arasında örtülü bir garanti sözleşmesinin varlığı da (yapılacak değerlendirmede örtülü bir garanti sözleşmesinin bulunduğu neticesinin elde edilmesi de), bu hususta yeterli olacaktır. Örneğin somut olayın özelliklerine göre imkânsız bir edimin bile bile borçlanılması, bu anlamda örtülü bir garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilir³²². Yine bunun gibi, imkânsızlığın sadece zarar verenin hâkimiyet alanından kaynaklandığı ve iyiniyetli karşı sözleşenin, zarar verenin taahhütlerine özellikle güvenmek durumunda olduğu hâllerde de, taraflar arasında örtülü bir garanti sözleşmesinin bulunduğundan söz edilebilir³²³. İfa engelini bile bile

³²¹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 21.

³²² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 20, Rn. 11; Bucher, **a.g.e.**, s. 248; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 718; Barth, **a.g.e.**, s. 16; ayrıca bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 77, dn. 7; Altmepfen, **a.g.m.**, s. 1399. Bkz. ve karşı Scherrer, **a.g.e.**, s. 39, dn. 12; Keller, M., **a.g.e.**, s. 124-125.

BK.m.169, 194 ve TKHK.m.4, başlangıçtaki imkânsızlıkta garanti sözleşmesinin yapılabilmesine dayanak olarak gösterilebilecek düzenlemelerdir.

³²³ Flume, **a.g.e.**, s. 533 (ancak yazar, aldatmanın varlığından yola çıkarak olumlu zararın tazmine imkân tanımaktadır).

Garanti sorumluluğunun kusur esasından bağımsız olması, benimsediğimiz görüş açısından bir ilişki olarak görülmemelidir. Zira buradaki örtülü garanti sözleşmesi kurgusu, yukarıda da vurguladığımız üzere, olumsuz zararın yetersiz kaldığı istisnai hâllerde, hakkaniyeti sağlamak üzere başvurduğumuz ayrıksı bir yoldur. Hatta tam tersine, kendisinden tazminat talep edilen tarafın (olayların büyük bir çoğunluğunda borçlunun) kusursuz olduğu, yani imkânsızlığı bilmediği ve bilmesinin gerekmediği hâllerde, örtülü garanti sözleşmesinden bahisle olumlu zararın tazminine olanak tanımak, hukuken kabul edilemeyecek derecede çarpık sonuçlar ortaya çıkarır. Çünkü sözleşme görüşmelerinde kusur teşkil eden bir davranış sergilemediği için culpa in contrahendo uyarınca olumsuz zarardan dahi sorumlu tutulamayan tarafın, buna rağmen karşı yanın ifa menfaatini gidermek zorunda olduğunu ileri sürmek, her türlü izahtan yoksundur. Durumu bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen kişiyi yarattığı güvenden ötürü kusursuz sorumluluğa bağlama fikri, bazı istisnai düzenlemeler (örneğin BK.m.39/f.I) dışında hukukumuzla tamamiyle yabancıdır.

sözleşme yapan veya kendi hâkimiyet alanından doğan imkânsızlığa rağmen karşı tarafta ifanın yerine getirileceği hususunda özel bir güven tarafın, amacına aykırı olacak biçimde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne sığınmasına izin verilmemelidir³²⁴.

Ancak burada, hakkaniyete aykırı sonuçları bertaraf etmek uğruna BK.m.20'deki normun koruma amacına ters düşen sonuçlara varmamaya da dikkat etmek gerekir³²⁵. Bilhassa zarar verenin kusurlu olduğu ve karşı yanın da edimin ifa edileceğine yönelik güven duyduğu her durumda ve şartta, garanti sözleşmesi kurgusundan ya da başka hukukî enstürmanlardan yararlanmak suretiyle, başlangıçtaki imkânsızlıkta olumlu zararın tazminine yeşil ışık yakılmamalıdır. Salt güven olgusu, olumsuz menfaate yönelmiş culpa in contrahendo sorumluluğunda tek başına yeterli olurken, ifa menfaatine karşılık gelen olumlu zarar üzerinde aynı etkiye sahip değildir. Kural olarak geçerli bir borç ilişkisinin varlığına ihtiyaç duyan olumlu zarar talebi için, zarar görenin edimin ifa edileceğine güven duyması kâfi değildir; bundan başka somut olayın özelliklerinin de, en azından örtülü bir garanti sözleşmesinin kabulünü haklı kılması gerekir. Kaldı ki, Borçlar Kanunumuzda bulunmadığı hâlde culpa in contrahendo sorumluluğundan çıkardığımız olumsuz zarar tazminatının da, butlan yaptırımının yol açtığı malvarlığı kayıplarını gidermeye yönelik olduğu un-

Nitekim başlangıçtaki imkânsızlıkta garanti sözleşmesi lehinde görüş bildiren bazı yazarların da, kullandıkları ifadelerden kusur esasına dayalı sorumluluğu benimsedikleri anlaşılmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 21 vd.; bkz. ve karş. Altunkaya, **a.g.e.**, s. 254-255.

Kaldı ki değiştirdiğimiz çelişkinin yanı sıra, başlangıçtaki imkânsızlıkta sözleşmeyi geçerli olarak kabul eden Alman hukukunda dahi, alacaklının olumlu zarar talebinde bulunabilmesi için, borçlunun kusurlu olması şarttır. BGB § 311a/f.II, c.2'ye göre, borçlunun sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan ifa engelini bilmediği ve bilmemesinden ötürü sorumlu tutulmadığı hâllerde, alacaklı tazminat hakkına sahip değildir. Bkz. Ergüne, **Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık**, s. 369-370.

³²⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22.

³²⁵ Flume, **a.g.e.**, s. 533.

Başlangıçtaki objektif imkânsızlıkta olumsuz zarardan sorumluluğun uygulanmasını eleştirerek, ifa menfaatinin giderilmesi gerektiğini ileri süren bazı yazarlar da, garanti sözleşmesi kurgusuyla hesaplanacak tazminatı BK.m.44 yardımıyla sınırlama yoluna gitmektedirler: “*Baştan objektif (mutlak) imkansızlıkta ise, baştan sübjektif imkansızlıktaki kadar yaygın “genel” bir garanti sorumluluğuna yer olmaz. Olsa olsa, “zarara birlikte yol açmaya ilişkin” BK 44 uyarınca indirimli bir “culpa in contrahendo” (kusur-) sorumluluğuna yer olabilir. Ne de olsa, borçlu kadar alacaklı da hiç kimsenin yenip aşamayacağı, herkes için geçerli bir imkansızlığı bilmelidir; onun güveni özel olarak korunmayı hak etmemiştir*”. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 31.

tulmamalıdır. Olumsuz menfaat çerçevesinde hesaplanan tazminatın, zarar göreni hiçbir zaman tatmin edemeyeceğini iddia etmek mümkün olmadığı gibi, olumsuz zararın kimi zaman ifa menfaatini aşabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Kısacası burada amaç, zarar vereni cezalandırmak değil; zarar görenin kayıplarını karşılamak olmalıdır.

Son olarak vurgulayalım ki, başlangıçtaki imkânsızlıkta, garanti sözleşmesi kurgusuna dayanmadan olumlu zararın talep edilebilmesinin tek yolu, Alman hukukunda olduğu gibi (BGB § 311a/f.I), imkânsızlığa rağmen sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmektir. İstisnaî bir takım düzenlemeler hariç (örneğin BK.m.169, 194), bizim hukukumuzda böyle genel nitelikte bir hüküm henüz bulunmadığından, başlangıçtaki imkânsızlıkta sözleşmenin geçerli olarak kabul edilmesi, ancak de lege ferenda bir çözüm olarak düşünülebilir³²⁶. Şu an için başvurulacak yöntem ise, BK.m.20'yi dar yorumlayarak butlanı sadece mutlak imkânsızlık hâllerine indirgemek ve böylece sözleşmeleri olabildiğince ayakta tutmaktır.

f. Muvazaada

Muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmasını ifade ettiğinden, ortaya çıkabilecek olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü de ikiye ayırarak incelemek gerekir³²⁷.

Basit muvazaada tarafların ortak iradesi, yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması olduğundan, bu ihtimalde olumsuz zarar problemi ile karşılaşılacaktır. Zira her iki tarafın da, sözleşmenin geçerliliğine yönelik uyandırılan bir güveni söz konusu değildir³²⁸.

³²⁶ Aynı fikirde bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 127.

³²⁷ Muvazaalı sözleşmenin geçerliliğine güvenen üçüncü şahıslar, kendilerini özel olarak koruyan hükümlerin ve güven sorumluluğuna ilişkin prensiplerin dışındaki diğer hâllerde, uğramış oldukları zararların tazminini, kendilerini aldatmak amacıyla muvazaalı sözleşme yapma yoluna başvuran taraflardan şartları varsa haksız fiil hükümlerine ya da aralarındaki mevcut ilişkiye dayanarak talep edebilirler.

³²⁸ Melliger, **a.g.e.**, s. 221 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 161-161.

Buna karşın nitelikli muvazaa hâllerinde ise, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün ortaya çıkması pekâlâ mümkündür³²⁹. Şöyle ki, şekle aykırılıktan ötürü geçersiz olan gizli işlemin hüküm doğuracağı yönünde taraflardan birisi diğerinde güven uyandırmışsa, inancı boşa çıkarılan taraf, uğramış olduğu olumsuz zararın tazmin edilmesini diğer yandan isteme hakkına sahip olur³³⁰. Görünüştteki işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olması, gizli işlem için yaratılan güvenin korunmamasını gerektirmez; gizli işleme dair güveni ihlal edilen taraf, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin prensipler çerçevesinde olumsuz menfaatinin giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Örnek olarak bağışlanmak istenen taşınmaza ilişkin olarak taraflarca tapuda satış sözleşmesinin yapıldığı bir ihtimalde, taşınmaz maliki, bağışlamanın geçerli olacağı yönünde uyandırmış olduğu güvene rağmen daha sonradan muvazaayı ispatlayarak taşınmazın iadesini sağlamışsa, bağışlama sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olmasından ötürü güveni boşa çıkarılan taraf, uğramış olduğu olumsuz zararın giderilmesini talep edebilecektir.

g. Şekle Aykırılıkta

Geçerlilik şekline uyulmadığı için BK.m.11, 16 uyarınca hüküm ifade etmeyen sözleşmeler³³¹, ancak bazı şartların varlığı hâlinde culpa in contrahendo esasları gereğince olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne yol açan güven ihlaline sebebiyet verirler.

Tıpkı hukuka aykırılık sebebiyle sözleşmenin butlanında olduğu gibi, şekle aykırılık hâllerinde de, “*ignorantia iuris nocet*” (*hukuku bilmemek mazeret değildir*) ilkesi, olumsuz zarardan sorumluluk açısından uygulama alanı bulmayacak olsa da³³², sadece sınırlı hâllerde şekle aykırılığı bilmemek, bundan zarar gören taraf için hukuken mazur görülebilir bir nitelik taşımaktadır. Çünkü şeklin koruyucu etkisi, yapmayı istemedikleri sözleşme ilişkisinden dolayı tarafların sorumluluk altına girmesini engellemektedir. Bunun yanı sıra, kanunî veya iradî şekle bilgisizlik yahut

³²⁹ Karş. Keller, M., **a.g.e.**, s. 166 vd.

³³⁰ Bu ihtimalde, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmeden kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne ilişkin esaslar uygulama alanı bulacaktır. Bkz. yuk. III. Bölüm, B 2 g.

³³¹ Taraflarca kararlaştırılan şekle aykırılıktan doğan geçersizlik yaptırımı, aslında pratik olarak büyük bir öneme sahip değildir. Zira iradî şekil zorunluluğunun yine taraflarca kaldırılması her zaman için mümkündür.

³³² Scherrer, **a.g.e.**, s. 46; Keller, M., **a.g.e.**, s. 144.

dikkatsizlik sonucu uymayan taraf, esas itibarıyla hukukî yanılıya düşmüş kişi konumundadır. Sözleşme görüşmelerinde meydana gelen hukukî yanılılar, ancak belli bir dereceye kadar dikkate alınırlar. Bunun ölçüsü, yanılıya düşen tarafın bundan zarar görmeyecek hâle getirilmesidir; yoksa karşı yanı da bu yanılıdan ötürü sorumlu tutacak şekilde davranmak mümkün değildir. Zira hiç kimse, başkasının bilgisizliğinin veya dikkatsizliğinin cezasını çekmek zorunda bırakılamaz³³³; her iki görüşme- ci de, şekil zorunluluğu öngören düzenlemeyi öğrenmek hususunda eşit imkâna sahiptir. Bu sebeptir ki, şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz³³⁴ olan sözleşmenin yol açtığı zararları tazmin yükümlülüğü, kural olarak hiç kimseye yüklenemez³³⁵. Ne var ki, culpa in contrahendo sorumluluğunun gerçekleştiği aşağıdaki hâllerde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün varlığını kabul etmek kaçınılmaz bir sonuçtur³³⁶:

—Sözleşmenin şekle aykırı bir biçimde yapılmasına kusuruyla yol açan³³⁷ veya sözleşmedeki şekle aykırılığı daha sonradan öğrenen taraf, karşı yanı sözleşme- nin geçerli olacağına inandırmışsa³³⁸;

³³³ Melliger, **a.g.e.**, s. 195-196; Keller, M., **a.g.e.**, s. 142-143.

³³⁴ Şekle aykırılığın hukukî sonuçları aslında doktrinde tartışmalıdır; kimi yazarlar baskın görüşten ayrılarak, butlan yaptırımını kabul etmemektedir. Kendine özgü geçersizlik teorisini savunan bu yazarlar için bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 25-26; Eren, **a.g.e.**, s. 262 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 127-128.

Avusturya hukukunda ise, şekle aykırı sözleşmeler için butlan yaptırımını öngörülmuş değildir; ABGB § 1432'ye göre, şekle aykırı sözleşmeler kural olarak tabii borç doğururlar. Böylece borcun bilerek ifa edilmesine, sözleşmedeki şekle aykırılığı giderici bir etki tanınmıştır. Bkz. Peter Mader, **Schwimmann ABGB Praxis Kommentar, Bd. 6, §§ 1293-1502 ABGB**, 3. Auflage, Wien, Lexis-Nexis ARD Orac, 2006, § 1432, Rn. 1 vd.; Schwenzler, **a.g.m.**, s. 671, dn. 83.

³³⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 129, dn. 397; Medicus, **Die culpa in contrahendo**, s. 214; 217; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 128-129; benzer yönde bkz. Lauer, **a.g.e.**, s. 31-32.

³³⁶ Şekil noksanı sebebiyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması (MK.m.2/f.II) teşkil ettiği hâllerde, sözleşme geçerliymiş gibi kabul edileceği için, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmayacaktır. Bu ihtimalde taraflar, birbirlerinden ifa menfaatini isteyeceklerdir.

Şekle aykırılık hâllerinde, culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca olumlu zararın talep edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda bkz. Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 543 vd.; Rengier, **a.g.e.**, s. 50, dn. 53.

³³⁷ Buradaki kusurun mutlaka kasıt derecesinde olmasına gerek yoktur; hatta hafif ihmal dahi olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Karş. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 112.

³³⁸ Taraflardan birinin sözleşmedeki şekle aykırılığı bilmediği hâllerde, diğer görüşmecinin olumsuz zarardan sorumlu olduğunu söyleyebilmek için, öncelikle onun MK.m.2 uyarınca bildirim yükümlülüğü altında bulunması gerekir. Böyle bir yükümlülük ise, ancak şu sınırlı şartların varlığı durumunda kabul edilebilir: a) Sorumlu tutulmak istenen görüşmeci, şekil kuralını bilmeli ya da bilmek zorunda olmalı; b) şekil kuralından haberdar olmayan tarafın bunu bilmesi gerekmemeli; c) onun bu hususta bilgilendirilmeye ihtiyaç duyduğu, diğer görüşmeci tarafından fark edilmiş olmalıdır. Bkz. Hartmann, **a.g.m.**, s. 534-535.

—sözleşmenin şekle aykırı olarak yapıldığı her iki tarafça bilinmekle beraber³³⁹, bunlardan birisi, sözleşmenin daha sonradan şekle uygun olarak yapılacağı yahut şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin ifa edileceği hususunda diğerinde çeşitli sebeplerle (örneğin yakın arkadaşlık, akrabalık bağları, uzun süreli ticarî ilişkiler vs.) güven uyandırmışsa;

uyandırılan güveni ihlal edilen taraf, olumsuz menfaatinin giderilmesini diğer sözleşenden talep etme hakkına sahiptir³⁴⁰.

Bu tarz ihtimallerde, sözleşmenin geçersizliğine yol açan şekli bilmemek veya ona riayet etmemek, mazur görülebilir nitelikte olup, sorumluluk hukuku açısından zarar gören ilke olarak iyiniyetli kabul edilir; karşı yanın da kusurunun eklenmesiyle olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün varlığı için aranan şartlar tamamlanmış olur³⁴¹. Geçerlilik şekline uymadığı için olayların büyük bir çoğunluğunda zarar görene kusur atfedilecek olması, birlikte kusura ilişkin BK.m.44/f.I hükmünün uygulanmasına yol açacaktır.

Burada da vurgulamak gerekir ki, şekil kuralı öngören düzenlemenin taraflardan yalnızca birini korumak amacıyla getirilmiş olduğu hâllerde, şekille korunmak istenen taraf, sözleşmenin geçersizliğinden ötürü diğer yanın olumsuz zararını tazmin etme yükümlülüğü altına girmez; meğerki korunmak istenen tarafın bilmesine karşın diğer sözleşen geçersizliğe yol açan şekil kuralından habersiz olsun³⁴². Örnek olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörülmüş olan şekil kurallarına aykırılık hâlinde, satıcı, tüketiciden olumsuz zararının tazminini kural olarak talep edemeyecektir.

³³⁹ Hükümsüzlük nedeniyle zarara uğrayanın şekil kuralını bildiği hâllerde, kural olarak onun korunacak bir güveninden söz edilemez. Zira sözleşmenin ancak belli bir şekil altında hüküm ifade edeceğini bilen görüşmeci, bu şekil gerçekleşmediği müddetçe olumsuz menfaatinin oluşturan zararlarından kaçınma imkânına sahiptir. Bunu yapmadığı takdirde, rizikoyu da üstlenmiş olur. Bkz. Hartmann, **a.g.m.**, s. 535.

³⁴⁰ Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, bu hususları hiç tartışmaması ve üstelik şekle aykırılık nedeniyle esasen kesin hükümsüz olan sözleşmenin feshinden söz ederek BK.m.108 hükmünü uygulaması isabetli olmamıştır. Bkz. Yarg. 15. HD., 12.06.2003 t., E. 2003/133, K. 2003/3157 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

³⁴¹ Yargıtay da, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmelerde olumsuz zararın tazminine olanak tanımaktadır. Bkz. Yarg. 13. HD., 20.01.2002 t., E. 2001/12330 t., K. 2002/825 (www.yargitay.gov.tr).

³⁴² Schwenger, **a.g.m.**, s. 672.

h. Karşı Tarafı Yanılmaya Düşürmede

BK.m.26 ve BGB § 122'ye baktığımızda, tazminat borcunun yanılmaya düştüğü için sözleşmeyi iptal edene yüklendiğini; buna karşılık diğer tarafın sorumluluğu hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğini görürüz. Kanunun lafzına bağlı kalarak yanılma nedeniyle sözleşmenin iptalinde diğer tarafın olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü altına girmediğini ileri süren bazı yazarlar bulunsa da³⁴³, bizce bu görüş savunulabilir nitelikte değildir. Stoll tarafından da belirtildiği gibi, sözleşmenin karşı tarafı da pekâlâ olumsuz zarardan dolayı sorumlu tutulabilir³⁴⁴. Zira olumsuz zararlar sorumlu olan kimseyi tespitinde belirleyici olan unsur, yanılmaya kimin düştüğü değil, yanılmanın meydana gelmesi ve fark edilmemesinde kimin kusurlu olduğudur. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan rizikonun kimin tarafından üstlenilmesi gerektiğidir³⁴⁵. Buna göre sözleşmenin karşı yanı, sözleşmeyi iptal eden tarafın yanılmaya düşmesine kusuruyla yol açmışsa (açıklama ve bilgi verme yükümlülüğünü ihmal etmişse), onun sözleşmenin geçerliliğine güvenen doğan olumsuz zararını tazmin etme borcu altına girer³⁴⁶. Buradaki sorumluluğun kaynağı da, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan davranış yükümlülüğüne aykırılıktır³⁴⁷. Dolayısıyla davranış yükümlülüğünü ihlal ederek diğer tarafı yanılmaya düşüren ve böylece sözleşmenin iptaline neden olan taraf, kanunda bu hususta bir düzenleme bulunmasa bile, iptal hakkını kullanan iyiniyetli sözleşenin olumsuz zararından culpa in contrahendo uyarınca sorumlu olur. Yanılmaya düşenin de kusuru³⁴⁸

³⁴³ Rabel, **a.g.m.**, s. 318; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 316; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 595.

³⁴⁴ Stoll, **Vertragsverhandlungen**, s. 534, dn. 7; aynı yönde bkz. KommBGB/Wendtland, **a.g.e.**, § 122, Rn. 4; Keller, M., **a.g.e.**, s. 147 vd.; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, § 37, Rn. 22-24; Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 122, Rn. 8.

³⁴⁵ Scherrer, **a.g.e.**, s. 34; Schwenger, **a.g.e.**, § 39, Rn. 38; Schwenger, **a.g.m.**, s. 667; Kramer, **Der Irrtum**, s. 58; 133 vd.; 146; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 228 vd.; ayrıca bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 9.

³⁴⁶ Karşı yanı kasten yanılmaya düşürmede, aldatma (saikte yanılma) söz konusu olur.

³⁴⁷ Üçüncü şahsın yol açtığı yanılmalarından ötürü, sözleşmenin iptaline muhatap olan tarafın herhangi bir tazminat yükümlülüğü kural olarak söz konusu olmaz. Hatta tam tersine, üçüncü şahsın davranışıyla yanılmaya düştüğü için sözleşmeyi iptal eden tarafın bir kusuru varsa, üçüncü şahsa başvuru hakkı saklı kalmak kaydıyla BK.m.26 uyarınca sorumluluk altına giren kendisi olacaktır. Bununla birlikte Avusturya Medenî Kanununda da ifade edildiği gibi (ABGB 875), sözleşmenin karşı yanı, üçüncü şahsın davranışına katılmış ya da bunu bilmesi gerekiyorsa, sözleşmenin iptali yüzünden ortaya çıkacak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü culpa in contrahendo esasları uyarınca karşı sözleşene ait olacaktır.

³⁴⁸ Buradaki kusurun hiç şüphesiz ki, ihmal tarzında ortaya çıkması gerekir; zira yanılmanın kasten gerçekleşmesi mümkün değildir.

varsa, hâkim, BK.m.44/f.I gereğince tarafların kusurunun ağırlığına göre tazminatı indirebilir ya da tamamen kaldırabilir.

Bu ihtimalde hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, hâkim BK.m.26/f.II'ye kıyasen olumsuz menfaat yerine çoğu zaman daha yüksek olan olumlu zararın tazminine karar verebilir. Yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden tarafın karşı yanına tanınmış olan bu imkânı, karşı tarafın kusuruyla yanılmaya düştüğü için sözleşmeyi iptal edenden esirgemenin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır³⁴⁹. Taraf menfaatleri arasındaki denge, kanaatimizce bu yönde bir kabulü zorulu kılmaktadır.

Son olarak değinmek gerekir ki, karşı tarafın kusuru ile yanılmaya düşen taraf, bir yıllık iptal süresini kaçırmışsa, BK.m.31/f.I'deki icazet faraziyesi uyarınca sözleşmeyle bağlı hâle geleceğinden, artık culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak tazminat talep edemeyecektir. Bununla beraber sözleşmeyi iptal etmenin, onun bakımından maddî ya da manevî sebepler yüzünden beklenilmez olduğu hâllerde, BK.m.31/f.II hükmünden kıyasen yararlanma yoluna gidilebilir³⁵⁰. Her ne kadar BK.m.31/f.II'nin metninde sadece aldatma veya korkutmadan bahsedilmişse de, zarar göreni, işlemsel temas sırasında kusurlu davranan sözleşen karşısında korumamak için haklı bir neden yoktur³⁵¹.

i. Gabinde

Gabne uğradığı için BK.m.21 uyarınca sözleşmeyi iptal eden tarafın, bu sözleşme yüzünden uğramış olduğu olumsuz zararın tazmin edilmesini talep edebileceğinden kuşku duymamak gerekir. Zira sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflardan birinin diğer yanın zor durumda bulunmasından, hafifliğinden ya da tecrübesizliğinden yararlanarak onu aşırı ölçüde sömürmesi, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan MK.m.2 kaynaklı davranış yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir³⁵².

³⁴⁹ BK.m.26/f.II'ye ilişkin olarak yaptığımız diğer açıklamalar, bu ihtimalde de geçerliliğini korumaktadır. Bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 a.

³⁵⁰ BK.m.31/f.II hükmü hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 d.

³⁵¹ Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 340, dn. 48a'da anılanlar; karşı. Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 171; Merz, **Vertragsschluss**, Rn. 141

³⁵² von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 347; Halid Kemal Elbir, "Türk Pozitif Hukukunda Gabin", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, t.y., s. 197; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 21, Rn. 18; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 21, Rn. 61; Art. 22, Rn. 10; 37; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 404; Eren, **a.g.e.**, s. 382; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 200;

Culpa in contrahendo esaslarının uygulanacağı bu ihtimalde, olumsuz zarardan sorumluluk için gerekli olan şartlar, gabne ilişkin objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden tamamlanmış olur. Zira karşı yanın zor durumundan, hafifliğinden yahut tecrübesizliğinden istifade ederek onu sömüren taraf her durumda kusurlu sayılacağı gibi; bu şartlar altında sözleşme ilişkisine giren sömürülen taraf da daima iyiniyetli olacaktır.

Burada bir hususa yeniden dikkat çekmek gerekir ki, zor durumda kaldığı için karşı yanın sömürmesine maruz kalan tarafın talep edeceği olumsuz zarar, olayların büyük bir çoğunluğunda güven zararı niteliğinde olmayacaktır³⁵³. Zira zor durumda kalan kimse, edimler arasında aşırı dengesizlik olduğunu bilmesine karşın³⁵⁴ yine de sözleşme yapmak ihtiyacında olduğundan, onun sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik bir güven duymasından; bir başka ifadeyle sömüren tarafın onda böyle bir güven yarattığından söz edilemez. Burada söz konusu olan, işlemsel temas sırasında ortaya çıkan davranış yükümlülüklerinin karşı sözleşence ihlal edilmesidir. Buna karşılık, hafiflik veya tecrübesizliğe dayalı gabin hâllerinde ise, sömürülen tarafın bu yönde uyandırılan bir güvene sahip olduğundan söz etmek mümkündür. Dolayısıyla hafiflik veya tecrübesizlik yüzünden sömürülen tarafın ileri süreceği tazminat talebi, diğer sözleşenin yarattığı güven olgusuna dayalı tipik bir olumsuz zarardan sorumluluk görünümündedir.

Gabne uğrayan tarafın BK.m.21’de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyi iptal etmediği hâllerde, onun artık olumsuz zarar isteminde bulunamayacağı açıktır. Zira gabne maruz kalan sözleşen, kendisine tanınmış olan iptal hakkını kullanmadığı için rıza göstermiş sayıldığı sözleşme ilişkisiyle artık kanunen bağlı olacağından, bu sözleşme hiç yapılmayıp uğramayacak olduğu zararların karşılanması talep edemeyecektir. Ayrıca bu ihtimalde gabne uğrayanın rızası, gabinli sözleşmenin yol açtığı malvarlığı azalmalarının hukuken zarar olarak nitelendi-

Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 7, Rn. 55; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 395-396; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 240; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 202; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 122; Bozer, **a.g.e.**, s. 67; Çiğdem Mine Aslan, **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK.m.21)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 128.

³⁵³ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

³⁵⁴ Zor durumda kalan kimse, yalnızca çok sınırlı hâllerde, yaptığı sözleşmeyle karşı yan tarafından sömürüldüğünün farkında olmaz. Sadece böyle durumlarda, zor durumda kalan kimsenin talep edeceği olumsuz zarar tazminatı güven olgusuna dayalı olur.

rilmesini de engellemektedir. Kural bu olmakla beraber, gabinli sözleşmenin iptalinin daha büyük zararlara neden olacağı istisnai durumlarda, sözleşmeyi iptal etmiş olmasa bile gabne maruz kalanın yine de olumsuz zarar talebinde bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Bu hususta kanunumuzda açık bir hüküm bulunmasa da, aldatma ve korkutmaya ilişkin BK.m.31/f.II hükmünden hakkaniyet düşüncesiyle kıyasen yararlanmak mümkündür³⁵⁵.

j. Kısmî Butlanda

BK.m.20/f.II'ye göre kısmî butlan, hükümsüzlüğün sadece sözleşmenin bir kısmına inhisar ettiği ve diğer kısımları geçerli saymanın tarafların farazî arzusuna uygun düştüğü durumlarda söz konusu olur³⁵⁶. Tıpkı diğer hükümsüzlük hâllerinde olduğu gibi, sözleşmenin kısmî butlanında da, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel prensipler çerçevesinde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkar³⁵⁷. Sözleşmenin kısmî butlanla sakat olması, olumsuz zarardan sorumluluğun ortaya çıkışı bakımından herhangi bir farklılık göstermemektedir. Buna göre, sözleşmedeki kısmî hükümsüzlük sebebinin bilen veya bilmesi gereken taraf, sakat olan kısmın geçerli olacağı, bir başka ifadeyle amaçlanan sözleşmenin tamamının hüküm ifade edeceği yönünde iyiniyetli karşı yanda bir güven uyandırmışsa, bu güveni kusurlu olarak ihlal etmesinden ötürü sorumluluk altına girer.

İşaret etmek gerekir ki, batıl sayılan kısım olmaksızın tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacakları sonucuna varılıyorsa, kısmî butlan yerine sözleşmenin tamamı geçersiz sayılacağından, iyiniyetli karşı sözleşenin güvenini ihlal eden kusurlu tarafın olumsuz zarardan sorumluluğu, -yine şimdiye kadar belirttiğimiz açıklamalar çerçevesinde- culpa in contrahendo esaslarına tâbi olacaktır.

³⁵⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **Bd. I**, Rn. 748; Elbir, **a.g.t.**, s. 197; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 240, dn. 56; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 404; Aslan, **a.g.e.**, s. 128; bkz. ve karşı. Burcu Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 184-185. BK.m.31/f.II'nin uygulanmayacağını savunan aksi yöndeki düşünce için bkz. Kramer, **Berner Komm.**, Art. 21, Rn. 61; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 200; Huguenin, **Obligationenrecht**, Rn. 518.

³⁵⁶ Kısmî butlan hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Başpınar, **a.g.e.**, s. 51 vd.

³⁵⁷ Başpınar, **a.g.e.**, s. 178-179.

C. BORÇ İLİŞKİSİNİN SONRADAN HÜKÜMDEN DÜŞMESİNDEN KAYNAKLANAN OLUMSUZ ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Burada inceleyeceğimiz hâllerde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran olay, geçerli bir şekilde kurulmuş olan borç ilişkisinin sonradan hükümden düşmüş olmasıdır. Dar anlamda güven zararı niteliğini taşımayan³⁵⁸ ve borçlunun sözleşme görüşmelerinde kusur teşkil eden bir davranışı bulunmadığı için culpa in contrahendo sorumluluğunun da kapsamında yer almayan³⁵⁹ bu ihtimaller, BK.m.8/f.II, 108/f.II, 396/f.II, 466/f.II hükümlerinde ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 599/f.II’de düzenlenmiştir³⁶⁰. Olumsuz menfaate ilişkin bu giderim yükümlü-

³⁵⁸ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

³⁵⁹ Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin esaslar, bu başlık altında yer alan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü hâllerinde uygulama alanı bulmaz.

Burada edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin söz konusu olduğu yolunda bkz. yuk. II. Bölüm, B 3 a.

³⁶⁰ Bunlardan başka, Medenî Kanunumuzda da, yukardakilerle benzerlik gösteren olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Karş. BSK ZGB I/Huwiler, **a.g.e.**, Art. 92, Rn. 12.

Alman hukukundaki BGB § 1298 hükmüyle paralellik taşıyan MK.m.120’ye göre, “Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddi fedakarlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır”. Metninden de anlaşılacağı üzere, anılan hüküm, güven temeline dayalı Aile hukuku sözleşmesi olan nişanlanma yüzünden uğranılan zararların giderilmesini hedeflemektedir. Böylece kanun koyucu, nişanlanma dolayısıyla taraflar arasında kurulmuş olan güven ilişkisinin ihlal edilmesini yaptırma bağlamış, evlenme amacıyla yapılan fakat sona erme nedeniyle boşa çıkan harcamaların ve kaçırılan fırsatların tazmin edilmesini öngörmüştür. Bunlara örnek olarak, nişanlının geçimi ve bakımı için yapılan masraflar, çeyiz harcamaları, satın alınan ancak nişanın bozulmasıyla artık bir işe yaramayacak olan eşyalar, ileride aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan daha büyük evin kirası, nişan töreni masrafları, balayı seyahati hazırlığı, evlenmenin gerçekleşeceğine güvenen nişanlının, işinden ayrılması ya da yeni iş tekliflerini değerlendirmemesi gösterilebilir. Bkz. BSK ZGB I/Huwiler, **a.g.e.**, Art. 92, Rn. 11; A. Egger, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II, Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co., 1936, Art. 92, Rn. 8; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 41 vd.

İsviçre Medenî Kanununda (ZGB 92) 2000 yılında yapılan değişiklikler neticesinde tazminat kelimesi kullanılmamış, bunun yerine katılma yükümlülüğünden (*katkı payından*) söz edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, evlenmenin yapılacağı kanaatiyle dürüstlük kuralına uygun olarak hazırlıklar yapmış olan nişanlı, diğerinden adil olması şartıyla yaptığı masraflara karşılık uygun bir katkı payının ödenmesini isteyebilir. Her ne kadar ZGB 92’de tazminat ifadesi açıkça yer almasa da, burada bahsi geçen borçlar hukuku anlamında bir tazminat talebidir. Bkz. BSK ZGB I/Bruno Huwiler, **a.g.e.**, Art. 92, Rn. 1.

Dikkat etmek gerekir ki, nişanlanma borçlar hukukuna tâbi bir sözleşme olmadığından, evlenmeye ulaşamaması yüzünden uğranılan kayıpların, yani olumlu zararın karşılanması talep edilemez. Aksine bir tutum, nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi kuralının ekonomik açıdan dolanılmasına yol açar. MK.m.120 hükmü, yalnızca evlenme amacına yönelik olarak dürüstlük ku-

ralı çerçevesinde yapılan malvarlığı kayıplarının tazminini öngörmüştür. Burada sınırlı bir olumsuz zarardan sorumluluk söz konusu olduğundan, nişanlılık sırasında gerçekleşmiş olmakla beraber evlenme amacına yönelik olmayan harcamalar, bu düzenlemenin kapsamında yer almaz. Söz gelimi nişanlının hamile kalması, çocuk doğurması, nişanın bozulması yüzünden ortaya çıkan sağlık problemlerinin neden olduğu masraflar ile başka sebeplerden reddedilen iş tekliflerinden kaynaklanan kâr mahrumiyetleri, MK.m.120'ye dâhil değildir. Yine bunun gibi, dürüstlük kuralının dışına taşarak yapılan aşırı harcamalar da, MK.m.120 uyarınca talep edilemez. Bu tarz durumlarda hâkim, BK.m.43'ün tanıdığı yetkiyi kullanarak, hükmedeceği tazminatta bir indirim giderek, abartılı harcamaların sadece hakkaniyetin gerektirdiği kısmının tazmin edilmesine karar verecektir. Nitekim MK.m.120 hükmü de bunu teyit eder biçimde, tüm zararların giderilmesinden değil, uygun bir tazminatın verilmesinden söz etmiştir. Ancak tazminatla yükümlü olan nişanlının vaktiyle rıza gösterdiği harcamalar için, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılma ölçüsü aranmaz. Bkz. Ernst Götz, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte: Die Eheschliessung, Artikel 90-136 ZGB**, 3. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1964, Art. 92, Rn. 18; BSK ZGB I/Huwiler, **a.g.e.**, Art. 92, Rn. 14; Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 39; Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 45.

Medenî Kanun, masrafların evlenme amacına yönelik olması şartını aradığından, nişanın yapılmasından önce veya nişanın bozulmasından sonra yapılanlar, MK.m.120 kapsamında talep edilemez; meğerki bunlar, evlenme ümidine yakından bağlı olarak yahut nişanın bozulduğu bilinmeden gerçekleştirilmiş olsun. Bkz. Egger, **a.g.e.**, Art. 82, Rn. 8; BSK ZGB I/Huwiler, **a.g.e.**, Art. 92, Rn. 15; BGE 79 II 1 vd.; Oğuzman/Dural, **a.g.e.**, s. 44; Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 39.

MK.m.120'deki olumsuz zarardan sorumluluk, genel prensiplerle bağlı olarak kusurlu nişanlıya yükletilmiştir. Buna göre, haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozan veya kusuru ile nişanın bozulmasına neden olan taraf, MK.m.120 uyarınca karşı yanın olumsuz zararını tazmin etmektedir. Ana ve baba veya onlar gibi davranan kimselere karşı, MK.m.120 uyarınca dava açılması mümkün değildir; yalnızca kusurlu nişanlının ölümü hâlinde, mirasçılara karşı dava açmak veya açılan davaya devam etmek mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, mehz İsviçre Medenî Kanununda (ZGB 92), son değişiklikler neticesinde kusur şartı kaldırılmış, nişanın bozulmasıyla ortaya çıkan olumsuz zarar tazminatında objektif sorumluluğa yer verilmiştir. Nişanlıların birbirlerinden katkı payı talep edebilmesi için, bunun adil olması gerekli ve yeterlidir. Ancak hiç şüphe yok ki, nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayanmaması ya da karşı tarafın kusurlu olması, adil olma kavramının içinde değerlendirilecektir. Bkz. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e.**, s. 178; BSK ZGB I/Huwiler, **a.g.e.**, 2 vd.; Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 37.

Tazminat alacaklı ise, nişanın bozulmasında kusurlu olmayan veya daha az kusurlu olan taraf ile onun ana ve babası veya onlar gibi davranan üçüncü şahıslardır. MK.m.120'de, tazminat istemeye hakkı olan nişanlı ile onun ana ve babası veya onlar gibi hareket eden kimselerin talep edebileceği tazminatın kapsamı arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bununla beraber doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, nişanlının isteyebileceği zarar kalemlerinin hepsini üçüncü şahısların da isteyebileceğini söylemek doğru değildir; onların talep edebileceği tazminat, yalnızca evlenme amacına yönelik olarak nişanlılar için yapılan harcamalardan ibarettir. Buna göre ana ve baba veya onlar gibi hareket edenler, kendileri için yaptıkları harcamaları (örneğin ana ve babanın nişan töreninde giymek üzere aldıkları elbisenin bedeli vs.) ve evlenmenin gerçekleşeceğini güvenerek uğradıkları kâr mahrumiyetini, MK.m.120'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne dayanarak talep edemeyeceklerdir. Nitekim Alman hukukunda BGB § 1298 hükmünde de, ana ve baba veya onlar gibi hareket edenlerin tazminat talebi, açıkça bu yönde sınırlanmıştır. Bkz. Tekinay, **a.g.e.**, s. 45-47; Oğuzman/Dural, **a.g.e.**, s. 46; Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 40.

Yine İsviçre'deki son duruma değinecek olursak; ana ve baba veya onlar gibi davranan üçüncü şahısların, yaptıkları harcamalar için diğer nişanlıdan talepte bulunmasına yönelik düzenleme, gereksiz görüldüğü için ZGB 92'nin yeni metnine alınmamıştır. Söz konusu hükmün ana ve babanın kızlarına drahoma vermekle yükümlü olduğu dönmeden kaldığı; ana ve baba yapmasaydı bizzat nişanlı tarafından yapılacak masrafların, sanki nişanlının kendisi yapmış gibi sayılabileceği düşün-

lükleri, belirttiğimiz özellikleri itibarıyla tipik olumsuz zarardan sorumluluğun da ötesinde yer almaktadırlar.

1. İlân Yoluyla Ödül Sözünden Dönmede

Hukukî niteliği tartışmalı olmakla beraber doktrindeki baskın görüş çerçevesinde tek taraflı borç altına girme olarak kabul edilen³⁶¹ ilân yoluyla ödül sözü verme işlemi de, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü ortaya çıkabilir³⁶². Zira kamuya yaptığı duyuru ile gerçekleştirilecek belli bir edim karşılığında ödül vereceğini taahhüt eden kimse, aslında ilgilileri bu yönde davranmaya ve masraflar yapmaya davet eden kişi konumundadır. Bu hâliyle, yarattığı güvenin sonuçlarına da belli bir ölçüye kadar katlanmak zorundadır.

BK.m.8/f.II'ye göre, ilân yolu ile ödül sözü veren kimse, henüz istediği edim gerçekleştirilmeden evvel sözünden dönme imkânına sahiptir³⁶³. Borçlar Kanunumuzda açıkça belirtilmiş olmasa da, şekle tâbi olmayan tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilecek dönme beyanının, aynen ilân yoluyla yapılan ödül sözünde olduğu

cesi, değişiklik çalışmalarında hâkim olmuştur. Bkz. ZGB BSK I/Huwiler, **a.g.e.**, Art. 92, Rn. 22; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, **a.g.e.**, s. 178, dn. 24.

³⁶¹ Jhering, **a.g.e.**, s. 77 vd.; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 182, dn. 6; Rabel, **a.g.m.**, s. 308-309; Becker, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 1-5; BSK OR I/Bucher, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 5 vd.; Ali Naim İnan, **Türk Hukukunda İlân Suretiyle Yapılan Vaadler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1961, s. 15 vd.; Keller/Schöbi, **Bd. I**, s. 10; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 275; Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 12 vd.; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 176; Eren, **a.g.e.**, s. 419-420; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 468-469; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 158; KommBGB/Kotzian-Marggraf, **a.g.e.**, § 657, Rn. 2; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 13, Rn. 48; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 104; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 619; ORKomm/Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 1-2.

Doktrinde azınlıkta kalan eski bir düşünceye göre ise, ilân yoluyla ödül sözü verme, genele yapılmış bir öneri niteliğindedir; ödülün bağlandığı işi ilk yapanın kabul sayılan davranışıyla taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 13 vd.; Melliger, **a.g.e.**, s. 238 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 171 vd.

İşaret etmek gerekir ki, bu tartışmaların bizim konumuz bakımından pratik bir önemi yoktur; hukukî niteliği ne olursa olsun her durumda uygulanacak hüküm, BK.m.8/f.II düzenlemesidir.

³⁶² Alman hukukunda ise, BGB § 658'de ödül sözünden dönen için herhangi bir tazminat yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bu ihtimalde, sadece ödül sözünde bulunanın ahlaka aykırı davranışla kasıtlı olarak diğer tarafa zarar verme amacıyla hareket ettiği hâllerde, BGB § 826'ya göre tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. Bkz. Hermann Seiler, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611-704**, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005, § 658, Rn. 7; KommBGB/Kotzian-Marggraf, **a.g.e.**, § 658, Rn. 5; Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 70.

³⁶³ Belli bir süre tayin edilerek ilân edilen ödül sözünden dönmeyen mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. İnan, **İlân Suretiyle Yapılan Vaadler**, s. 83; Lüchinger, **a.g.e.**, dn. 809.

gibi ilgili kimselere duyurulması gerekmektedir³⁶⁴. Usulüne uygun şekilde dönüldükten³⁶⁵ sonra yerine getirilen edim ödüle hak kazandırmaz; fakat ödül sözü veren kimse, davetine güvenen iyiniyetli şahısların olumsuz zararını tazmin etme sorumluluğu altına girer³⁶⁶.

BK.m.8/f.II uyarınca olumsuz zarardan sorumluluğun doğabilmesi için, zarara uğradığını ileri süren kimsenin, ödül sözüne güvenmesi ve edimi gerçekleştirmek üzere iyiniyetle bir takım masraflar yapmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, edimi gerçekleştirmeye yönelik olmayan³⁶⁷ veya ödülден habersiz olarak yapılan³⁶⁸ yahut ödül ilânının konusuna uygun olmayan gereksiz harcamaların karşılanması talep edilemez. Ancak burada dikkat etmek gerekir ki, ödül sözüne güvenen üçüncü şahıslar, tazminat talebinde bulunabilmek için sarf ettikleri çaba ve harcamaların, ilân edilen edimi gerçekleştirmeye yeterli olacağını ispatlamak zorunda değildir; zaten olayların büyük bir çoğunluğunda bu hususun üçüncü şahıslarca kanıtlanması mümkün değildir³⁶⁹.

Zarar görenin iyiniyetli olması şartına karşılık, zarar verenin kusurlu olmasına gerek yoktur. Zira BK.m.8/f.II, tıpkı BK.m.29/f.II ve 39/f.I gibi, kusurdan bağımsız

³⁶⁴ BGB § 658'den farklı olarak, İsviçre ve Türk hukuklarında duyuru aracının aynı olmasına gerek yoktur; ilgili kimselerin dönmeden haberdar edilmesi gerekli ve yeterlidir. İlân yoluyla ödül sözü verme gazeteyle yapılmış olsa bile, dönme beyanı radyo ya da internet yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bkz. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 67; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 29; İnan, **İlân Suretiyle Yapılan Vaadler**, s. 84; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 472; Becker, **a.g.e.**, Art. 8, R. 11; ORKomm/Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 8; Eren, **a.g.e.**, s. 422; Lühinger, **a.g.e.**, Rn. 633; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 184; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 64.

Ödül sözünden dönme beyanı usulüne uygun şekilde yapılmadığı takdirde, edimi gerçekleştiren iyiniyetli şahıslara karşı ileri sürülemez. Bkz. BSK OR I/Bucher, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 32.

³⁶⁵ Genel prensiplerden farklı olarak, ilân yoluyla verilen ödül sözünden dönme, geçmişe değil, ileriye etkilidir. Bkz. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 68; 71; Eren, **a.g.e.**, s. 422.

³⁶⁶ İlân yoluyla yapılan söz vermelerin özel bir tipi olan ödüllü yarışmalarda da aynı esaslar uygulama alanı bulur.

³⁶⁷ Bir başka ifadeyle, yalnızca edimi gerçekleştirmeye yönelik olup da, dönme beyanı neticesinde faydasız kalan masraflar talep edilebilir. Bkz. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 72.

³⁶⁸ Dikkat edileceği üzere, ilân yoluyla söz verilen edime yönelik talep hakkı ile ödül sözünden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zarar istemi arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, şart koşulan edimi gerçekleştiren kimsenin ödül almak amacıyla hareket etmiş olmasına gerek yoktur; hatta ödülден hiç haberi olmasa dahi, aksi ilândan anlaşılmadıkça edimi yerine getiren kimse ödülü talep etme hakkına sahip olur. Hâlbuki BK.m.8/f.II uyarınca olumsuz zarar talebinin ileri sürülebilmesi için, masraflar yapan üçüncü şahsın ödül sözüne güvenerek hareket etmiş olması gerekmektedir.

³⁶⁹ Jhering, **a.g.e.**, s. 86; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 31.

olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü düzenlemektedir³⁷⁰. İlân yoluyla verdiği ödül sözünden dönen kimse, ödül sözünün geçerliliğini devam ettireceği yönünde uyardırılmış olduğu güvenden ötürü masraflar yapan üçüncü şahıslara karşı kusursuz olarak sorumludur.

Kanun koyucu, BK.m.8/f.II'deki olumsuz sorumluluğuna bazı sınırlamalar getirmiştir. Şöyle ki, öncelikle tazminat yükümlülüğü, sadece fiilî zararlara (*damnum emergens*) hasredilmiş, kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*) kapsam dışı bırakılmıştır. Zira BK.m.8/f.II'nin metninde tazmini lazım gelen zarar kalemi olarak yalnızca iyiniyetle yapılan masraflar sayılmış; kâr kaybından kaynaklanan malvarlığı azalmaları, giderime layık görülmemiştir³⁷¹. Buna göre, ilân yoluyla ödül sözüne güvenen kimse, olumsuz zarar adı altında yalnızca edimi gerçekleştirmek üzere iyiniyetli yaptığı masrafların, emek ve vakit kayıplarının tazmin edilmesini isteyebilecektir³⁷²; daha elverişli başka bir işlem yapma ya da başka bir ödüllü yarışmaya katılma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetini talep etme hakkını haiz değildir³⁷³.

³⁷⁰ Keller, M., **a.g.e.**, s. 179; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 638.

³⁷¹ İlân yoluyla verilen ödül sözüne güvenilerek başka bir işlem yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr kayıplarının, iyiniyetle yapılmış masraf olarak değerlendirilmesi ve bu çerçevede tazmin edilmesi mümkün değildir. Aksi yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 472; ORKomm/Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 9.

İlân yoluyla verilen ödül sözüne güvenerek hareket eden kimse, özel hükümle getirilmiş dönme imkânının edim gerçekleşinceye kadar kullanılabileceğini göz önünde tutmak zorundadır. Bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 275-276; Keller, M., **a.g.e.**, s. 179; 299.

Nitekim Alman hukukunda, BGB § 658'de masrafların tazminine izin verilmemesinin altında yatan düşünce, ödül için uğraş verenlerin, harcadıkları emek ve masrafların rizikosunu taşımak zorunda olmasıdır.

³⁷² BK.m.8/f.II'nin metninde yalnızca masraflardan söz edilmiş olmasına karşın, ödülü elde etmek için yapılan faaliyetlere doğrudan doğruya bağlı olan bu tarz yan gelir kayıplarının da tazmin edilmesinin mümkün olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bkz. Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 73; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 639.

³⁷³ Buradan hareketle bazı yazarların, BK.m.8/f.II'nin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü düzenlemediğini ileri sürmeleri isabetli değildir. Bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 275-276; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 10-11; Keller, M., **a.g.e.**, s. 179; Scherrer, **a.g.e.**, s. 65.

Hesaplanacak tazminatın kanun uyarınca bir sınırlamaya tâbi tutulması, buradaki malvarlığı kayıplarının, uyandırılan güvenin ihlalden kaynaklandığı gerçeğini değiştirmemektedir. İlân yoluyla ödül sözü vermenin hukukî niteliği itibarıyla, genele yapılmış öneri yerine tek taraflı borç altına girme olarak kabul edilmesi de, bu sonuca etkide bulunmamaktadır. Bu hâliyle BK.m.8/f.II'de, ödül sözüne güvenden kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü söz konusudur. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 32; Becker, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 12;

Bundan başka, BK.m.8/f.II uyarınca istenebilecek olumsuz zarar miktarı, ilân edilen ödülün değerini aşamaz; yani ödül sözünden dönenin olumsuz zarardan sorumluluğunun en üst sınırı, ifa menfaatidir. İlân ettiği ödül sözüyle üçüncü şahıslar nezdinde beklenti yaratan kimse, bunu aşan oranda bir tazminat ödeme yükümü altında değildir. Ödül sözüne güvenerek hareket eden kimse, astarı yüzünden pahalıya gelecek şekilde ödülün değerini aşan oranda masraflar yapmışsa, bu fazla kısmın giderilmesini talep edemez; iyiniyetli olsa da bunlara kendisi katlanmak zorundadır. Tazminat talep edenlerin sayısının birden fazla olduğu hâllerde de, bu sınırlama uygulama alanı bulur³⁷⁴. Şayet birden fazla kişinin istediği olumsuz zararın toplamı, söz verilen ödülün değerini aşmıyorsa, her biri kendi zararının tamamını elde etme hakkına sahip olur. Masrafların toplamının ödülün değerini aştığı diğer durumlarda ise, bir orantıya gidilir: Zarar talebinde bulunların yaptıkları masraflar birbirine eşitse, ödül değerindeki tazminat da eşit hisselere bölünür; eğer eşit değilse, her birinin zararı ile ödülün değeri arasında bir orantı kurulur ve tazminat, bu çerçevede paylaşılır³⁷⁵.

BK.m.8/f.II'deki bu sınırlı olumsuz zarardan sorumluluk, mutlak nitelikte değildir. İlân yoluyla verdiği ödül sözünden dönen kimse, kusursuz olarak sorumlu tutulsa da, kanun koyucu yine de ona kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımıştır. Buna göre, ödül sözü veren kimse, kendisinden masraf talebinde bulunanın zaten edimi ifa edemeyecek durumda olduğunu ispatladığı takdirde, sınırlı olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden sıyrılmış olur³⁷⁶. Bunun yanı sıra, söz verilen ödülün maddî değerinin bulunmadığı, yalnızca sembolik ya da manevî değer taşıdığı hâllerde de, BK.m.8/f.II'deki sorumluluk rejimi uygulama alanı bulmaz³⁷⁷; meğerki ilân edilen

İnan, **İlân Suretiyle Yapılan Vaadler**, s. 86; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 472; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 64; Eren, **a.g.e.**, s. 422; BSK OR I/Bucher, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 32; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 285, dn. 80. Aksi yönde bkz. Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 275.

³⁷⁴ BK.m.8/f.II'yi amacına göre yorumlayarak ulaştığımız bu sonucu, mehaz İsviçre Borçlar Kanununun metniyle de desteklemek mümkündür. Zira OR 8/f.II'de tazminat sorumluluğu ifa menfaatiyle sınırlanırken çoğul bir ifade tarzı kullanılmıştır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 644.

³⁷⁵ İnan, **İlân Suretiyle Yapılan Vaadler**, s. 86; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 473, dn. 8; Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 75; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 644.

³⁷⁶ Bu ispat yükünü yerine getirmek pratikte çok zordur. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 642; Keller, M., **a.g.e.**, s. 180

³⁷⁷ Kramer/Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 74; BSK OR I/Bucher, **a.g.e.**, Art. 8, Rn. 33; Eren, **a.g.e.**, s. 422, dn. 20.

ödülün bunun için uğraş veren üçüncü şahıslar bakımından dolaylı olarak maddî değeri bulunmuş olsun³⁷⁸. Çünkü bu tarz durumlarda, masraf talebinde bulunan kimse, ilân yoluyla söz verilen ödülü hak etmiş olsaydı bile, malvarlığında artış sağlayan bir kazanım elde edemeyecekti.

2. Sözleşmeden Dönmede

Sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek tazminatın türünü belirlemek aslında pek berrak ve kolay değildir. Zira gerek sözleşmeden dönmenin hukukî sonuçları gerek buna bağlı olarak ortaya çıkan tazminatın türü, borçlar hukukunda yoğun fikir ayrılıklarının yaşandığı karmaşık bir alandır³⁷⁹. İsviçre ve Türk doktrinlerinin âdeta bir klasiği hâline gelen bu tartışmalara uzun uzadıya girerek onları tekrarlamak yerine, *olan ve olması gereken (de lege lata ve de lege ferenda)* hukuk adına tazminat sorumluluğu bağlamında açıklamalarda bulunmak kanaatimizce daha yararlı olacaktır.

Hâli hazırdaki düzenlemeler (*de lege lata*) çerçevesinde sorunu ele aldığımızda şu tespitleri yapmamız mümkündür³⁸⁰: Alacaklının yenilik doğuran beyanla söz-

³⁷⁸ Bkz. ve karşı. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 645 vd.

³⁷⁹ Sebebe bağlı tasarruf işlemlerindeki tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, klâsik teori yanlıları için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 411 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 31 vd.; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 150 vd.; Buz, **a.g.e.**, s. 117 vd.; Markus Knellwolf, “Zur Wirkung des Rücktrittes”, **ZSR**, 131, I. Halbband, 1990, s. 392 vd.; Felix R. Ehrat, **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR**, Zürich, Schulthess, 1990, s. 13 vd.; 115 vd.

Yasal borç ilişkisi teorisini savunan yazarlar için bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 962 vd.

Son zamanlarda doktrinde gittikçe taraftar bulan dönüşüm teorisi için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 63 vd.; 544 vd.; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 14; § 17, 16 vd.; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 209-210; Eren, **a.g.e.**, s. 1075 vd.; Daniel Glasl, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht**, Zürich, Schulthess, 1992, s. 19 vd.; 32 vd.; Daniel Glasl, “Forum: Zur Wirkung des Rücktritts – eine Replik”, **ZSR**, 132, I. Halbband, 1991, s. 265 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 250-251; 255.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi de, dönüşüm teorisinden yana tavır takınmaya başlamıştır. Bkz. BGE 114 II 152 vd.

³⁸⁰ Sürekli borç ilişkilerinde sürekli edimin ifasına başlanılmışsa, sözleşmenin sona erdirilmesi ileriye etkilidir. Burada geçmişe etkili (*ex tunc*) sözleşmeden dönme yerine, ileriye etkili (*ex nunc*) fesih-ten bahsetmek gerekir, meğerki kanunda aksine bir düzenleme bulunmuş olsun (örneğin BK.m.516-517). Böylece fesih anına kadarki döneme ilişkin borçların varlığına dokunulmayacak, borç ilişkisi bundan sonrası için ortadan kalkacaktır. Karşılıklı iade talepleri de, fesih sonrası döneme ait olup da önceden yerine getirilmiş edimlerle sınırlı olacaktır. Sürekli borç ilişkisinin fesihinde alacaklı, ayrıca kusurlu borçludan olumlu zararının, yani sözleşmenin vaktinden önce sona ermesi nedeniyle uğradığı çıkar kaybının giderilmesini talep edebilecektir. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 419; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 29 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 127; Seliçi, **Sü-**

leşmeden dönmesi³⁸¹, kanun koyucu tarafından, borçlunun olumsuz zarardan sorumluluğuna yol açan bir neden olarak kabul edilmiştir³⁸². Zira BK.m.108/f.II'ye göre,

rekli Borç İlişkileri, s. 125-126; 210 vd. Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 967; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 456.

Genellikle sürekli borç ilişkisi doğuran vekâlet sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi hâlinde, istisnai olarak olumsuz zarardan sorumluluk öngören BK.m.396/f.II hakkında bkz. aş. III. Bölüm, C 3.

³⁸¹ Sözleşmeden dönme, yenilik doğuran bir hak olması itibarıyla, bir defa kullanıldıktan sonra geri alınamaz; dönme hakkı sahibi, bu hakkını kullandıktan sonra beyanı ile bağlıdır; meğerki irade beyanında bir iptal sebebi bulunsun yahut BK.m.9 hükmüne kıyasen dönme beyanı geri alınmış olsun. Ancak son zamanlarda doktrinde, borçlunun (yenilik doğuran hakkın muhatabının) korunmasına gerek olmayan hâllerde, daha önceden kullanılmış olan yenilik doğuran hakkın geri alınabileceği ve seçimlik hakkını kullanmış alacaklıya, bir değiştirme hakkının (*ius variandi*) tanınabileceği kabul edilmektedir. Özellikle sözleşmeden dönme hakkı bakımından, dönme yoluyla sözleşmenin sona ermesi yerine, ifa ile sona ermesinde borçlunun da menfaatinin olabileceği; bu tarz durumlarda, borçlunun, sözleşmeden dönme hakkının geri alınmaması kuralıyla korunmasına ihtiyaç bulunmadığı belirtilmekte ve alacaklıya bir değiştirme hakkı tanınmaktadır. Sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan değiştirme hakkı, iade konusu edimin borçlunun kusuru olmadan ortadan kalkması ve böylece borçlunun iade sorumluluğundan kurtulması hâllerinde pratik bir faydaya sahiptir. Çünkü bu tarz bir durumda, sözleşmeden dönen alacaklı, borçludan herhangi bir şey geri alamayacak, fakat kendisi borçlu tarafından verilen edimleri iade etmekle sorumlu olacaktır. Yine alacaklının ifa yerine olumlu zararın tazminini talep ettiği, ancak borçlunun kusursuzluğunu ispat ettiği durumlarda da, alacaklıya bir değiştirme hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece değiştirme hakkı, alacaklıyı yenilik doğuran hakkını kullandıktan sonra karşılaşabileceği bazı sürprizlere karşı korumaktadır. Bununla birlikte, alacaklıya tanınan değiştirme hakkının kullanılmasına bir takım sınırlamalar da getirilmiştir: Şöyle ki değiştirme hakkı, borçlunun, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan hukukî durumun kesin olduğuna güvendiği ana kadar kullanılabilir; borçlunun, meydana gelen hukukî durumun varlığına güvenerek bazı tasarruflarda bulunmasından sonra artık alacaklının kullanabileceği bir değiştirme hakkı bulunmamaktadır. Yine değiştirme hakkı, sadece ifa yerine olumlu zarar ya da sözleşmeden dönme + olumsuz zarar seçenekleri arasında bir defaya mahsus olmak üzere (borçluyu alacaklının oyuncağı hâline getirmeyecek şekilde) kullanılabilir; alacaklı, olumlu zararının veya sözleşmeden dönüp olumsuz zararının giderilmesini talep etmişse, yeniden aynen ifayı talep edebilmesini sağlayacak bir değiştirme hakkına sahip değildir. Zira borçlu, sözleşmeye aykırı davranmış olsa da, borçlandığı edimi hâlâ yerine getirmekle yükümlü olup olmadığını bilebilecek durumda olmalıdır; aksine bir çözüm, borçlunun menfaatlerinin ağır bir şekilde ihlali anlamına gelir. Bundan başka alacaklıya tanınan değiştirme hakkı, spekülatif kullanımlara engel olmak amacıyla MK.m.2'deki dürüstlük kuralı ışığında uygulanmalıdır. Buna göre alacaklı, sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazmin edilmesini istemişse, ara zamanda sözleşme konusu edimin değerinde meydana gelen artışlardan istifa etmek amacıyla olumlu zararının giderilmesini veya olumlu zararını talep etmişse, edimin değerindeki düşüşlerden ötürü sözleşmeden dönüp olumsuz zararının karşılanmasını isteyemez. Yani alacaklı, yenilik doğuran hakkını tükettiği anda hangisinin kendisi için daha uygun olduğunu tahmin edemediği (kestiremediği) hâllerle sınırlı olarak değiştirme hakkını kullanma imkânına sahiptir. Değiştirme hakkına ilişkin bu sınırlamalar, borçlunun, alacaklının kullandığı seçimlik hakkı geri almasına rıza gösterdiği durumlarda, hiç şüphe yok ki, uygulama alanı bulmaz. Zira yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla meydana gelen hukukî sonuçları bertaraf etmeye yönelik yeni sözleşmelerin yapılması pekâlâ mümkündür. Bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 17, N. 12; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 500-502; Buz, **a.g.e.**, s. 306-312; bkz. ve karşı. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 154; 169, dn. 61; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 408; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 179; 181, dn. 133; Havutçu, **a.g.e.**, 97-99; 104-109; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 957.

³⁸² BK.m.108 hükmüne ilişkin olarak burada yaptığımız açıklamalar, Borçlar Kanununda sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak burada yaptığımız açıklamalar, Borçlar Kanununda sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak burada yaptığımız açıklamalar, Borçlar Kanununda sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak burada yaptığımız açıklamalar (örneğin BK.m.82, 94, 95) ve ayrıca sözleşmeyle karar-

iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönme hakkını kullanan alacaklı, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının giderilmesini talep etme hakkını haizdir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarının (OR 109/f.II, BK.m.108/f.II) metinlerinde yer alan “sözleşmenin hükümsüzlüğünden (*aus dem Dahinfallen des Vertrages*)” kaynaklanan zarar ifadesinin, alacaklının olumsuz alışveriş menfaatinin hedeflediği; en azından kanun koyucunun bunu amaçlamış olduğu tereddütsüzdür³⁸³. Buradan aksi yönde bir çıkarım yaparak, olumsuz zarar yerine ifa menfaatinin kastedildiğini ileri sürmek, desteklenmesi mümkün olmayan bir yorum tarzıdır³⁸⁴. Çünkü Borçlar Kanunumuzdaki terimler arasında bir birlik olmasa da, mehz İsviçre Borçlar Kanununun olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin diğer hükümlerinde (OR 26/f.I, 39/f.I), tıpkı OR 109/f.II’de olduğu gibi, aynı ifade biçimi (*aus dem Dahinfallen des Vertrages*) kullanılmıştır. Ayrıca sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar arasında alacaklıya BK.m.106-108 uyarınca tanınan seçim hakkı da, sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek tazminatın olumsuz zarara yönelik olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla BK.m.108/f.II düzenlemesindeki zarar, alacaklının ifa menfaatinin değil; onun sözleşme ilişkisine girmiş olmasından kaynaklanan olumsuz menfaatinin ifade etmektedir.

BK.m.108/f.II çerçevesinde tazmini söz konusu olan zarar, daha önceden de vurguladığımız gibi³⁸⁵, culpa in contrahendo esaslarına dayalı tipik bir olumsuz zarardan sorumluluk değildir³⁸⁶. Burada söz konusu olan, borçlunun borca aykırı davranışları neticesinde sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının, bu sözleşmeyi yaptığı için uğradığı, yani dönmüş olduğu sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu malvarlığı kayıplarıdır. Bu ihtimalde sadece, borçlunun borç ilişkisine gereği

laştırılan iradî dönme hakkında da, kıyasen uygulama alanı bulur. Bu tarz durumlarda tazminat yükümlülüğü, sözleşmeden dönmeye kusurlu davranışlarıyla yol açan tarafa isabet edecektir; kusurlu sözleşenin bizzat kendisinin tazminat talebinde bulunamayacağı aşikârdır. Bkz. Yarg. 15. HD., 26.06.1980 t., E. 1980/1140, K. 1980/1643 (Yasa Hukuk Dergisi, 1980, s. 1323-1324); Yarg. 15. HD., 03.06.1999 t., E. 1999/1450, K. 1999/2278 (YKD., 2000, S. 8, s. 1245); Yarg. 15. HD., 25.05.2000 t., E. 2000/1337, K. 2000/2574 (Yasa Hukuk Dergisi, 2001, s. 1032); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E. 2004/13-208, K. 2004/211 (YKD 2004, S. 10, s. 1499-1500).

³⁸³ Bu ifade biçimine yönelik eleştiriler için bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b.

³⁸⁴ Aksi yönde bkz. Oskar Boßhardt, Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109), **SJZ**, 1933, s. 82; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 638-639.

³⁸⁵ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 1 b-c.

³⁸⁶ Karş. Knellwolf, **a.g.m.**, s. 411-413.

gibi riayet edeceği, böylece sözleşmenin hüküm ifade etmeye devam edeceği (*sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yürütüleceği*) yönünde alacaklıda uyandırılan ve bütün borca aykırılık hâllerinin temelinde bulunan belli bir ölçekteki güvenin ihlalin-den bahsedilebilir³⁸⁷.

Sözleşmeden dönme hâlinde alacaklıya tanınmış olan olumsuz zarar talebi, genel prensiplerle uyumlu olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlıdır³⁸⁸. Buna göre borçlu, temerrüde düşmekte herhangi bir kusurunun bulunmadığını kanıtlamak zorundadır³⁸⁹. Temerrütteki borçlu, BK.m.96 gereğince kendisine düşen bu ispat külfetini yerine getirmediği müddetçe, sözleşmeden dönen alacaklının, o sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu zararını tazmin etmek zorundadır.

Sözleşmeden dönmenin kısmî olarak gerçekleştiği hâllerde de, alacaklı BK.m.108/f.II'ye kıyasen kısmî dönmeden kaynaklanan olumsuz zararının giderilmesini talep etme hakkına sahiptir³⁹⁰.

Borçlar Kanunumuzdaki mevcut düzenlemeyi anlatan yukarıdaki açıklamalarımız, aynı zamanda öğreti ve uygulamadaki baskın görüşü de yansıtmaktadır. Şöyle ki, hem doktrindeki yazarların önemli bir kısmı³⁹¹ hem de İsviçre Federal Mahkeme-

³⁸⁷ Her borca aykırılığın temelinde bulunan bu güven olgusu, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne rengini veren güven ilişkisine nazaran daha farklı ve zayıftır. Bu güven olgusundan hareket ederek, edim yükümü içeren borca aykırılıkları, "güven sorumluluğu" ortak çatısı altında birleştirmek, kanaatimizce mümkün değildir. Zira aksine bir tutumda, bütün borç ilişkilerinin yaptırımını, hukukumuzdaki münferit özel düzenlemeler yerine MK.m.2'de aramız gerekir ki; dürüstlük kuralı hukukçuluğuna yol açacak bu değerlendirmenin isabetli olmayacağı açıktır.

³⁸⁸ Yarg. HGK, 25.12.1981 t., E. 1979/13-454, K. 1981/857 (YKD., 1982, S. 7, s. 915 vd.); Yarg. 15. HD., 18.06.1997 t., E. 1997/2765, K. 1997/3151; Yarg. 15. HD., 14.03.2002 t., E. 2001/5205, K. 2002/1146 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

³⁸⁹ Sözleşmeden dönme, temerrüt dışındaki bir sebepten gerçekleşmişse, bu takdirde borçlu, sözleşmeden dönmeye neden olan sebepte kusurunun bulunmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hâllerde (örneğin BK.m.100) ise, olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için elbette ki, borçlunun kusuru aranmayacaktır. Borçlu kusursuzluğunu ispat etse bile, yine de olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü altına girer.

³⁹⁰ BSK OR I/Wiegand, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 10.

³⁹¹ Keller, M., **a.g.e.**, s. 180 vd.; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 156; Becker, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; BSK OR I/Wiegand, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 8; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 7; Barth, **a.g.e.**, s. 68; Scherrer, **a.g.e.**, s. 71; Bucher, **a.g.e.**, s. 345; 379; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 417-418; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 39 vd.; 284 vd.; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 154-155; 187; Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, Universität Verlag, 1988, Rn. 742; Ehrat, **a.g.e.**, s. 184-187; ORKomm/Kostkiewicz, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 3; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Buz, **a.g.e.**, s. 240 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 359, dn. 113; Eren, **a.g.e.**, s. 1075; 1079-1081; Hartmann, **Die Rückabwicklung**, Rn. 738-739; Theo Guhl, "Rücktritt

si³⁹² ile Yargıtay³⁹³, sözleşmeden dönme hâlinde olumlu zarar talebine yer olmadığını

vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung”, **Beiträge zum Handelsrecht: Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland**, Basel, Verlag von Helbing&Lichtenhahn, 1934, s. 134 vd.; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 32, Rn. 31; Glasl, **a.g.m.**, s. 281; Eduard Honegger, **Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Druckerei Gebr. Leemann&Co., A.-G, 1926, s. 51-53; Fischer, **a.g.e.**, s. 258-259; Arsebük, **a.g.e.**, s. 833, dn. 111; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 194; Aybay, **a.g.e.**, s. 138; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 339 vd.; Veldet Hıfzı, **a.g.m.**, s. 746; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538; 540; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 950 vd.; O. Işık Nazikîoğlu, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü: Borçlar Kanununun (106 – 108) inci maddeleri hakkında bir tetkik”, **A-ÜHFD**, C. VIII, 1951, S. 1-2, s. 684; Bozer, **a.g.e.**, s. 202; Uygur, **C. 3**, s. 3589-3590; Karahasan, **C. 2**, s.1138 vd.

³⁹² BGE 44 II 507; 61 II 256; 90 II 294; 123 III 22.

³⁹³ Yarg. HGK, 13.10.1976 t., E. 1975/13-108, K. 1976/2617 (İKİD., 1977, s. 5721); Yarg. 15. HD., 17.03.1977 t., E. 1976/535, K. 1977/653 (YKD., 1978, S. 5, s. 779-780); Yarg. 15. HD., 06.11.1978 t., E. 1978/2161, K. 1978/2141 (Yasa Hukuk Dergisi, s. 1185); Yarg. 15. HD., 07.12.1978 t., E. 1978/2257, K. 1978/2345 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 91); Yarg. 15. HD., 01.02.1979 t., E. 1979/110, K. 1979/170 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 1192); Yarg. 15. HD., 27.03.1979 t., E. 1979/250, K. 1979/605 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 1375); Yarg. 15. HD., 17.04.1979 t., E. 1979/662, K. 1979/860 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 04.03.1980 t., E. 1980/390, K. 1980/526 (Yasa Hukuk Dergisi, 1980, s. 1157); Yarg. HGK., 25.12.1981 t., E. 1979/13-454, K. 1981/857 (YKD., 1982, S. 7, s. 917); Yarg. 15. HD., 12.05.1983 t., E. 1983/1307, K. 1983/1255 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 22.10.1981 t., E. 1981/5738, K. 1981/6690 (YKD., 1982, S. 2, s. 221-223); Yarg. 11. HD., 26.11.1985 t., E. 1985/6385, K. 1985/6436 (İKİD., 1986, s. 4066); Yarg. 15. HD., 21.01.1986 t., E. 1985/2510, K. 1986/26 (YKD., 1986, S. 6, s. 847-849); Yarg. 15. HD., 25.06.1986 t., E. 4086, K. 2438 (Karahasan, **C. 5**, s. 624); Yarg. 13. HD., 24.06.1987 t., E. 1987/2599, K. 1987/3778 (YKD., 1989, S. 1, s. 67); Yarg. 15. HD., 15.06.1989 t., E. 1989/177, K. 1989/2845 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 789 vd.); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 821-824); Yarg. 15. HD., 02.10.1990 t., E.1990/623, K. 1990/3740 (www.yargitay.gov.tr); Yarg. 13. HD., 10.01.1991 t., E. 1990/5673, K. 1991/96 (Yasa Hukuk Dergisi, 1991, s. 542); Yarg. 15. HD., 29.01.1992 t., E. 3648, K. 276 (Uygur, **C. 3**, s. 3696-3697); Yarg. 15. HD., 13.03.1992 t., E. 1991/4232, K. 1992/1284 (YKD., 1992, S. 8, s. 1244); Yarg. 15. HD., 16.11.1992 t., E. 1992/1606, K. 1992/5313 (YKD., 1993, S. 5, s. 734-735); Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1678); Yarg. 15. HD., 28.09.1993 t., E. 1992/5474, K. 1993/3691 (YKD., 1994, S. 8, s. 1298); Yarg. 15. HD., 15.11.1993 t., E. 1993/854, K. 1993/4589 (YKD., 1994, S. 6, s. 938); Yarg. 19 HD., 26.11.1993 t., E. 1992/9997, K. 1993/8033 (YKD., 1994, S. 10, s. 1658); Yarg. 19. HD., 27.01.1994 t., E. 1993/7910, K. 1994/550 (YKD., 1995, S. 3, s. 458); Yarg. 15. HD., 02.05.1994 t., E. 1993/4751, K. 1994/2762 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 12.05.1994 t., E. 1994/545, K. 1994/3093 (YKD., 1995, S. 5, s. 773); Yarg. 15. HD., 09.06.1994 t., E. 1993/5156, K. 1994/378 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 16.06.1994 t., E. 1993/4758, K. 1994/4044 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7129, K. 1994/9463 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7280, K. 1994/9464 (YKD., 1995, S. 4, s. 605); Yarg. 13. HD., 25.11.1994 t., E. 1994/8919, K. 994/10468 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 27.02.1995 t., E. 1995/1133, K. 1995/1891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 28.06.1995 t., E. 1995/3436, K. 1995/3993 (YKD., 1996, S. 3, s. 423); Yarg. 15. HD., 18.09.1995 t., E. 1995/4410, K. 1995/4735 (YKD., 1996, S. 4, s. 575); Yarg. 15. HD., 30. 10.1995 t., E. 4276, K. 5969 (Uygur, **C. 3**, s. 3704); Yarg. 15. HD., 01.02.1996 t., E. 1996/310, K. 1996/535 (YKD., 1997, S. 5, s. 741); Yarg. 15. HD., 14.02.1996 t., E. 1996/463, K. 1996/821 (YKD., 1996, S. 8, s. 1269); Yarg. 15. HD., 15.02.1996 t., E. 1996/729, K. 1996/823 (YKD, 1997, S. 3, s. 404); Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920 (YKD., 1996, S. 7, s. 1089); Yarg. 15. HD., 24.11.1996 t., E. 1996/4888, K. 1996/6149 (Yasa Hukuk Dergisi, 1997, s. 418); Yarg. 15. HD., 06.11.1996 t., E. 1996/4955, K. 1996/5792 (Kazancı Hukuk

vurgulayarak, alacaklının sadece olumsuz zarar isteminde bulanabileceğini belirtmektedir. Bu kabul tarzına göre, olumlu zararının giderilmesini arzulayan alacaklı, BK.m.108'deki sözleşmeden dönme yerine, BK.m.106'daki seçimlik hakkını kullanmalıdır. Kusurlu borçluya karşı ifa yerine tazminat isteme hakkından yararlanmayarak sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklı, tercihinin sonuçlarına katlanmalı ve olumsuz zarar talebiyle yetinmelidir.

Buna karşılık doktrindeki bazı yazarlar ise³⁹⁴, sözleşmeden dönme hâlinde talep edilebilecek tazminatın kapsamını, çoğu zaman düşük miktarda kalan olumsuz

Otomasyon); Yarg. 15. HD., 03.02.1997 t., E. 1997/47, K. 1997/556 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 20.05.1997 t., E. 1997/2376, K. 1997/2627 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 18.06.1997 t., E. 1997/2765, K. 1997/3151 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 23.02.1998 t., E. 1998/73, K. 1998/627 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 631); Yarg. 15. HD., 25.03.1998 t., E. 1998/868, K. 1998/1178 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 873); Yarg. 13. HD., 16.02.1999 t., E. 1999/504, K. 1999/908 (İKİD., 2000, s. 15082); Yarg. 3. HD., 20.09.1999 t., E. 1999/8869, K. 1999/9296 (YKD., 2000, S. 4, s. 530-531); Yarg. 15. HD., 08.11.2000 t., E. 2000/2826, K. 2000/4884 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 19.12.2000 t., E. 2000/3861, K. 2000/5592 (YKD., 2001, S. 4, s. 554); Yarg. 15. HD., 13.11.2001 t., K. 2001/2467, K. 2001/5169 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 06.05.2002 t., E. 2002/895, K. 2002/3019 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 13.05.2002 t., E. 1899, K. 2482 (Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 5**, İstanbul, Beta, 2004, s. 595-596); Yarg. 15. HD., 14.10.2002 t., E. 2002/3327, K. 2002/4594 (YKD., 2003, S. 5, s. 743); Yarg. 15. HD., 16.09.2003 t., E. 2003/578, K. 2003/3937 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 25.09.2003 t., E. 2003/1040, K. 2003/4324 (www.yargitay.gov.tr); Yarg. 13. HD., 09.10.2003 t., E. 2003/8441, K. 2003/11576 (www.yargitay.gov.tr) Yarg. 15. HD. 20.10.2003 t., E. 2003/1716, K. 2003/4880 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 23.10.2003 t., E. 2003/1873, K. E. 2003/4992 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 04.11.2003 t., E. 2003/1996, K. 2003/5202 (YKD., 2004, S. 2, s. 246); Yarg. 15. HD., 06.11.2003 t., E. 2003/1714, K. 2003/5274 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 22.01.2004 t., E. 2003/3335, K. 2004/334 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 09.02.2004 t., E. 2003/3637, K. 2004/538 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E. 2004/13-208, K. 2004/211 (YKD 2004, S. 10, s. 1498); Yarg. 15. HD., 19.04.2004 t., E. 2003/5347, K. 2004/2196 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 19.04.2004 t., E. 2003/5541, K. 2004/2201 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 24.05.2004 t., E. 2004/1210, K. 2004/2834 (YKD., 2004, S. 11, s. 1717-1718); Yarg. 15. HD., 28.06.2004 t., E. 2003/6730, K. 2004/3623 (Yargı Dünyası, Tanıtım Sayısı 2005, s. 229); Yarg. 15. HD., 01.03.2005 t., E. 2005/977, K. 2005/1120 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 02.03.2005 t., E. 2004/1338, K. 2005/1165 (Yargı Dünyası, Kasım 2005, s. 171); Yarg. 15. HD., 10.03.2005 t., E. 2004/4363, K. 2005/1376 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 29.03.2005 t., E. 2004/5189, K. 2005/1857 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 29.12.2005 t., E. 2004/6307, K. 2005/7170 (YKD., 2006, S. 5, s. 776).

³⁹⁴ Paul Lemp, **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, Verlag von Stämpfli, 1939, s. 53 vd.; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 254 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 14 vd.; § 17, N. 19 vd.; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 630 vd.; özellikle s. 638 vd.; R. Göschke, "Ueber Art. 107 bis 109 OR", **ZBJV**, 1924, s. 14 vd.; özellikle s. 20 vd.; Elisabeth Glättli, "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt - eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", **SJZ**, 1997, s. 233 vd.; Boßhardt, **a.g.m.**, s. 81-83; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 970-971; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 24; 84; ayrıca bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 140-142, dn. 101; Atamer, **a.g.e.**, s. 451.

zararla sınırlamanın taraf menfaatlerine ve somut olay adeletine uygun düşmediğini ileri sürerek, alacaklıya olumlu zararını talep etme hakkının verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme ile olumlu zararın istenemeyeceği düşüncesi aşılması gereken bir dogmadan ibarettir; bunların birbirini mantıken dışlaması diye bir şey söz konusu değildir. Kaldı ki doktrindeki baskın görüş çerçevesinde bile bazı hâllerde, sözleşmeden dönme ile olumlu zarar “*fiilen*” bir arada bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kendi edimini henüz yerine getirmemiş olan alacaklının fark teorisi uyarınca olumlu zararını talep etmesidir. Alacaklının “*dolaylı yoldan sözleşmeden dönmesi anlamına gelen*” fark teorisi sayesinde kendi edimini yerine getirmekten kurtulup, edimler arasındaki değer farkını olumlu zarar olarak isteyebilmesi nasıl mümkünse, “*yerine getirilmiş sözleşme edimini geri sağlayıcı dönme*” durumunda da, alacaklının olumlu zararını talep edebilmesi gerekir. Aksi takdirde, borçlusuna güvenerek kendi edimini peşinen vermiş olan alacaklı, aceleciliğinden ötürü cezalandırılmış olur³⁹⁵. İkinci olarak, bir miktar paradan oluşan edimini borçlusuna ödemiş olan alacaklı, sözleşmeye aykırılıktan ötürü tazminat talebinde bulunduğu, *fiilen* ödediği bedelin iadesinin (*sözleşmeden dönmeye has bir sonuçtur*) yanı sıra olumlu zararının giderilmesini de sağlamış olur. Böyle bir imkânı, borçlusuna para dışında başka bir nesne vermiş olan alacaklıdan esirgemenin, haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır³⁹⁶.

Bu görüşteki yazarlar ayrıca, sözleşmeden dönen alacaklıya olumsuz zararının tazminini talep etme hakkının tanınmasının, onun borçluyu bir takım spekülasyonlara alet etmesine neden olabileceğini; söz gelimi daha uygun şartlarla başka sözleşme fırsatını kaçıran ya da sözleşme görüşmeleri aşamasında olmadık ölçüde masraflar yapan alacaklının, ifa menfaatinin çok üstüne çıkan olumsuz zararını elde edebilmek için sözleşmeden dönme yoluna başvurabileceğini de ileri sürmektedirler³⁹⁷.

BK.m.108/f.II’yi ve doktrindeki farklı görüşleri birlikte değerlendirdiğimizde, kanaatimizce sorunu şu şekilde ele almak *de lege ferenda* niteliğini taşıyacak en isabetli çözüm tarzı olacaktır. Öncelikle hemen baştan belirtmek gerekirse, sözleşmeden

³⁹⁵ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 642-643; benzer yönde bkz. Glättli, *a.g.m.*, s. 238-239.

³⁹⁶ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 643-644; ayrıca bkz. Boßhardt, *a.g.m.*, s. 81-82.

³⁹⁷ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 639-640; 646; Simonius, *Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages*, s. 261.

dönme ile birlikte tazminat talep edilip edilemeyeceği, edilebilecekse türünün ne olacağı tamamiyle bir hukuk politikası sorunudur; yoksa mantık kuralları çerçevesinde mutlaka kabul edilmesi gereken bir sonuçla karşı karşıya değiliz³⁹⁸. Nitekim buna ilişkin çok sayıda çarpıcı örnek vermek mümkündür: Söz gelimi, içeriği tartışmalı olmakla birlikte eski İsviçre Borçlar Kanunu m.124³⁹⁹ ve eski Türk Ticaret Kanunu m. 714'de sözleşmeden dönme hâline özgü olmak üzere olumlu zarardan sorumluluk düzenlenmişti. Yine günümüzde Fransa'da (Cc m.1184/f.II)⁴⁰⁰, Avusturya'da (ABGB m.921), İtalya'da (Cci m. 1453/f.I), Almanya'da (BGB § 325)⁴⁰¹, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya, kusurlu borçludan olumlu zararını isteme

³⁹⁸ Lemp, **a.g.e.**, s. 53.

³⁹⁹ Eski Borçlar Kanunu döneminde İsviçre'deki ağırlıklı eğilim, burada olumlu zararı tazmin yükümlülüğünün düzenlendiği yönündeydi; yalnızca çok az sayıdaki yazar, olumsuz zarardan yana tavır takınmıştı. Çok fazla taraftar bulmamış bir diğer görüşe göre ise, alacaklı olumlu ya da olumsuz zararın tazmini hususunda seçimlik bir hakka sahipti. Bu husustaki açıklamalar ve görüşlerin temsilcileri için bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 40-41; ayrıca bkz. Göschke, **a.g.m.**, s. 14-15.

⁴⁰⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hornung, **a.g.e.**, s. 240 vd.

Fakat gerek eski İsviçre Borçlar Kanununda (m.116) gerek Fransız hukukunda (Cc 1151), istenecek tazminatın "*doğrudan zarar*" ile sınırlanmış olduğunu da belirtmek gerekir. Şöyle ki, Fransız hukukunda tazminat talebi, Cc m. 1149 uyarınca kural olarak ifa menfaatine yönelik olmakla birlikte, borçlunun, yükümlülüklerine aykırı davranma hususunda bir kastı bulunmadığı takdirde, borçlu sadece sözleşmenin kurulması anında hesaba katılan ya da hesaba katılabilen zararlardan ötürü sorumluluk altına girmektedir (Cc m. 1150). Borçlunun kastının bulunduğu hâllerde ise, tazminat sorumluluğu, doğrudan doğruya ifanın yerine getirilmemesinden doğan zararları kapsamaktadır (Cc m. 1151). Bkz. Honegger, **a.g.e.**, s. 52, dn. 90; s. 53; Lemp, **a.g.e.**, s. 39.

⁴⁰¹ Almanya'daki durum daha da keskindir. Şöyle ki, BGB, çok yakın zamana kadar sözleşmeden dönme hâlinde herhangi bir tazminat istemi (olumsuz zararın giderilmesini dahi) öngörmemişti; 2002 yılındaki reformdan sonra ise, alacaklı sözleşmeden dönmeye birlikte olumlu zararını talep edebilecek bir konuma getirilmiştir. Almanya'da yaşanan bu köklü değişiklik bile, sorunun sadece hukuk politikasına ilişkin olduğunu kanıtlamaya tek başına yetmektedir.

BGB § 325 düzenlemesi sayesinde, sözleşmeden dönme ve tazminat talepleri artık birbirinden bağımsız kılınmıştır. Buna göre, alacaklı sözleşmeden dönüp ifa yerine tazminat (olumlu zarar) talep edebileceği gibi, tazminat talep etmeksizin sözleşmeden dönebilir ya da sadece ifa yerine tazminat isteminde bulunabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Hansjörg Otto, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2004, § 325, Rn. 1 vd.; KommBGB/Grothe, **a.g.e.**, § 325, Rn. 1 vd.; MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 325, Rn. 1 vd.; Beate Gsell, **Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5/2, Schuldrecht 3/2, §§ 320-327**, 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2005, § 325, Rn. 1 vd.

Alacaklının sözleşmeden dönüp ifa yerine tazminat talep ettiği hâllerde, olumlu zarar için doğası gereği fark teorisine göre hesaplanacaktır. Fakat alacaklının, sözleşmeden dönmeyip tazminat isteminde bulunduğu durumlarda ise, olumlu zararın hesabında hangi teorinin esas alınması gerektiği tartışmalıdır. Mübadele teorisinin uygulanmasından yana görüş bildiren yazarlar için bkz. MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 325, Rn. 8-9; SoergelKomm/Gsell, **a.g.e.**, § 325, Rn. 18; KommBGB/Grothe, **a.g.e.**, § 325, Rn. 5-6. Bu ihtimalde alacaklının, fark ya da mübadele teorisine göre tazminatın hesaplanması hususunda seçim hakkı olduğu yönündeki görüş için bkz. Staudinger/Otto, **a.g.e.**, § 325, Rn. 26-27; 31; 36.

hakkı tanınmıştır. Ulusal düzenlemelerin yanı sıra, uluslar arası hukuk metinlerinde⁴⁰² ve Uluslar Arası Mal Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG) da, sözleşmeden dönen alacaklı için olumlu zararını talep etme imkânı öngörülmüştür (CISG m.74 vd., 81/f.I)⁴⁰³. Bütün bu düzenlemeler bize şunu göstermektedir ki, sözleşmeden dönme ile birlikte ifa menfaatinin isteneyemeyecek olması, alternatif olmayan bir hukukî düşünüş biçimi değildir. Hatta tam tersine, eski BGB sisteminden kaynaklanan bir dogmaden ibarettir⁴⁰⁴.

İkinci olarak şu tespiti yapmak gerekir ki, sözleşmeden dönmenin sonuçları üzerine hangi görüş kabul edilirse edilsin (ister klâsik teori ister yasal borç ilişkisi teorisi ya da dönüşüm teorisi benimsensin), tazminatın türü hakkında zorunlu olarak belirli bir neticeye varmaya gerek bulunmamaktadır⁴⁰⁵. Yani doktrinde sıkça karşılaştığımız şekilde, klâsik teori taraftarlarının olumsuz zarardan, dönüşüm teorisi taraftarlarının da olumlu zarardan yana tavır takınması, teorilerinin tutarlılığı açısından olmazsa olmaz bir gereklilik değildir. Zira Fransız öğretisi ve uygulamasında uzun

⁴⁰² The Principles of European Contract Law Art. 8:102 ve UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art. 7.3.5/f.II'de, sözleşmeden dönmenin tazminat talebinin önünü tıkadığı belirtildikten başka, The Principles of European Contract Law Art. 9:502 ve UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art. 7.4.2/f.I'de, tazminatın, kâr mahrumiyeti de dâhil olmak üzere borca aykırılıktan doğan tüm kayıpları kapsadığı açıkça hükme bağlamıştır.

Yine Code Civil Avant-Projet, Art. 1162/f.II'de de, buna benzer bir düzenleme yer almaktadır.

Karşılaştırmalı hukuktan diğer örnekler için bkz. Jürgen Basedow, **Die Reform des deutschen Kaufrechts**, Köln, Bundesanzeiger, 1988, s. 43; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 14; § 17, N. 19.

⁴⁰³ Aslında belirtmek gerekir ki, CISG'da ne olumlu zarar ne de olumsuz zarar kavramı açıkça kullanılmıştır. Bütün borca aykırılık hâlleri için, ifa menfaatine karşılık gelen tam tazminat esası benimsenmiş olduğundan, sözleşmelere özgü olumlu-olumsuz menfaat ayırımına Antlaşmada ihtiyaç duyulmamıştır. Bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 427.

Bununlar beraber aşağıda da belirteceğimiz üzere, doktrinde yazarlar CISG sistemi içinde alacaklıya seçimlik hak olarak, yine de olumsuz zarar talebi tanıma eğilimindedirler.

⁴⁰⁴ Sözleşmeden dönmenin olumlu zarar talebinin önünü tıkadığı düşüncesi, eski BGB sisteminden kaynaklanmaktadır. İsviçre Kanun koyucusu, bundan etkilenerek sözleşmeden dönmeyle birlikte olumlu zarar talebine yer vermemiştir; hatta kanunun hazırlık çalışmalarında sözleşmeden dönmeyle birlikte herhangi bir tazminat talebine yer verilmemesi dahi önerilmişti. Ancak eski BGB'den biraz farklı olarak orta bir yol seçilmiş ve sözleşmeden dönen alacaklıya olumsuz zararının tazminini isteme hakkı tanınmıştır. Bkz. Glättli, **a.g.m.**, s. 240; Lemp, **a.g.e.**, s. 43; ayrıca bkz. Göschke, **a.g.m.**, s. 17 vd.

⁴⁰⁵ Aksi yönde bkz. Glättli, **a.g.m.**, s. 240-242. Yazara göre, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zarar istenemeyeceğini ileri sürenler, dönme beyanının neticesinde sözleşmenin geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak ortadan kalktığını kabul eden klâsik görüş yanlılarıdır. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmadığı, yalnızca içerik değiştirdiği (dönüşüm teorisi) benimsenecek olursa, sözleşmeden dönme ile olumlu zararın birarada bulunamayacağı dogması da aşılmış olur.

yıllardan beri kabul edildiği üzere⁴⁰⁶, sözleşmede dönme ve zararın giderilmesi, gerek şartları gerek sonuçları itibarıyla birbirinden bağımsız kurumlardır; birinin varlığı diğerinin yokluğunu gerektirmemektedir; her ikisi de bir arada pekâlâ bulunabilir. Dönme beyanıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini kabul etmek, olumlu zararın tazminine engel olmadığı gibi, sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi de olumsuz zararın istenmesine engel değildir. Çünkü sözleşmeden dönme hakkını kullanarak gecikmiş ifayı kabul etmeyeceğini açıklayan alacaklının bu tutumu, sadece borç ilişkisinin varlığına ilişkin (*geçmişe etkili olarak sona erme ya da tasfiye ilişkisi şeklinde*) sonuçlar meydana getirmektedir; yoksa tazminat sorumluluğunu doğuran borca aykırı davranış üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Her iki teori çerçevesinde de, hem olumsuz zararı doğuran sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde yürütüleceği yönünde uyandırılan güvenin ihlal edilmesi olgusu hem de olumlu zararı doğuran geçerli bir edim yükümüne aykırılık olgusu varlığını korumaya devam etmektedir⁴⁰⁷. Nitekim farklı teorileri savunan bazı yazarların aynı tazminat türünü benimsemesi veya aynı teoriyi savunmalarına karşın farklı tazminat türünü benimseyen yazarların çokluğu bu duruma verilebilecek en güzel örnektir⁴⁰⁸. Bunun yanı sıra, Uluslar Arası Mal Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG) da, sözleşmeden dönmenin ortaya çıkardığı tasfiye ilişkisi (m. 81 vd.) ile dönmeye yol açan borca aykırılık nedeniyle istenbilecek tazminat (m. 74 vd.) tamamıyla birbirinden bağımsız olarak iki ayrı başlık altında ele alınmıştır.

⁴⁰⁶ Bu hususta bkz. Hornung, **a.g.e.**, s. 241.

⁴⁰⁷ Dönüşüm teorisi gereğince sözleşmenin ayakta tutularak tasfiye ilişkisi hâline gelmesi, olumsuz zararın tazmin yükümlülüğünün kabulünde bir sorun olarak görülemez. Zira sık sık vurguladığımız gibi, sözleşmeden dönme ile birlikte ileri sürülen olumsuz zarar talebi, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu değil, sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde hüküm ifade etmeye devam edeceği yönünde uyandırılan güvenin ihlalden doğmaktadır. Dönme beyanı sonrasında sözleşmenin tasfiye ilişkisine bürünmesi, sözleşmeden dönmeye has olumsuz zarar talebinin ileri sürülmesine engel değildir.

⁴⁰⁸ Yasal borç ilişkisi teorisini benimsemekle birlikte dönüşüm teorisine benzer şekilde olumlu zararın tazminini savunan görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 970-971.

Gene aynı şekilde, dönüşüm teorisini savunanlar arasında da bir fikir birliği bulunmamaktadır. Örneğin bazı yazarlar, ısrarlı bir biçimde olumlu zarardan (bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 638 vd.); bazıları ise tam aksine olumsuz zarardan (bkz. Glasl, **a.g.m.**, s. 281; Eren, **a.g.e.**, s. 1077 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 225; 251; 255) söz etmektedirler.

Bütün bunların yanı sıra⁴⁰⁹, sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklıdan olumlu zararın tazminini esirgemek, gerçekten de bazı adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır⁴¹⁰. Zira sözleşmeden dönerek ifayı reddeden ve verdiklerini geri isteyen her ne kadar alacaklı olsa da, onun bu şekilde davranmasına neden olan bizzat borçlunun kendisidir; borçlu, sözleşmeye aykırılık teşkil eden kusurlu hareketleriyle bu sonucun meydana gelmesine yol açmıştır. Hele sözleşmeden dönen alacaklının fazla masraf yapmadığı ve elverişli başka fırsat kaçırmadığı hâllerde, olumsuz zarar adı altında herhangi bir tazminat isteyemeyeceğini de dikkate aldığımızda, borçlunun borca aykırı davranışının yaptırımsız kalacağı da gözden uzak tutulmamalıdır. Sorumluluk hukukumuzun amacının yalnızca zararı gidermek, borçluyu cezalandırmak olmadığı da burada bir itiraz olarak ileri sürülemez; zira borçlunun davranışı neticesinde alacaklının ifa menfaatinin zedelendiği ve böylece tazmin edilmesi gereken bir zararın meydana geldiği aşikârdır.

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını altında yatan başlıca sebep, kendi ediminden kurtulmak ve şartları varsa borçludan tazminat elde etmektir. Kendisine tanınmış seçimlik hakları (ifa yerine olumlu zarar veya sözleşmeden dönme + olumsuz zarar) bilmeyen alacaklının, sırf ediminden kurtulmak ve/veya önceden yerine getirdiklerini geri almak amacıyla sözleşmeden dönme yoluna başvurdu-

⁴⁰⁹ BK.m.188, 192, 205, 212, 249, 250, 256, 345 ve 517/f.II düzenlemeleri kanaatimizce, sözleşmeden dönme hâlinde istenebilecek olumlu zarar talebine bir gerekçe olarak gösterilemez. Zira BK.m.192 ve 205’de sayılan zarar kalemleri, zaten olumlu–olumsuz zarar ayrımının dışında kalan malvarlığı kayıplarına ilişkindir.

BK.m.188 ve 212 hükümlerinin, sözleşmeden dönmeye ilişkin olduğunu söylemek de mümkün değildir. Söz konusu düzenlemeler, BK.m.106’da yer alan ifa yerine olumlu zarar seçeneğinin, ticarî satışlarda özel olarak kaleme alınmış hâlidir. Bu düzenlemelerin tek özelliği, kanun koyucunun olumlu zararın hesabında fark teorisini benimsemiş olmasıdır; yoksa sözleşmeden dönmeye birlikte olumlu zararın tazmini hüküm altına alınmış değildir. Özellikle BK.m.211’de başlık olarak “*Satıcının fesih hakkı*” ibaresine yer verildikten sonra BK.m.212’de “*Zarar ve ziyanın nasıl hesap edileceği*” ifadesi kullanılmış olsa da, BK.m.212, ifa yerine olumlu zarar talebini düzenleyen bir hükümdür; burada yanıltıcı olan Borçlar Kanununun sistematikteki aksaklıktır.

BK.m.249, 250, 256 ve 345 düzenlemelerinde ise, sürekli borç ilişkisi söz konusu olduğundan, dönme yerine fesihden bahsetmek gerekir. Sürekli borç ilişkisi doğurmasına rağmen geçmişe etkili dönme imkânının öngörüldüğü ölçüye kadar bakma sözleşmesine dair BK.m.517/f.II’de yer alan tazminat da, ifa menfaatinin yerini tutan bir giderim değildir; kanun koyucu burada sadece hakkaniyete uygun bir tazminatın ödenmesinden söz etmiştir. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 41, dn. 95a; aksi yönde bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 53; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 262 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 14; § 17, N. 19; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 641; 646-647; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 970-971. Ayrıca karş. Atamer, **a.g.e.**, s. 417-418.

⁴¹⁰ Bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 641 vd.; Boßhardt, **a.g.m.**, s. 81-83.

ğunda, onun artık ifa menfaatinin yeri tutan tazminat isteyemeceğini söylemek adil bir sonuç değildir⁴¹¹. Bunun yanı sıra, kanunumuzda seçimlik hak olarak tanınmış olan ifa yerine olumlu tazminat talebi de, çoğu zaman alacaklının pek işine yaramayacaktır. Şöyle ki, olumlu zararın hesabında mübadele teorisinin uygulandığı hâllerde, alacaklı hâla kendi edimini ifa borcu altında olup, borçludan sadece asıl edimin yerini tutan bir tazminat talep edebilir. Hâlbuki alacaklı, yalnızca asıl edimi elde edebilmek için bu sözleşmeyi yapmış ve karşı edim yükümlülüğü altına girmiştir; yoksa asıl edimin parasal değerini amaçlamış değildir⁴¹². Olumlu zararın hesabında, mübadele yerine fark teorisinin uygulanması da, tatmin edici sonuçlar vermekten uzaktır. Zira ancak kendi edimini henüz yerine getirmemiş olan alacaklının fark teorisi yoluyla ifa yükümlülüğünden kurtulacağı; buna karşılık, kendi edimini daha önceden yerine getirmiş alacaklının, olumlu zararın hesabında fark teorisine başvura-

⁴¹¹ Hukukçuların çoğunluğu tarafından dahi bilinmeyen bu teknik ayırım nedeniyle uygulamada, alacaklının hangi seçimlik hakkını kullandığını tespitinde, anlamı belirsiz ve çelişkili olan ifadelerden ötürü zaman zaman güçlükler yaşanmaktadır. Örneğin “*ifa yerine olumlu zararın tazmini*” kavramı pek kullanılmamakta, kullanılsa bile ayrıca sözleşmeden dönüldüğü ve olumlu–olumsuz tüm zararlarının tazmininin talep edildiği şeklinde ifadelere yer verilmektedir. Bu gibi durumlarda, alacaklının irade beyanının BK.m.18/I uyarınca yorumlanması gerekmektedir. Yorumun hangi esaslara göre yapılacağı tartışmalı olmakla beraber genellikle kabul edilen görüşe göre, alacaklı, ifa menfaatinin (olumlu zararının) giderilmesini istiyorsa, beyanında dönme (veya fesih) sözünü kullanmış olsa bile, onun yine de sözleşmeden dönmediği kabul edilmektedir. Bkz. Yarg. 15. HD., 01.03.1999 t., E. 1998/5056, K. 1999/705 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 1122).

Bu çözüm, alacaklının lehinedir; çünkü olumsuz zarar miktarı olayların birçoğunda olumlu zarardan düşüktür. Asıl amacı ifaya ilişkin menfaatinin tazmin ettirmek olan alacaklının sözleşmeden dönmediği kabul edilince, o, artık olumsuz zarar ile yetinmek zorunda kalmayıp olumlu zararını talep edebilecek konuma gelmektedir. Buna karşılık, somut olayda alacaklının uğradığı olumsuz zarar miktarı, olumlu zarardan fazla ise ya da alacaklı, elde edeceği tazminat talebinden ziyade kendi ediminden kurtulmak niyetinde ise, beyanındaki çelişkili ifadeye rağmen onun sözleşmeden dönerek olumsuz zararını talep ettiği benimsenmektedir. Zira Alman hukukundan (BGB §§ 122/f.I, 179/f.II’den) farklı olarak İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde tazmin edilecek olumsuz zarar miktarı, olumlu zarar ile sınırlanmadığından, alacaklının sözleşmeden dönerek olumsuz zararını istediğini kabul etmek onun bakımından daha avantajlıdır (bu hâlde istenebilecek olumsuz zararı, olumlu zarar miktarıyla sınırlayan görüş için bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 160). Yine kendi ediminden sıyrılmak isteyen alacaklının, ifa yerine olumlu zararının giderilmesini seçtiği kabul edilirse, bu sonuç, onun borcunun (karşı edimin) hâlâ devam etmesine, şayet daha önce yerine getirmişse verdiklerini geri isteyememesine yol açacağından, alacaklının beyanı sözleşmeden dönme + olumsuz zarar şeklinde yorumlanmaktadır. Hiç şüphe yok ki, alacaklının ediminin paradan ibaret olduğu sözleşmelerde bu yorumun pek bir önemi yoktur. Zira alacaklı, ifa yerine olumlu zararını talep etmiş sayılsa bile, tazminat alacağı ile para olarak kararlaştırılan karşı edim için hem alacaklı hem de borçlu takas beyanında bulunabilir (BK.m.122-124); böylece alacaklı, kendi edimini ifa borcundan kurtulacak ve takasın neticesinde geriye kalan miktarı tazminat olarak talep edebilecektir. Bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 154, dn. 83; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 963-964; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 181-184; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 407; Simonius, **Schadensersatz aus Dahin-fallen des Vertrages**, s. 261.

⁴¹² Bkz. Glättli, **a.g.m.**, s. 234.

mayacağı kabul edilmektedir⁴¹³. Henüz kendi edimini yerine getirmemiş alacaklının fark teorisi sayesinde dolaylı olarak sözleşmeden dönme ile benzer sonuca ulaştığını göz önünde bulundurduğumuzda, edimini daha evvel yerine getirenden sözleşmeden dönme yoluyla bu imkânı esirgemenin, gerçekten de haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Ayrıca borcu bir miktar paradan ibaret olan alacaklının, her zaman verdiği geri alarak olumlu zararını talep edebilecek olması da, ayrı bir adaletsizlik göstergesidir.

Sözleşmeden dönmeye, alacaklıya olumlu zararının tazminini talep etme hakkının tanınması düşüncesinden, sırf BK.m.106'daki seçimlik hakların sayısında bir azalma olacağı düşüncesiyle de kaçınmamak gerekir⁴¹⁴. Çünkü alacaklının ifa yerine olumlu zarar istediği hâllerde mübadele teorisinin, sözleşmeden dönerek olumlu zarar talep ettiği hâllerde ise, fark teorisinin uygulama alanı bulacağı kabul edildiği takdirde, bu endişeler yersiz kalmış olacaktır⁴¹⁵. Burada ileri sürülebilecek eleştirileri cevaplamak adına hemen belirtmek gerekir ki, olumlu zararın hesaplanmasında böyle bir ayırım yapmak keyfi olmadığı gibi, hem zarurî hem de mantıkîdir. Zira Borçlar Kanunumuzda fark teorisi, yalnızca ticarî satışlarda satıcının veya alıcının borçlu temerrüdüne düşmesi hâlleri için benimsenmiştir (BK.m.188, 212); bu iki istisnai hâl

⁴¹³ Edimini daha önceden yerine getiren alacaklının fark teorisi yardımıyla verdiklerini geri alması ve olumlu zarar talebinde bulunması (*strenge Differenztheorie*), büyük bir çoğunluk tarafından benimsenmemektedir. Zira aksi hâlde, fark teorisi ile sözleşmeden dönme arasında bir farklılık kalmamış olur.

⁴¹⁴ Karş. Buz, **a.g.e.**, s. 265 vd.

⁴¹⁵ İfa yerine istenen olumlu zararın baskın görüş doğrultusunda fark teorisine göre hesaplanması benimsense bile, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya olumlu zararının giderilmesini isteme hakkının tanınması, hiçbir zaman işe yaramayan faydasız bir seçenek olmayacaktır. Çünkü edimini daha önceden yerine getirmiş olan alacaklının fark teorisine başvurması genel olarak kabul edilmediğine göre, verdiği geri alarak olumlu zarar talebinde bulunmak isteyen alacaklının elindeki tek hukukî çare sözleşmeden dönme olacaktır. Ayrıca bu ihtimalde, olumlu zararı tazmin yükümlülüğü altında bulunan kusurlu borçlunun da, edimlerin iade edilmesinde pekâlâ menfaati bulunabilir (örneğin, alacaklının karşı ediminin kendisi bakımından artık bir önem taşıması gibi). Görüldüğü üzere, sözleşmeden dönen alacaklıya olumlu zararının giderilmesini talep etme hakkının verilmesi, BK.m.106'daki seçimlik haklarda bir azalmaya yol açmamaktadır. Fark teorisi ile sözleşmeden dönme kurumlarının bazı noktalarda pratik olarak aynı sonuçları doğurmaları, bunların bağımsız varlıklarını tamamıyla kaybettikleri anlamına gelmemektedir. Benzer biçimde bkz. Staudinger/Otto, **a.g.e.**, § 325, Rn. 19; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 140-141, dn. 101.

Sözleşmeden dönüp olumlu zararı isteme ile fark teorisi arasındaki bu farklılığı gözden kaçıran aksi yöndeki açıklamalar için bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 265-268.

Kendi edimini daha önceden yerine getirmiş alacaklının da fark teorisine başvurabileceği ve böylece verdiklerini geri alarak olumlu zararını isteyebileceği (*strenge Differenztheorie*) kabul edildiği takdirde, fark teorisi, sözleşmeden dönme ile hemen hemen aynı sonuçları doğurur. Yalnızca bu ihtimalde, sözleşmeden dönme ile fark teorisi arasındaki ayırım pratik olarak ortadan kalkmış olur.

ve ifa imkânsızlığı haricindeki diğer durumlarda, olumlu zararın zaten mübadele teorisine gereğince hesaplanması gerekmektedir⁴¹⁶. Sözleşmeden dönmede ise, olumlu zararın fark teorisine göre hesaplanması mantıktır; zira alacaklı dönme hakkını kullanmak suretiyle, kendi edimini yerine getirmek istemediğini açıkça ortaya koymuş olmaktadır.

Bütün bu açıklamaların ardından şunu netice olarak söyleyebiliriz ki, sözleşmeden dönme hâlinde alacaklı, *sözleşmenin yürütüleceğine yönelik uyandırılan güvenin ihlalinden kaynaklanan olumsuz zararının veya edim borcuna aykırılıktan doğan olumlu zararının tazmini talepleri arasında seçimlik bir hakka sahip olmalıdır*⁴¹⁷. Her iki zarar türü için aranan şartların gerçekleştiği bu ihtimalde, mutlaka belli bir zarar türü üzerinde ısrar etmeye gerek yoktur. Alacaklı, kendisi bakımından hangisi daha lehte olacak ise (fazla masraflar yapmış veya önemli teklifler kaçırmışsa olumsuz zararını yoksa olumlu zararını), o yöndeki menfaatinin giderilmesini talep edebilmelidir; zira sözleşmenin yürütüleceği yönünde uyandırdığı güveni ihlal eden ve böylece aynı zamanda edim yükümlülüğüne aykırı davranmış olan borçlu karşısında alacaklıyı belli bir yönde tercih yapmak zorunluluğunda bırakmamak gerekir. Olayların genelinde olumlu zarar miktarı daha fazla olacak ise de, alacaklının ifa menfaati yerine olumsuz zararının tazmin edilmesinde kimi zaman daha fazla çıkarı bulunabilir; zira olumsuz zarar miktarını olumlu zarar ile sınırlayan bir hüküm, BK.m.8 dışında hukukumuzda bulunmamaktadır⁴¹⁸. Burada alacaklının sahip olacağı bu seçimlik hak sayesinde borçluyu spekülasyona alet edilebileceği, onu ucu bucağı belli olmayan tazminat talepleriyle köşeye sıkıştırabileceği yönünde bir düşünceye de kapılmamak gerekir⁴¹⁹. Zira böyle bir tehlikenin MK.m.2 yardımıyla önlenmesi her

⁴¹⁶ Doktrindeki baskın görüş aksi istikamette olsa da, bu düşüncede bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 105, dn. 76-77; s. 154-155; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 107, Rn. 22-23; Becker, **a.g.e.**, Art. 107, Rn. 41; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 312-313; 346 vd; 409-410; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s.182-183, dn. 138; Keller, M., **a.g.e.**, s. 183-184; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 950.

⁴¹⁷ Gereğe farklı olmakla birlikte aynı yönde bkz. Glättli, **a.g.m.**, s. 241 vd.

⁴¹⁸ Sözleşmeden dönme hâlinde istenebilecek olumsuz zarar miktarına sınırlama getirmeye çalışan görüş için bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 183 vd.

⁴¹⁹ Sözleşmeden dönme hâlinde istenebilecek olumsuz zarar talebine bu gerekçelerle karşı çıkan görüş için bkz. Simonius, **Schadenersatz aus Dafinfallen des Vertrages**, s. 261; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 646. Aksi yönde bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 185.

İşaret etmek gerekir ki, aynı gerekçeler, başka yazarlar tarafından da, olumsuz zarar tazminatının, ifa menfaati miktarıyla sınırlanması amacıyla getirilmektedir. Bkz. aş. IV. Bölüm, B 6 a.

zaman için mümkündür; hakkını kötüye kullanan alacaklıyı hukuk hiçbir zaman hi-maye etmeyecektir. Ayrıca olumlu ve olumsuz zararın hesabında uygulama alanı bulacak BK.m.43 hükmü sayesinde, hâkimin hükmedeceği tazminatın miktarında bir indirim gidebileceğini, hatta kimi zaman tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırabileceğini de unutmamak gerekir. Sözleşmesel alana özgü olumlu ve olumsuz menfaat türleri, sadece meydana gelen zarar miktarının hesaplanmasına ilişkin farklı yöntemler içerirler; yoksa tazminatın belirlenmesi hususunda hâkime tanınmış olan takdir yetkisini ortadan kaldırmazlar. Bütün bunların yanı sıra, yapılan ihbarlar ve tanı-nan süreler sayesinde borçlunun menfaatlerinin de zaten yeterince korunduğunu ve seçimlik haklardan yararlanmak isteyen alacaklının, borçluya tanımış olduğu sürenin sonunda hangisini kullanacağını derhal bildirmesi gerektiğini de dikkat aldığımızda⁴²⁰, spekülasyon tehlikesi iyiden iyiye zayıflamış olmaktadır.

Sözleşmeden dönmede alacaklının olumlu zarar isteyebileceğini savunmakla, bu hususta doktrinde daha önceden ileri sürülmüş görüşlerden şu yönler itibarıyla ayrıldığımızı önemle vurgulamak gerekir: Sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklı, verdiklerinin iadesinin yanında mutlaka belli bir menfaat türüyle yetinmek zorunda kalmaksızın olumlu veya olumsuz zararının giderilmesi hususunda bir *seçimlik hakka sahip olmalıdır*⁴²¹. Bu sonuca ulaşırken, bir takım eleştirilerle olumlu-olumsuz zarar ayırımına karşı çıkılmasına da gerek bulunmamaktadır; bilakis bu iki zarar türü arasındaki ayırım özenle korunduğu ölçüde, borçlu ve alacaklının menfaatleri arasındaki denge, sözleşmesel alana özgü sorumluluk sistemi içerisinde daha da iyi gözetilmiş olur. Nitekim köklü bir reform geçiren Alman hukukunda da benzer tarzda bir çözüm benimsenmiş, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya olumlu zararını veya borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masraflarını talep

⁴²⁰ Borçluya verilen sürenin sonunda alacaklının derhal bildirimde bulunup bulunmaması gerektiği tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı eğilim bu doğrultudadır. Bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 153-154; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 107, Rn. 34; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 405 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 178-179; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 955 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1072; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 190. Karş. Becker, **a.g.e.**, Art. 107, Rn. 36.

⁴²¹ Sözleşmeden dönen alacaklı olumlu ve olumsuz zararının birlikte giderilmesini hiçbir zaman talep edemez; ya birini ya da ötekini seçmek zorundadır. Kümlülatif bir talep hakkı asla söz konusu değildir. Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 c.

Alacaklının olumlu zararının giderilmesini talep ettiği hâllerde, tazminatın hesaplanmasında kendi edimini geri aldığı, tabidir ki göz önünde bulundurulacaktır.

etme hususunda seçimlik bir hak tanınmıştır (BGB §§ 280, 284)⁴²². Ayrıca özel hukuku birleştirmeye yönelik uluslar arası normlarda da durum bu merkezdedir. Örneğin Uluslar Arası Mal Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kapsamında, borca aykırılık ve bu bağlamda sözleşmeden dönme hâlinde yalnızca ifa menfaatinin tazmininden söz edilmiş olsa da (m. 81/f.I; 74 vd.), sözleşmeden dönen alacaklının, olumlu zarar yerine, olumsuz menfaatinin talep edebileceği yine de kabul edilmektedir⁴²³. Ayrıca The Principles of European Contract Law Art. 9:502 ve UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art. 7.4.2/f.I'de, tazminatın ifa etmemeden doğan zararların giderilmesine ilişkin olacağı belirtilmişse de, alacaklının olumlu veya olumsuz zarar talebi arasında seçimlik hakka sahip olduğunda herhangi bir tereddüt yaşanmamaktadır⁴²⁴.

De lege ferenda olarak önerdiğimiz bu sistemin bir faydası da, sözleşmeden dönmeye yalnızca olumlu ya da olumsuz zarar yaptırımını bağlayanların, adaletsizliklerin önüne geçmek için ileri sürdükleri zorlayıcı çözümlere⁴²⁵, artık ihtiyaç kalmayacak olmasıdır⁴²⁶.

⁴²² BGB § 284'ün olumsuz zarardan sorumluluğa denk düşüp düşmediği hususundaki tartışmalar için bkz. aş. IV. Bölüm, A 5.

⁴²³ Hans Stoll/Georg Gruber, **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–**, Herausgegeben von Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004, Art. 74, Rn. 2; Atamer, **a.g.e.**, s. 427; 451; Hornung, **a.g.e.**, s. 262; ayrıca bkz. Staudinger/Magnus, **a.g.e.**, § 74, Rn. 21.

⁴²⁴ Hornung, **a.g.e.**, s. 262-263.

⁴²⁵ Örneğin bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 270.

Sözleşmeden dönme hâlinde tazminat talebine yer vermeyen eski BGB sistemi içerisinde de, benzer tarzda zorlayıcı çözümlere başvurulmak zorunda kalınıyordu. Bkz. Staudinger/Otto, **a.g.e.**, § 325, Rn. 34; Glättli, **a.g.m.**, s. 242-243.

⁴²⁶ Sözleşmeden dönme hâlinde, alacaklının olumlu veya olumsuz zararının tazmini hususunda seçimlik hakka sahip olması gerektiğini savunan bazı yazarlar ise, bizim *de lege ferenda* olarak önerdiğimiz bu sonuca, hâli hazırdaki düzenlemeler çerçevesinde boşluk doldurma yöntemiyle ulaşabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, borçlar hukukumuzda bir reform yapmaya gerek yoktur; OR 109/f.II (BK.m.108/f.II)'de gerçek olmayan bir kanun boşluğunun mevcut olduğunu kabul edip, alacaklıya tanınacak ifa menfaatinin yöneltmiş ek tazminat (olumsuz zararın yanında seçimlik olarak olumlu zarar) talebiyle bu boşluk doldurulmalıdır. Bkz. Glättli, **a.g.m.**, s. 242-243; ayrıca bkz. ve karşı. Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 24; 84.

3. Vekâlet Sözleşmesinin Uygun Olmayan Zamanda Sona Erdirilmesinde

BK.m.396/f.I düzenlemesi, hem vekile hem de müvekkile, diledikleri zaman tek taraflı olarak vekâlet sözleşmesini sona erdirme hakkı tanımıştır⁴²⁷. Vekâlet sözleşmesinin her an için sona erdirilmesine imkân veren bu hükmün doğuracağı sakıncaları azaltmak isteyen kanun koyucu, BK.m.396/f.II'de uygun olmayan zamanda kullanılan azil ve istifa hakkı nedeniyle taraflar için bir tazminat yükümlülüğü öngörmüştür⁴²⁸. Bu tazminat sorumluluğu sayesinde, vekâlet sözleşmesinin anî ve umulmayan şekilde sona ermesi yüzünden ortaya çıkan neticeler, yumuşatılmaya çalışılmıştır⁴²⁹.

BK.m.396/f.II'deki tazminat hükmü, vekâlet sözleşmesinin devam edeceği yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından doğan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü düzenlemektedir⁴³⁰. Uygun olmayan zamanda azil veya istifa hakkı-

⁴²⁷ Vekâletin konusunu oluşturan iş görme edimi yerine getirilmeye başlanmışsa, vekâlet sözleşmesinin azil veya istifa ile sona ermesi ileriye etkili (*ex nunc*) olacaktır. Zira vekâlet sözleşmesi, olayların büyük bir çoğunluğunda taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğurmaktadır.

Fakat bazen, vekâlet sözleşmesi, konusunu oluşturan iş görme ediminden ötürü ani edimli borç ilişkisi biçiminde de karşımıza çıkabilir (örnek olarak verilen bir havale talimatının banka tarafından gerçekleştirilmesi gibi). Bu tarz durumlarda vekâlet sözleşmesinin sona ermesi, elbette ki geçmişe etkili (*ex tunc*) olacaktır.

⁴²⁸ Vekâlet sözleşmesinde azil ve istifa hakkının taraflar için her zaman mümkün olduğunu söyleyen BK.m.396 hükmünün emredici olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Peter Gauch, "Art 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters", *recht*, 1992, Heft 1, s. 9 vd.; 15; Oser/Schönenberger, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 2-3; Becker, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 8; Georg Gautschi, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, 3. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1971, Art. 404, Rn. 10a vd.; Walter Fellmann, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1992, Art. 404, Rn. 104 vd.; Sarı, *a.g.e.*, s. 92 vd.; Tandoğan, *ÖBİ II*, s. 523 vd.; BSK OR I/Weber, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 9 vd.; Josef Hofstetter, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. 7, 6. Teilband, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse: Der Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag*, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2000, s. 58 vd.; Lüchinger, *a.g.e.*, Rn. 675 vd.; ORKomm/Bühler, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 3.

⁴²⁹ BK.m.396/f.II'deki tazminat sorumluluğu, azil ya da istifa hakkını kullanmak isteyen tarafı düşünmeye sevkedeceğinden, aynı zamanda vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesine getirilmiş do laylı bir sınırlandırma da teşkil eder. Bkz. Sarı, *a.g.e.*, s. 129.

⁴³⁰ Gauch, *a.g.m.*, s. 11, dn. 14; 13; 15 (yazarın tartışmalardan kaçınmak adına "olumsuz zarar" yerine "güven zararı" kavramını kullandığını vurgulaması kanaatimizce yerinde değildir; zira her iki kavram zaten birbirleriyle eş anlamı olacak şekilde kullanılmaktadır); Gautschi, *a.g.e.*, Art. 404, Rn 19a-b; Sarı, *a.g.e.*, s. 137 vd.; Becker, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 7; BSK OR I/Weber, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 17; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, *a.g.e.*, § 49, Rn. 32; Hofstetter, *a.g.e.*, s. 64; Tandoğan, *ÖBİ II*, s. 640; Lüchinger, *a.g.e.*, Rn. 700 vd.; ORKomm/Bühler, *a.g.e.*, Art. 404, Rn. 7; Aral,

nı kullanan taraf⁴³¹, diğer sözleşenin vekâlet ilişkisinin beklenmeyen şekilde sona ermesi yüzünden uğradığı malvarlığı kayıplarını giderme yükümlülüğü altına girer⁴³².

Olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmiş olması gerekmektedir. Genel ilkelerden farklı olarak, azil ya da istifanın uygun olmayan zamanda kullanılmış olması, bu yenilik doğuran hakların etkisiz kalmasına ve böylece vekâlet sözleşmesinin geçerli olarak ayakta tutulmasına yol açmaz; vekâlet sözleşmesi her durumda sona erer; fakat uygun olmayan zamanda azil veya istifa hakkını kullanan taraf için tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar⁴³³. Vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilip erdirilmediği, azil veya istifa hakkının kullanılmasına muhatap olan diğer sözleşenin içinde bulunduğu durum dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenir. Azil veya istifa hakkının kullanılması, vekâletin konusu iş görmenin yerine getirilmesi bakımından karşı taraf için elverişsiz sonuçlar doğmuşsa, onun zarara uğramasına sebebiyet

a.g.e., s. 420; BGE 106 II 160; 109 II 469 vd.; 110 II 386. Karş Fellmann, **a.g.e.**, Art. 70-71 (yazarın ifa menfaatinin tazmininden bahsetmesi isabetli olmamıştır).

⁴³¹ Karşı tarafa yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki azil ve istifa haklarının kullanılması herhangi bir şekilde tâbi değildir; meğerki TTK.m.20/f.III'ün kapsamına giren bir hâl bulunsun. Ancak taraflar isterlerse, söz konusu hakların belirli bir şekilde kullanılması hususunda da anlaşılabilirler. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 2; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 33-34; Sarı, **a.g.e.**, s. 87; BSK OR I/Weber, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 5-6; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 58.

⁴³² Alman hukukunda BGB § 671/f.II'ye göre, vekil, vekâlet sözleşmesini önemli bir sebep olmaksızın uygun olmayan zamanda feshederse, müvekkilin bundan ötürü uğramış olduğu zararı tazmin etme borcu altına girer. Bu tazminat yükümlülüğünün hangi menfaat türünü koruduğu, Alman doktrininde tartışmalıdır. Pek çok yazarın görüş belirtmekten kaçındığı bu hususta, burada bir güven zararının tazmininin söz konusu olduğu yolundaki görüş için bkz. KommBGB/Czub, **a.g.e.**, Art. 671, Rn. 7; aksi yönde bkz. MünchKomm/Seiler, **a.g.e.**, Art. 671, Rn. 13.

⁴³³ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, azil ya da istifa hakkının kullanılması bakımından BK.m.396/f.II'den farklı bir düzenleme öngörmüştür. Avukatlık Kanunu m.174'e göre, "Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır.

Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez.

Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamakla zorunlu değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinindir. Yazılı sözleşmedeki diğer ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takip etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır".

Hükümün açık olan ifadesinden de anlaşılacağı üzere, azil veya istifa hakkının kullanılması yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinde avukatın ücret alacağına ilişkin ifa menfaati, avukatın kusurunun olmaması şartıyla tam olarak korunmuş; sadece istisnâî hâllerde avukatın ücrete hak kazanamayacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu bu tarzda bir hüküm getirmekle, vekâlet sözleşmesinin sona ermesinin ekonomik sonuçlarının genelde müvekkil tarafından taşınmasını arzu etmiş olmaktadır. Bu hükme yönelik değerlendirmeler için bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 186 vd.

vermişse, sona ermenin uygun olmayan zamanda gerçekleştiği kabul edilir⁴³⁴. Burada hemen belirtmek gerekir ki, baskın görüş⁴³⁵ aksi yönde olsa da, azil ya da istifanın kullanılmasında haklı bir sebebin bulunup bulunmadığı, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilip erdirilmediğinin tespiti açısından daima tek başına yeterli bir ölçü değildir⁴³⁶. Bu iki kavram çoğu zaman örtüşse de, her zaman için birbirine denk düşmemektedir. Şöyle ki, haklı bir sebebin bulunmadığı bütün durumlarda sona ermenin uygun olmayan zamanda gerçekleşmiş olduğunu iddia etmek mümkün olmadığı gibi, haklı sebebin bulunduğu her hâlde de vekâlet sözleşmesinin uygun zamanda sona erdirildiğini ileri sürmek mümkün değildir⁴³⁷.

Tıpkı BK.m.8/f.II, 26/f.I ve 29/f.II'de olduğu gibi, buradaki tazminat sorumluluğu da kanunen tanınmış olan bir hakkın kullanılmasına bağlanmıştır. Vekil ya da müvekkil, istifa veya azil imkânını uygun olmayan zamanda kullanmış olsa bile, BK.m.396/f.I uyarınca tanınmış olan bir hakkı kullanmaktadır. Dolayısıyla BK.m.396/f.II'deki tazminat sorumluluğunun kaynağını, zarar verenin vekâlet sözleşmesine aykırı bir davranışı olarak değerlendirmek pek mümkün değildir⁴³⁸; bu ihtimalde kanunen cevaz verilen bozucu yenilik doğuran hakkın uygun olmayan zamanda kullanılmasından kaynaklanan *sebepl sorumluluğu* söz konusudur⁴³⁹. Bu hâliyle BK.m.396/f.II hükmü, istifa veya azil hakkına uygun olmayan zamanda başvuran vekil ya da müvekkilin, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine aykırılık teşkil

⁴³⁴ Uygun olmayan zarar kavramı hakkında bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 135 vd.; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 47 vd.

Bir görüşe göre, azil ya da istifa hakkının kullanılmasına muhatap olan diğer sözleşenin güven zararına uğradığı her durumda, vekâlet sözleşmesi uygun olmayan zamanda sona erdirilmiş olur. Bkz. Gauch, **a.g.m.**, s. 12; benzer yönde bkz. Hofstetter, **a.g.e.**, s. 65.

⁴³⁵ Gautschi, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 17 b; Becker, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 5; Aral, **a.g.e.**, s. 420; OR-Komm/Bühler, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 6.

⁴³⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 138; 178 vd.; karşı. Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 84 vd.; Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 635 vd.

⁴³⁷ Vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesine yol açan sebebin, karşı sözleşene (azil ya da istifa hakkının kullanılmasına muhatap olan tarafa) isnat edilebildiği hâllerde, BK.m.396/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk, elbette ki uygulama alanı bulmayacaktır.

⁴³⁸ Uygun olmayan zamanda azil ya da istifa hakkının kullanılmasını, vekâlet sözleşmesinden doğan özen gösterme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendiren aksi yöndeki görüş için bkz. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 18c; 19a-b; Fellmann, **a.g.e.**, s. 404, Rn. 49 vd.; 67; 80 vd.; Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 640.

⁴³⁹ Gauch, **a.g.m.**, s. 11-12; Sarı, **a.g.e.**, s. 131-134; BSK OR I/Weber, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 16-17; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 71-72; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 685-686; 706; 714; dn. 903; Aral, **a.g.e.**, s. 420.

eden davranışı neticesinde ortaya çıkan kusursuz olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü düzenlenmektedir⁴⁴⁰.

Vekil ya da müvekkil için öngörölmüş olan olumsuz zarardan sorumluluk, yukarıda incelediğimiz diğer hâllerden farklı bir takım özellikler taşımaktadır⁴⁴¹. Şöyle ki, genel hükümler uyarınca sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi hâlinde tazminat talebi, borçlunun yükümlülüklerine aykırı davranışları nedeniyle sözleşmeden dönen veya sözleşmeyi fesheden⁴⁴², yani yenilik doğuran hakkını kullanan tarafa tanınmış olduğu hâlde, BK.m.396/f.II'deki sorumluluk rejimi tam tersine çevrilmiştir. Azil ya da istifa hakkı sayesinde vekâlet ilişkisinin geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona erdirildiği durumlarda, olumsuz zarardan sorumluluk, karşı tarafa değil, bu hakkını uygun olmayan zamanda kullanan sözleşenin bizzat kendisine yüklenmiştir. Bunun yanı sıra sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin feshi hâlinde ifa menfaatine yönelik olumlu zararın tazmini istenebilirken, vekâlet sözleşmesinin fes-hinde yalnızca olumsuz zararın tazmini talep edilebilmektedir⁴⁴³. Azil ya da istifa

⁴⁴⁰ BK.m.396/f.II'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü vekâlet sözleşmesine aykırılık olarak değerlendiren yazarlara göre ise, tazminat yükümlülüğünün doğumu için sona erdirme hakkını kullanan tarafın kusurlu olması gerekmektedir. Azil ya da istifa hakkını kullanan sözleşen, BK.m.96 uyarınca kusursuzluğunu ispatlamadıkça, karşı yanın olumsuz zararını tazmin etmek zorundadır. Bkz. Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 81.

⁴⁴¹ BK.m.396/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk ile sözleşme görüşmelerinin kesilmesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluk arasında şöyle bir benzerlik kurulabilir. Her iki ihtimalde de taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiyi her zaman için sona erdirme hakkına sahip olup, hukukî ilişkiye son veren taraf bakımından bazı şartlar altında diğer sözleşenin zararını tazmin etme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 719.

⁴⁴² Yalnızca sözleşmenin feshinin haksız olduğu hâllerde, sözleşmeyi sona erdiren taraf tazminat yükümlülüğü altına girmektedir.

⁴⁴³ Tarafların ifa menfaatini korumayan BK.m.396 hükmü, vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olarak kabul edildiği Roma hukukundan gelmektedir. *Uygun olmayan zamanda sona erme* kavramına bağlı olarak tazminat yükümlülüğü getiren bu düzenlemenin, vekâlet sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğunun ücretli olarak yapıldığı dikkate alındığında, günümüzün ihtiyaçlarına artık cevap vermediği; bu hüküm sayesinde daha çok müvekkilin menfaatlerinin güvence altına alındığı haklı olarak vurgulanmaktadır. Zira vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona ermesi nedeniyle zarar görecektir olan taraf, vekilden ziyade müvekkildir. Nitekim BK.m.397 hükmü de, bu düşünenin bir görünüm biçimi olarak kaleme alınmıştır. Mesleğinin bir gereği olarak kazanç elde etmek için vekâlet sözleşmesi çerçevesinde faaliyetlerde bulunan vekilin ücret alacağı, müvekkilin her zaman sebepsiz olarak kullanabileceği azil hakkı karşısında korunmamış olması adil bir çözüm değildir. Dolayısıyla vekâlet sözleşmesinin ücretli olarak yapılabilmesine imkân tanımış olan kanun koyucunun, Roma hukukuna ait bu düşüncüyü terk ederek, vekâlet sözleşmesinin ücretli olup olmamasına göre farklı düzenlemeler getirmesi gerekmektedir. Bkz. Gauch, **a.g.m.**, s. 15; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 54; bu hususta ayrıca bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 144-145, dn. 46.

Nitekim İtalyan Medenî Kanununda (Cci m. 1725) ücretli vekâlette müvekkil, ancak vekilin ücret alacağına tamamını karşılamak suretiyle azil hakkını kullanabilmektedir.

hakkı sebepsiz ve hatta keyfi olarak kullanılmış olsa bile, kanun koyucu, diğer sözleşene ifa menfaatini isteme hakkını tanımamıştır⁴⁴⁴. Örnek olarak azledilen vekil, vekâlet sözleşmesinden elde edeceği ücret alacağını müvekkilden talep edemeyeceği⁴⁴⁵ gibi, vekilin istifa hakkını kullandığı hâllerde, yarım kalan işin tamamlanması için yeni bir vekâlet sözleşmesi yapmak zorunda kalan müvekkil de, bundan kaynaklanan zararlarının karşılanmasını vekilden isteyemeyecektir.

Bütün bunların yanı sıra, BK.m.396/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk, azil veya istifa hakkının doğru bir zamanda kullanılması hâlinde doğması önlenebilecek malvarlığı kayıplarıyla da sınırlıdır⁴⁴⁶. Zira BK.m.396/f.I uyarınca taraflar, vekâ-

⁴⁴⁴ Azil veya istifa haklarının kullanılması yoluyla karşı sözleşenin ifa menfaatine yönelik beklentilerin herhangi bir tazminat yükümlülüğüne yol açmadan boşa çıkarılması imkânı, vekâlet sözleşmesinin yapısına has bir özellik olarak kabul edilmektedir. Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 142; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 49, Rn. 48; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 49, Rn. 30; BGE 98 II 308.

Aslında bu sonuç, vekâlet sözleşmesinin yapısından doğan olmazsa olmaz bir özellik değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, ücretli vekâlet sözleşmelerinde tarafların ifa menfaatinin korunmamış olması, Roma hukukundan gelen ve günümüzün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalan düşünceden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla aksi yönde düzenleme yapılması pekâlâ mümkün olup, böyle bir düzenleme tarzının vekâlet sözleşmesinin yapısına aykırı düşeceğinden söz edilemez. Bkz. Gauch, **a.g.m.**, s. 12; 15.

Ancak vurgulamak gerekir ki, BK.m.396/f.II uyarınca tazmin edilecek olumsuz zarar miktarı, uygun olmayan zamanda sona erdirilen vekâlet sözleşmesindeki ifa menfaatiyle bazı hâllerde örtüşebilir. Örneğin vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi nedeniyle, usulî işleme ilişkin bir sürenin kaçırıldığı hâllerde durum böyledir. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 7.

⁴⁴⁵ Hiç şüphe yok ki, vekil, fesih anına kadar gerçekleştirmiş olduğu iş görmeye tekabül eden ücret alacağını müvekkilden talep edebilecektir. Bunun yanı sıra, azil hakkının kötüye kullanıldığı hâllerde de (örneğin müvekkilin, sırf ücret alacağının doğumuna engel olmak için iş görme faaliyetini bitirmek üzere olan vekili azletmesi gibi), vekil, müvekkilden ifa menfaatini isteyebilecektir. Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 146-147; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 53. Avukatlık Kanununun konuya ilişkin farklı düzenlemesi hakkında bkz. yuk. III. Bölüm, dn. 433.

Fesih anına kadar gerçekleşmiş iş görme nedeniyle ödenen ücretin kapsamında yer alan masrafların BK.m.396/f.II uyarınca tazmin edilmesi söz konusu olamaz. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 726-727; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 64.

⁴⁴⁶ Doktrindeki bazı yazarlar ve onları takip eden İsviçre Federal Mahkemesi kimi kararlarında, BK.m.396/f.II uyarınca tazminat istenebilmesi için, azil veya istifa hakkının kullanılmasına muhtap olan karşı sözleşenin “*özel bir zarara uğramasını*” aramaktadır. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 5; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 48; ORKomm/Bühler, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 5; BSK OR I/Weber, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 16; Gautschi, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 17d (fakat Gautschi, “*özel bir zarara uğramayı*” sadece azil hakkının kullanılmasına muhtap olan vekil yönünden aramaktadır. Zira bu düşünceye göre, müvekkilin vekili koruma borcu bulunmadığından, ancak özel bir zararın ortaya çıktığı hâllerde keyfi kullanılan azil hakkına bir yaptırım uygulanabilir. Bkz. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 18b); BGE 106 II 160; 109 II 469-470; 110 II 386.

BK.m.396/f.II'nin metninde yer almayan ve içeriği oldukça belirsiz olan bu şarta yönelik eleştiriler için bkz. Gauch, **a.g.m.**, s. 12; Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 638; Sarı, **a.g.e.**, s. 143; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 695 vd.

Gerçekten de, uygun olmayan zamanda vekâlet sözleşmesinin sona erdirildiği hâllerde, tazminat yükümlülüğünün doğumunu, “*özel bir zarara uğramış olma*” şartına bağlamak, BK.m.396/f.II'nin

let sözleşmesini her zaman için sona erdirme imkânına sahip olduğuna göre, bu hak ne zaman kullanılırsa kullanılsın ortaya çıkması engellenemeyecek zararlar, BK.m.396/f.II'nin kapsamına girmeyecektir⁴⁴⁷. Bir başka ifadeyle, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerden (örnek olarak BK.m.26/f.I, 39/f.I) farklı olarak, BK.m. 396/f.II'deki tazminat talebi, vekâlet sözleşmesi hiç yapılmayıp zarar görenin içinde bulunacağı farazî durumun sağlanmasını amaçlamamaktadır; bu hüküm, vekâlet sözleşmesinin yerine getirileceğine güvenen tarafın, hesaba katmadığı bir anda sona erme nedeniyle uğradığı zararların karşılanmasını öngörmektedir⁴⁴⁸.

Buna göre, vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yönelik masrafların, BK.m.396/f.II uyarınca talep edilmesi mümkün değildir; çünkü tipik olumsuz zarar kalemi teşkil eden bu malvarlığı kayıpları, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinden kaynaklanmamaktadır⁴⁴⁹. Sözleşmenin kurulmasına yönelik masrafların faydasız kalması ve bu sebeple tarafların malvarlığında zarar olarak ortaya çıkması, azil ya da istifa hakkının kullanılmasına ilişkin kötü zamanlamanın bir neticesi değildir; vekâlet sözleşmesiyle amaçlanan iş görmenin yarıda bırakıldığı her durumda (azil ya da istifa uygun zamanda kullanılmış olsa bile) aynı sonuçla karşılaşılır. Yine mevcut vekâlet sözleşmesine güvenerek başka sözleşme tekliflerini değerlendirmeyen vekil, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdiği gerekçesiyle, uğradığı kâr mahrumiyetinin giderilmesini kural olarak isteyemez⁴⁵⁰. Zira vekil ile müvekkil arasındaki ilişki yoğun bir bağımlılık gerektirmediğinden, diğer sözleşme tekliflerinin kaçırılması, vekilin kendi kişisel tercihleri-

ne lafzıyla ne de ruhuyla bağdaşmaktadır. Uğranılan zararın önemi ve büyüklüğü, sadece tazminatın hesabında dikkat alınır; yoksa sorumluluğun doğumunda bir unsur olarak göz önünde bulundurulmaz.

⁴⁴⁷ Sarı, **a.g.e.**, s. 137-138; 141-142; 154.

⁴⁴⁸ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 716. Ancak yazar bu sonuca, vekâlet sözleşmesinin ileriye etkili olarak (*ex nunc*) sona ermesinden yola çıkarak varmaktadır.

⁴⁴⁹ Sarı, **a.g.e.**, s. 159-160; karşı. BSK OR I/Weber, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 17; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 72; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 49, Rn. 31; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 64-65; Aral, **a.g.e.**, s. 420.

⁴⁵⁰ Sarı, **a.g.e.**, s. 152-153; ORKomm/Bühler, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 7. Aksi yönde bkz. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 17d; 20a; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 8; Gauch, **a.g.m.**, s. 11; Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 73; BSK OR I/Weber, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 17; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 49, Rn. 31; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 65; Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 641.

nin ve meslekî faaliyetlerine ilişkin planlamasının bir sonucudur; yani vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi ile diğer sözleşme tekliflerinin kaçırılması arasında nedensellik bağı çoğu zaman yoktur. Ayrıca kaçırılan diğer vekâlet sözleşmeleri de BK.m.396/f.I uyarınca her zaman sona erdirilebilir olduğuna göre, onlardan elde edilecek olası ücret alacağının müvekkilin sırtına yüklenmesi mümkün değildir. Sadece vekilin, başka sözleşme tekliflerini *meslekî faaliyetlerine ilişkin kapasitesinin sınırlı olması* yüzünden gerçekten kaçırdığı hâllerde, bunlardan kaynaklanan kâr mahrumiyeti BK.m.396/f.II kapsamında talep edilebilir⁴⁵¹. Dolayısıyla bu istisnai hâl dışında, gerek başka sözleşme yapma tekliflerinin kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetinin gerek sözleşme kurma masraflarının, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerden farklı olarak BK.m.396/f.II uyarınca giderilmesi söz konusu değildir.

Buna karşılık, müvekkilin azil hakkını uygun olmayan zamanda kullandığı hâllerde, azledilen vekil, iş görme faaliyetini gerçekleştirmeden evvel hazırlık çalışmaları kapsamında yapmış olduğu fakat sona erme nedeniyle faydasız kalan emek ve masraflarının⁴⁵², BK.m.396/f.II uyarınca karşılanmasını müvekkilden talep edebilecektir⁴⁵³. Vekilin uygun olmayan zamanda⁴⁵⁴ istifa ettiği hâllerde de, müvekkil, iş görmeye hazırlık mahiyetinde olup da istifa ile faydasız hâle gelen masraflarının ve

⁴⁵¹ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 737; ORKomm/Bühler, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 7.

⁴⁵² Vekâlet sözleşmesiyle üstlenilen iş görmenin ifası bakımından gerekli olmayan masrafların tazmin edilmesi ise talep edilemez. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 723.

Dikkat etmek gerekir ki, işin usulüne uygun olarak görülmesi için vekilin yapmış olduğu masraflar, vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden etkilenmeksizin BK.m.394/f.I uyarınca tazmin edilirler. Bu nitelikteki masrafların karşılanması için, vekilin BK.m.396/f.II hükmüne dayanmasına gerek bulunmamaktadır.

⁴⁵³ Uygun olmayan zamanda azledilen vekilin, dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı hâllerde, vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki belirli bir dönem için daha BK.m.396/f.II uyarınca ücret alacağını talep edebileceği yönündeki görüş için bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 148-150.

⁴⁵⁴ BGB § 671/f.II'de de ifade edildiği gibi, önemli bir sebep bulunmadığı müddetçe, vekil kendisine tanınmış olan istifa hakkını, müvekkilin bizzat veya başkası aracılığı ile iş görmeyi hiçbir olumsuzluk yaşamaksızın sürdürebileceği şekilde kullanmalıdır. Nitekim bu husus, vekâlet sözleşmesinin irade dışı kendiliğinden sona erdiği hâller için BK.m.397/f.II'de açıkça ifade edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan iş görmedeki devamlılığın sağlanmasıdır; yoksa iş görmenin aynı şartlar altında yerine getiriliyor olması şart değildir. Müvekkilin daha ağır şartlar içeren yeni bir vekâlet sözleşmesi yapmak zorunda kalması, tek başına istifanın uygun olmayan zamanda kullanıldığını gösteren bir olgu değildir. Zaten bu tarz zarar kalemleri, ifa menfaatinin kapsamında yer aldığından, olumsuz zarardan sorumluluğu düzenleyen BK.m.396/f.II uyarınca tazmin edilemezler. Bkz. MünchKomm/Seiler, **a.g.e.**, § 671, Rn. 12; Sarı, **a.g.e.**, s. 155-156, dn. 65; Fallmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn.59-64.

yeni bir vekâlet sözleşmesi yapıncaya kadar geçen süre içerisinde uğradığı zararların (iş görmenin kesilmesi üzerine ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi için harcanan emek ve masraflar ile bu zaman zarfındaki kazanç kayıplarının) tazmin edilmesini BK.m.396/f.II'ye dayanarak istifa eden vekile karşı ileri sürebilecektir⁴⁵⁵. Ayrıca azil ya da istifa hakkının kullanılmasına muhatap olan diğer sözleşenin, vekâlet sözleşmesine güvenerek üçüncü kişiler ile giriştiği hukukî işlemlerden doğan borcunu uygun olmayan zamanda sona erme yüzünden yerine getiremediği hâllerde, üçüncü kişilere ödenen tazminatlar da, BK.m.396/f.II'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün kapsamında yer alır⁴⁵⁶. Zira bu tarz zarar kalemleri, vekâlet sözleşmesinin hüküm ifade etmeye devam edeceği yönünde diğer sözleşende uyandırılan güvenin, azil ya da istifa hakkının uygun olmayan zamanda kullanılması suretiyle ihlal edilmesinden meydana gelmektedir.

4. Vedia Sözleşmesinin Vaktinden Önce Sona Erdirilmesinde

BK.m.466'ya göre, belirli bir süre kararlaştırılmış olsa bile, vedia veren, vedia konusu şeyin iade edilmesini her zaman için talep etme hakkını haizdir. Böylece vekâlet sözleşmesinin taraflarına sağlanan imkâna benzer şekilde (BK.m.396/f.I), vedia verene de, vedia sözleşmesini istediği an sona erdirme hakkı tanınmıştır.

Vedia verenin sahip olduğu bu hakkın kullanımının, vedia alan için bazı zararların doğumuna sebebiyet verebileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu, BK.m.466/f.II'de, vedia veren için bir tazminat yükümlülüğü öngörmüştür. Bu hükme göre, vedia alan kararlaştırılan süreden önce iade talebinde bulunarak vedia söz-

⁴⁵⁵ Vekilin uygun olmayan zamanda istifa etmesinin, sözleşmenin konusunu oluşturan iş görme faaliyetinin yerine getirilmesini imkânsız kıldığı hâllerde (örneğin doktorun istifa ederek acilen yapılması gereken ameliyatı yapmaması ve böylece hastanın ölmesine neden olması veya bir sahne sanatçısının yapacağı gösteriden çok kısa bir süre önce vekâlet sözleşmesini sona erdirmesi gibi), vekil bu yüzden ortaya çıkan zararı karşılamak zorundadır. Ancak bu tarz durumlardaki tazminat yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinden ziyade, vekilin kusurlu davranışı ile özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla vekilin tazminat sorumluluğu, olumsuz zarara ilişkin BK.m.396/f.II yerine, olumlu zararı hedefleyen BK.m.390/f.II ve 96 hükümlerine tâbi olacaktır. Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 157. Karş. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 694; 729; Tandoğan, **ÖBİ II**, s. 638-639.

⁴⁵⁶ Fellmann, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 72; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 722.

leşmesini sona erdirirse, vedia alanın bu süreyi dikkate alarak yapmış olduğu marafları karşılamak zorunda kalır⁴⁵⁷.

Bu hâliyle BK.m.466/f.II hükmü, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde vedia verenin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü düzenlemektedir⁴⁵⁸. Zira BK.m.466/f.II'deki tazminat yükümlülüğü, vedia sözleşmesini umulmadık bir şekilde sona erdiren vedia verenin, sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde hüküm ifade etmeye devam edeceği yönünde vedia alanda yaratmış olduğu güveni boşa çıkarmış olmasından doğmaktadır. Vedia alanın, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, MK.m.2 kaynaklı edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine aykırı biçimde kullanmış olması, BK.m.466/f.II'de yer alan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün hukukî sebebi ni oluşturmaktadır. Tıpkı BK.m.396/f.II'de olduğu gibi burada da, vedia verenin *kusurdan bağımsız sebep sorumluluğu* söz konusudur. Belirli süreli vedia sözleşmelerinde bile, vedia verenin her zaman için sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olması, BK.m.466/f.II'deki tazminat yükümlülüğünün kaynağını, sözleşmeye aykırılık olmaktan çıkarmaktadır⁴⁵⁹. Zira vedia veren, kararlaştırılan süreden önce olsa da, sözleşmeyi sona erdirmekle, hukuken kendisine tanınmış olan iade talebi hakkını kullanmaktadır.

BK.m.466/f.II'de sadece olumsuz zarardan sorumluluğa yer verilmiş olsa da, sözleşmenin kararlaştırılan süreden önce sona ermesi hâlinde, vedia alanın belirlenen ücreti, yani ifa menfaatini talep edebileceği hususunda tarafların anlaşmasında elbet-

⁴⁵⁷ Bu ihtimalde vedia alana, masrafları karşılanıncaya kadar alıkyoma ve hatta şartları oluşmuşsa hapis hakkı bile tanınmaktadır. Bkz. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 55, Rn. 8; Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Artikel 425-491 OR**, 2. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1962, Art. 475, Rn. 9a; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co. A.-G., 1945, Art. 475, Rn. 7-8.

⁴⁵⁸ Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 10b; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 743-747; BSK OR I/Koller, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 21.

Ücretli vedia sözleşmesinin vaktinden önce sona erdirilmesi ya da vedia konusu şeyin hiç teslim edilmemesi hâllerinde, vedia alanın, bu sayede elde etmiş olduğu faydalar indirilmek suretiyle kararlaştırılan ücreti (ifa menfaatini) talep edebileceği yönündeki görüş için bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 472, Rn. 15; 35; Art. 475, Rn. 4; aksi yönde bkz. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 10c.

⁴⁵⁹ Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 10b.

te ki bir engel bulunmamaktadır⁴⁶⁰. Zira BK.m.466/f.II, niteliği itibarıyla aksi kararlaştırılabilen emredici olmayan bir hükümdür. Tazminat sorumluluğunun doğumu bakımından, vedia sözleşmesinin ücretli veya ücretsiz oluşu arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴⁶¹.

BK.m.466'nın kaleme alınış tarzına göre, vedia veren için getirilmiş olan olumsuz zarardan sorumluluk, sadece belirli süreli vedia sözleşmeleriyle sınırlıdır. Ancak vedia verenin tazminat yükümlüğünü, sadece belirli süreli vedia sözleşmelerine indirgeyen BK.m.466'nın bu içeriğinin çok adil olduğunu söylenemez. Zira BK.m.466/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluğun altındaki düşünce, vedia sözleşmesindeki süreye güvenerek masraflar yapan vedia alanı, umulmadık andaki iade taleplerine karşı korumaktır. Belirli süreli vedia sözleşmelerinde ortaya çıkan bu koruma ihtiyacının, belirsiz süreli vedia sözleşmelerinde hiçbir zaman söz konusu olmayacağını; vedia verenin beklenmedik iade talebine karşı vedia alanının her zaman hazırlıklı olması gerektiğini ileri sürmek isabetli değildir. Nitekim Gautschi'nin de belirttiği gibi⁴⁶², sona erdirilen belirsiz süreli vedia sözleşmesinin daha uzun süre devam edeceğine *güvenmekte haklı olan* vedia alanının, vedia konusu şeyin korunması için yapmış olduğu masrafların, vedia veren tarafından tazmin edilmesi gerekir. Kanaatimizce bu ihtimade, belirli süreli vedia sözleşmelerine ilişkin BK.m.466/f.II'den kıyasen yararlanmak mümkündür.

BK.m.466/f.II'deki tazminat yükümlülüğü, BK.m.8/f.II ve 396/f.II'ye benzer şekilde sadece yapılan masraflarla sınırlıdır. Yani buradaki olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamına sadece fiilî zararlar (*damnum emergens*) girmektedir; başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*), olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran diğer hâllerden farklı olarak

⁴⁶⁰ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 4; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 746; ayrıca bkz. ve karş. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 8c; 9b; karş. BSK OR I/Koller, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 22.

⁴⁶¹ BK.m.466/f.II'deki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün yalnızca ücretli vedia sözleşmelerinde uygulama alanı bulacağını söyleyen aksi görüş için bkz. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 10b.

Kanaatimizce, bu görüşü isabetli bulmak mümkün değildir. Zira vedia alanının, saklama faaliyetini ücretsiz yapıyor olması, onun vedia verenin sürpriz sayılabilecek davranışlarına karşı korunmasız kalmasına yol açmamalıdır. Bu ihtimalde, BK.m.466/f.II'deki tazminat yaptırımını, vedia alandan esirgemenin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Kaldı ki, kanun koyucu da zaten böyle bir sınırlama yapmış değildir. Bkz. ve karş. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 751.

⁴⁶² Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn 10a.

BK.m.466/f.II çerçevesinde dikkate alınmamaktadır⁴⁶³. Kısacası yalnızca vedia sözleşmesinin kararlaştırıldığı yahut beklenildiği şekilde devamı hâlinde, vedia alanın malvarlığında fiilen meydana gelmeyecek olan kayıplar, BK.m.466 uyarınca tazmin edilmektedir.

BK.m.466/f.II uyarınca tazmin edilecek masraflar, vedia alanın, kararlaştırılan ya da haklı beklentisinin olduğu süre boyunca sözleşmenin devam edeceği inancıyla saklama yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla yaptığı, fakat sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle faydasız kalan (örnek olarak, depo, garaj gibi saklamanın gerçekleştirileceği yerin büyütülmesi veya modernize edilmesi yahut yeni bir yer kiralanması için yapılan masraflar, ek personel istihdam edilmesi, vedia konusu hayvan için alınan yemin kullanılmayarak elde kalması gibi) gerekli harcamalardan oluşmaktadır. Vedia verenin, bu ölçüyü aşan oranda tazminat yükümlülüğü altına girmesi, özellikle de vedia konusu şeyin saklanması için gerekli olmayan harcamaları tazmin etmesi söz konusu değildir.

Vurgulamak gerekir ki, vedia sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdiği hâllerde, vedia alan o ana kadar ki iş görmesinin karşılığı olan masrafları zaten, BK.m.464/f.I uyarınca talep etme hakkına sahiptir. Bunlar için ayrıca BK.m.466/f.II'ye başvurmaya gerek yoktur. Vedia sözleşmesinin ücretli olarak yapıldığı hâllerde ise, bu masraflar çoğu kez ödenecek ücretin içinde hesaba katılırlar (masrafların ayrıca hesaplanacağına kararlaştırıldığı hâllerde ise, sona erme anına kadarki masraflar için BK.m.464/f.I uygulanacaktır); dolayısıyla sona erme anına kadarki iş görmenin karşılığı olan ücreti talep edebilecek olan vedia alan, bu masraflar için ne BK.m.464/f.I'e ne de BK.m.466/f.II'ye dayanabilecektir. Bu ihtimalde vedia alan, yalnızca sona erme anından sonraki dönem için BK.m.466/f.II uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir. Sözleşmenin vaktinden önce sona ermesine rağmen, vedia alanın yine de tam ücrete hak kazanacağı kararlaştırılmışsa, vedia alan, tabidir ki herhangi bir masraf talebinde bulunmayacaktır; meğerki taraflar kararlaştırılan ücretin içine masrafları dâhil etmemiş olsun.

⁴⁶³ Karş. ORKomm/Ballmoos, a.g.e., Art. 475, Rn. 4.

BK.m.466/f.II'deki olumsuz zarardan sorumluluk, vedia verenin, vedia sözleşmesini yapmış olmasına rağmen, vedia alana eşyayı teslim etmediği hâllerde de kıyasen uygulama alanı bulur⁴⁶⁴. Vedia alan, sözleşmenin varlığına güvenerek, saklama borcunu ilerde (eşyanın tesliminden sonra) yerine getirmek amacıyla hazırlık mahiyetinde bir takım masraflar yapmışsa, faydasız kalan harcamalarının BK.m.466/f.II'ye kıyasen giderilmesini, vedia veren konumundaki sözleşenden isteme hakkına sahiptir.

5. Kefalet Sözleşmesinden Dönmede

Türk Borçlar Kanunu tasarısının 599. maddesi, mevcut Borçlar Kanunumuzda bulunmayan yeni bir olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü hâli getirmektedir. İsviçre Borçlar Kanunundan (OR 510/f.I-II) örnek alınarak hazırlanmış olan bu hüküm, hakkaniyet düşüncesiyle bazı şartlar altında kefalet sözleşmesinden dönme imkânı ve buna bağlı olarak tazminat yükümlülüğü öngörmektedir.

Tasarının anılan düzenlemesine göre, *“Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.*

Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”.

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için, asıl borca⁴⁶⁵ ve borçluya ilişkin olarak aranan bu şartların hepsinin bir arada bulunması gerekmektedir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Becker, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 12.

⁴⁶⁵ Alacağın henüz doğmamış olmasından anlaşılması gereken, asıl borcun temelinde bulunan hukukî ilişkinin alacaklı için artık geri alnamayacak bir şekilde kurulmuş olmasıdır. Bkz. BSK OR I/Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 4; Emil Beck, **Das neue Bürgschaftsrecht – Kommentar**, Zürich, Schulthess&Co, 1942, Art. 510, Rn. 7; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 4.

⁴⁶⁶ Kefalet sözleşmesi, kural olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Alacaklının kefile karşı edim yükümlülüğü yoktur. Ancak istisnai olarak, kefilin teminat borcuna karşılık alacaklının ivaz ödemesi kararlaştırılmışsa, kefalet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak ortaya çıkar. Böyle bir ihtimalde kefil, BK.m.82 ve 106-108'deki imkânlardan da yararlanarak sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

Bu düzenlemenin gayesi, asıl borçlunun ödeme gücüyle ilgili olarak daha sonradan meydana gelen veya varlığı sonradan anlaşılan rizikolara karşı, henüz doğmamış bir alacak için kefil olan kimseyi, ona tanınan dönme hakkının yardımıyla korumaktır. İçeriğinden de anlaşılacağı üzere söz konusu hüküm, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin bir görünüm biçimidir⁴⁶⁷.

Kefile tanınan sözleşmeden dönme imkânı, hem belirli süreli hem de belirsiz süreli kefalet sözleşmelerinde kullanılabilir⁴⁶⁸. Kefilin, öngörülen şartlar çerçevesinde kefalet sözleşmesinden kurtulmasının, ona güvenen alacaklı için bazı zararlı sonuçlar doğurabileceği şüphesizdir. İşte bu nedenle, aynı maddenin ikinci fıkrasında, dönme hakkını kullanan kefil bakımından, alacaklının olumsuz zararını tazmin etme yükümlülüğü düzenlenmiştir⁴⁶⁹.

Dikkat edileceği üzere, tazminat sorumluluğu, genel hükümlerden (BK.m.108) farklı olarak burada tersine çevrilmiştir⁴⁷⁰. Kefalet sözleşmesinden dönme hâlinde, olumsuz zarar talebinde bulunacak olan dönme hakkını kullanan kefil değil; bilakis dönme hakkının kullanılmasına muhatap olan alacaklıdır⁴⁷¹.

Bu tazminat yükümlülüğü, tıpkı BK.m.396/f.II ve BK.m.466/f.II'de olduğu gibi, kanunen tanınmış olan bir hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla burada da, alacaklının olumsuz zararının giderilmesini hedefleyen *kusurdan bağımsız sebep sorumluluğu* söz konusudur. Zira kanunen cevaz verilen bir imkândan yararlanan kefilin, kefalet sözleşmesinden dönmesini, alacaklı ile arasındaki borç ilişkisine aykırılık olarak değerlendirmek mümkün değildir⁴⁷².

⁴⁶⁷ BSK OR I/Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 510, Rn.6; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 760.

⁴⁶⁸ Beck, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 1; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 2; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 757; BSK OR I/Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 3.

⁴⁶⁹ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 10; Beck, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 22; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 762; BSK OR I/Pestalozzi, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 7; ORKomm/Staffelbach, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 3.

⁴⁷⁰ Alacaklının da kefile karşı bir edim yükümlülüğü altına girdiği ve bundan ötürü temerrüde düştüğü hâllerde, şayet kefil BK.m.106-108 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, bu takdirde sözleşmeden dönen kefilin tazminat talebinde bulunabileceğini gözden kaçırmamak gerekir.

⁴⁷¹ BK.m. 396/f.II ve 466/f.II'de de aynı durumun söz konusu olduğuna evvelce işaret etmiştik. Bkz. yuk. III. Bölüm, C 3-4.

⁴⁷² Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 761.

Aynı gerekçeyle, kefalet sözleşmesinden dönen kefil, asıl borçluya karşı da sorumlu tutulamaz. Örneğin kefaletin sona ermesi nedeniyle asıl borçlu, arzu ettiği krediyi hiç alamamışsa ya da düşük miktarda elde edebilmişse, uğradığı zararların tazmini için kefile başvuramayacaktır. Bkz. O-

Kefile yüklenen tazminat sorumluluğu, dönme hakkının, alacaklı üzerindeki olumsuz neticelerini azaltmayı amaçlamaktadır. Yani kefalet sözleşmesinin kararlaştırıldığı şekilde hükümlerini doğurmaya devam edeceği yönünde alacaklıda uyandırılan güven korunmak istenmektedir. Böylece bu düzenleme kapsamında alacaklı, güvenmiş olduğu kefalet sözleşmesini hiç yapmamış olsaydı içinde bulunacağı farazî durumun tazminat yoluyla sağlanmasını talep edecektir.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde denilebilir ki, sözleşmeden dönme yoluna başvuran kefil için öngörülen olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, sonradan ortaya çıkan veya varlığı sonradan anlaşılan rizikoların taraflar arasında hakkaniyete uygun bir şekilde dağıtılmasını *dolaylı olarak* sağlamaktadır.

Kefalet sözleşmesinden dönen kefile yüklenen olumsuz zarardan sorumluluk, BK.m.8/f.II, 396/f.II ve 466/f.II'de olduğu gibi sınırlı bir içeriğe sahiptir. Yani alacaklı sadece, kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi nedeniyle faydasız kalan fiilî zararlarının (*damnum emergens*) karşılanmasını isteme hakkını haizdir⁴⁷³; başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan zararlarının giderilmesini kefil-den talep edemez. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin kurulması için yapılan masrafların istenebileceği kuşkusuzdur. Bunun yanı sıra alacaklı, asıl sözleşmeden doğacak yükümlülüğünün ifasına yönelik olarak yaptığı hazırlıklar çerçevesinde ortaya çıkan masrafların da tazmin edilmesini kefil-den talep edebilir; yeter ki kefalet sözleşmesinden dönme nedeniyle asıl borçlandırıcı işlem de kurulmamış olsun (örneğin kefalet olmadan taşıma ya da kredi sözleşmesinin yapılmaması gibi). Bu ihtimalde alacaklının masrafları, kefilin sözleşmeden dönmesi nedeniyle asıl sözleşme yapılmadığı için amacına ulaşmayan faydasız kayıplar olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁴. Hiç şüphe yok ki, alacaklının bu nitelikteki masrafların karşılanmasını kefil-den isteyebilmesi için, bunları kefalet sözleşmesine güvenerek yapmış olması gerekmektedir; aksi takdirde, zarar ile kefilin davranışı arasında nedensellik bağı eksik kalmış olur.

Buna karşılık alacaklı, asıl borçludan elde ettiği kazancı (örneğin verilecek kredinin faizlerini), olumsuz zarara yönelik bu düzenlemeye dayanarak kefil-den talep

ser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 10; Lüchinger, **a.g.e.**, dn. 980; Beck, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 23.

⁴⁷³ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 766.

⁴⁷⁴ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 765; ayrıca bkz. Beck, **a.g.e.**, Art. 510, Rn. 22.

edemez. Zira ifa menfaatinin tazminine yönelik istemler, buradaki tazminat sorumluluğunun kapsamı dışında kalır. Alacaklı ayrıca, asıl borçlu ile olan sözleşme yerine başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetinin de giderilmesini isteme hakkına sahip değildir⁴⁷⁵.

Son olarak değinmek gerekir ki, kefilin olumsuz zarardan sorumluluğu, kefalet sözleşmesinde yazılı olan miktar ile sınırlıdır⁴⁷⁶. Bir başka ifadeyle, kefilin sözleşmeden dönmesi hâlinde alacaklının olumsuz zarar talebi, kefalet sözleşmesindeki miktarı, yani ifa menfaatini aşamayacaktır⁴⁷⁷. Zira buradaki olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün amacı, kefilin sözleşmeden dönmek için yol açtığı sonuçları yumuşatmak; alacaklının bunlardan olabildiğince az etkilenmesini sağlamaktır. Gerek kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarın belirtilmesini geçerlilik şartı olarak arayan BK.m.484 hükmü gerek kefile sözleşmeden dönme imkânı veren bu düzenleme birlikte göz önünde bulundurulduğunda, olumsuz zarardan sorumluluğun, kefalet sözleşmesindeki yazılı miktar ile sınırlı olması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Kanun koyucunun kefilin korumak amacıyla getirmiş olduğu düzenlemelerin *ratio*'su, böyle bir kabul tarzını zorunlu kılmaktadır. Şayet kefilin olumsuz zarardan sorumluluğu, kefalet sözleşmesindeki miktar ile sınırlı olmazsa, kefilin hesaba katmadığı tehlikelerden korumak için öngörülmüş olan sözleşmeden dönme imkânı, anlamını büyük ölçüde yitirmiş olur. Kefalet sözleşmesi kapsamında, kefilin kendi davranışının sonuçlarından (örneğin temerrüde düştüğü için alacaklının uğradığı zararlardan), sözleşmedeki miktarla bağlı olmaksızın sorumlu tutuluyor olması, varılan sonucu değiştirmez. Çünkü kefilin kendisine tanınmış hakkı kullanarak sözleşmeden dönmesi, kefalet sözleşmesindeki yazılı miktarın aşılmasını haklı kılan sorumluluk doğurucu bir davranış olarak değerlendirilemez. *Clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulama alanı olarak bazı şartların doğumuna bağlanmış olan sözleşmeden dönme imkânının bizatihi kendisi, kefalet sözleşmesinin kefile yüklediği rizikoyu azaltmak amacını taşımaktadır. Dolayısıyla *normun koruma amacı*, buradaki olum-

⁴⁷⁵ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 766.

⁴⁷⁶ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 767-771.

⁴⁷⁷ Böyle bir sorun daha çok, kefalet sözleşmesine güvenen alacaklının, asıl borçlandırıci işleme yönelik olarak büyük hazırlıklara giriştiği hâllerde karşımıza çıkar.

suz zarardan sorumluluğun, kefalet sözleşmesindeki yazılı miktar ile sınırlı olmasını gerektirmektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OLUMSUZ ZARARIN HESAPLANMASI, TAZMİNİNE İLİŞKİN ESASLAR

VE

OLUMSUZ ZARARA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERİN CEVAPLANMASI

A. OLUMSUZ ZARARIN HESAPLANMASI ve İSPATI

1. Genel Olarak

Zarar gören sözleşen, olumsuz zarar talebini ileri sürmekle, amaçlamış olduğu borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği veya etmeye devam edeceği yönünde karşı tarafın kendisinde yaratmış olduğu güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan malvarlığı kayıplarının giderilmesini arzu etmiş olmaktadır. Böylece olumsuz zarar tazminatı içeriği itibarıyla, zarar görende oluşan bu güven hiç uyandırılmasaydı, onun içinde bulunacağı farazî durumun tesis edilmesini hedeflemektedir.

Şimdiye kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, somut bir olayda gerçekleşen olumsuz zarar miktarının belirlenmesi, uyandırılan güven olgusuyla *uygun nedensellik bağı* içinde bulunan malvarlığı kayıplarının tespitine bağlıdır. Güvenin ihlal edilmesi yüzünden meydana geldiği ispat edilen her zarar, olumsuz menfaatin içeriğine dâhildir. Amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenle bağlantısı bulunmadığı anlaşılan malvarlığı azalmaları ise, olumsuz zararın kapsamında yer almaz. Zira bu tarzdaki kayıpların karşılanması, olumsuz zararın tazmin yükümlülüğünün var oluş sebebine aykırıdır. Bu nedenle olumsuz zararın miktarını hesaplarken, tazminat yükümlüsünü, yol açmadığı (uyandırdığı güvenin neticesi olmayan) zararlardan da sorumlu tutacak bir eğilimden kaçınmak gerekmektedir. Aksi hâlde olumsuz zarar, sorumluluk hukukumuzda hâkim olan “zararı giderme” gayesinin çok ötesine giden ucu bucağı açık bir sorumluluk rejimine dönüşmüş olur.

Olumsuz zararı oluşturduğu kabul edilen malvarlığı kayıplarının *hepsini en baştan tüketici olarak tek tek saymak mümkün değildir*¹. Bununla birlikte, uygulamadaki sorunların çözülmesinde kolaylık sağlamak adına, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü kapsamında sık sık karşılaşılan malvarlığı kayıplarının belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu sayede, uyandırılan güvenin ihlal edilmesi ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan malvarlığı kayıpları hakkında genel bir portre çizilmiş olur.

Konunun sistematik olarak takdim edilebilmesi için, olumsuz zararı oluşturan *fiilî zarar (damnum emergens)* ve *kâr mahrumiyeti (lucrum cessans)* kalemlerini ayrı ayrı ele almak, daha isabetli olacaktır:

2. Olumsuz Zararın Kapsamına Giren Malvarlığı Kayıplarının Tespiti

a. Fiilî Zararlar (damnum emergens)

Fiilî zarardan anlaşılması gereken, sözleşmenin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılan güvenin neticesinde meydana gelen ve malvarlığının aktiflerini azaltan yahut pasiflerini çoğaltan azalmalardır

Yargıtay, olumsuz zarar çerçevesinde meydana gelen fiilî zarar “*cepten çıkan harcamalar*” şeklinde nitelendirmektedir². Bu ifade tarzı, fiilî zarar vurgulaması bakımından faydalı olmakla birlikte hukuk tekniği açısından çok isabetli değildir. Zira “*cepten çıkan harcamalar*” kavramı, malvarlığının pasifinde meydana gelen azalmaları, özellikle sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yüzünden üçüncü kişilere karşı üstlenilen yükümlülükleri kapsamakta yetersiz kalmaktadır.

Burada hemen en baştan belirtmek gerekir ki, hükümsüz sözleşmenin neden olduğu fiilî zararların tespitinde, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati göz önünde bulundurulmaz. Örnek olarak (A), 100.000 YTL değerindeki taşınmazını 80.000 YTL üzerinden (B)’ye satmayı taahhüt etmiş, buna güvenen alıcı (B) de, 5.000 YTL tutarında bir takım masraflar yapmıştır. Amaçlanan sözleşmenin satıcının davranışı

¹ Rabel, **a.g.m.**, s. 292; Scherrer, **a.g.e.**, s. 58; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 248; Keller, M., **a.g.e.**, s. 260; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 287; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 217; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 265; Buz, **a.g.e.**, s. 243.

² Yarg. 15. HD., 20.10.2003 t., E. 2003/1716, K. 2003/4880; Yarg. 15. HD., 19.04.2004 t., E. 2003/5347, K. 2004/2196 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 28.06.2004 t., E. 2003/6730, K. 2004/3623 (Yargı Dünyası, Tanıtım Sayısı 2005, s. 229).

yüzünden geçersiz olması hâlinde, (A), (B)'nin bir zarara uğramadığını; zira sözleşme geçerli olarak yapılsaydı, (B)'nin söz konusu taşınmaz için 80.000 YTL yerine 100.000 YTL ödemek zorunda kalacağını, böylece sözleşmenin geçersizliği yüzünden (B)'nin malvarlığında 20.000 YTL'lik azalmanın önlenmiş olduğunu ileri süremez.

(1) Sözleşme Kurma Masrafları

Amaçlanan sözleşmeyi kurmaya yönelik olarak doğrudan doğruya yapılan masraflar, olumsuz zararın içeriğinde yer alan en tipik zarar kalemidir. Öyle ki, olumsuz zarar denilince ilk akla gelen, hükümsüz sözleşme için yapılan harcamalardır. Bu bağlamda, telefon ve seyahat masrafları, noter harçları, vergiler, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya, fikir danışılan hukuk danışmanına ödenen ücretler, burada örnek olarak sayılabilir.

Esasında masraflar, istem dışı azalmayı ifade eden dar anlamdaki zarar kavramının içeriğine dâhil değildir; zira hak sahibi, bunları kendi rızasıyla yapmaktadır³. Bununla beraber von Tuhr tarafından ileri sürülen “*beklentinin boşa çıkması görüşü*”ne (*Frustrationstheorie*) göre, masraflar, belirli bir amaca ulaşmak için yapılmaktadır; bu amacın gerçekleşmesine engel olunması durumunda, masraflar da boşuna yapılmış olur. Arzu edilen beklentinin gerçekleşmemesi, boşa çıkan masrafların, malvarlığında rıza dışı bir azalma olarak ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Amaçlanan sözleşmenin hiç hüküm ifade etmemesi veya sonradan hükümden düşmesi, bu sözleşme dolayısıyla yapılan masrafların gayesine ulaşamaması anlamına gelir⁴. Böylece sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, sözleşmeyi kurma masraflarını isteyerek yapmış olmasına karşın beklentisinin boşa çıkması yüzünden malvarlığında rıza dışı bir azalma yaşamış olur.

Ancak vurgulanmalıdır ki, olumsuz menfaat kavramı ile beklentinin boşa çıkması görüşü aynı anlayışa dayansa⁵ da, masrafların tazmin edilebilirliği açısından olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde “*beklentinin boşa çıkması görüşü*”ne da-

³ Bkz. yuk. I. Bölüm, A 1.

⁴ Sözleşmeyi kurma masraflarının yanı sıra, aşağıda belirteceğimiz diğer harcamalarda da (örneğin sözleşmenin ifası için yapılanlarda) aynı esaslar geçerlidir.

⁵ Küppers, **a.g.e.**, s. 57; Keuk, **a.g.e.**, s. 249; Zeuner, **a.g.m.**, s. 394.

yanmaya gerek yoktur⁶. Hatta olumsuz zararın kapsamındaki masrafların tazmini ile beklentinin boşa çıkması görüşü çerçevesinde tazmin edilecek masrafları da birbirine karıştırmamak gerekir. Zira olumsuz zararı oluşturan faydasız masraflar, karşı yanın güven uyandırıcı davranışları neticesinde yapılmakta iken, bunlar ile takip edilen amacın gerçekleşmesine engel olan borçlunun davranışı arasında yalnızca dolaylı bir bağlantı bulunmaktadır. Hâlbuki beklentinin boşa çıkması görüşünde, neden sonuç ilişkisi tam tersinedir; burada masrafların yapılmasında değil, takip edilen amacın elde edilmesi ile karşı tarafın davranışları arasında bir nedensellik bağı söz konusudur⁷. Ayrıca amaçlanan sözleşmenin neden olduğu masrafların tazmin edilmesi lüzumu, olumsuz zararın hedeflediği gayenin içeriğinde zaten bulunmaktadır. Zarar görenin, güven uyandıran sözleşme görüşmeleri hiç yapılmasaydı içinde bulunacağı farazî duruma getirilmesi, onun sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek yaptığı masrafların tazminini zorunlu kılmaktadır. Sözleşme hiç kurulmasa ya da sözleşme görüşmeleri hiç yaşanmasaydı, zarar gören de bu masrafları yapmayacaktı. Nitekim von Tuhr da, “*beklentinin boşa çıkması görüşü*”nü, sözleşmeye güvenden kaynaklanan olumsuz zararın belirlenmesine yönelik prensipten esinlenerek oluşturmuştur⁸.

Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflardan ancak gerekli olanları, olumsuz zararın kapsamına girmektedir. Lüzumsuz sayılan harcamalar, uyandırılan güvenin ihlal edilmesi ile uygun nedensellik bağı içinde bulunmadıklarından tazmin edilmezler. Örneğin sözleşmenin kurulması için İstanbul’dan Ankara’ya giden zarar gören, yolculuk ve konaklama masraflarını talep edebilecekken, oteldeki eğlenceye katılmak için yapmış olduğu harcamaları isteyemeyecektir. Hangi masrafların gerekli olduğu, hangilerinin uyandırılan güvenin boşa çıkarılması ile uygun nedensellik bağı içinde bulunmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Söz gelimi, ünlü bir iş adamının veya büyük bir şirket yetkilisinin sözleşme kurmak için yapacağı seyahatte Business Class uçak bileti alması veya beş yıldızlı otelde kalması normal iken, küçük çaplı bir esnafın bu ölçüde yaptığı masraflar, gerekli nitelikte değildir.

⁶ Holger Ellers, **Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, s. 57-58; Küppers, **a.g.e.**, s. 61 vd.

⁷ Küppers, **a.g.e.**, s. 61 vd.; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 111.

⁸ Bkz. yuk. I. Bölüm dn. 10.

Burada vurgulanmalıdır ki, sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumlulukta, masrafların tazmin edilmesinde dikkatli davranmak gerekir⁹. Zira sözleşme görüşmelerini yarıda kesen taraf, ancak davranış yükümlülüklerini ihlal ettiği andan itibaren gerçekleşen masraflardan sorumludur¹⁰. Bundan evvel görüşmeler aşamasında yapılan masraflara her bir taraf kendisi katlanmak zorundadır¹¹ Söz gelimi, sözleşme görüşmelerinin yarısında işlem yapma iradesinden tamamıyla vazgeçen sözleşen, buna rağmen görüşmeleri uzunca bir süre sürdürmüşse, vazgeçme anından itibaren meydana gelen zararları tazmin etme borcu altına girer¹².

(2) Sözleşmenin İfası İçin Yapılan Masraflar ve Uğranılan Diğer Zararlar

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, amaçlanan sözleşmedeki ifa zamanını ve yerini dikkate alarak, kendi edimini yerine getirmek üzere bazı harcamalar ve tasarruf işlemleri yapmış olabilir. Taraflar arasındaki borç ilişkisinin hükümsüzlüğü yüzünden gayesine ulaşamayan bu masraflar, olumsuz menfaatin fiili zarar kısmında yer alır¹³. Örneğin nakliye, devir, tescil masrafları, malın sigortası için ödenen primler, gümrük masrafları, sözleşme konusu malı başka yerden temin

⁹ Bu hususta bkz. yuk. III. Bölüm, 2 a (5).

¹⁰ Diğer tarafa zarar vermek amacıyla sözleşme görüşmelerine girildiği hâllerde, davranış yükümlülüğü zaten baştan itibaren ihlal edilmiş olduğundan, ortaya çıkan tüm kayıpların tazmin edilmesi gerekecektir.

¹¹ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 278-279.

¹² Bu hususun ispatı elbette çok kolay değildir. Ancak zarar veren tarafın, işlem yapma iradesinden tamamıyla vazgeçtiği anı kanıtlayan olay ve emarelerin ortaya konması yeterli olacağı gibi, ispatta çok güçlükle yaşanan hâllerde, BK.m.42 hükmü uyarınca hâkimin takdir yetkisi devreye girecektir.

¹³ Jhering, **a.g.e.**, s. 20-21; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 87; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 156; von Tuhr, **a.g.m.**, s. 19; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 7; Keller, M., **a.g.e.**, s. 262; Schenker, **a.g.e.**, Rn.747; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 280-282; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 88; Rabel, **a.g.m.**, s. 292; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341; 417; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 288-289; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 154-155; Bucher, **a.g.e.**, s. 342; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 360; BSK OR I/Wiegand, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; Schwarz, **a.g.e.**, s. 317; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 428; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Buz, **a.g.e.**, s. 244; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 59; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 538; Yavuz, **a.g.m.**, s. 80; Karahasan, **C. 1**, s. 87.

Yarg. 15. HD., 17.04.1979 t., E. 1979/662, K. 1979/860 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 793); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823); Yarg. 3. HD., 20.09.1999 t., E. 1999/8869, K. 1999/9296 (YKD., 2000, S. 4, s. 530-531); Yarg. 15. HD., 25.09.2003 t., E. 2003/1040, K. 2003/4324 (www.yargitay.gov.tr); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E.2004/13-208, K. 2004/211 (YKD 2004, S. 10, s. 1499); Yarg. 15. HD., 24.05.2004 t., E. 2004/1210, K. 2004/2834 (YKD., 2004, S. 11, s. 1717-1718).

etmek için üstlenilen yükümlülükler, yapılan harcamalar veya sözleşmenin ifası için bankadan alınan kredinin faizleri yahut eser sözleşmesinde kullanılan malzemelerin değeri, araziyi düzeltme ve şantiye kurma masrafları, mimarî proje çizdirme¹⁴, burada sayılabilecek başlıca zarar kalemleridir.

Sözleşmenin ifasına yönelik masraflar kavramı, geniş bir içeriğe sahip olup; zarar gören sözleşenin, karşı edimin kabulü yönünde yaptığı harcamalar da buraya dâhildir. Karşı edim için depo kiralanması, malın teslimi için taşıma sözleşmesinin yapılması, teslim edilecek hayvan için yem alınması, bakıcı tutulması veya ifanın gerçekleşeceğine güvenilerek yeni işçilerle anlaşılması gibi örnekler verilebilir. Amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin gerçekleşmemesi, karşı edim için yapılan masrafların zarar kalemi olarak ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Zarar gören, sözleşmenin ifası için yaptığı harcamalar dışında, sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güven dolayısıyla malvarlığında başka kayıplar daha yaşamış olabilir: Sözleşmenin ifası için gönderilen eşyanın taşıma sırasında zarar görmesi veya yahut hükümsüz satış sözleşmesi gereğince teslim edilen ayıplı malın neden olduğu diğer zararlar (hastalıklı hayvanın diğer hayvanlarda salgına yol açması vs.)¹⁵ yahut müteahhit ile anlaşarak yerine büyük bir apartman yaptıracığı inancıyla başkalarına kiraya vermiş olduğu evini yıktıran arsa sahibinin uğradığı kira kaybı, örnek olarak gösterilebilir¹⁶. Masraflar dışındaki diğer zararlar olarak adlandırabileceğimiz bu malvarlığı kayıpları, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik güvenin boşa

¹⁴ Bkz. Yarg. 15. HD., 07.10.1982 t., E. 1982/1701, K. 1982/1920 (Yasa Hukuk Dergisi, 1982, s. 1486-1487).

¹⁵ Satış sözleşmesi hükümsüz olduğu için, ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler uygulama alanı bulmaz. Geçerli satış sözleşmesinden dönme hâlinde ise, ayıptan doğan bu tarz zararlar, olumlu-olumsuz menfaat ayırımına gidilmeksizin *doğrudan zarar* başlığı altında tazmin edilirler. Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 b (2).

¹⁶ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 288; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37; 154; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341; Buz, **a.g.e.**, s. 244-245; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 147; Yarg. HGK., 27.02.1985 t., E. 1983/15-74, K. 1985/254 (Karahasan, C. 1, s. 88); Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 793); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823). Yarg. 15. HD., 02.05.1994 t., K. 1993/4751, K. 1994/2762: "... *Arsa payı karşılığı villa yapımını üstlenen davalıların edimlerinin yerine getirmediğinden sözleşmenin feshiyle... Karşılıklı taahhütleri havi sözleşmenin feshi yanında, bu sözleşmenin icrasına güvenilerek davalılara teslim edilen arsada kum alınması suretiyle doğan zarardan ötürü 15 milyon lira istenilmesi bu zarar olumsuz zarar kapsamında kaldığı için B.K.nun 108. maddesine uygun bir istemdir...*" (Kazancı Hukuk Otomasyon); benzer yönde bkz. Yarg. 15. HD., 09.02.2004 t., E. 2003/3637, K. 2004/538 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

çıkarılmasından ötürü meydana geldiklerinden, olumsuz menfaatin fiilî zarar kısmında yer almaktadırlar.

(3) *Yerine Getirilen Edim ve Ondan Elde Edilecek Faydalar*

Amaçlanan sözleşme uyarınca zarar görenin ifa etmiş olduğu edim, olumsuz zararın kapsamında yer alan bir diğer fiilî zarar türüdür. Zira zarar gören, sözleşmenin hüküm ifade ettiğine veya etmeye devam edeceğine dair duyduğu güvenden ötürü kendisine düşen edim yükümü yerine getirmiş bulunmaktadır. Karşı taraf, sözleşmenin geçerliliği hakkında güven uyandırmış olmasaydı, zarar gören kendi edimini ifa etmekten kaçınacak ve böylece malvarlığını eski hâliyle korumuş olacaktı. Dolayısıyla amaçlanan sözleşmenin hükümsüz olması¹⁷, zarar görenin yerine getirmiş olduğu edimin değerinin, onun malvarlığında bir azalma olarak ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu hâliyle, yerine getirilmiş edimin iadesi, olumsuz zararın bir kısmını oluşturan fiilî zarar kalemidir¹⁸.

Zarar görenin hükümsüz sözleşme çerçevesinde yerine getirmiş olduğu edim nedeniyle sebepsiz zenginleşme veya zarar veren ile aralarındaki sözleşme uyarınca¹⁹ bir talep hakkının bulunması, ediminin değerinin olumsuz zarar yoluyla talep edilmesine engel değildir²⁰. Çünkü olumsuz zararın tazminine yönelik istem, diğeri ile ya-

¹⁷ BK.m.108/f.II uyarınca sözleşmeden dönme üzerine istenecek olumsuz zarar tazminatında, borçlunun kusurunun temerrüde düşmekte aranması varılan sonucu değiştirmeyecektir. Zira olumsuz zarara özgü neden sonuç ilişkisi, dönülen sözleşmenin hiç yapılmamış olması olgusu çerçevesinde kurulmaktadır; yoksa alacaklının zararı ile borçlunun temerrüde düşmesi arasında değil. Aksi yön-de bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 637, dn. 150.

¹⁸ Rabel, **a.g.m.**, s. 327-328; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 248; Anex, **a.g.e.**, s. 153; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 266 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 217-218; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 146. Karş. Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 92; Buz, **a.g.e.**, s. 245; Atamer, **a.g.e.**, s. 417-418, dn. 725; Karahasan, **C. 1**, s. 87.

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de, doktrinin bu görüşünü paylaşmaktadır. Bkz. Yarg. 15. HD., 29.12.2005 t., E. 2004/6307, K. 2005/7170 (YKD., 2006, S. 5, s. 776); BGE 60 II 29; 90 II 413.

Bazı yazarların açıklamalarından, yerine getirilen edimin olumsuz zarar kapsamında talep edilmesini, iadenin yerine getirilememesi veya ancak değer kaybıyla gerçekleştirilebilecek olması şartına bağladıkları anlaşılmaktadır. Bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 156; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 10; 109, Rn. 7; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341-342; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 288; BSK OR I/Wiegand, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 956.

¹⁹ Bu ihtimal, sözleşmeden dönmenin hukukî sonuçları hakkında, dönüşüm teorisinin kabulü hâlinde ortaya çıkar.

²⁰ Şu var ki, sözleşmeye güvenen taraf, yerine getirmiş olduğu edimi, MK.m.683 uyarınca aynı hak-kına dayanan istihkak davası ile geri isteme olanağına sahip oldukça, verdiği edimi ne olumsuz za-

rışma hâlinededir²¹; bu taleplerden birisinin karşılanmasıyla, diğeri de sona ermiş olur. Örneğin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iadeyi sağlayan alacaklı, artık yerine getirmiş olduğu edimin değerini kapsayan olumsuz zarar talebini ileri süremeyecektir veya olumsuz zarar sayesinde yerine getirdiği edimin değerini elde eden alacaklı, diğer hukukî kurumlardan kaynaklanan talep hakkını kullanamayacaktır.

Zarar görenin yerine getirmiş olduğu edimin iadesini olumsuz zarar yoluyla sağlayabilmesi, zarar verenin iyiniyetli zenginleşen olduğu hâllerde pratik bir öneme sahiptir²². Çünkü zarar veren iyiniyetli zenginleşen olsa dahi, iadesi imkânsızlaşan edim nedeniyle zarar görenin olumsuz zarar talebine karşı, BK.m.63/f.I'e dayanan zenginleşmenin kalmadığı savunmasını ileri süremeyecektir. Bilindiği üzere, iyiniyetli iade borçlusunun, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri verme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için zenginleşmenin ortadan kalkmasında kusursuz olmasına gerek yoktur; kendi kusuru yüzünden zenginleşme ortadan kalkmış olsa bile, iade borcundan kurtulur. Hâlbuki olumsuz zarardan sorumlulukta, tazminat yükümlüsünün karşı yanın güveninin uyandırılmasında kusurlu davranması; sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde ise, temerrüde düşmekte kusurlu olması, onun sorumlu tutulması için gerekli ve yeterlidir; hatta olumsuz zarardan sorumluluğun kusura dayanmadığı hâllerde, buna da gerek yoktur. Dolayısıyla zarar veren taraf, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden farklı olarak, yerine getirilen edime isabet edecek rizikolardan, olumsuz zarar tazminatı çerçevesinde daima sorum-

rar ne de sebepsiz zenginleşme davasıyla geri isteyebilir. Zira bu ihtimalde, yerine getirilen edim, sözleşmeye güvenenin malvarlığından henüz çıkmamıştır; dolayısıyla her iki talebe ilişkin zarar ve zenginleşme şartları gerçekleşmemiş olur. Aksi yönde bkz. Anex, **a.g.e.**, s. 153; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 266-267; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 217-218.

²¹ Hiç şüphe yok ki, bu talep haklarının doğum şartları ve tâbi olduğu hükümler birbirinden bağımsızdır. Örneğin zarar veren kusurlu olmadığı için olumsuz zarardan sorumluluğun şartları gerçekleşmemiş olsa bile, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade isteminin ileri sürülmesi mümkündür.

²² Karş. PWW Komm/Ahrens, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5.

Zarar verenin iyiniyetli zenginleşen olması, onun olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü altına girmesine engel değildir. Zira olumsuz zarardan sorumluluk için aranan kusur şartı ile sebepsiz zenginleşmedeki iyiniyet unsuru, zaman zaman örtüşse de birbirinden farklıdır. Örneğin kusuruyla temerrüde düşen borçlu, alacaklının sözleşmeden dönmesi hâlinde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü bakımından kusurlu zarar veren olduğu hâlde, alacaklının daha önceden yerine getirdiği edim açısından –klâsik teori çerçevesinde– dönme beyanını öğreninceye kadar iyiniyetli sebepsiz zenginleşendir. Yine kusuruyla yanılmaya düştüğü için sözleşmeyi iptal eden taraf, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde kusurlu zarar veren sayıldığı hâlde, diğer sözleşenin daha önceden yerine getirdiği edimin iadesinde, iptal beyanını öğreninceye kadar iyiniyetli sebepsiz zenginleşendir. Buna karşılık, karşı tarafı aldatarak sözleşme yapan taraf, hem olumsuz zarardan sorumlulukta kusurlu zarar verendir hem de yerine getirilen edimin iadesinde kötünietli sebepsiz zenginleşendir.

ludur; iade edilmesi gereken şeyin ortadan kalktığı sırada iyiniyetli zenginleşen olduğunu ileri süremeyecektir.

Zarar gören ayrıca, yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu yararlanmaları da, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde talep edebilecektir. Zira zarar gören, edimin doğal ve hukukî ürünlerden (faiz, kira vs), sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmiş olduğu için mahrum kalmış bulunmaktadır. Örnek olarak sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın, kendi edimini yerine getirmek için vadeli hesabındaki parasını vadesinden önce çekmesi ve böylece bankanın vereceği faiz gelirinden yoksun kalması yahut eser sözleşmesine güvenen arsa sahibinin, kira geliri elde ettiği taşınmazın müteahhit tarafından yıkılmasına razı olması nedeniyle kira alacağını kaybetmesi hâllerinde durum böyledir. Hatta malı kötüniyetle kullanan haksız zilyetten istenebilecek ecr-i misil tazminatı da, bu çerçevede olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamına girmektedir²³. Bu açıdan bakıldığında, yerine getirilen edimden elde edilecek faydalar, fiilî zarardan kaynaklanan olumsuz malvarlığı kayıpları niteliğindedir²⁴. Bunların tazmininde, zarar veren karşı sözleşenin fiilen elde ettikleri değil; zarar görenin elde edebilecekleri dikkate alınır²⁵. Şayet zarar gö-

²³ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 147; Karahasan, **C. 1**, s. 87.

Aynı yönde bkz. Yarg. HGK., 25.02.2004 t., E. 2004/1-120, K. 2004/96; Yarg. HGK., 02.06.2004 t., E. 2004/1-294, K. 2004/320; Yarg. HGK., 06.10.2004 t., E. 2004/1-433, K. 2004/483; Yarg. HGK., 13.10.2004 t., E. 2004/1-534, K. 2004/549; Yarg. HGK., 02.03.2005 t., E. 2005/1-116, K. 2005/135 (kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

²⁴ Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 91; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 147; Simonius, **Schadenersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 248; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Schenker, **a.g.e.**, Rn. 751.

Bazı yazarlar, edimden elde edilecek faydaların tazminini, kâr mahrumiyeti başlığı altında ele almaktadırlar. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 64; Keller, M., **a.g.e.**, s. 266; Gonzenbach, **a.g.e.**, s.221-222; Anex, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 290; Buz, **a.g.e.**, s. 246.

Güvenilen sözleşme uyarınca yerine getirilen edim, fiilî zarar şeklinde ortaya çıktığına göre, fiilî zarardan elde edilecek faydaların kâr mahrumiyeti olarak değerlendirilmesi pek isabetli değildir. Bize göre, fiilî zarar kaleminin yol açtığı kayıpların, -bunlar kâr mahrumiyeti şeklinde gözükmese de- fiilî zarar başlığı altında incelenmesi gerekir. Kaldı ki, olumsuz zararın kapsamında yer alan *kâr mahrumiyetinin (lucrum cessans)*, yalnızca daha elverişli başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanması, yerine getirilen edimden elde edilecek faydaların, teorik olarak da fiilî zarar başlığı altında incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, teorik yanı ağır basan bu tartışmada hangi görüş kabul edilirse edilsin, yerine getirilen edimden elde edilecek faydaların olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün kapsamına girdiği tereddütsüzdür.

²⁵ Yerine getirilen edimden elde edilecek faydaları, kâr mahrumiyeti altında değerlendiren bazı yazarlar ise, bu talep ile başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kâr kaybının bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, başka sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını ileri sürerek uğradığı zararın tazminini talep eden alacaklı, ayrıca sözleşme konusu şeyi borçluya vermeseydi ondan elde edeceği yararların da karşılanmasını talep edememelidir. Çünkü başka bir sözleş-

ren, edimin kullanma olanağından yoksun kalmasaydı, gene de bu faydaları elde etmeyecek idiyse, *-ecr-i misil ve normatif zarar kavramına ilişkin tartışmalar bir yana bırakılırsa*²⁶ - bu yönde bir olumsuz zarar talebi ileri süremeyecektir.

(4) Hükümsüz Sözleşmenin Tasfiyesi Nedeniyle Uğranılan Zararlar

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın, hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğradığı kayıplar da, olumsuz menfaatin fiilî zarar kısmında yer almaktadır²⁷. Zarar görenin, daha önce yerine getirdiği edimini geri almak veya diğer tarafa edimini iade etmek için yaptığı masraflar ve bu esnada karşılaştığı diğer zararlar buraya girmektedir. Örnek olarak, ifa edilmiş edimin geri alınması veya iade edilmesi için yeni taşıma sözleşmesinin yapılması, taşıma sırasında eşyanın zarar görmesi vs.

(5) Usulî İşlemlere İlişkin Masraflar

Amaçlanan sözleşmenin neden olduğu usulî işlemlerden doğan zorunlu masraflar da, olumsuz zararın kapsamında yer almaktadır²⁸. Hükümsüz sözleşmeye da-

leşme yapma fırsatını kaçırdığı için yoksun kaldığı kârın giderilmesini isteyen alacaklı, kaçırdığı sözleşmeyi yapmış olsa idi, sözleşme konusu edimi başka bir şahsa teslim etmiş olacağından, söz konusu şeyden herhangi bir fayda elde edemeyecekti. Bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 252.

Kanaatimizce bu görüşü isabetli bulmak mümkün değildir. Zira yerine getirilen edimden elde edilecek faydaların kâr mahrumiyeti başlığı altında değerlendirilmesine yönelik eleştiriler bir yana, başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kâr kaybının giderilmesi, hükümsüz sözleşme uyarınca yerine getirilen edimden elde edilen faydaların da tazmin edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Örneğin gebe bir yarış atının satışına ilişkin sözleşmenin alıcının aldatması nedeniyle iptal edildiği hâllerde, başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetinin giderilmesini isteyen satıcının, bu arada dünyaya gelen yavru tayın iadesini talep edememesinin hiçbir hukukî gerekçesi bulunmamaktadır. Yine hükümsüz bir satış sözleşmesi nedeniyle taşınmazı kötüniyetli alıcıya teslim eden satıcının, başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr kaybının tazminini talep etmesi, kötüniyetli alıcıdan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde (yerine getirilen edimden elde edilecek fayda olarak) ecr-i misil tazminatı istemesine engel değildir. Birinin tazmini ile diğerinin karşılanması arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Eğer bu mantık doğru olsaydı, satıcının olumsuz zararını tazmin eden alıcının, almış olduğu edimin kendisini de (örneklerle dönecek olursak, sözleşme konusu atı veya taşınmazı da) iade etmemesi gerekirdi.

²⁶ Bir nesnenin kullanım olanağından yoksun kalmayı malvarlığında yer alan parasal değer olarak kabul eden normatif zarar kavramına ilişkin tartışmalar, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin hükümsüz eser sözleşmesine güvenerek kullanmakta olduğu evi müteahhide teslim eden görüşmecinin, bu süre zarfında bir tanıdığının yanında misafir olarak kalması durumunda, bu konutun rayiç kira değerini kullanım değerinden yoksun kalma zararı olarak talep edip edemeyeceği tartışmalıdır.

²⁷ Schenker, **a.g.e.**, Rn. 749; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 91; Buz, **a.g.e.**, s. 245; Eren, **a.g.e.**, s. 1080.

²⁸ Scherrer, **a.g.e.**, s. 61-62; Keller, M., **a.g.e.**, s. 263 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 219-220; Anex, **a.g.e.**, s. 158 vd.; Rabel, **a.g.m.**, s. 313; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 285; Simonius, **Schadensersatz aus**

yanılarak açılan fakat faydasız kalan ifa davası masraflarının yanı sıra, temerrüt ihtarı çekme, ek süre verme, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi iptal etme dolayısıyla yapılan harcamalar ile yargılama giderleri ve avukatlık ücreti, burada sayılabilecek zarar kalemleridir.

Hiç şüphe yok ki, bu zarar kalemlerinden, yargılama giderleri başlığı altında HUMK m. 413 vd. uyarınca tazmin edilenler, karşılandıkları ölçüde ayrıca olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamında yer almaz²⁹.

Amaçlanan sözleşmenin hükümsüz olup olmadığı hususunun (örneğin beyanda esaslı yanılmanın veya sözleşme konusunda ahlaka yahut hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığının) taraflar arasında tartışmalı olduğu hâllerde, sözleşmenin hüküm ifade ettiğini düşünen tarafın açtığı ifa davası reddedilmişse, bu davanın masraflarının da olumsuz zararın kapsamına girip girmeyeceği sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bunların olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne dâhil olabilmesi, ifa davasını açan tarafın sözleşmenin hüküm ifade ettiğini düşünmesi, yeterli değildir. Zira hemen hemen her yargılamada, gerek davacı gerek davalı mahkemeden kendi lehine bir karar elde edebilme inancını ve ümidini taşımaktadır. Burada dikkate alınması gereken nokta, sözleşmenin hükümsüzlüğünü iddia eden tarafın, hükümsüzlük sebebini diğer yana bildirmiş olup olmadığıdır. Bildirimin yapılmadığı ve bu nedenle hükümsüzlük sebebini diğer sözleşence bilinmediği hâllerde, onun açıp kaybettiği ifa davasının masraflarının olumsuz zararın kapsamına gireceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda, yetkisiz temsilciye güvenerek işlem yapan tarafın temsil olunana karşı açmış olduğu ifa davası masrafları da, olumsuz zarardan sorumluluk çerçevesinde yetkisiz temsilciden talep edilebilir³⁰. Eğer hükümsüzlüğe neden olan taraf, sözleşmenin hüküm ifade etmediğini bildirmesine rağmen diğer sözleşen ifa davası açma yoluna başvurmuşsa, ifa davasının reddiyle ortaya çıkan masraflar, olumsuz zarardan sorum-

Dahinfallen des Vertrages, s. 248; Buz, **a.g.e.**, s. 245; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Schenker, **a.g.e.**, Rn. 748; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 539.

Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 793); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E.2004/13-208, K. 2004/211 (YKD 2004, S. 10, s. 1499).

²⁹ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 289.

³⁰ Behrend, "Die Haftung des falsus procurator für die Kosten des erfolglosen Prozesses gegen den angeblich Vertretenen", **DJZ**, 1908, s. 642-643; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18.

luluk çerçevesinde talep edilemez³¹. Zarar gören, kendisince bilinen olguları yanlış değerlendirdiği için, bunlara katlanmak zorundadır. Buna karşın, sözleşmenin geçerli olduğunu düşünen tarafın açtığı ifa davası, başka bir geçersizlik sebebinden ötürü reddedilmişse, bu ihtimalde ortaya çıkan mahkeme masraflarının olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün kapsamında yer alacağına tereddüt duymamak gerekir. Zira o, karşı yanın kendisine bildirdiği olgular hakkında yanlış bir hukukî değerlendirme yapmış değildir. Örneğin karşı taraf sözleşmenin esaslı yanılma nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüş fakat hâkim, yanılmanın esaslı olmadığına ancak sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz olduğuna karar vermişse, borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanan taraf, yaptığı mahkeme masraflarının olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde karşılanmasını hükümsüzlüğe neden olan diğer yandan talep edebilecektir³².

(6) Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat ve Cezaî Şartlar

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, bu sözleşmeyi göz önünde bulundurarak üçüncü şahıslar ile başka sözleşmeler yapmış olabilir. Amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü, onun üçüncü şahıslarla yaptığı sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesine sebebiyet verebilir. İşte sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, üçüncü şahıslara karşı üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini yerine getiremediği için tazminat veya cezaî şart ödeme borcu altına girmişse, kısacası *sorumluluk menfaati* (*Haftungsinteresse*) ortaya çıkmışsa, olumsuz zarardan sorumluluk çerçevesinde bunun da karşılanmasını zarar verenden talep edebilir³³.

³¹ Scherrer, **a.g.e.**, s. 63; Keller, M., **a.g.e.**, s. 265; bkz. ve karşı. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 220; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 287-288; Anex, **a.g.e.**, s. 159-160.

³² Scherrer, **a.g.e.**, s. 63; Keller, M., **a.g.e.**, s. 265.

³³ von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 110; Scherrer, **a.g.e.**, s. 60-61; Keller, M., **a.g.e.**, s. 262-263; Bucher, **a.g.e.**, s. 342; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 218-219; Anex, **a.g.e.**, s. 157; Buz, **a.g.e.**, s. 245; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 148; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 360; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 90; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 59; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 428; BSK OR I/Wiegand, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; Schenker, **a.g.e.**, Rn. 750; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 539; Erman/Palm, **a.g.e.**, § 122, Rn. 5; Karahasan, **C. 1**, s. 88.

Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 793); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E.2004/13-208, K. 2004/211 (YKD., 2004, S. 10, s. 1499); Yarg. 15. HD., 24.05.2004 t., E. 2004/1210, K. 2004/2834 (YKD., 2004, S. 11, s. 1717-1718).

Bir başka görüşe göre, üçüncü şahıslara ödenen tazminat ya da cezaî şartlar, olumsuz menfaatin değil, bütünlük menfaatinin konusunu oluşturur. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 291; 402-403.

Zira zarar veren, sözleşmenin geçerliliği yönünde bir güven uyandırmış olmasaydı, zarar gören sorumluluk altına girdiği diğer sözleşmeleri üçüncü şahıslarla yapmayacaktı³⁴. Bir başka ifadeyle, amaçlanan sözleşme görüşmeleri hiç yaşanmasaydı, üçüncü şahıslarla olan sözleşmeler de yapılmayacak ve böylece tazminat ya da cezaî şart yükümlülüklerden (sorumluluk menfaatinden) bahsedilmeyecekti.

Üçüncü şahıslara karşı borç altına girilen tazminat ya da cezaî şartlardan başka, bununla bağlantılı olarak zarar gören ile üçüncü şahıs arasındaki usulî işlemlerden doğan masraflar da (örneğin tazminat davasının yargılama giderleri), olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamında yer alır³⁵. Yani sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen zarar gören, bunu dikkate alarak yaptığı diğer sözleşmelerden doğan borcunu yerine getiremediği için üçüncü şahıslarca kendisine karşı yürütülen usulî işlemlerden doğan masrafların karşılanmasını, zarar verenden isteyebilir.

b. Yoksun Kalınan Kâr (lucrum cessans)

Sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güveni boşa çıkarılan sözleşmenin malvarlığında oluşacak artışların meydana gelmemesi, onun zarar verici olay neticesinde yoksun kaldığı kârı ifade eder³⁶.

Olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde en çok düşünülen yanılgılardan birisi, kâr mahrumiyetinin (*lucrum cessans*) bu zarar türüyle birlikte istenemeyeceğidir. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin de bazı kararlarında rastlanılan, olumsuz zararın yalnızca fiilî zarardan ibaret olduğu yönündeki bu yaygın hatalı düşüncenin en baştan reddedilmesi gerekmektedir³⁷. Zira Borçlar Kanu-

³⁴ Hüküm ifade etmeyen sözleşme yüzünden kamu kurumlarına ödenen cezalar da, olumsuz zararın kapsamına girer. Örnek olarak iyiniyetli arsa sahibi, imar mevzuatına aykırı inşaat sözleşmesi nedeniyle belediyeye ödemiş olduğu cezayı, sözleşmenin geçerli olacağı yönünde uyandırdığı güveni boşa çıkaran müteahhitten, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde talep edilebilir. Bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37.

³⁵ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 220; Anex, **a.g.e.**, s. 158-159.

³⁶ Zarar kavramının içeriğinde yer alan kâr mahrumiyeti hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 94 vd.

³⁷ Yarg. 13. HD., 23.06.1983 t., E. 1983/3088, K. 1983/5325 (Yasa Hukuk Dergisi, 1984, s. 1741-1742); Yarg. 15. HD., 21.01.1986 t., E. 1985/2510, K. 1986/26 (YKD., 1986, S. 6, s. 848-849); Yarg. 15. HD., 12.05.1994 t., E. 1994/545, K. 1994/3093 (YKD., 1995, S. 5, s. 773); Yarg. 15. HD., 22.01.2004 t., E. 2003/3335, K. 2004/334 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 02.03.2005 t., E. 2004/1338, K. 2005/1165 (Yargı Dünyası, Kasım 2005, s. 171); Yarg. 15. HD., 10.03.2005 t., E. 2004/4363, K. 2005/1376 (Kazancı Hukuk Otomasyon). Yargıtay'ın anılan karar-

numuzdaki bazı istisnai düzenlemeler bir kenara bırakılırsa (BK.m.8/f.II, 396/f.II, 466/f.II)³⁸, olumsuz zarar da, tıpkı diğer zarar türlerinde olduğu gibi malvarlığında meydana gelen fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır³⁹. Bu noktada onun diğerlerinden ve bu bağlamda olumlu zarardan ayrılan herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim olumsuz zarar kavramını hukuk bilimine kazandıran Jhering de, kâr mahrumiyetinin olumsuz zarardan sorumluluğun içinde yer aldığını açıkça vurgulamıştır⁴⁰.

Bununla birlikte olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün içeriğinde yer alan yoksun kalınan kârın hesaplanmasının, olumlu zarardan oldukça farklı olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Çünkü her iki zarar türünün de kapsamında kâr mahrumiyeti bulunsa da, bunların tespitinde birbirinden değişik olgular dikkate alınmaktadır⁴¹. Olumlu zarar, bağlanılan sözleşmenin borçlu tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, alacaklının o borç ilişkisinden elde edeceği (elde etmeyi planladığı) ifa menfaatinin tazminine yöneliktir. Yani sözleşme gereği gibi yerine getirilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum, olumlu zararın hesabında etkili olmaktadır. Hâlbuki olumsuz zararda, güven uyandıran sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı zarar görenin içinde bulunacağı farazî durumun sağlanması hedeflenmektedir. Sözleşme görüşmelerine hiç girişmeseydi içinde bulunacağı durumun tesis edilmesini olumsuz zarar yoluyla talep eden alacaklının, aynı zamanda o sözleşmeden elde edeceği kârın karşılanmasını talep etmesi, hukuken mümkün değildir. Örneğin sözleşme konusu mal teslim edilseydi, alıcının onu başkasına satarak elde edebileceği kazançtan yoksunluk veya sözleşme konusu malın daha elverişsiz koşullarla

larda, kâr mahrumiyetinin olumsuz zarar kalemleri arasında bulunmadığını söylemesi hatalı bir tanımlama olmuştur.

BGE 64 II 13; 69 II 244 -245; 76 II 306.

İşaret etmek gerekir ki, zaman zaman karşılaşılan bu hatalı değerlendirmelere rağmen gerek Federal Mahkeme gerek Yargıtay, fiilî zararların yanı sıra yoksun kalınan kârın da, olumsuz zararın kapsamına dâhil olduğunu başka kararlarında isabetli olarak sıkça vurgulamaktadır. Bkz. aş. IV. Bölüm, dn. 44.

Bazı yazarlar ise, ispatındaki güçlük nedeniyle yoksun kalınan kârın (*lucrum cessans*), ancak istisnai hâllerde olumsuz zarar çerçevesinde tazmin edileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. BSK OR I/Honsell, **a.g.e.**, Art. 208, Rn. 8.

³⁸ Bkz. yuk. III. Bölüm, C 1, 3-4.

³⁹ Zarar kavramı hakkında açıklamalar için bkz. yuk. I. Bölüm, A 1.

⁴⁰ Jhering, **a.g.e.**, s. 20-21.

⁴¹ Ayrıntılar için bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 a.

başka birisine satılmasından doğan zarar ifa menfaatine karşılık geldiğinden, olumsuz zararın kapsamında yer almaz⁴². Bu tarzdaki kâr kayıplarının tazmini ancak olumlu zarar çerçevesinde düşünülebilir; zira güvenilen sözleşmeden elde edilecek ifa menfaatinin giderilmesi, o sözleşmenin geçerliymiş gibi ele alınmasına sebebiyet verir. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde ancak, *hüküm ifade edeceğine güvenilen sözleşme yüzünden aynı şartlarla ya da daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti* talep edilebilir. Doktrinde hâkim olan bu anlayış⁴³, hem Yargıtay hem de İsviçre Federal

⁴² Yargıtay'ın da belirttiği gibi, müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan günde eseri teslim etmemesi nedeniyle iş sahibinin söz konusu taşınmazın kira gelirinden yoksun kalması, onun olumsuz zararını oluşturmaktadır. Müteahhidin temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen iş sahibi, taşınmazdan elde edebileceği kira paralarını, olumsuz zarar çerçevesinde talep edemez. Bkz. Yarg. 15. HD., 07.12.1978 t., E. 1978/2257, K. 1978/2345 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 91); Yarg. 15. HD., 01.02.1979 t., E. 1979/110, K. 1979/170 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 1192); Yarg. 15. HD., 04.03.1980 t., E. 1980/390, K. 1980/526 (Yasa Hukuk Dergisi, 1980, s. 1157); Yarg. 15. HD., 21.01.1986 t., E. 1985/2510, K. 1986/26 (YKD., 1986, S. 6, s. 848-849); aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD., 13.03.1992 t., E. 1991/4232, K. 1992/1284 (YKD., 1992, S. 8, s. 1244); Yarg. 15. HD., 15.02.1996 t., E. 1996/729, K. 1996/823 (YKD., 1997, S. 3, s. 404); Yarg. 15. HD., 04.11.2003 t., E. 2003/1996, K. 2003/5202 (YKD., 2004, S. 2, s. 246).

Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 20.05.1997 t., E. 1997/2376, K. 1997/2627; Yarg. 15. HD., 13.11.2001 t., E. 2001/2467, K. 2001/5169; Yarg. 15. HD., 16.09.2003 t., E. 2003/578, K. 2003/3937; Yarg. 15. HD., 23.10.2003 t., E. 2003/1873, K. 2003/4992; Yarg. 15. HD., 19.04.2004 t., E. 2003/5347, K. 2004/2196; Yarg. 15. HD., 02.03.2006 t., E. 2005/8043, K. 2006/1176 (Kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 15. HD., 02.05.1994 t., K. 1993/4751, K. 1994/2762: “... *Arsa payı karşılığı villa yapımını üstlenen davaluların edimlerinin yerine getirmediğinden sözleşmenin feshiyle... davaluların edimlerini yerine getirmeleri halinde elde edileceği varsayılan kira gelirlerinden mahrumiyetten ötürü doğan zarar olumlu zararlardan olmakla fesihle birlikte istenilmesi B.K.nun 106/2 ve 108. maddeleri hükümlerince mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmenin feshine karar verilirken 314.400.000 TL. olumlu zarara dair istemin reddine karar verilmesi gerekirken, buna dair istemin de kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...*” (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 11. HD., 20.02.1990 t., E. 1988/9411, K. 1990/1087: “... *davacı (teminat mektubu giderlerinden doğan menfi zararından başka) akdin hükümsüz kalmasından dolayı aynı emteayı daha elverişsiz koşullarla başka bir firmaya satmasından doğan zararının yani akdin ifa edilmemesinden ileri gelen kazanç kaybının (müspet zararının) da tazminini istemektedir. ... tazminat talebinin tamamen reddi lâzım gelirken bu zararın %60'ı nispetinde belirlenen tazminatın tahsiline karar verilmesi hükmün davalı yararına bozulmasını gerektirmiştir.*” (YKD., 1990, S. 8, s. 1176 vd.).

⁴³ Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 62; Rabel, **a.g.m.**, s. 292; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 248; Keller, M., **a.g.e.**, s. 266; Scherrer, **a.g.e.**, s. 63-64; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 87; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 156-157; von Tuhr, **a.g.m.**, s. 19-20; Bucher, **a.g.e.**, s. 343; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 25; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 10; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 8; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 360; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22; § 16, N. 5; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 14; BSK OR I/Wiegand, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341; 417-418; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 289-290; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37; 155; Schenker, **a.g.e.**, Rn. 752; 756; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 221; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 292 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 856-857; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 148 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Buz, **a.g.e.**, s. 246 vd.; Anex, **a.g.e.**, s. 166 vd.; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 86; 95

Mahkemesinin kararlarına isabetli bir şekilde yansımış bulunmaktadır⁴⁴. Alternatif

vd.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 194; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 59; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 428; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 539; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 112; Kramer, **Berner Komm**, § 22, Rn. 44; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, Art. 275, Vorbem. Rn. 108; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 138; 145; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 6, Rn. 284; Karahasan, **C. 1**, s. 89; Yavuz, **a.g.m.**, s. 80.

⁴⁴ Bazı kararlarında (bkz. yuk. IV. Bölüm, dn. 37) kâr mahrumiyetinin yalnızca olumlu zarar kapsamında istenebileceği şeklinde hatalı ifadeler bulunsa da, Yargıtay son zamanlardaki uygulamasında, kaçırılan fırsatın olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne dâhil olduğunu açıkça belirtmektedir. Yargıtay kararlarındaki sorun, nitelendirmeden kaynaklanmakta, kaçırılan fırsatın olumsuz zarara özgü kâr mahrumiyeti olduğu gözden kaçırılmaktadır.

Özellikle de 17.01.1990 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararından sonra, Yargıtay Daireleri, kaçırılan fırsatların olumsuz zararın içeriğinde yer aldığı hususunda artık herhangi bir tereddüt yaşamamaktadır. Anılan Hukuk Genel Kurulu kararına göre: "... Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir: ...ç- Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 Liraya alınabilirken, şimdi 120 Liraya alınabilmesi ... davacı sözleşmeye konu olan kuru inciri davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapmayı sözleşme fesh edilmeyecek ve belki zararı da gerçekleştirecekti..." Bkz. Yarg. HGK., 17.01. 1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 792-793); aynı şekilde kaleme alınmış bir başka Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823).

Yarg. 15. HD., 06.11.2003 t., E. 2003/1714, K. 2003/5274: "... Davacı iş sahibi, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla işi yerine getirmediğini, aynı işi üçüncü bir kişiye yaptırdığını, her iki işin fiyatı arasındaki farkı, yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından 4.9.2000 tarihinde feshedilmiştir. Feshedilen sözleşmeye tekrar dönülerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın istenme olanağı yoktur. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesine güvenilerek kaçırılan elverişli fırsatlara göre değerlendirilip bulunacak zarardır. Başka bir anlatımla davacı sözleşmeye konu işi davalıya yaptırmayıp da başka bir kişiye yaptırmaya olanağı varken (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle aynı iş için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını talep edebilir. Zira, davacı davalı yükleniciye güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 15. HD., 26.03.1992 t., E. 1991/4076, K. 1992/1584: "... Davada talep edilen yoksun kalınan kazanç, diğer ifadeyle daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zarardır. Bu zarar genelde iki ihale arasındaki farka eşit değildir. Somut olayda yanlar arasında kararlaştırılan fiyat diğer koşullar bir yana bırakıldığında 281.546.293 TL.dir. Yüklenici tarafından bu fiyat teklif edilmese, davacı kooperatifin bunun bir üstünde teklif edilen fiyatla örneğin 290.000.000 TL. olsun işi yaptıracağı varsayılacağından, bu kez yüklenici işi yapmadığından ve iş yeni fiyatlarla yaptırılacağından yüklenicinin yapmayacağı işi alması nedeniyle kaçırılan fırsat bir sonraki tekliftir. Örneğe göre 290.000.000 TL.dir. O halde ihale ya da alınan tekliflere dair evrakın ibraz ettirilmesi ve bu yönüyle "kaçırılan fırsatın" saptanması menfi zararın hesaplanması için zorunludur..." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 29.03.2005 t., E. 2004/5189, K. 2005/1857 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 27.01.2005 t., E. 2004/12926, K. 2005/911 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. HGK., 07.04.2004 t., E. 2004/13-208, K. 2004/211 (YKD 2004, S. 10, s. 1499); Yarg. 15. HD., 24.05.2004 t., E. 2004/1210, K. 2004/2834 (YKD., 2004, S. 11, s. 1717-1718); Yarg. 13. HD., 02.03.2004 t., E. 2004/427, K. 2004/2425 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 19.01.2004 t., E. 2003/9475, K. 2004/199 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 25.09.2003 t., E. 2003/1040, K. 2003/4324 (www.yargitay.gov.tr); Yarg. 15. HD., 14.10.2002 t., E. 2002/3327, K. 2002/4594 (YKD., 2003, S. 5, s. 743); Yarg. 15. HD., 13.05.2002 t., E. 1899, K.

sözleşme fırsatından doğan kâr kaybının tazmin edilmesi sayesinde alacaklı, güvenini boşa çıkararak sözleşme görüşmeleri olmasaydı içinde bulunacağı farazî duruma getirilmiş olur⁴⁵. Eğer sadece hükümsüzlüğün yol açtığı fiilî zararlar karşılanmış olsaydı, zarar verici güven uyandırma eyleminin yol açtığı tüm kayıplar karşılanmış olmazdı. Böylece olumsuz zarar tazminatı hedeflediği amacı tam anlamıyla gerçekleştirilmekten uzak kalan topal bir tatmin aracına dönüşürdü.

Aynı veya daha elverişli koşullarla başka sözleşme yapma fırsatının artık yalanlanmayacak biçimde kaçırılması, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade ettiğine dair

2482 (Karahasan, C. 5, s. 595-596); Yarg. 13. HD., 31.01.2002 t., E. 2001/11083, K. 2002/891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 19.12.2000 t., E. 2000/3861, K. 2000/5592 (YKD., 2001, S. 4, s. 554); Yarg. 15. HD., 08.11.2000 t., E. 2000/2826, K. 2000/4884 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 3. HD., 20.09.1999 t., E. 1999/8869, K. 1999/9296 (YKD., 2000, S. 4, s. 530-531); Yarg. 13. HD., 16.02.1999 t., E. 1999/504, K. 1999/908 (İKİD., 2000, s. 15082); Yarg. 15. HD., 25.03.1998 t., E. 1998/868, K. 1998/1178 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 873); Yarg. 15. HD., 23.02.1998 t., E. 1998/73, K. 1998/627 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 631); Yarg. 13. HD., 01.05.1997 t., E. 1997/3900, K. 1997/3869 (YKD., 1998, S. 5, s. 703); Yarg. 15. HD., 26.02.1997 t., E. 1997/259, K. 1997/1034 (YKD., 1998, S. 10, s. 1496); Yarg. 13. HD., 25.02.1997 t., E. 1997/11384, K. 1997/1392 (YKD., 1997, S. 8, s. 1255); Yarg. 15. HD., 03.02.1997 t., E. 1997/47, K. 1997/556 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920 (YKD., 1996, S. 7, s. 1089); Yarg. 13. HD., 11.03.1996 t., E. 1996/281, K. 1996/2118 (Yasa Hukuk Dergisi, 1996, s. 1393); Yarg. 15. HD., 15.02.1996 t., E. 1996/729, K. 1996/823 (YKD., 1997, S. 3, s. 404); Yarg. 15. HD., 01.02.1996 t., E. 1996/310, K. 1996/535 (YKD., 1997, S. 5, s. 741); Yarg. 15. HD., 18.09.1995 t., E. 1995/4410, K. 1995/4735 (YKD., 1996, S. 4, s. 575); Yarg. 13. HD., 27.02.1995 t., E. 1995/1133, K. 1995/1891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7280, K. 1994/9464 (YKD., 1995, S. 4, s. 605-606); Yarg. 15. HD., 16.06.1994 t., E. 1993/4758, K. 1994/4044 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 12.05.1994 t., E. 1994/545, K. 1994/3093 (YKD., 1995, S. 5, s. 773); Yarg. 19. HD., 27.01.1994 t., E. 1993/7910, K. 1994/550 (YKD., 1995, S. 3, s. 458); Yarg. 19. HD., 26.11.1993 t., E. 1992/9997, K. 1993/8033, (YKD., 1994, S. 10, s. 1658); Yarg. 15. HD., 15.11.1993 t., E. 1993/854, K. 1993/4589 (YKD., 1994, S. 6, s. 938); Yarg. 15. HD., 28.09.1993 t., E. 1992/5474, K. 1993/3691 (YKD., 1994, S. 8, s. 1298); Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1678-1680); Yarg. 15. HD., 16.11.1992 t., E. 1606, K. 5313 (YKD., 1993, S. 5, s. 734 vd.); Yarg. 15. HD., 26.03.1992 t., E. 1991/4076, K. 1992/1584 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 29.01.1992 t., E. 3648, K. 276 (Uygur, C. 3, s. 3696-3697); Yarg. 11. HD., 20.02.1990 t., E. 1988/9411, K. 1990/1087 (YKD., 1990, S. 8, s. 1177); Yarg. 13. HD., 24.06.1987 t., E. 1987/2599, K. 1987/3778 (YKD., 1989, S. 1, s. 67).

İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında da, bu doğru yaklaşımın kabul edildiğini görmekteyiz. Bkz. BGE 44 II 508-509; 47 II 188-189; 49 II 67 vd. (andığımız bu son kararda, Federal Mahkeme başka bir sözleşmeden kaçırılan kâr mahrumiyetinin tazmin edilebilir nitelikte olduğunu belirtmekle beraber, bunun olumsuz menfaatin kapsamında yer aldığı açıkça vurgulamamıştır. Bununla beraber, şekle aykırı taşınmaz satımının söz konusu olduğu olayda, yalnızca olumsuz menfaatin kastedildiği anlaşılmaktadır). Yoksun kalınan kârın olumsuz zararın içeriğinde yer aldığı yönünde Federal Mahkemenin bir başka kararı için ayrıca bkz. SJ 97 (1975), s. 1-7.

⁴⁵ Belirtmek gerekir ki, başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti, olumsuz zarara özgü bir zarar kalemi olması itibarıyla, olumlu zarardan sorumluluğun çerçevesinde asla tazmin edilemez. Zira bir yandan sözleşme kararlaştırıldığı şekilde yerine getirilseydi içinde bulunacağı farazî durumun (ifa menfaatinin) tesis edilmesini isteyen alacaklı, diğer yandan bu sözleşme olmasaydı yapacağı diğer sözleşmeden elde edeceği kârın karşılanmasını talep edemez.

uyandırılan güvenden kaynaklanmaktadır. Yani zarar gören, görüşmeleri yapılan veya dönülen sözleşmeyle bağlandığı düşüncesiyle diğer sözleşme tekliflerini kaçırmış ve bu nedenle, daha kötü şartlar içeren (örneğin aynı malı daha yüksek bedelle satın alma gibi) yeni bir sözleşme yapma zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır. Kendisinde güven uyandıran sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı, bu teklifleri kaçırmayacaktı; işte bu yüzdendir ki, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması ile kaçırılan diğer sözleşme tekliflerinin getireceği kazanç arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.

Kâr mahrumiyetinin, olumsuz zarardan sorumluluğun içeriğinde bulunup bulunmadığına ilişkin tereddütlerin yanı sıra, bunun hesaplanması da, çoğu kez yanılığa düşülen alanlardan birisidir. Olumsuz zarar adı altında zaman zaman, hatalı bir biçimde amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati, bir başka deyişle, zarar görenin, o sözleşmeden elde edeceği kâr talep edilmektedir. Uygulamada ve doktrinde yaşanan bu hataların önüne geçmek için, yoksun kalınan kârın (*lucrum cessans*) ne şekilde hesaplanacağını açıkça vurgulamakta fayda bulunmaktadır: *Amaçlanan sözleşmenin hükümsüz hâle gelmesi veya hükümsüzlüğünün anlaşılması üzerine yapılması şu an mümkün olan sözleşme ile hüküm ifade ettiğine güvenilen borç ilişkisi (amaçlanan sözleşme) nedeniyle kaçırılan diğer sözleşme teklifi arasındaki fark, zarar görenin olumsuz menfaati kapsamında yoksun kaldığı kârı oluşturmaktadır*⁴⁶. Yapılan sözleş-

⁴⁶ Olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyetinin hesaplanmasında, genelde doğru kararlar veren Yargıtay, kimi zaman isabetsiz sonuçlara da varmaktadır: Örneğin Yargıtay, bazı kararlarında olumsuz zarar olarak, amaçlanan sözleşme ile şu an yapılması mümkün olan sözleşme arasındaki farka hükmetmiştir : “... Kural olarak, eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyolu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü gündeki aynı nitelikteki otoyolu satın alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalının malvarlığı azalacağından, anılan fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararını oluşturur...” Bkz. Yarg. 13. HD., 22.10.1981 t., E. 1981/5738, K. 1981/6690 (YKD., 1982, S. 2, s. 223). Hâlbuki böyle bir hesap yöntemi, yukarıda da belirttiğimiz gibi ifa menfaatine karşılık gelen olumlu zarara denk düşmektedir. Bu tarzdaki bir uygulama ancak, amaçlanan sözleşmenin (örneğin otomobil için kararlaştırılan bedelin), o tarihteki rayiç fiyat üzerinden yapılması hâlinde bir isabet değeri taşır. Bu ihtimale ilişkin olarak bkz. aş. IV. Bölüm, dn. 60’a bağlı metin. Yargıtay’ın bu kararına yönelik aynı yöndeki eleştiriler için ayrıca bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 151-152.

Yargıtay bazı kararlarında, olumsuz zararın içeriğindeki kâr mahrumiyetinin hesaplanmasında amaçlanan sözleşme ile kaçırılan fırsat arasındaki farkı dikkate almıştır: “... Dava konusu olayda kaçırılan fırsatın hesabında ihtilaf konusu sözleşmenin ifası halinde iş sahibine ödenecek bedel - teslim edilecek dairelerin- değeri ile kaçırılan fırsata konu edilecek benzer bir arsaya inşaat yapılsaydı o arsanın sahibine normal piyasa koşullarında verilecek bağımsız bölümlerin (varsa) bedeli arasındaki fark dikkate alınmalı davacının kaçırdığı fırsat nedeniyle ödeyeceği fazla bir bedel oluyor ise ona hükmedilmelidir...” Yarg. 15. HD., 22.01.2004 t., E. 2003/3335, K. 2004/334 (Ka-

leşme ile zarar görenin şu an yapabileceği sözleşme arasındaki fark ise, ifa menfaatine karşılık gelen olumlu zararı ifade etmektedir. Bu ikisi arasındaki ince noktanın, zararın hesaplanması sırasında gözden kaçırılmaması gerekmektedir⁴⁷.

zancı Hukuk Otomasyon). Aslında burada, sözleşmenin feshi üzerine şu an yapılması mümkün olan sözleşme bedeli ile hükümsüz sözleşmenin yapıldığı tarihte kaçırılan diğer sözleşme teklifi arasındaki farkın esas alınması gerekirdi.

Yargıtay benzer bir olayda ise, yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde isabetli bir sonuca ulaşmıştır: “...davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayıp da, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayıp arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri menfi zarar olarak bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir...” Bkz. Yarg. 15. HD., 19.04.2004 t., E. 2003/5541, K. 2004/2201 (Kazancı Hukuk Otomasyon); ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 25.09.2003 t., E. 2003/1040, K. 2003/4324 (www.yargitay.gov.tr).

⁴⁷ Olumsuz zararın kapsamına giren kâr mahrumiyetinin belirlenmesi bakımından, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin önüne gelen şu olay, özel olarak değinmeyi gerektirecek kadar ilginçtir. 4. Hukuk Dairesinin karar düzeltme yoluyla ikinci bir karar daha verdiği bu olayda, bir taşınmazda paydaş olan (X), aynı taşınmazda başka bir payın (A) ve (B)’ye satılması üzerine, onlara karşı önalım davası açmak niyetinde iken, (A) ve (B)’nin temsilcisi olarak hareket ettiğini bildiren (M)’nin, kendisine müraacatı üzerine onunla bir sözleşme yapmıştır. Bu anlaşmaya göre, (X) önalım hakkını kullanmayacak, yeni paydaş olan (A) ve (B) de, on yıl süreyle ortaklığın giderilmesini talep etmeyecektir. Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin sürenin dolmasından sonra (A) ve (B)’nin, ortaklığın giderilmesini talep ettiğini gören (X), kendisine karşı açılan ortaklığın giderilmesi davasını (M)’ye ihbar etmiştir. Yargılamaya katılan (M), temsil yetkisini ispatlamak şöyle dursun, açıkça temsil yetkisinin bulunmadığını ikrar etmiş ve böylece taşınmaz ortaklığın giderilmesi için satılığa çıkarılmıştır. Bunun üzerine, söz konusu payı almak için tapudaki önalım bedeline göre daha yüksek bir bedel ödemek zorunda kalan (X), yetkisiz temsilci (M)’ye karşı tazminat davası açarak, hem aradaki bedel farkının hem de payın kira gelirinin tazmin edilmesini talep etmiştir. Kısaca özetlenen bu olaya ilişkin Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 31.01.1948 t., E. 499, K. 505 ve 21.12.1949 t., E. 6817, K. 7077 sayılı kararları için bkz. İlhan Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini**, İÜHF, C. VI, S. 1-2, 150 nüshasından ayrı bası, İstanbul 1950, s. 1 vd.; İlhan Postacıoğlu, “Salâhiyetsiz temsilden doğan zarar ve ziyanın tazmini”, İÜHF, C. XVII, 1951, s. 926 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 156 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 203-204, dn. 58.

Bu kararda Yargıtay’ın da isabetle belirttiği gibi, önalım bedeli ile ortaklığın giderilmesine yönelik satışta ödenmek zorunda kalınan yüksek bedel arasındaki fark ve o paydan elde edilecek muhtemel kira alacağı, ifa menfaatine karşılık gelen kâr mahrumiyeti kalemleridir. Zira bunlar, önalım hakkının kullanılmasyla meydana gelen satım ilişkisinden doğan borçların ifası hâlinde, davacı paydaşın sahip olacağı kazançlardır. Açıklamaları daha da somutlaştıracak olursak örneğin, ortaklığın giderilmesi hakkından feragat karşılığında yetkisiz temsilciyle yapılan sözleşme tarihinde önalım hakkı bedeli 20.000 YTL, aynı tarihte bu payın kıymeti 23.000 YTL ise ve daha sonradan ileri sürülen ortaklığın giderilmesi talebi neticesinde yapılan satışta söz konusu paya 25.000 YTL’lik bedel isabet etmişse, olumlu zarar 5.000 YTL olacaktır. Davacı paydaş, önalım hakkını 20.000 YTL üzerinden kullanarak içinde bulunacağı duruma, yani önalım hakkıyla paya sahip olmak ve böylece ortaklığın giderilmesi talebine maruz kalmama konumuna, sözleşmenin yerine getirilmemesi yüzünden 25.000 YTL ödeyerek erişebilmiştir. Bu sebeplerdir ki, tapuda yazılı önalım hakkı bedeli ile ortaklığın giderilmesi için yapılan satışta ödenmek zorunda kalınan bedel arasındaki 5.000 YTL’lik fark, davacının olumlu zararına karşılık gelmektedir. Yetkisiz temsilciyle yapılan anlaşma yerine getirilmiş olsaydı, davacı, 5000 YTL fazladan bedel ödemek zorunda kalmayacaktı.

Bu olayda uyandırılan güveni ihlal edilen davacının olumsuz zararı, Yargıtay’ın da vurguladığı gibi, sözleşme tarihindeki payın bedeli ile tapuda yazılı önalım bedeli arasındaki farktan oluşmakta-

Olumsuz zararın içeriğinde yer alan kâr mahrumiyeti, bu kazancı elde etmek için yapılması gerekli gider ve harcamalar (örneğin diğer sözleşmenin kurulmasına yönelik masraflar vs.) çıkarıldıktan sonra net kâr olarak tespit edilmelidir⁴⁸. Zira kaçırılan kâra ulaşmak için yapılması zorunlu harcamalar, olumlu zararda olduğu gibi, olumsuz zarar çerçevesinde de tazmin edilebilir nitelikte değildir. Çünkü zarar göre-

dır. Çünkü davacı, yetkisiz temsilciyle yapılan ortaklığın devamına ilişkin sözleşmeye güvenmiş olmasaydı, o tarihte 23.000 YTL olan payı, önalım hakkını kullanmak suretiyle 20.000 YTL'ye satın alabilecekti; sözleşmenin geçerliliğine güvendiği için, önalım hakkını kaçırmış ve 3.000 YTL fazla bedel ödeme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır Burada dikkat etmek gerekir ki, daha sonradan yapılan ortaklığın giderilmesine ilişkin satışta ödenen fazla bedel, geçersiz sözleşmenin yol açtığı kâr yoksunluluğunun hesabında belirleyici bir role sahip değildir. Zira ihalede ödenen fazla bedel, yetkisiz temsilciyle yapılan sözleşmedeki ifa menfaatini sağlamaya yöneliktir; bu sözleşme nedeniyle kaçırılan fırsat, önalım hakkının kullanılmamasıdır. Önalım hakkının kaçırılması yüzünden fiilen içinde bulunulan durum, o tarihte aynı pay için artık 23.000 YTL bedel ödeme zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır; daha sonradan yapılan ihale ve orada ödenen yüksek bedel, sözleşmenin geçersizliği yüzünden zarar görenin karşı karşıya kaldığı fiilî durumu yansıtmamaktadır. Bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 156 vd.

Tapuda kayıtlı önalım bedeli ile ortaklığın giderilmesine yönelik satışta ödenmek zorunda kalınan yüksek bedel arasındaki farkı, olumsuz zarar olarak nitelendiren aksi görüş için bkz. Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar I**, s. 4 vd.; Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar II**, s. 932 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 203-204, dn. 58.

Yargıtay, karar düzeltmesi aşamasında olumsuz zararın hesaplanması bakımından ayrıca şu ek ölçütleri getirmiştir. Önalım hakkı bedelini elinde tutan davacının bu sayede sağladığı gelirlerin her durumda, hükmedilecek olumsuz zarar tazminatından indirilmesi (denkleştirilmesi) gerektiğini vurgulayan Yargıtay, davacının, söz konusu payı elinden çıkarmak niyetinde olup olmamasına göre şöyle bir ayırım yapmıştır: Önalım hakkını kullanamayan davacının, payı elinden çıkarmak niyetinde bulunması hâlinde, olumsuz zarar, önalım hakkının tapudaki değeri ile payın o tarihteki değeri arasındaki farktan oluşmaktadır. Davacının böyle bir niyetinin bulunmamış olması durumunda ise, önalım yoluyla payın kazanılmasının, onun taşınmazdaki mevcut hissesinde meydana getireceği artış, ayrıca olumsuz zarar miktarına (tapuda kayıtlı önalım bedeli ile o tarihteki payın bedeli arasındaki farka) ilave olarak talep edilebilecektir (örneğin taşınmazın tamamına sahip olunması nedeniyle daha önceki hissesinin değerinde 1.000 YTL'lik artışın meydana gelmesi gibi). Yargıtay'ın bu ayırımı çerçevesinde şu tespitleri yapmak mümkündür: Önalım hakkının kullanılacağı payın tekrar satılması, ayrı ve bağımsız bir iddia olduğundan, ileri süren tarafından ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla somut olaydan aksi anlaşılmadığı sürece, önalım hakkı sahibinin, payı tekrar satmak niyetinde olmadığı karine olarak kabul edilmelidir. Örneğin davalı, davacının bir başkasıyla zaten satış vaadi sözleşmesi yapmış olduğunu ispatlarsa, önalım hakkını kullanamayan davacı, kendi payında meydana gelecek artışın tazmin edilmesini isteyemeyecektir. Bkz. Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar II**, s. 930; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 167-168, dn. 143.

Yargıtay'ın bu ayırımının, çok teorik ve hukukî dayanaktan yoksun olduğu yolunda bkz. Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar II**, s. 930-931; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 203-204, dn. 58.

Olumsuz zarar kavramına ilişkin son derece doğru tespitlerde bulunan Yargıtay'ın anılan olaydaki hatalı düşüncesi, yetkisiz temsilciyi sadece olumsuz zarardan sorumlu tutmasıdır. Sözleşme yaptığı davacı paydaşın önalım hakkını yitirmesi için bile bile yetkisiz bir şekilde hareket eden ve ortaklığın giderilmesi aşamasında bunu mahkeme huzurunda ikrar eden kusurlu yetkisiz temsilcinin, hakkaniyet gereğince daha fazla miktardaki olumlu zarardan sorumlu tutulması gerekirdi (BK.m.39/f.II). Bkz. Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar I**, s. 3; Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar II**, s. 934 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 157.

⁴⁸ Schenker, **a.g.e.**, Rn. 754; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 318; Eren, **a.g.e.**, s. 1081.

nin giderilmesi istediği kazanca sahip olması, bu masrafların yapılmasına bağlıdır; yani amaçlanan sözleşme görüşmeleri olmasaydı bile, zarar görenin bu masrafları yine yapması gerekecekti. Dolayısıyla uyandırılan güvenin ihlal edilmesi ile yoksun kalınan kârın elde edilmesine yönelik zorunlu masraflar arasında uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde zarar görenin uğramış olduğu kâr mahrumiyeti çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir:

—İlk ihtimal, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, bu sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı türden başka bir sözleşme için daha fazla bedel ödemek durumunda kalmış olabilir⁴⁹. Örnek olarak 200.000 YTL bedel üzerinden (B)'den bir taşınmaz satın almış olan (A), (C)'nin hemen yan tarafta bulunan aynı nitelikteki başka bir taşınmazı 210.000 YTL bedelle satma önerisini, (B) ile arasındaki sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenerek reddetmiştir. (A), (B) ile yaptığı taşınmaz satımına ilişkin sözleşmesinin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı nitelikteki taşınmazı, bu kez (D)'den piyasa fiyatlarındaki değişiklikler yüzünden 240.000 YTL bedelle satın almıştır. Bu örnekte (A)'nın kâr mahrumiyeti, (B) ile yaptığı sözleşmeye güvenerek reddettiği (C)'nin teklifi ile amaçladığı sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle (D) ile yapmak zorunda kaldığı aynı türdeki yeni sözleşme bedeli arasındaki farktır: Yani 240.000 YTL - 210.000 YTL = 30.000 YTL'dir⁵⁰. Zira (A), (B) ile yaptığı sözleşmenin geçerliliğine güvenmeseydi, aynı nitelikteki taşınmazı (C)'den 210.000 YTL bedelle alabilecek ve böylece (D)'den aynı nitelikteki taşınmazı 240.000 YTL bedelle satın almak durumunda kalmayacaktı. Buna göre, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güven yüzünden kaçırılan diğer sözleşme teklifi, amaçlanan sözleşme görüşmeleri hiç yapılmasaydı zarar görenin içinde bulunacağı farazî durumu; amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle yapılmak durumunda kalınan yeni sözleşme ilişkisi ise, zarar görenin içinde bulunduğu fiilî

⁴⁹ Bazı yazarların, bu ihtimali olumsuz zararın kapsamında yer alan fiilî zararlar başlığı altında incelemesi isabetli olmamıştır. Bu yöndeki hatalı ifadeler için bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 283-284; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 59.

⁵⁰ Amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğünün yol açtığı fiilî zarar kalemlerinin de ayrıca olumsuz menfaatin kapsamında yer aldığı unutulmamalıdır. Bu örnekte (A), 30.000 YTL tutan yoksun kaldığı kârın yanı sıra, fiilî zarar kapsamına giren diğer kayıplarını da talep edebilecektir. Olumsuz zararın içeriğine giren fiilî zarar kalemleri hakkında bkz. yuk. IV. Bölüm, A 2 a.

durumu ifade etmektedir. Dolayısıyla olumsuz zarardan sorumluluk kapsamındaki yoksun kalınan kârı kısaca, *fiilî durum - farazî durum (örnekte olduğu üzere D'nin teklifi - C'nin teklifi) şeklinde formüle edebiliriz.*

Daha önceden de temas ettiğimiz gibi, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, olumsuz zarar adı altında o sözleşmedeki ifa menfaatini hiçbir zaman talep edemez. Buna göre örneğimize yeniden dönecek olursak, (A)'nın olumlu zararı, aynı nitelikteki taşınmazı başka yerden almak için ödemek zorunda kaldığı bedel ile yerine getirilmeyen sözleşmedeki bedel arasındaki farktan (240.000 YTL - 200.000 YTL= 40.000 YTL) oluşmaktadır⁵¹. Zira (B), yapılan sözleşmeyi kararlaştırıldığı şekilde yerine getirmiş olsaydı, (A) aynı nitelikteki taşınmazı 240.000 YTL yerine, 200.000 YTL bedel üzerinden satın alabilecekti. Gereği gibi ifa edilmeyen sözleşme ile yapılan yeni sözleşme bedeli arasındaki 40.000 YTL'lik fark, bağlanılan sözleşmenin yerine getirilmesi hâlinde (A)'nın içinde bulunacağı farazî duruma karşılık gelmektedir.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür: 100.000 YTL bedel karşılığı taşınmazı üzerinde bina yapımı hususunda bir müteahhitle anlaşılan iş sahibi, bunun ardından aynı işi 110.000 YTL'ye yapacağını söyleyen bir başkasının önerisini, kurduğu sözleşme bağını düşünerek geri çevirmiştir. Daha sonradan amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle benzer sözleşmeyi bu kez 125.000 YTL üzerinden yapmak durumunda kalan iş sahibinin kaçırdığı fırsat ile ödemek zorunda kaldığı bedel arasındaki (125.000 YTL - 110.000 YTL) 15.000 YTL'lik fark, onun uğradığı olumsuz zarar miktarıdır⁵². Bu olay kurgusunda iş sahibinin olumlu zararı, 25.000 YTL'dir.

Olumsuz zarar kapsamında talep edilen kâr mahrumiyetinin uygulamada en çok karşılaşılan görünüm biçimlerinden birisi de, ihalenin feshidir. İhalenin feshi hâlinde, bu feshe ne gibi sonuçların bağlanacağı hususunda, cebri artırmalara ilişkin İcra ve İflâs Kanunundaki hükümler (İİK.m.118/f.II, 133/f.II; 150/g) dışında, huku-

⁵¹ Olumlu zararın kapsamında yer alan fiilî zarar kalemleri hakkında bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 a.

⁵² İnşaat sözleşmesi yaptığı müteahhitle tamamen aynı şartlarla işi yapmayı teklif eden başka müteahhidi reddeden iş sahibi, anlaşmış olduğu müteahhit temerrüde düşünce sözleşmeden dönme yoluna başvurmuşsa, işi diğer müteahhide verseydi muhtemel bitiş tarihinden, işi şu anda başkasına verdiğinde muhtemel bitiş tarihi arasında ortaya çıkan ve dönülen sözleşmedeki ifa menfaatine ilişkin olmayan gecikmeden kaynaklanan zararlarını da, olumsuz zarar olarak isteyebilir. Bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 155.

kumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununlar beraber artırma/eksiltmeyi yapanın, ihalenin feshine neden olan alıcıdan, ilk ihalenin neden olduğu fiilî zararların yanı sıra⁵³, iki ihale arasındaki kâr mahrumiyetini talep etmesi, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde pekâlâ mümkündür. Artırma/eksiltme şartnamelerinde bu yolda çoğu zaman özel düzenlemeler yer alsa da, esasında buna ihtiyaç da bulunmamaktadır. Zira borçlar hukukunun genel teorisi içinde yer alan olumsuz zarardan sorumluluk, bu ihtimali de hiç şüphesiz ki kapsamaktadır. İhalenin feshi, hukukî niteliği itibarıyla sözleşmeden dönme olduğundan, BK.m.108/f.II hükmü bu tarz durumlarda uygulama alanı bulacaktır. En iyi teklifi vererek ihaleyi alan kimsenin, daha sonradan ihalenin feshine neden olması, hem MK.m.2 kaynaklı davranış yükümlülüklerine hem de ihalenin kazanılmasıyla kurulan edim yükümünden ibaret borç ilişkisine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, *buradaki olumsuz zarardan sorumluluk, ilk ihaledeki en iyi ikinci teklif ile daha sonradan yapılmak zorunda kalınan ikinci ihaledeki en iyi teklif arasındaki farktan oluşmaktadır*⁵⁴. İlk ihaledeki en iyi ikinci teklif, güvenilen sözleşme nedeniyle başkası ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasını (sözleşme yapılmıyordu içinde bulunulacak farazî durumu); ikinci ihaledeki en iyi teklif ise, artırma/eksiltmeyi düzenleyen yapmanın yapmak zorunda kaldığı daha elverişsiz sözleşmeyi (karşı karşıya kalınan fiilî durumu) ifade etmektedir⁵⁵. *İlk ihaledeki en iyi teklif ile*

⁵³ Yargıtay'ın bazı kararlarında, ikinci ihale masraflarının olumsuz zarar yoluyla tazmininden söz etmesi isabetli değildir. Bkz. Yarg. 13. HD., 27.02.1995 t., E. 1995/1133, K. 1995/1891; Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920 (Bu kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon). Zira olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne ilk ihalenin feshedilmesi yol açtığına göre, yalnızca bunun neden olduğu fiilî zararlar (yani ilk ihale masrafları) tazmin edilmelidir. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, olumsuz zararın içeriğinde yer alan kâr mahrumiyeti, bu kazancı elde etmek için yapılması gerekli gider ve harcamalar (bu ihtimalde ikinci ihale masrafları vs.) çıkarıldıktan sonra net kâr olarak tespit edilmelidir.

⁵⁴ Yukarıdaki açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda şunu söyleyebiliriz ki, ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri için, teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan sorumluluk öngören İİK.m.118/f.II ve 133/f.II hükümleri, ifa menfaatinin tazminine yöneliktirler.

⁵⁵ Yarg. 13. HD., 16.02.1999 t., E. 1999/504, K. 1999/908: "... Davacı, davalının taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedildiğini, teslim edilmeyen malzemenin ikinci ihale sonucunda daha yüksek fiyatla satın alındığını, bu yüzden zarara uğradığını ileri sürerek iki ihale bedeli arasındaki farkın tazminat olarak ödetilmesini istemiştir. Davacının bu isteğinin müspet zarara ilişkin bulunduğu açıktır. Hemen belirtilmelidir ki, sözleşmeyi fesheden davacı, sözleşmede buna olanak veren açık bir hüküm de bulunmadığından, müspet zararının tazminini isteyemez. Sözleşmeyi fesheden tarafın tazminini isteyebileceği zarar, menfi zarardır. Ancak, davacının müspet zararının tazminini istemiş olması menfi zarar tutarının belirlenerek hüküm altına alınmasına engel değildir. Öğretide ve Yargıtay kararlarında menfi zarar "uyulacağına ve yerine getirileceğine

ikinci ihaledeki en iyi teklif asındaki farkın doğrudan doğruya tazmin edilmesi, artırma/eksiltmeyi yapanın ifa menfaatine karşılık geldiğinden ancak, olumlu zarar çerçevesinde talep edilebilir. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü uyarınca ilk ihaledeki en iyi teklif ile ikinci ihale bedeli arasındaki farkın karşılanması mümkün değildir⁵⁶; sadece ilk ihalede kaçırılan en iyi ikinci teklif baz alınarak bir hesaplama yapılabilir.

—İkinci ihtimal, zarar gören taraf, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvendiği için, aynı tür sözleşmeyi daha düşük bir bedelle yapmak durumunda kalmış olabilir. Örnek olarak kullanmakta olduğu arabasını satışa çıkararak (A), (B) ile 15.

inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarar” olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da, olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmektedir. İhale dosyasındaki teklif tutanaklarından ilk ihaleye davalıdan başka bir kişinin daha katıldığı anlaşılmaktadır. Dairemizin kökleşmiş ve sapma göstermeyen kararlarına göre davacının menfi zararının saptanmasında, ilk ihaleye davalının dışında katılanlar bulunduğu gözetilerek, davalının teklifinden sonraki en düşük fiyat teklifi ile, ikinci ihale sonucunda alımın yapıldığı fiyat arasındaki fark esas alınmalı ve böylece, davalı ile sözleşme yapılması nedeniyle diğer teklif sahibiyle sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olması yüzünden oluşan zararın tutarı belirlenmelidir...” (İKİD., 2005, s. 15082).

Benzer yönde bkz. Yarg. 13. HD., 10.02.2005 t., E. 2004/12761, K. 2005/1948; Yarg. 13. HD., 19.01.2004 t., E. 2003/9475, K. 2004/199 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 31.01.2002 t., E. 2001/11083, K. 2002/891; Yarg. 13. HD., 23.05.2000 t., E. 2000/4529, K. 2000/5015; Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920; Yarg. 13. HD., 27.02.1995 t., E. 1995/1133, K. 1995/1891; Yarg. 13. HD., 25.11.1994 t., E. 1994/8919, K. 1994/10468; (anılan kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 13. HD., 02.10.2003 t., E. 2003/6237, K. 2003/11099 (www.yargitay.gov.tr); Yarg. 13. HD., 24.10.2000 t., E. 7471, K. 8931 (Uygur, C. 3, s. 3707); Yarg. 13. HD., 20.10.1998 t., E. 1998/7612, K. 1998/7992 (YKD., 1999, S. 4, s. 493-494); Yarg. 15. HD., 25.03.1998 t., E. 1998/868, K. 1998/1178 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 873); Yarg. 15. HD., 13.02.1998 t., E. 1997/4700, K. 1998/500 (Yasa Hukuk Dergisi, 1998, s. 1330); Yarg. 13. HD., 30.05.1996 t., E. 1996/5059, K. 1996/5329 (Yasa Hukuk Dergisi, 1996, s. 1881); Yarg. 13. HD., 16.04.1996 t., E. 1996/3653, K. 1996/3920 (YKD., 1996, S. 7, s. 1089); Yarg. 13. HD., 11.03.1996 t., E. 1996/281, K. 1996/2118 (Yasa Hukuk Dergisi, 1996, s. 1393); Yarg. HGK., 15.11.1995 t., E. 13-827, K. 985 (Uygur, C. 3, s. 3704); Yarg. 15. HD., 30. 10.1995 t., E. 4276, K. 5969 (Uygur, C. 3, s. 3704); Yarg. 15. HD., 18.09.1995 t., E. 1995/4410, K. 1995/4735 (YKD., 1996, S. 4, s. 575); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7280, K. 1994/9464 (YKD., 1995, S. 4, s. 602 vd.); Yarg. 19. HD., 26.11.1993 t., E. 1992/9997, K. 1993/8033 (YKD., 1994, S. 10, s. 1658); Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1679); Yarg. 15. HD., 15.06.1992 t., E. 2237, K. 3067 (Uygur, C. 3, s. 3696); Yarg. 15. HD., 29.01.1992 t., E. 3648, K. 276 (Uygur, C. 3, s. 3696-3697); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823-824); Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 789 vd.).

⁵⁶ BK.m.108/f.II’de yer alan olumsuz zarardan sorumluluk emredici nitelikte bulunmadığından, artırma/eksiltme şartnamesinde olumlu zararın tazminini mümkün kılan (söz gelimi her türlü zararın veya ilk ihale bedeli ile ikincisi arasındaki farkın giderilmesi şeklinde ifadeler kullanılarak) aksi yönde düzenleme elbette yapılabilir. Bkz. Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7129, K. 1994/9463 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

000 YTL üzerinden anlaşmış ve bu anlaşmaya güvenerek (C)'nin 14.000 YTL'lik teklifini geri çevirmiştir. (A), (B) ile yaptığı sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı arabayı bir başkasına bu kez ancak 12.000 YTL'ye satabilmiştir. Bu olayda, ifaya ilişkin çıkarı 3.000 YTL (15.000 YTL - 12.000 YTL) olan (A)'nın olumsuz zarar kapsamında ileri sürebileceği kâr mahrumiyeti, kaçırılan sözleşme teklifi ile fiilen karşı karşıya kalınan sözleşme arasındaki (14.000 YTL - 12.000 YTL) fark olan 2.000 YTL'den ibarettir.

—Üçüncü ihtimal, zarar gören, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmiş olduğu için, aynı tür sözleşmeyi yapma imkânını tamamen kaybetmiş olabilir⁵⁷. Bu durum, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın, benzer bir sözleşmeden elde edeceği kârdan sürekli olarak yoksun kalması anlamına gelmektedir; eğer karşı sözleşen, sözleşmenin geçerliliği yönünde güven uyandırmış olmasaydı, o aynı şartlar altında başka bir sözleşme yaparak kâr kaybına uğramayacaktı. Örneğin kısa bir süre için ithalat ve satış izni verilen bir malı, (B) ile yaptığı sözleşme görüşmelerine güvenerek yurt dışından getirten (A), (B)'nin haklı bir sebep olmaksızın malı almaktan vazgeçmesi durumunda, satış yasağının yürürlüğe girmesiyle birlikte başka bir kimseyle sözleşme yapma fırsatını tamamen kaybetmiş olur. Bu takdirde (A), başka bir kimseyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmışından kaynaklanan kâr mahrumiyetini, sözleşme görüşmelerinde uyandırdığı güveni haklı sebep olmaksızın boşa çıkararak (B)'den olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde talep edebilir.

—Dördüncü ihtimal olarak şunu eklemek gerekir ki, olumsuz zarar kapsamında ileri sürülebilecek kazanç kayıpları, sadece benzer sözleşmeyi aynı ya da daha iyi şartlarla yapma fırsatının kaçırılmış olmasından ibaret değildir. *Hükümsüz sözleşmeye duyulan güven nedeniyle kaçırılan başka nitelikte ve amaçta sözleşme yapma fırsatları; bu yüzden değerlendirilemeyen değişik alanlardaki kârlı işler de, olumsuz zararın kapsamına girer*⁵⁸. Söz gelimi, müteahhitle yaptığı eser sözleşmesinin geçerliliğine güvenen iş sahibinin, kendi meslekî faaliyetlerini ihmal etmesi yüzünden gelir kaybına uğramış olması hâlinde durum böyledir.

⁵⁷ Buz, a.g.e., s. 250-251.

⁵⁸ Öz, *Eser Sözleşmesi*, s. 290; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 155.

Yukarıdaki açıklamalarla bağlantılı olarak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, güveni boşa çıkarılan tarafın, kaçırdığı daha elverişli teklif ile amaçladığı borç ilişkisinin hükümsüzlüğü yüzünden yeniden yapmak durumunda kaldığı sözleşmenin konusunun ve miktarının mutlaka aynı olmasına gerek yoktur. Zarar görenin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla sözleşmenin konusunda ve/veya miktarında yapmış olduğu değişiklikler onun kâr mahrumiyeti talebinde bulunmasına engel değildir. Örneğin üç ton beyaz peynir alımına ilişkin ilk ihale feshedildiği için ikinci kez yapılan ihalede üç ton kaşar peyniri veya iki ton beyaz peynir alınmışsa, ihaleyi düzenleyen taraf uğraşmış olduğu kâr mahrumiyetini yine de talep edebilir. Ancak bu tarz durumlarda, olumsuz zararın hesaplanmasında doğrudan doğruya ikinci sözleşmedeki bedel değil; amaçlanan sözleşme yüzünden kaçırılan elverişli fırsat ile ikinci sözleşmenin yapıldığı tarihte ilk sözleşme konusunun nitelik ve nicelik olarak ulaştığı bedel arasındaki fark dikkate alınır. Zira ikinci sözleşmedeki bedel, farklı konu ve/veya miktardaki bir edime ilişkin olduğundan evvelki sözleşmenin geçersizliğinin yol açtığı gerçek zarar miktarını yansıtmamaktadır. Örneğimize yeniden dönecek olursak, üç ton peyaz peynir alımına ilişkin ilk ihaledeki en yüksek ikinci teklif ile ikinci ihalenin yapıldığı tarihte ilk ihale konusu üç ton beyaz peynirin (üç ton kaşar peynirinin veya iki ton beyaz peynirin değil) satın alınabileceği bedel arasındaki fark, olumsuz zarar kapsamında uğranılan kâr mahrumiyetini oluşturur⁵⁹.

Dikkat edileceği üzere, şimdiye kadar verilen örneklerdeki olumsuz zarar miktarı, hep ifa menfaatinin altında kalmıştır. Ancak her zaman böyle olmak zorunda değildir. Çünkü olumsuz zarar kapsamında istenebilecek kâr mahrumiyeti miktarı, kimi zaman olumlu zarara denk de düşebilir. Şöyle ki, amaçlanan sözleşmenin rayiç

⁵⁹ Yarg. 13. HD., 25.11.1994 t., E. 1994/8919, K. 1994/10468: “...sonraki alımların değişik vasıfta odun olarak yapılmış olması davacının zararını isteme hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak sonraki alımlarda alım konusu malın evsafının değiştirilmesinin zarar hesabında birim fiyatına etkisi olabilir. O nedenle bu gibi durumlarda zarar hesabında idarenin yaptığı alımlardaki bedeller nazara alınmamalı, ilk ihaledeki miktar ve evsafındaki malın, fesihden sonraki makul sürede geniş kitlelere duyurulmak ve rekabeti temin etmek suretiyle ne miktar bedelle satın alınabileceği bilirkişi aracılığı ile saptanmalı, böylece bulunacak bedel zarar hesabında esas alınmalıdır...” (Kazancı Hukuk Otomasyon). Benzer yönde ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1679); Yarg. 13. HD., 05.05.1994 t., E. 3537, K. 4428 (Karahasan, C. 1, s. 90); Yarg. 13. HD., 01.11.1994 t., E. 1994/7280, K. 1994/9464 (YKD., 1995, S. 4, s. 605-606); Yarg. 13. HD., 31.01.2002 t., E. 2001/11083, K. 2002/891 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

bedelle yapıldığı hâllerde⁶⁰, bu sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden daha elverişsiz koşullar içeren yeni bir sözleşme yapmak durumunda kalan zarar görenin uğramış olduğu olumlu ve olumsuz zarar miktarı, yoksun kalınan kâr bakımından birbiriyle eşittir. Yahut amaçlanan sözleşme rayiç bedelle yapılmış olmasa bile, kararlaştırılan bedel ile bu sözleşmenin geçerliliğine güvenildiği için kaçırılan sözleşme teklifindeki bedelin aynı olması durumunda da, olumsuz zarar ile olumlu zararın kâr mahrumiyeti miktar olarak birbiriyle eşit olur. Kısacası, *amaçlanan sözleşmedeki bedel ile kaçırılan sözleşme yapma teklifinin aynı olduğu hâllerde, sözleşmenin hükümsüzlüğünün neden olduğu kâr mahrumiyeti ile bu sözleşmeden elde edilecek ifa menfaati birbirine denk düşer*. Örneğin binasının onarım işini rayiç bedelle veya 5.000 YTL karşılığında bir müteahhide veren iş sahibi, bir başka müteahhidin aynı bedelle bu onarım işini yapma teklifini bir sözleşmeyle bağlı olduğu düşüncesiyle reddetmiş ve amaçladığı sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden aynı işi daha sonradan 7.000 YTL üzerinden yaptırmak durumunda kalmışsa, hem amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati hem de bu sözleşmenin neden olduğu olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti, 2.000 YTL olacaktır. Ancak burada gözden kaçırmamak gerekir ki, yoksun kalınan kâr mahrumiyeti açısından olumsuz ve olumlu menfaatin birbirine denk düştüğü hâllerde, fiilî zarar kalemlerinin eklenmesiyle istenebilecek olumsuz zarar miktarı, olumlu zararı aşabilir; ya da bunun tam tersi olabilir⁶¹.

Amaçlanan sözleşmedeki bedel ile rayiç bedelin aynı olduğu hâllerde, olumsuz zararın varlığını kabul etmek için mutlaka başka bir sözleşme teklifinin kaçırılmış olmasına gerek yoktur; zarar görenin aynı tür sözleşmeyi rayiç bedelle yapma imkânını kaybetmiş olması gerekli ve yeterlidir.

Bazı hâllerde, olumsuz zarar miktarı, olumlu zarara denk düşmekle kalmaz, onu da aşabilir⁶². *Amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güven yüzünden kaçırılan teklifin, bu sözleşmede kararlaştırılan bedelden daha iyi olduğu hâllerde, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle uğranılan olumsuz zarar miktarı,*

⁶⁰ Ticarî işlemlerde, bu yönde bir karinenin kabul edilebileceği yönünde bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 327; benzer yönde bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1080.

⁶¹ Olumsuz zararın kapsamına giren fiilî zarar kalemleri hakkında bkz. yuk. IV. Bölüm, A 2 a; olumlu zararın içeriğinde yer alan fiilî zarar kalemleri hakkında ise bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 a.

⁶² İlginçtir ki Jhering, olumsuz zararın, olumlu zarar miktarına ulaşabileceğini vurgulamış olmasına karşın, onu aşip aşamayacağı hususunda suskun kalmıştır. Bkz. Jhering, **a.g.e.**, s. 21-22.

olumlu zarardan fazla olur. Böyle bir durum, uzun yıllar süren dostluk veya benzeri sebeplerden ötürü karşı tarafın menfaatine yarayacak şekilde, özel bazı şartlarla amaçlanan sözleşmenin yapılmak istendiği hâllerde karşımıza çıkar. Zarar gören, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmiş olmasaydı, başka bir kimseyle yapacağı benzer bir sözleşmeden, hükümsüz olan borç ilişkisine göre daha yüksek bir ifa menfaati elde etmiş olacaktı. Yukarıdaki örnekleri değiştirecek olursak; bu ihtimali daha da somutlaştırmış oluruz: Kullanmakta olduğu arabasını satışa çıkararak (A), arkadaşı (B) ile 15. 000 YTL üzerinden anlaşmış ve bununla bağlandığını düşünerek (C)'nin 16.000 YTL'lik teklifini geri çevirmiştir. (A), (B) ile yaptığı sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı arabayı bir başkasına bu kez ancak 12.000 YTL'ye satabilmiştir. Bu olayda, (A)'nın ifaya ilişkin çıkarı 3.000 YTL (15.000 YTL - 12.000 YTL) iken; olumsuz zarar kapsamında ileri sürebileceği kâr mahrumiyeti, kaçırılan sözleşme teklifi ile fiilen karşı karşıya kaldığı sözleşme arasındaki (16.000 YTL - 12.000 YTL) fark olan 4.000 YTL'dir. Yahut binasının onarım işini 5.000 YTL karşılığında tanıdığı bir müteahhide veren iş sahibi, bir başka müteahhidin 4.000 YTL bedelle bu onarım işini yapma teklifini bir sözleşmeyle bağlanmış olduğu düşüncesiyle reddetmiş ve amaçladığı sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden aynı işi daha sonradan 7.000 YTL üzerinden yaptırmak durumunda kalmışsa, iş sahibinin olumlu zararı (7.000 YTL - 5.000 YTL), 2.000 YTL iken; sözleşmeye güvenden doğan olumsuz menfaatine ilişkin kâr mahrumiyeti, (7.000 YTL - 4.000 YTL) 3.000 YTL'dir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, zarar gören, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güven nedeniyle aynı ya da daha elverişli başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmakta ve böylece olumsuz menfaatinin bir kısmına karşılık gelen kâr mahrumiyetine uğramaktadır. Dolayısıyla *sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, kaçırmış olduğu bu fırsatları hâlâ değerlendirme imkânına sahipse veya kaçırmış olduğu tekliften sonra daha iyi şartlarla başka bir sözleşme yapma fırsatını elde etmişse, onun olumsuz zarardan sorumluluk kapsamında ileri sürebileceği kâr mahrumiyeti talebi bulunmayacaktır*⁶³. Örnek olarak 200.000 YTL bedel üzerinden (B)'den bir taşınmaz satın almış olan (A), (C)'nin hemen yan tarafta bulunan aynı nitelikteki başka bir taşınmazı 210. 000

⁶³ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 1071.

YTL bedelle satma önerisini, (B) ile arasındaki sözleşmeye güvenerek reddetmiştir. (A), (B) ile yapmayı amaçladığı sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle yine (C) ile anlaşarak onun taşınmazını ilk teklifindeki bedelle (210.000 YTL üzerinden) ya da daha ucuz fiyatla (söz gelimi 205.000 YTL üzerinden) satın almışsa, olumsuz zarar kapsamında herhangi bir kâr mahrumiyetine uğramamış olur. Aynı örneği değiştirerek satıcı bakımından vermek de mümkündür: 200.000 YTL bedelle (B)'ye bir taşınmaz satmış olan (A), (C)'nin 190.000 YTL fiyatla satın alma önerisini, (B) ile arasındaki anlaşmaya güvenerek reddetmiştir. (A), (B) ile yaptığı sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı taşınmazı bu kez 190.000 YTL veya daha yukarı bedelle bir başkasına satmışsa, onun uğramış olduğu kâr mahrumiyetinden söz edilemez. Örnekleri çoğaltacak olursak; (B)'nin taşınmazını 10.000 YTL bedelle onarmayı üstlenen müteahhit (A), o sırada 8.000 YTL üzerinden yapılan aynı türden diğer bir eser sözleşmesi teklifini kaçırmak durumunda kalmıştır. İş sahibi (B)'nin temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeden dönüp olumsuz zararını talep eden müteahhit (A), benzer nitelikteki başka bir onarım işini 8.000 YTL veya daha üzerindeki bir bedelle yapma fırsatını yeniden yakalamışsa, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmesi yüzünden kâr mahrumiyetine uğramamış olur. Bütün bu ihtimallerde (A) yalnızca, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle malvarlığında meydana gelen fiilî zararların (*damnum emergens*) karşılanmasını, olumsuz zarar çerçevesinde isteyebilecektir.

Yine aynı esasın bir sonucu olarak, *sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın, bu sözleşme dolayısıyla kaçırmış olduğu başka bir sözleşme teklifi veya değişik alanlarda kaybettiği başka bir kârlı iş yoksa onun olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü kapsamında ileri sürebileceği kâr mahrumiyeti talebi de mevcut olmayacaktır*⁶⁴.

3. BK.m.31/f.II Uyarınca Talep Edilecek Olumsuz Zararın Hesaplanması

Aldatma veya korkutmanın etkisinde yapılmış sözleşmenin bir yıllık süre içerisinde iptal edilmemiş olmaması hâlinde, yürürlüğe giren icazet faraziyesine rağmen yine de tazminat istenebileceğini düzenleyen BK.m.31/f.II hükmü⁶⁵, bu ihtimalde

⁶⁴ Buz, a.g.e., s. 252.

⁶⁵ Karşı tarafın kusuruyla yanılmaya düşme hâllerinde de, bu hükmün uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. yuk. III. Bölüm, B 2 h.

olumsuz zararın nasıl hesaplanacağı sorununu doğurmaktadır⁶⁶. Zira BK.m.31/f.II'nin kapsamına giren hâllerde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçerli olarak ayakta kaldığından, olumsuz zararın hesaplanması da, diğer görünüm biçimlerinden farklılık göstermektedir. Sözleşmenin iptalinde, iptal ile giderilmemiş zararların tazmini istenebilirken, burada sözleşmeye icazet vermeye rağmen ortadan kalkmayan zararların karşılanması söz konusudur.

BK.m.31/f.II hükmü, olumsuz menfaatin giderilmesine yönelik olduğundan, iradesi sakatlanan taraf, sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan malvarlığı kayıplarının değil; sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış (yanılmaya düşürme, aldatma veya korkutma) olmasaydı içinde bulunacağı farazî durumun karşılanmasını talep etme hakkını haizdir. Böylece işlemsel temas sırasında iradesi sakatlanan görüşmecinin, fazladan yapmış olduğu masraflar⁶⁷ ile elverişsiz şartlar içeren bir sözleşmeyle bağlanmış olmasından kaynaklanan malvarlığı kayıpları, BK.m.31/f.II uyarınca tazmin edilecektir. Şayet davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi, hem fazla masraflar yapılmayacaktı hem de sözleşme daha elverişli şartlar altında kurulmuş olacaktı.

Sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış nedeniyle fazladan yapılan masrafların BK.m.31/f.II'ye dayanılarak tazmin edilmesinde herhangi bir güçlkle karşılaşılmaz; bunlar malvarlığında meydana getirdikleri kayıp ölçüsünde tazmin edilirler. Buna karşılık elverişsiz sözleşme nedeniyle uğranılan zararların nasıl hesaplanacağı sorusunun cevabı bu kadar basit değildir. Kanaatimizce buradaki zarar, bağlanılan elverişsiz sözleşme ile davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi daha iyi şartlar altında yapılacak olan sözleşme arasındaki farktan ibaret olacaktır⁶⁸. Bu farkın karşılanmasında, nakden veya aynen tazmin yöntemine başvurmak mümkündür. Buna göre, fiilî durumu ifade eden elverişsiz sözleşme ile farazî duruma tekabül eden elverişli sözleşme arasındaki fark hesaplanıp, bulunan miktar, nakden tazmin edilebileceği

⁶⁶ Borçlar Kanununun öngördüğü sisteme uymayan bu hükmün uygulanma şartları hakkında bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 d.

⁶⁷ Fazla masraflardan anlaşılması gereken, amaçlanan sözleşmenin kurulması için zorunluluk arz etmeyen ve zarar verenin kusurlu davranışları neticesinde yapılan boşa çıkan harcamalardır. Örneğin satıcının, arabanın daha üstün özelliklere sahip olduğunu söylemesi nedeniyle fazladan ödenen harçlar, noter masrafları vs.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 31, Rn. 33 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 223; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 107; Nomer, **Borçlar Hukuku**, N. 66; 68; Kurşat, **a.g.e.**, s. 135.

gibi; zarar olarak tespit edilen fark nispetinde aynen tazmin yöntemiyle sözleşme şartlarına da müdahale edilebilir. Bir nevi sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğuracak ikinci yöntem sayesinde, iradesi sakatlanın yerine getirmek zorunda olduğu edim, uğradığı zarar miktarınca indirilebilir veya kusurlu karşı sözleşenin edimi bu miktar uyarınca artırılabilir.

Ancak irade sakatlığının etkisiyle bağlanılan elverişsiz sözleşme ile davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi yapılacağı farzedilen elverişli sözleşme arasındaki farkın hesaplanmasında, olumsuz zarar adı altında ifa menfaatinin tazmin edilmesine yol açmamak gerekir. Buna göre, nakden veya aynen tazmin yöntemiyle edimler arasındaki dengesizliğin yol açtığı zararlar giderilirken, elverişsiz sözleşmenin yol açtığı malvarlığı azalmaları ile sınırlı kalınmalıdır. Bunun ötesine giderek, zarar görenin boşa çıkan beklentilerinin tazmin edilmesi sonucunu doğuracak hesaplamalardan kaçınılmalıdır. Açıklamalarımızı somutlaştıracak olursak, gerçek değeri 80.000 YTL olan taşınmazı, satıcının aldatici davranışları yüzünden 100.000 YTL kıymetinde olduğu inancıyla 90.000 YTL'ye satın alan alıcının olumsuz zararı şu şekilde belirlenmelidir:

Olumsuz zarar = elverişsiz sözleşme bedeli — elverişli sözleşme bedeli arasındaki fark olduğuna göre, alıcının uğramış olduğu olumsuz zarar miktarı (90.000 YTL — 80.000 YTL =) 10.000 YTL olacaktır. Zira satıcının işlem teması sırasındaki kusurlu davranışları olmasaydı, alıcı, bu taşınmazı 90.000 YTL yerine, 80.000 YTL tutarındaki elverişli bedel üzerinden alacaktı. Daha açık söyleyle, davranış yükümlülüğünü ihlal eden sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı, alıcı ortaya çıkan 10.000 YTL'lik malvarlığı kaybını yaşamayacaktı. Bu olayda, alıcının beklentilerine karşılık gelen ifa menfaati ise, (100.000 YTL — 80.000 YTL =) 20.000 YTL'dir. Bu durumu, *olumlu zarar = zarar görenin beklentileri — elverişsiz sözleşme* şeklinde kısaca formüle etmek de mümkündür.

Bu bağlamda son olarak değinmek gerekir ki, iradesi sakatlanan tarafın BK.m.31/f.II kapsamında uğradığı olumsuz zararın hesaplanmasında, belirttiğimiz yöntem (*elverişsiz sözleşme bedeli — elverişli sözleşme bedeli*) yerine ayıba karşı tekeffül rejiminde uygulanan bedelin orantılı indirilmesine ilişkin usulden kıyasen de olsa yararlanılmamalıdır. Çünkü aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, ayıba

karşı tekeffül sorumluluğuna özgü bu metot, culpa in contrahendo'nun yol açtığı güven zararlarının tazmin edilmesini değil⁶⁹; zarar görenin beklentilerini dikkate alarak amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin karşılanmasına hizmet etmektedir⁷⁰.

4. Kısmî Butlanda Olumsuz Zararın Hesaplanması

BK.m.20/f.II uyarınca kısmî butlanın söz konusu olduğu hâllerde, olumsuz zarardan sorumluluğun ortaya çıkışı herhangi bir farklılık göstermese de⁷¹, tazmin edilecek malvarlığı kayıpları, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü doğuran diğer hâllere nazaran daha sınırlı bir içerikte olacaktır. Zira bu ihtimalde, taraflar arasındaki sözleşme esas itibarıyla geçerli olduğundan, olumsuz zarardan sorumluluk yalnızca sözleşmenin geçersiz kısımlarına isabet edecektir. Buna göre, olumsuz zararın kapsamına giren zarar kalemlerinin hesaplanmasında, sözleşmenin tümü değil, sadece hükümsüz olan kısımları göz önünde bulundurulacaktır. Örneğin kısmî butlandan ötürü zarara uğrayan iyiniyetli sözleşen, sözleşmenin kurulması ya da ifası için yaptığı masrafların tamamını değil, yalnızca sözleşmenin hükümsüz sayılan kısmı için fazladan yaptığı harcamaların (kısmî butlanla sakat olan kısım için ekstradan ödenen noter harçları, seyahat masrafları, o kısmın ifasına yönelik hazırlıklar vs.) tazmin edilmesini isteme hakkına sahiptir.

Yine bunun gibi, olumsuz zarar kapsamında talep edilecek kâr mahrumiyeti bakımından da, sözleşmenin tamamı yerine sakat olan kısmı dikkate alınacaktır. Dolayısıyla kısmî butlanda tazmin edilecek kâr mahrumiyeti, giderim talebinde bulunan tarafın, sözleşmenin hükümsüz sayılan kısmına güvenmesi, bir başka ifadeyle amaçlanan sözleşmenin sakat olan kısmıyla birlikte geçerli olacağına inanması yüzünden kaçırmış olduğu daha elverişli başka bir sözleşme yapma fırsatından ibaret olacaktır.

⁶⁹ Bkz. aş. IV. Bölüm, B 4.

⁷⁰ Bu hususları gözden kaçıran İsviçre Federal Mahkemesinin, BK.m.31/f.II uyarınca tazmin edilecek olumsuz zararın hesabında, ayıba karşı tekeffül rejimine ilişkin bedelin orantılı indirilmesi yönteminden yararlanması, isabetli olmamıştır. Bkz. 89 II 239 vd.; 254.

Federal Mahkeme bu kararında, farkına varmadan olumsuz zarar adı altında olumlu zararın tazminine yol açmıştır.

⁷¹ Bkz. yuk. III. Bölüm, B 2 j.

5. Masrafların Tazmini Açısından BGB § 284'ün Değerlendirilmesi

Olumsuz zararın kapsamında yer alan malvarlığı kayıplarının belirlenmesine ilişkin yaptığımız açıklamaların ardından, Alman hukukundaki BGB § 284 düzenlemesine de yeri gelmişken kısaca değinmek gerekir. 2002 yılındaki reformun bir ürünü olan § 284 hükmü⁷², alacaklıya, aslî edimin surrogatı olan olumlu zararının yerine, ifayı elde edeceği inancıyla makul seviyede yaptığı ve borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masraflarının (*frustrierte Aufwendungen*) tazmin edilmesini isteme hakkı vermektedir⁷³ Bu hüküm sayesinde alacaklı, ifa menfaatini istemek yerine sözleşme ilişkisi dolayısıyla yaptığı fakat borçlunun ifa yükümlülüğüne aykırı davranması yüzünden amacına ulaşamayan harcamalarının (sözleşme kurma masrafları, sözleşme ilişkisinin yol açtığı finans masrafları, nakliye, depolama, karşı edimi kabul için yapılan masraflar vs.) karşılanmasını talep etme yönünde bir seçimlik hakka kavuşmuştur.

⁷² BGB § 284 düzenlemesi, sözleşmeden dönme hâlinde alacaklıya olumlu zararının yerine seçimlik olarak olumsuz zararının tazmin edilmesi imkânını öğören BGB değişiklik tasarısındaki § 327/f.I, c. II'nin yerine yürürlüğe girmiştir. Bkz. Hans Stoll, "Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen", **JZ**, 2001, s. 595; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Rolland), **a.g.e.**, § 1, Rn. 30, dn. 67.

⁷³ BGB § 284 uyarınca tazminat talep edebilmek için, yapılan masrafların hem hakkaniyet çerçevesinde makul seviyede olması hem de borçlunun davranışları neticesinde amacına ulaşamaması gerekmektedir.

Hâlbuki reformla birlikte yürürlüğe giren BGB § 284 öncesi dönemde ise, alacaklı sözleşmenin ifa edileceği umuduyla yaptığı fakat borca aykırılık yüzünden faydasız kalan masraflarının karşılanmasını, ancak *Rentabilitätsvermutung* (masrafların kazanç elde etmek için yapıldığına ilişkin karine) çerçevesinde talep edebilmekteydi. İfa menfaatine karşılık gelen kayıpların özel bir şekilde hesaplanması anlamına gelen bu eski yöntem hakkında bkz. Leonhard, **a.g.m.**, s. 662 vd.; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, s. 526 vd.; Hans-Martin Müller-Laube, "Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung", **JZ**, 1995, s. 538 vd.; Herbert Messer/Ralph Schmitt, "Zum Umfang der „Rentabilitätsvermutung“ und zu vorvertraglichen und vordeliktschen Aufwendungen", **Festschrift für Horst Hagen**, Köln, RWS Verlag, 1999, s. 426 vd.; Huber/Faust, **a.g.e.**, Kap. 4, Rn. 3 vd.; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 223-224; MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 284, Rn. 4-5; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Rolland), **a.g.e.**, § 1, Rn. 30; Dauner-Lieb, **Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch**, § 2, Rn. 49.

BGB § 284 hükmü hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ellers, **a.g.e.**, s. 24 vd.; özellikle s. 81 vd.; Erman/Westermann, **a.g.e.**, § 284, Rn. 1 vd.; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 284, Rn. 1 vd.; Staudinger/Otto, **a.g.e.**, Rn. 1 vd.; MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 284, Rn. 1 vd.; Gsell, **Das neue Schuldrecht**, s. 321 vd.; AnwK-BGB/Arnold, **a.g.e.**, § 284, Rn. 1 vd.; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, s. 529-531; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 222 vd.; Huber/Faust, **a.g.e.**, Kap. 4, Rn. 8 vd.; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 59 vd.; Dauner-Lieb, **Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch**, § 2, Rn. 50 vd.; Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 120-121.

Bu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Altmeppen, **a.g.m.**, s. 1402 vd.

BGB § 284’de yer alan boşa çıkan masrafların giderilmesine ilişkin talep hakkının hukukî niteliği doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁷⁴, anılan hüküm, olumsuz zarardan sorumluluğu ifade etmektedir. BGB § 284 uyarınca tazmin edilecek masraflar ile sözleşmenin ifa edilmemesi arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır; çünkü sözleşme ifa edilmiş olsaydı bile, bu masrafların yine yapılması gerekecekti. Diğer bir görüşe göre⁷⁵, BGB § 284, ifa menfaatine karşılık gelen olumlu zarardan sorumluluğu düzenlemektedir. Üçüncü bir görüşe göre⁷⁶ ise, BGB § 284’de, ne olumsuz ne de olumlu zarardan sorumluluk söz konusudur. Zira edimin yerine getirileceği inancıyla makul seviyede yapılan ve borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masrafların tazmin edilebilmesi için bunların olumlu ya da olumsuz zarar şeklinde nitelendirilmesine gerek yoktur; 01.01. 2002 tarihinde yürürlüğe giren BGB reformu, § 284 düzenlemesiyle kendine özgü bir sorumluluk türü ihdas etmiştir⁷⁷.

Tartışmalı olan bu sorun hakkında kanaatimizce şu tespitleri yapabiliriz: BGB § 284 hükmü teorik açıdan gri bir alanda bulunmaktadır. Şöyle ki, BGB § 284 uyarınca alacaklıya tanınmış olan boşa çıkan masraflarının tazminine yönelik talep hakkı, *ekonomik açıdan* olumsuz zararın tazmini ile kısmen örtüşmektedir. Zira anılan düzenleme, alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine güvenmeseydi, yapmayacak olduğu masraflarının karşılanmasını sağlamak amacını taşımaktadır. Bu sayede, güvenilen sözleşme ilişkisi olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durumun belirli bir ölçüde tesis edilmesi hedeflemektedir. Dolayısıyla BGB § 284 hükmünün, olumsuz

⁷⁴ Hk-BGB/Schulze, **a.g.e.**, § 284, Rn. 1 vd.; Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 31-32; Peter Derleder, “Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht”, **NJW** 2004, s. 970; 973-974; Altmeppen, **a.g.m.**, s. 1399; 1403; AnwK-BGB/Ackermann, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18; Looschelders, **a.g.e.**, s. 359; açık olmamakla birlikte aynı yönde bkz. Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 226-227; Schwenger, **a.g.m.**, s. 659, dn. 9; 665, dn. 46. BGB § 284 hükmünü fonksiyonel açıdan olumsuz zarardan sorumluluk olarak değerlendiren görüş için ayrıca bkz. Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 6, Rn. 284.

⁷⁵ Gsell, **Das neue Schuldrecht**, s. 334-337.

⁷⁶ MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 284, Rn. 2; 6; Staudinger/Otto, **a.g.e.**, § 284, Rn. 11; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri**, s. 236-237; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 5 (bu son yazar, boşuna yapılmış masraf kavramını gerçek anlamda malvarlıksal zarar kavramına dâhil etmenin güç gözüktüğünü; tazmini söz konusu olan masrafların aslında borçludan istenemeyecek türde olduğunu ve bu sebeple BGB § 284’ün normatif zarar kavramına daha yakın durduğunu ifade etmektedir); ayrıca bkz. ve karşı. Ellers, **a.g.e.**, 2005, s. 99-100.

⁷⁷ Bütün bu görüşlerin yanı sıra, BGB § 284’ün içeriği itibarıyla bir tazminat talebi niteliğinde olmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Erman/Westermann, **a.g.e.**, § 284, Rn. 9.

zarardan sorumluluğa ilişkin diğer düzenlemelerin (BGB § 122/f.I, 179/f.II ve 311/f.II-III) normatif çevresinde hareket ettiğini söylemek yanlış bir nitelendirme olmayacaktır⁷⁸.

BGB § 284’de, sadece boşa çıkan masrafların (*damnum emergens*) tazmin edilmesi imkânının düzenlenmesi; başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan kayıpların (*lucrum cessans*) bilinçli olarak kapsam dışı bırakılması⁷⁹, olumsuz zarar lehine bir nitelendirme yapılmasına engel değildir. Zira burada önemli olan tazminatın içeriği değil, tazmin edilecek zararın ortaya çıkış biçimidir. Nitekim bu tarzda sınırlı içeriğe sahip başka olumsuz zarardan sorumluluk hâllerine rastlamak mümkündür (örneğin BK.m.8/f.II, 396/f.II, 466/.II).

Ancak bu benzerliklere rağmen BGB § 284’deki talep, hukukî niteliği itibarıyla olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü niteliğinde değildir. Çünkü BGB § 284’deki tazminat talebi, hiç ifa etmeme ya da kötü ifadan kaynaklanan zararın özel bir giderim biçimini düzenlemektedir. Burada alacaklının korunmak istenen güveni, ifa yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirileceğine ilişkindir; yoksa borçlunun, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırdığı güveni ihlal eden bir davranışı mevcut değildir. Amaçlanan sözleşme ilişkisi taraflar arasında geçerli olarak kurulmuş ve bu şekilde de varlığını sürdürmeye devam ettirmektedir. Alacaklıya tanınan masrafların giderilmesine yönelik istem, olumlu zarar talebinin “*yerine*” ileri sürülebileceğinden, ancak sözleşmenin taraflar arasında muteber olarak ayakta kaldığı hâllerde uygulama alanı bulur⁸⁰. Bunun bir neticesi olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâllerinde, giderim talebinin BGB § 284’e dayandırılması mümkün değil-

⁷⁸ Staudinger/Otto, **a.g.e.**, § 284, Rn. 10.

⁷⁹ Alacaklıya, olumlu veya olumsuz zararını talep etme yönünde bir seçim hakkının tanınmasına dair komisyon teklifi, yasalaşma sürecinde reddedilmiş, § 284 bu dar içeriği ile bilinçli olarak yürürlüğe sokulmuştur. Bkz. Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 284, Rn. 8; Staudinger/Otto, **a.g.e.**, § 284, Rn. 22; Huber/Faust, **a.g.e.**, Kap. 4, Rn. 11-12; Hans Stoll, **Notizen zur Neuordnung**, s. 595-596.

⁸⁰ BGB § 284’de yer alan giderim talebi, ancak ifa yerine tazminat talebinin ileri sürülebileceği hâllerde uygulama alanı bulacağından, edim yükümünü içeren bir borç ilişkisinin varlığını gerekli kılar. Bu sebeple sadece davranış yükümlülüklerinden ibaret olan yasal borç ilişkilerinde, BGB § 284 hükmüne dayanılmaz. Bkz. MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 284, Rn. 10.

dir⁸¹. Hâlbuki olumsuz zarardan sorumluluğa rengini veren özellik ise, tazminat talebinin amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle ortaya çıkmasıdır.

Her ne kadar BGB § 284 çerçevesinde tazmin edilen masrafların, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde olumsuz zarar adı altında da tazmin edilmesi mümkün ise de, bu durum yapılacak nitelendirmede tek başına belirleyici bir etken değildir. Çünkü belirli türdeki malvarlığı azalmalarının mutlaka olumlu veya olumsuz zararın içeriğine ait olması gerektiği yolunda genel bir kuraldan söz edilemez. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, olumlu ve olumsuz zarar farklı hesaplamalara dayansa da, bazı zarar kalemleri, her iki menfaat türünün kapsamında ortak olarak bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Alman doktrininde savunulan üçüncü görüşe üstünlük tanımak gerekir. BGB § 284 hükmü, olumlu ve olumsuz zarar kalıplarının dışına çıkan özelliğiyle BGB reformunun getirdiği kendine özgü bir tazminat türü olarak kabul edilmelidir.

6. Olumsuz Zararın İspatı

Olumsuz zararın tazmin edilebilmesi için zarar görenin, *malvarlığında ortaya çıkan azalmaları, zarar verici davranışı ve uygun nedensellik bağı*ni ispat etmesi gerekmektedir⁸². Haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanan bütün tazminat taleplerinde olduğu gibi, burada da meydana gelen zararın ispatı, BK.m.42 uyarınca zarar görene düşmektedir. Buna göre olumsuz zarar talebinde bulunan sözleşen, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenle uygun nedensellik bağı içinde bulunan fiilî zarar ve kâr mahrumiyeti kalemlerini, yani *güven yatırımlarını (Vertrauensinvestitionen)* kanıtlamak yükümü altındadır.

Olumsuz zarara uğradığını iddia eden sözleşenin bu ispat külfetini nasıl yerine getireceği, özellikle de yoksun kalınan kâr bakımından ayrıca düşünülmesi gereken bir sorundur. Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, zarar görenin, işlemsel temastaki olumsuz menfaatini tam bir kesinlikle ispat etmesi aranmamalıdır. Zira bütün tazminat taleplerinin ortak sorunu olan, meydana gelen zararın ve uygun ne-

⁸¹ KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 284, Rn. 4; MünchKomm/Ernst, **a.g.e.**, § 284, Rn. 6; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 284, Rn. 3; 8-9.

⁸² Daha önceden de açıkladığımız gibi zarar gören, BK.m.96'daki kusur karinesi uyarınca zarar verenin kusurunu ispat yükü altında değildir. Bilakis sorumluluktan kurtulmak isteyen zarar veren, kusurunun bulunmadığını kanıtlamak zorundadır.

densellik bağının ispatındaki güçlük, olumsuz zararda da karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple diğer zarar türlerinde olduğu gibi olumsuz zararda da, ispat külfetini kolaylaştırıcı prensiplerden yararlanmak âdeta kaçınılmaz bir gerekliliktir. Kanun koyucunun zararın gerçek miktarının ispat edilemediği hâller için BK.m.42 hükmüyle getirdiği özel kural, BK.m.98/f.II'nin atfıyla olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde de uygulama alanı bulur. Anılan düzenleme uyarınca, olumsuz zarar talebinde bulunanın, uğramış olduğu malvarlığı kayıplarının hakiki miktarını kanıtlamasının mümkün olmadığı hâllerde, hâkim hayatın olağan akışını ve zarar görenin aldığı tedbirleri dikkate alarak, hakkaniyete uygun olarak meydana gelen zarar miktarını tayin edecektir⁸³.

Olumsuz zararın kapsamında yer alan fiilî zarar (*damnum emergens*) kalemlerinin varlığını ortaya koymak, zarar gören bakımından oldukça zahmetli bir iş değildir. Zira zarar gören, amaçladığı işlemsel temasın aktiflerinin azalmasına veya pasiflerinin çoğalmasına yol açtığını her türlü delille ispatlama imkânına sahiptir. Örneğin sözleşmenin kurulması ve/veya ifası için yapılan masraflara, ödenen harçlara ilişkin makbuzlar getirebileceği gibi, bunların yapıldığı tarihte geçerli olan fiyat tariflerini göstermekle de yetinebilir. Ancak günlük hayatın gerçekleri karşısında, olumsuz zararı oluşturan fiilî zarar kalemlerinin hepsi için bir belgenin düzenlenmiş olmasında ısrar etmek veya vaktiyle düzenlenen belgelerin sözleşmenin hüküm ifade etmeme riskine karşı saklanması aramak, isabetli bir tutum olmayacaktır. Çünkü sözleşme görüşmeleri aşamasında iyiniyetli görüşmeci, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvendiği için, bu yolda yapmış olduğu güven yatırımlarını da çoğu zaman belgeme ihtiyacını duymayacaktır. Dolayısıyla olumsuz zarar talebinde bulunanın, malvarlığındaki fiilî azalmaları ispat etmede güçlük yaşadığı hâllerde, BK.m.42 hükmü devreye girecektir; hâkim, takdir yetkisine dayanarak, işlemsel temas nedeniyle ortaya çıkan fiilî zarar miktarını hayatın olağan akışı çerçevesinde tayin edecektir. Örneğin hükümsüz bir taşınmaz satışının ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, uygun nedensellik bağı çerçevesinde zarar görenin malvarlığında ne tarz kayıplara yol açtığı (sözleşme kurma masrafları, ifanın gerçekleşeceği inancıyla ya-

⁸³ BK.m.42'de, her ne kadar sadece zararın hakiki miktarının ispatından söz edilmiş olsa da, bu hüküm, davacının bir zarara uğrayıp uğramadığının ispata muhtaç olduğu hâllerde de uygulama alanı bulur. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 99, dn. 59.

pılan harcamalar ve bu esnada uğranılan zararlar vs.), hayatın olağan akışı uyarınca tespit edilecektir⁸⁴.

Olumsuz zararın bir diğer kısmını oluşturan yoksun kalınan kârın ispatlanması ise, fiilî zarar kadar basit değildir⁸⁵. Zira güvenilen sözleşme nedeniyle başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan zarar, farazî bir durumun tespitine dayanmaktadır. Bu nedenle olumsuz zarar talebinde bulunan zarar görenin, kaçırmış olduğu sözleşme yapma teklifini somut olarak ispat etmek zorunda olup olmadığı, başlıca bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kanaatimizce ispat yükünün yerine getirilmesini kesinlik derecesine varan sıkı şartlara bağlamaktan ve böylece zarar göreni, yerine getiremeyeceği külfetin altına sokmaktan kaçınmak gerekir. Zira yokun kalınan kârın kesin bir şekilde kanıtlanması oldukça zor olduğundan, zarar görenden, kâr mahrumiyetini ve nedensellik bağını somut delillerle ortaya koymasını aramak, onun tazminat talebinin çoğu zaman karşılıksız kalmasına yol açacaktır. Amaçladığı sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen bir kimsenin, o sırada başka sözleşme teklifleriyle de somut olarak ilgilenmesini şart koşturmak, ondan beklenemeyecek bir tutum olacaktır. Nitekim doktrindeki baskın görüş de, zarar görenin kaçırmış olduğu sözleşme teklifini somut olarak ispat etmesini (örneğin sözleşme teklifinde bulunan şahsı belirtmesini) gerekli görmemektedir⁸⁶. Hâkimin, somut delil ve ince hesap tekniklerinden ziyade, BK.m.42’de tanınmış olan takdir yetkisiyle yetinmesi gerektiği isabetli bir şekil-

⁸⁴ Yarg. 15. HD., 05.11.1999 t., E. 1999/2653, K. 1999/3919: “... Olumsuz zarar, yapılan giderler olmakla, bunların davacı yanca biçimine uygun kanıtlarla ispat edilmesi gerekir. Oysa alınan bilirkişi raporunda sözleşme ve fesih tarihi arasında geçen 20 gün içinde proje hazırlanmış, ruhsat başvurusu yapılmış, malzeme anlaşmaları, araç gereç temini yaptırmış kanaatiyle olumsuz zararın 500 milyon TL. olabileceği varsayımından hareket edilmiştir. Bu işlerin ve giderlerin yapıldığı kanıtlanmadıkça, bilirkişi kanaatiyle zararın varlığının kabul edilmesi doğru değildir. Dosyaya giren belgelere göre paylaştırılmamış ise, sözleşmenin noter giderleri bu zararlar içerisinde mahkemece doğrudan sorulup tesbiti mümkündür...” (Bkz. Yasa Hukuk Dergisi, 2000, s. 1371).

⁸⁵ Olumlu zarar çerçevesinde kâr mahrumiyetinin talep edildiği hâllerde de, aynı sorun yaşanmaktadır. Yani farazî bir değerlendirmeye dayanan kâr yoksunluğunun tespitindeki güçlük, yalnızca olumsuz zarara mahsus değildir. Bu hususta bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 94 vd.

⁸⁶ Anex, **a.g.e.**, s. 166; Keller, M., **a.g.e.**, s. 279; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Buz, **a.g.e.**, s. 253 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 361, dn. 116; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 112; bkz. ve karşı. Schenker, **a.g.e.**, Rn. 754.

Zarar görenin, kaçırmış olduğu sözleşme fırsatını somut bir şekilde ispat etmesini arayan aksi yöndeki görüş için bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 107, dn. 105; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341, dn.244; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 290; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37; 155.

de ifade olunmaktadır. Buna göre hâkim, olumsuz zararın takdirinde, dar bir bakış açısıyla zarar verici olay olmasaydı, kesin olarak elde edilecek kârın varlığını aramamalıdır.

Zarar görenin başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını somut olarak ispat edemediği durumlarda, onun iş hacmine, müşteri çevresine, ticarî itibarına, o ana kadar yaptığı işlere ve amaçlanan sözleşmenin yapıldığı andaki piyasa şartlarına göre, başka bir sözleşme yapma imkânına sahip olduğu yolunda bir kanaatin edinilmesi, gerekli ve yeterli sayılmalıdır⁸⁷. Hele amaçlanan sözleşmenin rayiç bedel üzerinden yapıldığı hâllerde, bu sonucu evleviyetle kabul etmek gerekir; yani zarar görenin, hükümsüz sözleşmedeki bedelle aynı olan rayiç değer üzerinden başka bir sözleşme yapma fırsatını artık kaçırdığını ortaya koyması, yoksun kaldığı kâra ulaşması için yeterli görülmelidir⁸⁸. Nitekim Yargıtay'ın son zamanlardaki uygulaması da hep bu yöndedir⁸⁹.

⁸⁷ Buz, **a.g.e.**, s. 254.

⁸⁸ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 152; Buz, **a.g.e.**, s. 254. Aksi yönde bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341, dn.244; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 290.

⁸⁹ Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1: "... Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkeye bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğindir. İhaleye davalıdan başka kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmemiştir..." (YKD., 1990, S. 6, s. 793).

Yarg. 13. HD., 24.03.2003 t., E. 2002/14474, K. 2003/3286: "... Dairemizin öteden beri sapma göstermeyen ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiş bulunan kararlarına göre, davacının menfi zararının saptanmasında, ilk ihaleye davalının dışında katılanların bulunması halinde, davalının teklifinden sonraki en iyi teklif ile ikinci ihale fiyatı arasındaki fark esas alınmalı, şayet birinci ihalede davalıdan başka kimse ihaleye iştirak etmemiş veya davalıdan sonraki en iyi teklifin belirlenmemesi halinde birinci ihale tarihindeki piyasa cari fiyatıyla ikinci ihale bedeli arasındaki fark ile bu bağlamda ve bu amaçla yapılmış olan tüm giderler esas alınmalıdır. Değinen bu hususlar doğrultusunda belirlenen bedel davacının olumsuz zararını gösterir. Dava dilekçesindeki açıklamalardan ve istek kapsamından davacının talebinin menfi zarar olduğu anlaşılmaktadır..." (Bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 15. HD., 10.04.2002 t., E. 2001/5701, K. 2002/1742: "... O halde mahkemece yapılacak iş, var ise davalı ile sözleşme yapılmadan önce en yakın teklifte bulunan kimse ile -yoksa sözleşme tarihinde en yakın teklifin ne olması gerektiğinin bilirkişice saptanması suretiyle- sözleşme yapmak fırsatının kaçırılması sonucu, bu teklif fiyatı ile fesihden sonra yapılan sözleşme arasındaki farka hükmetmekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulunun ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulamaları da bu yöndedir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 15. HD., 23.02.1998 t., E. 1998/73, K. 1998/627: "... Sözleşmenin yapıldığı 11.10.1991 tarihinde davalının dışında bir başka yüklenicinin verebileceği en yakın fiyatlarla, işin kalan kısmı kaçta yapılacak idiyse, bulunacak o bedel ile sözleşmeden dönen davacının, kalan işi yaptırmak i-

Zarar görenin karşılaşılabileceği güçlükleri aşmak için onun lehine tanınacak bu ispat kolaylığının, olumsuz menfaate yönelik tazminat talebini, zarar şartından bağımsızlaştırdığı sanılmamalıdır. Zira olumsuz zarar istemi her durumda, zararın gerçekleşmiş olması koşuluna bağlıdır; kaybın olmadığı yerde tazminata da yer yoktur. Dolayısıyla hâkim olumsuz zararı takdir ederken, zarar gören tarafından ileri sürülen mübalâğlı hesapları da kabul etmemelidir. Burada vurgulanmak istenen sadece, tazminat talebinde bulunan sözleşenin, kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkarılması yüzünden zarara uğrayıp uğramadığının tespitinde, yardımcı araç olarak yukarıda ölçütlere başvurulabilmesidir.

Olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti miktarının belirlenmesinde, öğretideki bazı yazarlar⁹⁰, ticarî işlerde eşitlik karinesinden söz etmektedirler. Anılan düşünceye göre, hükümsüz kalan sözleşmenin, o sırada geçerli olan rayiç bedel üzerinden yapıldığı, ticarî işlerde karine olarak kabul edilmelidir. Sözleşmeye güven sebebiyle yoksun kalınan kârı, hükümsüz sözleşmedeki ifa menfaatine denk düşür-

çin yeni yükleniciye ödemediği bedel arasındaki fark, olumsuz zarar kapsamında kalan "Daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan" zararı teşkil eder..." (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 631).

Yarg. 15. HD., 29.03.2005 t., E. 2004/5189, K. 2005/1857 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 19.04.2004 t., E. 2003/5541, K. 2004/2201 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 19.01.2004 t., E. 2003/9475, K. 2004/199 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 06.11.2003 t., E. 2003/1714, K. 2003/5274 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 14.10.2002 t., E. 2002/3327, K. 2002/4594 (YKD., 2003, S. 5, s. 743); Yarg. 13. HD., 31.01.2002 t., E. 2001/11083, K. 2002/891 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD. 19.12.2000 t., E. 2000/3861, K. 2000/5592 (YKD., 2001, S. 4, s. 554); Yarg. 15. HD., 08.11.2000 t., E. 2000/2826, K. 2000/4884 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 15. HD., 03.02.1997 t., E. 1997/47, K. 1997/556 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 13. HD., 25.11.1994 t., E. 1994/8919, K. 994/10468 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yarg. 19. HD., 27.01.1994 t., E. 1993/7910, K. 1994/550 (YKD., 1995, S. 3, s. 458); Yarg. 19. HD., 26.11.1993 t., E. 1992/9997, K. 1993/8033 (YKD., 1994, S. 10, s. 1658); Yarg. 15. HD., 15.11.1993 t., E. 1993/584, K. 1993/4589 (YKD., 1994, S. 6, s. 938); Yarg. 13. HD., 25.05.1993 t., E. 1993/2905, K. 1993/4544 (YKD., 1993, S. 11, s. 1679-1680); Yarg. 15. HD., 16.11.1992, E. 1992/1606, K. 1992/5313 (YKD., 1993, S. 5, s. 735); (Uygur, C. 3, s. 3696); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 13-201, K. 294 (ABD., 1990, s. 823); Yarg. 13. HD., 24.06.1987 t., E. 1987/2599, K. 1987/3778 (YKD., 1989, S. 1, s. 67).

⁹⁰ Rabel, **a.g.m.**, s. 327; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Anex, **a.g.e.**, s. 168 (ancak bu son yazar, kendi görüşünü açıkça ortaya koymamıştır); ayrıca bu yöndeki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 49 II 28 vd.

Yargıtay da önüne gelen bir olayda, açıkça bu karineye dayanmamakla birlikte aynı sonuca varan ifadeler kullanmıştır: "... O halde ihale ya da alınan tekliflere dair evrakin ibraz ettirilmesi ve bu yönüyle "kaçırılan fırsatın" saptanması menfi zararın hesaplanması için zorunludur. Böyle bir teklif olmadığı kanıtlanmadığı halde ve ancak o zaman kaçırılan fırsatın yüklenici teklifine denk olduğu kabul edilebilir..." Bkz. Yarg. 15. HD., 26.03.1992 t., E. 1991/4076, K. 1992/1584 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

meye çalışan bu görüşü isabetli bulmak, kanaatimizce mümkün değildir⁹¹. Zira bu yöndeki bir çözüme kanunî dayanak bulunamayacağı gibi, getirilmek istenen karine hayatın olağan akışına da aykırıdır. Ticarî faaliyetleri çerçevesinde işlem yapanların, genellikle o andaki en uygun teklif üzerinden sözleşme ilişkisine girdikleri göz ardı edilemeyecek bir yaşam gerçeğidir. Dolayısıyla böyle bir karinenin, gerek taraflar arasındaki menfaat dengesiyle gerek tazminatın giderici işleviyle bağdaşmadığı aşikârdır. Ayrıca olumsuz zarardaki kâr mahrumiyetinin, amaçlanan sözleşmedeki olumlu zarara denk düştüğünü karine olarak kabul etmek, sözleşmenin hükümsüzlüğü hâlinde ifa menfaatinin istenemeyeceği yolundaki temel prensibin de dolanılmasına yol açar.

Bununla birlikte, amaçlanan sözleşmenin *hakikaten de*, rayiç bedel üzerinden yapılması ve böylece olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyetinin, hükümsüz sözleşmedeki ifa menfaatine denk düşmesi mümkündür⁹². Ancak bunun için, amaçlanan sözleşmedeki bedel ile o tarihte geçerli olan cari fiyatın araştırılarak karşılaştırılması gerekmektedir; bunu yapmadan soyut bir eşitlik karinesinden yola çıkmak mümkün değildir. Hükümsüz sözleşmedeki bedel ile cari fiyatın birbiriyle aynı olduğunun tespit edildiği hâllerde, karine olarak kabul edilecek tek husus, güvenilen sözleşme görüşmeleri olmasaydı zarar görenin aynı sözleşmeyi yine cari fiyat üzerinden başkalarıyla yapma imkânına sahip olduğudur⁹³.

Sözleşme konusunun rayiç değerinin bulunmadığı ya da sözleşmenin rayiç bedel üzerinden yapılmadığı hâllerde, yoksun kaldığı kârı somut olarak ispat edemeyen zarar görenin olumsuz zararı hayatın olağan akışı çerçevesinde hesaplanırken, hükümsüz sözleşmedeki bedeli esas alan eşitlik karinesinden yararlanmak evleviyetle mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde hâkim, BK.m.42'nin tanıdığı olduğu takdir yet-

⁹¹ Bezer yönde bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 256-258. Yazar, eşitlik karinesinin, olumlu ve olumsuz zararın karine olarak eşit sayılması sonucunu doğuracağını ve bu sebeple de kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak bu gerekçe şu açıdan doğru değildir. Böyle bir kurgu içinde sadece her iki zarar türünün kapsamındaki kâr mahrumiyetleri birbirine denk düşer; her birine özgü fiilî zarar kalemlerinin eklenmesiyle olumlu ve olumsuz zarar miktarı, toplamda yine çoğu kez farklı olur.

⁹² Olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyetinin, ifa menfaatine denk düştüğü hâller için bkz. yuk. IV. Bölüm, A 2 b.

⁹³ Buz, **a.g.e.**, s. 257.

kisi uyarınca, hükümsüz sözleşmenin yapıldığı tarihteki piyasa şartlarını göz önünde bulundurarak, kaçırıldığı kabul edilen sözleşme teklifinin miktarını belirleyecektir⁹⁴.

Olumsuz zararın gerçek miktarının tespit edilememesi nedeniyle BK.m.42 uyarınca hayatın olağan akışı kıstasına başvurulduğu hâllerde, tazminat sorumlusunun, somut olayda gerçekleşen zararın daha az miktarda olduğunu kanıtlaması elbette ki mümkündür.

Kaçırılan teklifin, yani hükümsüz sözleşmeye ilişkin görüşmeler hiç yapılmayıp içinde bulunulacak farazî durumun ispatına ilişkin açıklamalar, zarar görenin fiilen içinde bulunduğu durumun kanıtlanmasıyla karıştırılmamalıdır. Yani zarar gören, *sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden daha elverişsiz şartlar içeren yeni bir sözleşme yaptığını veya yapacağını somut bir şekilde ispatlamalıdır*⁹⁵. Çünkü hükümsüz sözleşmeyle aynı türden yeni bir sözleşme yapmaktan vazgeçen veya kaçırdığı fırsatla aynı şartlar altında başka bir sözleşme yapma imkânına hâlâ sahip olan bir kimse- nin, olumsuz zarar kapsamında tazmin edilmesi gereken herhangi bir kâr mahrumiyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte zarar görenin, yoksun kaldığı kârı isteyebilmesi için her zaman aynı türden yeni (*ikame*) bir sözleşme yapmasına da gerek bulunmamaktadır. Amaçlanan sözleşmedeki edimin rayiç değerinin bulunduğu hâllerde, olumsuzun zararın, aynen ifa menfaatinde olduğu gibi *soyut yöntemle* hesaplanması mümkündür⁹⁶.

⁹⁴ Amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin çeşitli sebeplerle rayiç bedelin altında kararlaştırıldığı hâllerde, yoksun kalınan kârın, yapılacak araştırma neticesinde olumlu zarardan daha yüksek çıkması, elbette ki mümkündür. Bu hususta bkz. yuk. IV. Bölüm, A 2 b.

⁹⁵ Yarg. 15. HD., 28.06.2004 t., E. 2003/6730, K. 2004/3623: “... Bu bakımdan sözleşmeden dönen arsa sahiplerinin bilirkişilerce doğru olarak nitelendirildiği üzere kaçırılan fırsat adı altında olumsuz zararını isteyebilmesi için bu zarara fiilen uğramaları, ikinci sözleşmeyle uğrayacakları zararları mahkemede fiilen kanıtlamaları gerekmektedir...” (Yargı Dünyası, Tanıtım Sayısı 2005, s. 229).

⁹⁶ Becker, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; Soergel/Leptien, **a.g.e.**, § 179, Rn. 18; aksi yönde bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341, dn.244; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 290.

Yargıtay da bazı kararlarında olumsuz zararın hesabında soyut yöntemle başvurmuştur: “... Olaydaki menfi zararın hesabında izlenecek yol ise, yukarıdan beri yapılan açıklamaların ışığında; idarenin sözleşmeyi feshettiği 10.4.1995 tarihine ikinci ihale yapılması için geçecek makul süre ilavesiyle ikinci ihale o tarihte yapılsaydı ikinci ihale tarihindeki sözleşme fiyatları'nın bulunmasıyla 12.11.1993 tarihli sözleşme fiyatları arasındaki farkı bulmak olmalıdır. Başka bir anlatımla, BK.nun 108. maddesindeki davacı idarenin menfi zararı budur...”. Bkz. Yarg. 15. HD., 24.05.2004 t., E. 2004/1210, K. 2004/2834 (YKD., 2004, S. 11, s. 1717-1718).

7. Denkleştirme

Zararın belirlenmesine ilişkin unsurlardan biri olan denkleştirme kurumu⁹⁷, hiç şüphesiz ki, olumsuz menfaatin hesaplanmasında da uygulama alanı bulacaktır⁹⁸. Çünkü zarar verici olay, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın malvarlığında bir yandan azalmaya neden olurken diğer yandan da bazı ekonomik yararlar sağlamış olabilir. Örnek olarak zarar görenin, amaçlanan sözleşmede kararlaştırılan bedeli elinde tutması sayesinde faiz geliri elde etmesi veya sözleşmenin ifa edileceği inancıyla tedarik ettiği malı kendi ihtiyaçları için kullanması hâllerinde durum böyledir. Eğer zarar görenin güveni hiç uyandırılıp boşa çıkarılmasaydı, o bu tarz yararları ancak başka bir işlem yapmakla elde edebilecekti. İşte bu yüzden ki, sağlanan ekonomik menfaatlerin tespit edilen zarar miktarından düşülmesi gerekmektedir; aksi takdirde tazminatın zararı giderme fonksiyonuna aykırı olarak zarar gören sözleşmenin hükümsüzlüğü sayesinde zenginleşmiş olur.

Müşterek hukuktan beri gelen ilke uyarınca, tespit edilen zarar miktarından, sağlanan yararların mahsup edilmesi işlemine, denkleştirme (*compensatio lucri cum damno*) adı verilmektedir⁹⁹. Zarar verici olayın doğurmuş olduğu ekonomik menfaatlerin, brüt zarar miktarından düşürülmesiyle, zarar görenin uğramış olduğu “*net zarar*” hesaplanmış olur¹⁰⁰. Zarar görenin elde ettiği yararlar, malvarlığının aktifinin artması veya pasifinin azalması şeklinde olabileceği gibi, aktifinin azalmasına yahut pasifinin artmasına engel olma biçiminde de ortaya çıkabilir. Ancak vurgulanmalıdır

⁹⁷ Denkleştirme işlemi, zararın hesaplanmasıyla ilgili bir sorundur. Şayet denkleştirme, zararın hesaplanması yerine, tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınır, ödenmesi gereken tazminat miktarı zarar gören aleyhine farklılaşır. Bu durum, özellikle de zarar görenin birlikte kusuru yüzünden tazminatta BK.m.44 uyarınca bir indirim yapılması gerektiği hâllerde, belirgin şekilde ortaya çıkar. Örneğin (A), (B)'ye 5.000 YTL'lik zarar vermiş; zararın doğmasında %50 kusuru bulunan (B) de bu eylem sonucunda 1000 YTL'lik ekonomik yarar elde etmiştir. Yarar, zararın hesaplanmasında bir unsur olarak kabul edildiği takdirde, brüt zarar 4.000 YTL, tazminat ise 2.000 YTL olacaktır. Buna karşılık, yarar, tazminatın bir unsuru olarak görülürse, brüt zarar, 5.000 YTL, tazminat ise $5.000 \text{ YTL} \times \%50 = 2.500 \text{ YTL} - 1000 \text{ YTL} = 1.500 \text{ YTL}$ olacaktır. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 698; 701; Akunal, **a.g.e.**, s. 16; 141-142; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 272; ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 589-590; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 300.

Zarar kavramı ve denkleştirme kurumu arasındaki ilişki için bkz. yuk. I. Bölüm, A 2 a-c.

⁹⁸ Bkz. Yarg. 15. HD., 16.11.1992 t., E. 1992/1606, K. 1992/5313 (YKD., 1993, S. 5, s. 735).

⁹⁹ Denkleştirme hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akunal, **a.g.e.**, s. 3 vd.

¹⁰⁰ Denkleştirme aynen olabileceği gibi, nakden de olabilir. Nakden denkleştirme, elde edilen yararların parasal değerlerinin hesaplanarak, brüt zarar miktarından düşülmesini; aynen denkleştirme ise, zarar miktarına dokunmayıp sağlanan menfaatlerin tazminat sorumlusuna olduğu gibi bırakılmasını ifade eder (örneğin hurdaya dönen arabanın zarar verene teslim edilmesi gibi).

ki, her türlü yarar değil, sadece fiilen gerçekleşmiş¹⁰¹ ya da en azından ileride elde edileceği normal olarak beklenebilen ekonomik menfaatler denkleştirmede dikkate alınır. Ayrıca denkleştirmenin gerçekleşebilmesi için, yarar ile zarara sebebiyet veren olay arasında uygun nedensellik bağının da bulunması gerekmektedir¹⁰². Yani elde edilen ekonomik menfaat, yaşam deneyimlerine göre zarar verici eylemin normal bir sonucu olmalıdır; bu bağlamda rastlantısal veya olağan dışı bir şekilde ortaya çıkan yararlar (örneğin yıkılan bir evin zemininde define bulunması gibi) denkleştirmeye konu olmaz.

Yine zarar görenin kendi özel gayretleri ve ticarî yeteneği sayesinde elde ettiği yararlar da, denkleştirmeye tâbi tutulmaz¹⁰³. Söz gelimi hükümsüz satış sözleşmesi nedeniyle yaptığı masrafların tazminini talep eden satıcı, aynı malı bir başkasına daha sonradan yüksek bir fiyatla satabilmişse, onun ikinci satıştan sağladığı kazanç, hükümsüz borç ilişkisi nedeniyle uğradığı olumsuz zarara mahsup edilmez; sadece ikinci satışın gerçekleşmesine katkıda bulunan masraflar (örneğin sözleşme yapmak üzere İstanbul'dan İzmir'e giden zarar görenin, amaçladığı sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle yine İzmir'de yaşayan bir başkasıyla sözleşme yapması hâlinde, yol masrafları) vs., denkleştirmede dikkate alınır. Bunun yanı sıra, enflasyonun etkisiyle sözleşme konusunun değerinde meydana gelen artışlar da denkleştirmeye konu olmaz. Zira zarar gören, amaçlanan sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı edim için bir başkasından daha yüksek bedel elde edebilme imkânına kavuşmuş olsa da, enflasyona bağlı olarak söz konusu edimin tedarik bedeli de (örneğin üretim maliyetlerinin artması gibi) yükselmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde, ortaya çıkan zarar ile denkleştirilmesi gereken bir menfaatten söz edilemez. Zaten enflasyon dönemlerinde akılcı olan, sözleşme konusunu saklayarak onun değer kazanmasını bek-

¹⁰¹ Yararın zarara mahsup edilmesi, ancak gerçekleşen ekonomik menfaatlerde söz konusu olduğundan, zarar görenin kusurlu davranışıyla yararın meydana gelmesine engel olduğu hâllerde, denkleştirme uygulama alanı bulmaz. Bu ihtimalde hâkim, gerçekleşmesi önlenen yararı, zarar görenin zararı azaltma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirip, bunu zarardan değil hesaplanacak tazminattan mahsup edecektir. Bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 143-146; Eren, **a.g.e.**, s. 700.

¹⁰² von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 102-103; Akünal, **a.g.e.**, s. 93 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 555; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 268; Keller, M., **a.g.e.**, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 587-588; Buz, **a.g.e.**, s. 273; Eren, **a.g.e.**, s. 700-701; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 300.

¹⁰³ Buz, **a.g.e.**, s. 274; bu ihtimalde, hâkimin BK.m.44/f.1'i kıyasen uygulayarak hesaplanacak zararda indirim yapabileceği yönünde bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 700.

lemek değil, en kısa sürede edimi elden çıkararak, yenilerini almak ve bunları tekrar piyasaya sürerek kâr elde etmektir¹⁰⁴.

Hâkim, denkleştirme kuralını re'sen uygular; böylece dosyadan düşülmesi gereken bir yararın varlığını gördüğü takdirde, bunu kendiliğinden hesaplamada dikkate alır. Bu hâliyle, yararın zarardan düşülmesi, hukukî niteliği itibarıyla bir itirazdır¹⁰⁵. Ortaya çıkan yararlanmanın varlık ve miktarını ispat yükü, bunu iddia eden zarar verene düşmektedir. Ancak tam olarak kanıtlanamayan yararların tespitinde, hâkim BK.m.42/f.II'nin tanıdığı takdir yetkisini kullanacaktır.

Zararın tespitinde hangi tarih esas alınıyorsa, mahsup edilecek ekonomik menfaat bakımından da aynı tarih dikkate alınacaktır. O tarihte gerçekleşmiş olan yararlar ile ileride elde edilmesi normal olarak beklenen gelecekteki yararlar¹⁰⁶, meydana gelen zararlarla denkleştirilecektir.

¹⁰⁴ Buz, **a.g.e.**, s. 274.

¹⁰⁵ Akünal, **a.g.e.**, s. 133-135; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 273; Eren, **a.g.e.**, s. 698; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 557.

Zarar görenin tazminat alacağına karşılık, zarar verenin denkleştirilecek yararlar üzerinde bağımsız bir alacak hakkı bulunmadığından, denkleştirme, hukukî niteliği itibarıyla takas niteliğinde değildir. Bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 24 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 699.

¹⁰⁶ Gelecekteki yarar, gerçekleşen yarar ile aynı davada ileri sürülebileceği gibi, usul hukuku kuralları izin verdiği ölçüde, daha sonradan açılacak bir dava da ileri sürülebilir; hatta bu hususta, bir tespit davası açmak da mümkündür. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 699; ayrıca bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 273. Karş. Akünal, **a.g.e.**, s. 137-140.

B. OLUMSUZ ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN ESASLAR

1. Genel Olarak Tazminat Kavramı

Hem haksız fiiller hem de sözleşmeler hukuku alanında söz konusu olan tazminat yükümlülüğü¹⁰⁷, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak farazî durumun ekonomik açıdan yeniden tesis edilmesini sağlamak üzere bir başka şey ya da miktarın zarar görene verilmesidir¹⁰⁸. Doktrinde baskın olarak kabul edildiği üzere¹⁰⁹, tazminatın amacı, bir kimsenin uğramış olduğu zararın, sorumlu tutulan kimse tarafından tamamen veya kısmen giderilmesidir (*Ausgleichsprinzip*)¹¹⁰.

Tabi hiç şüphe yok ki, tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için zararın, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk sebebine dayanması gerekir; böyle bir sorumluluk sebebi mevcut değilse, meydana gelen kayıplara zarar görenin bizzat kendisi katlanacaktır (*casum sentit dominus*).

Tazminat ödeme yükümlülüğü doğuran borç ilişkisi dikkate alındığında zarar verenin giderim borcu, haksız fiillerde aslî, sözleşmeler alanında ise, interesse kavramıyla şekillenen tali bir nitelik taşımaktadır.

¹⁰⁷ Arapça bir kökene sahip olan tazminat kavramı, aslında “*tazmin*” kelimesinin çoğuludur; bununla birlikte dilimizde tekil anlamda kullanılmaktadır.

¹⁰⁸ Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 60; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 66; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 114; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 581; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 490; Karahasan, **C. 1**, s. 95-96.

¹⁰⁹ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 114; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 8; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 4; Larenz, **a.g.e.**, s. 424; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 9-11; Becker, **a.g.e.**, Art. 43, Rn. 2; Art. 97, Rn. 26; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 33; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 2; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, dn. 113; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 581; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 573; Magnus, **a.g.e.**, s. 28; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 3; Merz, **a.g.e.**, s. 192; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 5; 14; Eren, **a.g.e.**, s. 472; 697; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 34; Roberto, **a.g.e.**, s. 10; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 169 vd.

¹¹⁰ Tazminatın giderici (telâfi edici) amaca sahip olduğunu kabul eden baskın görüşün yanı sıra, tazminatın amacına yönelik olarak doktrinde başka görüşler de ileri sürülmektedir (Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 9-13; Larenz, **a.g.e.**, s. 423 vd.; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 33-36; Magnus, **a.g.e.**, s. 28; Deutsch, **a.g.m.**, s. 79; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 169 vd.):

- 1) Hakkın Devam Ettirilmesi veya Takip Edilmesi Amacı (*Rechtsfortsetzungsgedanke/ Rechtsverfolgungsgedanke*)
- 2) Cezalandırma Amacı (*Pönalgedanke*)
- 3) Önleme Amacı (*Präventionsprinzip*)

Ortaya çıkan zararın giderilmesi dışında, zarardan sorumlu olan kimsenin, tazminat ödeme yoluyla ayrıca cezalandırılmasını öngören bir gaye¹¹¹, sorumluluk hukukumuzda ters düşen bir anlayıştır¹¹². Zaten Borçlar Kanunumuz, Roma hukukundan farklı olarak¹¹³ zararın telâfi edilmesi amacını esas almış ve buna bağlı olarak

¹¹¹ Anglo-Amerikan sisteminde ise, özellikle de borçlunun davranışının kınanabilecek nitelikte olduğu durumlarda, cezalandırıcı işleve sahip tazminata (*punitive damages*) hâkimler tarafından hükmedilebilmektedir. Bkz. Gerhard Wagner, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe”, **AcP** 206, 2006, s. 471 vd.; Christian Lenz, **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Zürich, Schulthess, 1992, s. 20 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 37; Medicus, **Schuldrecht**, Rn. 581; Magnus, **a.g.e.**, s. 31 vd.

¹¹² Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 13; Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 43, Rn. 2; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 551, dn. 226; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 35; Becker, **a.g.e.**, Art. 43, Rn. 2; Pöggeler, **a.g.m.**, s. 506; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 3; bu hususta ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Wagner, **a.g.m.**, s. 451 vd.

Fakat belirtmek gerekir ki, manevî tazminatın, zararın giderilmesi dışında cezalandırıcı bir amaca sahip olduğu (özel hukuk cezası niteliğini taşıdığı) doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Hatemi), **a.g.e.**, § 10, N. 1.

Yargıtay, manevî tazminatın cezalandırıcı bir amaca sahip olmadığını, 1966 yılında vermiş olduğu bir içtihadî birleştirme kararının gerekçesinde açıkça belirtmiştir. Bkz. Yarg. İBK., 22.6.1966 t., E. 1966/7, K. 1966/7 (Bu karar için bkz. Resmî Kararlar Dergisi, 1966, s. 21-28.)

Genel kural bu olmakla birlikte, hukukumuzdaki bazı tazminat hükümleri, cezalandırıcı işleve sahiptirler. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu m.17’de fesih hakkını kötüye kullanan işveren bakımından getirilen kötü niyet tazminatı, aslında teknik anlamda bir tazminat değil, medenî bir cezadır. Zira götürü bir şekilde hesaplanan bu tazminat talebi için, işçinin herhangi bir zarara uğramış olması gerekmemektedir. Yine 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.58/f.II’de yer alan rekabetin sınırlandırılması hâlinde tazminat yükümlülüğüne ilişkin düzenleme de bir medenî ceza niteliğindedir. Zira bu hükme göre, “Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.

İsviçre’de de, bu tarz cezalandırıcı işleve sahip tazminat sorumluluğunu öngören hükümler bulunmaktadır. Örneğin hizmet sözleşmesinde fesih hakkının kötüye kullanılması (OR 336a) ile haksız derhal fesih hâllerinde (OR 337 c/f.II), işçinin sahip olduğu tazminat alacağı bu niteliktedir. Zira işçi, hiç zarara uğramasa ya da zararını ispat edemese bile, yine de tazminat talebinde bulunabilmektedir. Federal Mahkeme de, önüne gelen bir olayda (BGE 123 III 391 vd.), anılan tazminat taleplerinin, hem cezalandırıcı karakterinin bulunduğunu hem de işçinin uğramış olduğu zararın giderilmesine hizmet ettiklerini belirtmiştir. Bkz. Lenz, **a.g.e.**, s. 99 vd.; Lüchinger, **a.g.e.**, s. 16, dn. 29.

¹¹³ Modern hukukumuzda hâkim olan tazminatın cezalandırıcı bir işleve sahip olmadığı yönündeki prensip, Roma hukukunda tam anlamıyla benimsenmemiştir; zira tazminat ile cezalandırıcı unsur arasındaki ayrım yeteri derecede açıklığa kavuşturulmuş değildi. Örneğin *actio ex delicto/ maleficio*, *actio legis aquiliae*, *actio de effusis vel deiectis*, *iudex qui litem suam facit* hâllerinde tazminatın aynı zamanda cezalandırıcı işlevi de bulunmaktaydı. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 14.

Actio ex delicto/maleficio, haksız fiilden zarar gören kimse lehine bir para cezasının ödenmesini sağlamak amacıyla faile karşı açılan davadır. Bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 56.

Actio legis aquiliae, önceleri sadece köle ve sürü hayvanlarına, sonraları *actiones utiles* olarak her türlü mala verilen zararlarda, mal sahibinin uğradığı zararları tazmin etmek amacıyla açılan praetor davasıdır. Köle veya hayvan ölmüşse, son sene içerisinde ulaşmış olduğu en yüksek değerine hükümlü olduğu için bir ceza davası niteliğindedir. Bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 9.

tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde, zarar vereni değil, zarar göreni göz önünde bulunduran düzenlemeler getirmiştir.

Tazminatın zararı gidermeye yönelik amacı, sorumluluk hukukunda zenginleşme yasağını da beraberinde getirmektedir. Amaç, zararın telafisi olduğuna göre, zarar gören, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi, içinde bulunacağı farazî durumdan daha iyi bir hâle sokulmamalıdır. Dolayısıyla tazminat, meydana gelen zarar miktarını hiçbir zaman aşamaz; yani, zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek hadini teşkil eder¹¹⁴, zararın hiç oluşmadığı hâllerde, tazminat talebi de söz konusu olmaz.

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki, yukarıdaki açıklamalardan, meydana gelen zararın tamamının her zaman tazmin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira her ne kadar sorumluluk hukukuna esas itibarıyla tek bir zarar kavramı hâkim olsa da, “*meydana gelen zarar*” ile “*tazmin edilmesi gereken zarar*” kavramlarını; daha açık ifadeyle, zararın hesaplanması ile tazminatın takdir edilmesi aşamalarını birbirlerinden ayırmak gerekir¹¹⁵. Buna göre, ilk aşama olarak öncelikle “*meydana gelen zarar*”ın, fark ya da somut zarar teorisi çerçevesinde matematiksel bir yöntem ile hesaplanması gerekmektedir. Bu hesap sırasında, kusurun derecesi, zarar görenin birlikte kusuru, zarardan sorumlu olanın zor duruma düşecek olması

Actio de effusis et deiectis, bir binadan dışarıya bir şey atılması veya dökülmesi sonucunda meydana gelen zararın iki mislini, orada ikamet eden kimsenin kusursuz da olsa ödemesini öngören popularis praetor davasıdır; praetor’lar tarafından konulduğu için aynı zamanda haksız fiil benzeri (*quasi delictum*) bir nitelik taşımaktaydı. Bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 4.

Iudex qui litem suam facit, Iustinianus devrindeki haksız fiil benzerlerinden (*quasi delictum*) birisi olarak yine praetor’lar tarafından getirilen dava türü olup, hâkimin gerek kastı gerek ihmali ile büyük bir hata işlemesi neticesinde taraflardan birisine zarar vermesi hâlinde açılmakta idi. Bkz. Umur, **a.g.e.**, s. 126.

¹¹⁴ Anglo-Amerikan hukukunda ise, zararın hiç ortaya çıkmadığı ya da ispatlanamadığı hâllerde, mahkemece, zarar görene göstermelik olarak bir tazminat (*nominal damages*) ödenmesine karar verilebilmektedir; böylece zarar görenin, hukuk düzenince koruma altında olan haklarının ihlal edilmiş olduğu mahkemelerce saptanmış olmaktadır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 36; Schlechtriem, **a.g.m.**, s. 237.

¹¹⁵ Zararın hesaplanması ile tazminatın takdir edilmesi (bu iki aşama) arasındaki ayrımın uygulamada yeterince vurgulanmadığı yönündeki açıklamalar için bkz. Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, dn. 116; Roberto, **a.g.e.**, s. 270.

gibi indirim sebepleri dikkate alınmaz; bunlar ancak, ikinci aşama olarak adlandırılan “*tazmin edilmesi gereken zarar*”ın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur¹¹⁶.

Hâkim, zararın hesaplanmasından sonra gelen ikinci aşamada, BK.m.43-44 hükümleri uyarınca sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak, “*meydana gelen zarar*”ın ne kadarının tazmin edilmesi gerektiğini; yani zararın ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanacağını, ne kadarının ise zarar görenin üzerinde kalacağını; kısacası tazminatın miktarını tayin eder¹¹⁷. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, meydana gelen zarar, tazminatın en önemli faktörü olsa da, onun aynadaki resmi gibi değildir¹¹⁸. Çünkü tazminatın belirlenmesi, sadece uğranılan zararın tespitinden oluşmamakta, ayrıca çeşitli ölçütlere bağlı değerlendirmelerin de yapılmasını gerektirmektedir.

Tazminat kavramına yönelik olarak yukarıda yaptığımız genel açıklamalar, olumsuz zarardan sorumlulukta da aynen geçerliliğini korumaktadır¹¹⁹. Zira olumsuz zarar tazminatının belirlenmesinin, diğer zarar türlerinden farklı herhangi bir özelliği bulunmamaktadır. Tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak Borçlar Kanunumuzun haksız fiiller bölümünde yer alan genel hükümler (BK.m. 43-44), BK.m.98/f.II'nin atfi sayesinde sözleşmesel alana özgü olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde de uygulama alanı bulur.

¹¹⁶ Zararın belirlenmesi ile tazminatın takdiri arasındaki sıranın karıştırılması hâlinde yanlış sonuçlar ortaya çıkacaktır. Örneğin zarar görenin birlikte kusurundan ötürü meydana gelen zararın hesabında daha düşük bir miktar esas alınır ya da tam tersine zarar verenin kastı veya ağır ihmali nedeniyle zararın miktarı daha yüksek hesaplanırsa, hukuken isabetli olmayan neticelerle karşılaşılır. Bkz. Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 2, Rn. 81; Roberto, **a.g.e.**, s. 270-271; ayrıca bkz. Yarg. 4 HD., 29.12.1978 t., E. 1978/3173, K. 1978/15053 (Yasa Hukuk Dergisi, 1979, s. 558).

¹¹⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 7, Rn. 1 vd.; Merz, **a.g.e.**, s. 214 vd.; Schwenger, **a.g.e.**, § 16, Rn. 1 vd.; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 62 vd.; Becker, **a.g.e.**, Art. 43, Rn. 8 vd.; Roberto, **a.g.e.**, s. 270 vd.; Rey, **a.g.e.**, Rn. 395 vd.; Keller/Syz, **a.g.e.**, s. 96 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 577 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 590 vd.; von Büren, **a.g.e.**, s. 53 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 728 vd.; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, 497 vd.; Alman hukukundaki durum için bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 534 vd.

¹¹⁸ Pöggeler, **a.g.m.**, s. 506.

¹¹⁹ Olumsuz zarardan sorumluluğun kusura dayanmadığı hâllerde, zarar verenin kusurunun derecesi, tazminat miktarının belirlenmesinde elbette ki bir rol oynamayacaktır.

2. Tazminat Türü Olarak Aynen ve Nakden Tazmin

Gerek Roma hukukunda gerek müşterek hukukta, tazminat sadece bir miktar paranın ödenmesinden ibaret iken¹²⁰, bugün artık zarar verici olayın ortaya çıkardığı kayıpların giderilmesi, aynen ya da nakden tazmin şeklinde iki farklı türde olabilmektedir. Bu bağlamda olumsuz menfaatin karşılanması da, iki biçimde gerçekleşebilir.

Tazminat türlerinden hangisinin uygulama alanı bulacağına karar verme yetkisi, münhasıran hâkime aittir. Aynen tazmine öncelik veren Alman (BGB § 249) ve Avusturya (ABGB § 1323) hukuklarının aksine, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde tazminat türleri arasında böyle bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır¹²¹. BK.m.43/f.I'e göre hâkim, sadece tazminat miktarını değil, ayrıca tazminatın türünü de belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptir¹²². Böylece hâkim somut olayın özelliklerini de dikkate alarak zararın, belli bir miktar paranın ödenmesiyle ya da bunun dışındaki bir yolla giderilmesine karar verebilir¹²³. Bu takdir yetkisi çerçevesinde hâkim, zararın kısmen nakden kısmen de aynen tazmin suretiyle giderilmesine de (örnek olarak hasara uğrayan arabanın tamir edilmesinin yanı sıra arabanın ticarî değerinde meydana gelen azalmanın da parasal olarak tazmin edilmesine) hükmedebilir.

¹²⁰ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 114; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 64; Roberto, **a.g.e.**, s. 134; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 59; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 161; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 52; Schwarz, **a.g.e.**, s. 134; Ataay, **a.g.e.**, s. 107; Veldet Hıfzı, **a.g.m.**, s. 749.

¹²¹ Anglo-Amerikan hukukunda ise, nakden tazmin, aynen tazmine nazaran daha öncelikli konumdadır. Sadece sözleşmeden doğan sorumluluklarda, özellikle de taşınmaz ya da belirli malları konu edinen satış sözleşmelerinde, hâkim aynen tazmine karar verebilmektedir. Bkz. Roberto, **a.g.e.**, s. 135.

¹²² Hâkim, HUMK.m.74 uyarınca sadece davacının talep etmiş olduğu tazminat miktarıyla bağlı olup, BK.m.43/f.I'in tanıdığı takdir yetkisi nedeniyle davacının tazminat türüne ilişkin olarak ileri sürdüğü taleple (aynen ya da nakden tazmin istemiyle) bağlı değildir. Ancak taraflar, tazminat türüne ilişkin olarak anlaşmışlarsa, hâkim de buna uymak zorundadır. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 575, dn. 338; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 49; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 552; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 492; açık olmamakla birlikte bu yönde bkz. Merz, **a.g.e.**, s. 193-194.

¹²³ Tazminatın türünü belirlemek hususunda hâkime tanınmış olan takdir yetkisi, somut olayın özelliklerine uygun bir karar verilebilmesini sağlamak açısından faydalı ise de, bu düzenleme tarzı, bazı sakıncalı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Örneğin tazminat borçlusu, alacaklı temerrüdü nedeniyle bir miktar parayı BK.m.91 uyarınca tevdi etmek isterse, bu tevdi sayesinde tazminat borcundan kurtulup kurtulamayacağını tam bir kesinlikle bilemez; zira hâkimin, takdir yetkisi çerçevesinde sonradan başka bir tazminat türüne karar vermesi mümkündür. Yine tazminat alacağının temlikli veya rehninde de, benzer tarzda güçlükler ortaya çıkabilir. Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 114, dn. 2.

Ülkeden ülkeye değişiklik gösteren bu düzenlemelere rağmen, uygulamada farklı sonuçların ortaya çıktığı pek söylenemez. Çünkü olayların büyük bir çoğunluğunda aynen tazminin zaten mümkün olmaması veya somut olayın özelliklerine uymaması¹²⁴ yahut mahkeme kararının icra aşamasında doğabilecek güçlükler¹²⁵ nedeniyle, hâkimlerin daha çok nakden tazmin yoluyla zararın giderilmesine başvurdukları göze çarpmaktadır.

Çoğu kez masraflardan ve/veya kaçırılan kâr mahrumiyetinden oluşan olumsuz zarardan sorumlulukta, durum daha da belirginleşmekte, aynen tazmine işin niteliği gereği başvurulamamaktadır. Zira bu tarz kayıpların (sözleşme kurma masraflarının, elverişli sözleşme yapma fırsatının kaçırılması vs.) aynen sağlanması olanaksız olduğundan, geriye nakden tazmin yoluna başvurmadan başka çare kalmamaktadır. Aynen tazminin gerçekleşmesi, olumsuz zarardan sorumluluk kapsamında sadece sınırlı hâllerde, özellikle de sözleşmenin ifa edileceği inancıyla yerine getirilen edimin uğramış olduğu zararlar için (örneğin amaçlanan sözleşme gereğince teslim edilen fakat hasara uğrayan ev ya da arabanın onarılması şeklinde) ihtimal dâhilinde olabilir. Bunun yanı sıra zarar görenin, üçüncü şahsa karşı yüklenmiş olduğu borcun (*Haftungsinteresse*), zarar veren tarafından üstlenilmesi veya ifa edilmesi şeklinde bir aynen tazmin usulü de, olumsuz zarardan sorumluluk çerçevesinde uygulama alanı bulabilir. Özellikle de, culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde (örneğin, hile veya tehdit sonucu bir başkasına karşı borç altına girme gibi), bu yöntemden yararlanılması düşünülebilir¹²⁶.

¹²⁴ Aynen tazmin, bazı hâllerde yetersiz kalabileceği gibi zarar görene aşırı bir menfaat de sağlayabilir. Örneğin hasara uğrayan bir arabanın tamir edilmesi, çoğu zaman yetersiz olacaktır; çünkü araba, her ne kadar tamir edilmiş olsa bile, onun ticarî değerinde yine de bir azalma meydana gelecektir. Hasara uğrayan eskimiş bir malın yerine yenisinin verilmesi durumunda da, zarar gören öncesine oranla daha iyi bir hâle sokulmuş olacaktır. Bu tarz durumlarda, aynen tazmin yöntemi, zararın giderilmesi (Ausgleichsprinzip) fonksiyonunu yerine getirmekten uzak kalmaktadır.

¹²⁵ Hâkimin para ödemesi dışında bir yolla (örneğin arabanın tamiri gibi) zararın giderilmesine hükmettiği hâllerde, tazminat borçlusu, bunu rızasıyla yerine getirmediği takdirde, onu zorlayacak, yani aynen tazminin cebren yerine getirilmesini sağlayacak bir hüküm hukukumuzda mevcut bulunmamaktadır. Bu tarz durumlarda eldeki tek imkân, İİK.m.30 uyarınca işin başkasına yaptırılması için gerekli parayı sorumlu kişiden talep etmektir.

¹²⁶ von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 115, dn. 4; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 216-217; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Rn. 5; MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 250, Rn. 13; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 79; OR-Komm/Schoop, **a.g.e.**, Art. 43, Rn. 4; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 576; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 254.

Bunun bir nakden tazmin yöntemi olduğunu ileri süren görüş için bkz. Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 41-42.

3. Tazminat Olarak Sözleşmeden Kurtulma

Alman Federal Mahkemesinin süreklilik kazanan uygulamasına göre¹²⁷, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan biri kendisine düşen davranış yükümlülüğünü ihlal ederek diğer sözleşeni yanılığa sürüklemiş ve böylece onu istemediği, beklemediği bir sözleşmeyle (*der unerwünschte Vertrag*¹²⁸) bağlanmak durumunda bırakmışsa¹²⁹, iradesi sakatlanan taraf, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak borç ilişkisinden kurtulmayı, yani sözleşmenin tasfiyesini (*Vertragsaufhebung*) olumsuz zarar tazminatı olarak talep edebilir. Çünkü bilgi verme ve açıklama yükümlülüklerine aykırılık neticesinde ortaya çıkan sözleşme bağı, iradesi sakatlanan kimse bakımından zarar verici bir etkiye sahiptir. Bu şekilde ortaya çıkan zararın tazmini için sadece bir miktar paranın ödenmesi zorunlu olmayıp, eski hâlin yeniden tesis edilmesi de düşünülebilecek yollardan birisidir (BGB § 249/f.I). Buna göre karşı tarafın davranış yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi yüzünden arzu etmediği elverişsiz bir sözleşmeyi yapmak zorunda kalan görüşmeci, irade sakatlığı sebebiyle iptal süresi geçmiş olsa bile zarar verici sözleşme ilişkisinden *aynen tazmin yoluyla* kurtulma imkânına sahiptir¹³⁰; yeter ki, kusurlu davranış olmasaydı o sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilebilir olsun¹³¹.

¹²⁷ RGZ 97, 194 vd.; BGH NJW 1962, s. 1196 vd.; NJW 1969, s. 1625-1626; NJW 1993, s. 2107-2108; NJW 1998, s. 302 vd. Alman uygulamasından oldukça yeni bir karar için bkz. OLG Hamm, 13. 5. 2003 t., 28 U 150/02: NJW-RR 2003, s. 1360.

¹²⁸ Kavrama yönelik açıklamalar için bkz. Paefgen, **a.g.e.**, s. 66-67.

¹²⁹ Davranış yükümlülüğünün ihlali neticesinde yapılan sözleşmenin mutlaka ekonomik anlamda zararlı sonuçlar doğurması şart değildir; önemli olan sözleşmenin içeriği ile uyandırılan güveni boşa çıkarılan tarafın beklentisi arasındaki farklılıktır. Bkz. Hans Stoll, **Schädigung**, s. 365-366.

¹³⁰ İradesi sakatlanan tarafın, sözleşmeden kurtulma yerine hangi şartlar altında nakdî tazminat talep edebileceği oldukça tartışmalıdır. Genel olarak, sözleşmenin tasfiyesinin imkânsız olduğu veya zararı göreni tatmin etmeye yeterli olmadığı hâllerde, nakdî tazminatın talep edilebileceği kabul edilmektedir (BGB § 251/f.I). Ayrıca aşırı masrafı gerektirdiği için aynen tazminin yerine getirilmesinin beklenilmez olduğu hâllerde de, zarar verenin, BGB § 251/f.II uyarınca nakdî tazminat yoluna başvurabileceği benimsenmektedir. Böylece sözleşme hiç yapılmaydı zarar görenin içinde bulunacağı farazî durum, sözleşmeden kurtulma yoluyla aynen değil, nakden sağlanmış olmaktadır. Bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 194-195; Paefgen, **a.g.e.**, s. 63 vd.; Manfred Lieb, "Vertragsaufhebung oder Geldersatz? Überlegungen über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo", **Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, s. 252 vd.; Canaris, **Wandlungen des Schuldvertragsrechts**, s. 315-316.

¹³¹ Bu uygulama çerçevesinde zarar gören, sözleşmeden kurtulmasına rağmen karşılanmayan diğer olumsuz zarar kalemleri için de tazminat talep etme hakkına sahiptir. Bkz. Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 249, Rn. 195; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 142; Larenz, **a.g.e.**, s. 113; ayrıca bkz. Hans Stoll, **Schädigung**, s. 367 vd.

Alman doktrininde genel olarak kabul gören¹³² bu uygulamanın isabet derecesini ve bizim hukuk sistemimize bir örnek teşkil edip edemeyeceğini değerlendirebilmek için, öncelikle Alman hukukuna ilişkin şu hususların açıklanmasında fayda bulunmaktadır. BGB hükümlerine göre, bir tarafın sözleşmeyi irade sakatlığı sebebiyle iptal edebilmesi ya esaslı yanılmanın (BGB § 119/f.II) ya da kasten yapılmış aldatma yahut korkutmanın (BGB §§ 123/f.I) gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Hâlbuki culpa in contrahendo uyarınca sözleşmenin tasfiyesine yönelik talebin ileri sürülebilmesi için zarar verenin kastı aranmamaktadır; onun ihmali dahi yeterli görülmektedir¹³³. Bunun yanı sıra, Alman hukukunda culpa in contrahendo'dan doğan talepler ve bu bağlamda sözleşmeden kurtulmaya yönelik istem kural olarak üç yıllık zamanaşımı süresine bağlanmışken (BGB § 195), aldatma veya korkutmadan kaynaklanan sözleşmenin iptali imkânı, bir yıllık (BGB § 124/f.I) hak düşürücü süreyle

¹³² Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 222; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 117 vd.; Rn. 242-243; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 123, Rn. 27; § 311, Rn. 24; 57; Fikentscher, **a.g.e.**, § 20, Rn. 81; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 275, Vorbem. Rn. 105; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 116; 143; Gottfried Schiemann, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005, § 249, Rn. 195; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 25; Gottwald, **a.g.m.**, s. 883-884; Oskar Hartwig, "Culpa in contrahendo als Korrektiv für „ungerechte“ Verträge: Zur Aufhebung der Vertragsbindung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß", **JuS**, 1973, s. 733 vd.; Larenz, **culpa in contrahendo**, s. 409 vd.; Hans Stoll, **Schädigung**, s. 361 vd.; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 80-81; Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 155-156; Walter G. Paefgen, **Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo: Zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, s. 26 vd.; Klaus Tiedtke, "Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluß wegen fehlender Aufklärung", **JZ**, 1989, s. 570 vd.; Hk-BGB/Schulze, **a.g.e.**, § 311, Rn. 26; ayrıca bkz. Claus-Wilhelm Canaris, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung", **AcP** 200, 2000, s. 305 vd.; Stephan Lorenz, "Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende der Minderung durch c.i.c.?", **NJW** 1999, s. 1001-1002; Stephan Lorenz, "Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?", **ZIP**, 1988, s. 1053 vd.

Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 172 vd.; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 113 vd.; Paefgen, **a.g.e.**, s. 66 vd.

Ancak belirtmek gerekir ki, culpa in contrahendo tazminatı sayesinde sözleşmeden kurtulma imkânını kabul eden yazarların gerekçeleri arasında bir tutarlılık bulunmamakta ve her biri farklı hukukî sebepler ileri sürmektedir. Bu hususta bkz. Manfred Lieb, "Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit", **Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, s. 337 vd.

¹³³ Bazı yazarlar, bu çelişkiden kurtulmak için davranış yükümlülüklerini ihlal eden tarafın kusurunun ihmal düzeyinde kaldığı hâllerde, sözleşmenin tasfiyesi yerine yalnızca sözleşmenin kurulması ve uygulanmasıyla bağlantılı zararların nakden giderilmesine imkân tanınması gerektiği yönünde görüş belirtmektedirler. Bkz. Lieb, **Vertragsaufhebung oder Geldersatz**, s. 255 vd.; Stoll, **Festschrift für Riesenfeld**, 1983, s. 277 vd.; 283 (Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 222, dn. 56 ve Lieb, **Vertragsaufhebung oder Geldersatz**, s. 265, dn. 46'dan naklen).

sınırlanmıştır¹³⁴. Bu çarpıklıklara dikkat çeken bazı yazarlar¹³⁵, culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca sözleşmeden kurtulmaya imkân veren talebin, BGB § 123/f.I'nin içeriğini oyduğunu belirterek, Alman öğretisindeki baskın görüşü ve uygulamayı eleştirmektedirler¹³⁶.

Bütün bu açıklamaların ardından kanaatimizce şu tespiti yapabiliriz: Culpa in contrahendo esaslarına dayanan tazminat talebi yoluyla sözleşmeden kurtulma imkân-

¹³⁴ Ortaya çıkan bu çarpıklığı gidermek için kimi yazarlarca şöyle bir sınırlama getirilmektedir: Culpa in contrahendo tazminatı yoluyla sözleşmeden kurtulma imkânı, ancak irade sakatlığı sebebiyle sözleşmenin iptal edilebileceği süre içerisinde kullanılmalıdır. Bu görüşe göre, ihmal ile yanılmaya yol açmada BGB § 121, aldatmada ise BGB § 124 uygulama alanı bulacaktır. Bkz. MünchKomm/Kramer, **a.g.e.**, § 119, Rn. 102; § 123, Rn. 30; Gottwald, **a.g.m.**, s. 881; Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 249, Rn. 195; Lieb, **Culpa in contrahendo**, s. 342; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 115; Lauer, **a.g.e.**, s. 349-350; Holger Fleischer, "Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung", **AcP** 200, 2000, s. 91 vd.; özellikle s. 119-120; ayrıca bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 111-112. Bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmasına karşı çıkan aksi yöndeki görüş için bkz. Paefgen, **a.g.e.**, s. 30-31.

¹³⁵ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 150; Medicus, **Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo**, s. 209 vd.; özellikle s. 214; Medicus, **Schuldrecht**, Rn. 109; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 161; Norbert Horn, "Culpa in Contrahendo", **JuS**, 1995, s. 380; Soergel/Wiedemann, **a.g.e.**, § 275, Vorbem. Rn. 199; Soergel/Hefermehl, **a.g.e.**, § 124, Rn. 10; ayrıca bkz. Hans Christoph Grigoleit, "Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung", **NJW** 1999, s. 900 vd.; Hans Christoph Grigoleit, **Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts**, Herausgegeben von Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, s. 272 vd.; özellikle 276 vd.; ayrıca bkz. ve karşı. Looschelders, **a.g.e.**, s. 83-84.

Bazı yazarlar ise, yalnızca bu sorunlara değinmekle yetinmektedirler. Bkz. Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 381; 383.

¹³⁶ Alman Federal Mahkemesi benimsemiş olduğu uygulamasını haklı kılmak için, her iki kurumun koruma amacının farklı olduğunu ileri sürmüştür. Federal Mahkemeye göre, yanılma ve aldatmaya ilişkin hükümler, taraf iradelerinin özgür bir şekilde oluşmasını sağlamakta iken, culpa in contrahendo sorumluluğu, malvarlığını korumaktadır. Bu yüzden irade sakatlığı sebebiyle iptalden farklı olarak, culpa in contrahendo uyarınca sözleşmeden kurtulabilmek için, bir malvarlığı zararının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bkz. BGH NJW 1998, s. 302 vd. Bu kararın eleştirisi için bkz. Grigoleit, **Vertragsaufhebung**, s. 900 vd.

Federal Mahkemenin malvarlığı zararının gerçekleşmiş olması görüşünü eleştiren ve Alman öğretisinde bu hususta savunulan diğer fikirler için bkz. Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, 249, Rn. 195; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 143; Grigoleit, **Informationshaftung**, s. 271-272; Grigoleit, **Vertragsaufhebung**, s. 901-902; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 120; Lorenz, **Vertragsaufhebung**, s. 1054 vd.; bkz. ve karşı. Paefgen, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Lieb, **Vertragsaufhebung oder Geldersatz**, s. 258 vd.; Hans Stoll, **Schädigung**, s. 361 vd.; özellikle s. 366 vd.; Looschelder, **a.g.e.**, s. 83-84.

Kanaatimizce, Alman Federal Mahkemesinin culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından getirmek istediği bu ayrım yapaydır. Zira iptal yaptırımı sadece iradenin özgür ve sağlıklı biçimde oluşmasını değil, aynı zamanda malvarlığında meydana gelecek istem dışı azalmaları da önlemektedir. Ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu, her ne kadar malvarlığındaki eksilmeleri gidermeye yönelik olsa da, buradaki tazminat borcunun başlıca doğum sebebi, karşı yanın sözleşme yapma iradesinin düzgün bir şekilde oluşmasını sağlayacak açıklama ve bilgi verme yükümlülüğünün gereğince yerine getirilmemiş olmasıdır.

nı, İsviçre ve Türk hukukları açısından reddedilmelidir¹³⁷. Çünkü iptal teorisinin hâkim olduğu (iptal edilinceye kadar sözleşmenin geçerli sayıldığı) Alman hukukundan farklı olarak, irade sakatlığının etkisiyle yapılmış sözleşmeler, İsviçre ve Türk hukuklarında iradesi sakatlanan kimse bakımından zaten baştan itibaren bağlayıcı değildir (BK.m.31). Dolayısıyla böyle bir sözleşmenin, iradesi sakatlanan kimse bakımından malvarlığı zararı olarak değerlendirilmesi ve bu çerçevede aynen tazmine yönelik bir talep hakkının tanınması mümkün değildir. Ayrıca bir yıllık iptal süresinin dolmasıyla birlikte yürürlüğe giren icazet faraziyesi, iradesi sakatlanan tarafın tazminat yoluyla da olsa sözleşme bağından kurtulmasına engel olur; meğerki iptal hakkının kullanılmamasına yönelik iradede ayrıca bir sakatlık meydana gelmiş olsun. Kanun koyucunun, iptal hakkını BK.m.31'deki bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlamasının altında yatan sebep, irade sakatlığının etkisiyle yapılmış sözleşmelerin geçerlilik yazgısını kesin olarak belirlemek; düzelebilir hükümsüzlüğün neden olduğu muğlâk durumu açıklığa kavuşturmaktır. Bu yüzdendir ki, sözleşmenin her iki taraf için de kesin olarak bağlayıcı hâle gelmesiyle birlikte, sözleşme görüşmeleri aşamasına tekrar dönerek culpa in contrahendo yoluyla tazminat talep etmenin önü artık kapanmış olur. Culpa in contrahendo'nun culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesi, buna izin vermemektedir¹³⁸. Bunun tek istisnası, BK.m.31/f.II hükmüdür. Fakat bu düzenleme için aranan şartların¹³⁹ gerçekleştiği ender hâllerde bile, aynen tazmin yoluyla sözleşmeyi ortadan kaldırmak mümkün olmamalıdır. Aksine bir çözüm tarzı, iptal hakkının kullanımını bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlayan BK.m.31'in hiçbir anlamının kalmamasına ve bütün sistemin içinden çıkılmayacak şekilde bozulmasına sebebiyet verir. İradesi sakatlanan taraf, BK.m.31'deki bir yıllık süreyi kaçırmış olursa, alacaklının ifa talebine ancak BK.m.60/f.III ya da

¹³⁷ Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 141; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 224 vd.; Kramer, **Berner Komm**, § 22, Rn. 44; ayrıca bkz. Rabel, **a.g.m.**, s. 323.

Culpa in contrahendo tazminatı sayesinde sözleşmenin tasfiye edilmesini ve böylelikle aldatma nedeniyle iptalin yahut ayıp nedeniyle dönmenin sıkı gereklerinin aşılmasını savunan Türk doktrinindeki aksi görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 5; Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 195; 205.

¹³⁸ Bu hususta bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 165.

¹³⁹ Bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 d.

MK.m.2/f.II yardımıyla karşı koyabilir; yoksa culpa in contrahendo sorumluluğuna sığınarak sözleşme bağından kurtulamaz.

Culpa in contrahendo tazminatının, aynen tazmin adı altında sözleşmenin iptal edilmesiyle aynı sonucu doğuracak şekilde kullanılması, gerek bu sorumluluğunun tarihsel oluşum sürecine gerek sözleşme bağından kurtulma imkânlarını tek tek sayan kanun koyucunun isteğine aykırı düşer¹⁴⁰. Kaldı ki, aynen tazmin sayesinde sözleşmenin tasfiyesi yoluna başvurulabilmesi için, davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi, sözleşmenin hiçbir şekilde kurulmayacağı hususunun da sabit olması gerekir; bu tarzda bir neden sonuç ilişkisini kanıtlamanın pek kolay olmadığı aşikârdır. Bütün bunlardan başka, culpa in contrahendo sorumluluğunun ve ona bağlanan tazminat yaptırımının amacı, sözleşme ilişkisini sona erdirmek değil; borç ilişkisinin hükümsüzlüğünden doğan rizikonun kimin tarafından üstlenileceğini belirlemektir. Kanunen öngörülmemiş olan bir yöntem ile sözleşme ilişkisinden kurtulma imkânına izin vermek, pacta sunt servanda ilkesinin zedelenmesine ve böylece hukukî güvenliğin sarsılmasına yol açar¹⁴¹.

Bütün bu dogmatik engellerin yanı sıra, sözleşmeden tazminat yoluyla kurtulma imkânı kabul edilecek olursa, Alman hukukunda kusurun derecesi ve zamanaşımı yönünden yaşanan sorunların aynısıyla karşılaşmak bizim bakımımızdan da kaçınılmaz olacaktır. Örneğin Borçlar Kanununda iptal hakkının, yalnızca esaslı yanıltma, aldatma ve korkutma gibi nitelikli hâller için öngörülmüş olması karşısında, zarar verenin hafif ihmalinin aynen tazmin yoluyla sözleşmenin tasfiyesine yol açıp açmayacağı ve iptal hakkının bağlandığı bir yıllık hak düşürücü süreye rağmen söz-

¹⁴⁰ Federal Mahkemenin, tazminat yoluyla sözleşmeden kurtulmaya yönelik talebin, yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığını ve bu hâliyle sözleşmenin iptalinden farklı olduğunu söylemesi, bu uygulamayı haklı kılmaya yetmeyecektir. Zira sözleşmeden kurtulmaya yönelik talebin, sonuç itibarıyla iptal hakkından ve bu bağlamda yenilik doğuran hakkın kullanılmasından ayrılan herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Yenilik doğuran haklar ise, bilindiği üzere ancak kanun veya sözleşmede öngörülmüşse kullanılabilirler; herkesin dilediği zaman başvurup karşı yan üzerinde doğrudan doğruya etkide bulunabileceği bir hakkı mevcut değildir.

¹⁴¹ Sözleşmenin tasfiyesini sağlamaya yetecek davranış yükümlülüğü ihlali için sıkı şartların varlığını aramak da, kanaatimizce bir çözüm olarak görülemez. Zira böyle bir uygulama, olaydan olaya değişiklik gösteren ve böylece keyfiliğe varan sonuçların ortaya çıkması tehlikesine gebecektir. Karş. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 143.

leşmeden kurtulmaya yönelik talebin BK.m.125'deki on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olup olmayacağı¹⁴², tartışılması gereken sorunlar olacaktır¹⁴³.

4. Sözleşmeyle Bağlı Kalıp Tazminat Talep Etme

Alman Federal Mahkemesi, culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde, zarar görenin sözleşmeden kurtulma yerine sözleşmeyle bağlı kalıp, boşa çıkan beklentisinin karşılanması yönünde bir *seçimlik hakka* sahip olduğunu kabul etmektedir¹⁴⁴. Böylece davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi, sözleşme hangi şartlar altında kurulacak idiyse, o farazî durum tazminat yoluyla tesis edilmeye çalışılmaktadır¹⁴⁵.

Zarar gören, sözleşmeyle bağlı kalmayı tercih ettiği takdirde, fazladan yaptığı masrafların nakden karşılanması¹⁴⁶ ve özellikle yerine getirilecek edimlerin BGB § 249/f.I'e dayanan aynen tazmin yoluyla gerçek değerine uydurulması (ifa edilecek

¹⁴² Culpa in contrahendo sorumluluğunun, haksız fiil zamanaşımı süresine tâbi tutulması da sorunu çözmeye yeterli değildir. Zira BK.m.60'daki bir ve on yıllık sürelerin başlangıcı, BK.m.31'deki bir yıllık hak düşürücü süreden farklıdır.

¹⁴³ Bunun yanı sıra, zarar görenin birlikte kusurunun etkisi de henüz tam bir açıklığa kavuşmuş değildir. Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 222; Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 249, Rn. 195; Grigoleit, **Vertragsaufhebung**, s. 904; Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 555, dn. 64; Nickel, **a.g.e.**, s. 243 vd.

¹⁴⁴ BGHZ 69, 53, 57 vd.; BGH NJW 1972, s. 822 vd.; NJW 1977, s. 1538-1539; NJW 1980, s. 2408-2410; NJW 1989, s. 1793-1795; NJW, 1999, s. 2032-2034.

Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Steffen Goede, **Zum Problem des Wahlrechts auf schadensersatzrechtliche Minderung bei Aufklärungspflichtverletzungen, die zu Vertragsabschlüssenführen**, Konstanz, Hartung-Gorre, 1995, s. 1 vd.; Ulrich Gebhardt, **Herabsetzung der Gegenleistung nach culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker&Humbolt, 2001, s. 30 vd.; Nickel, **a.g.e.**, s. 195 vd.; Grigoleit, **Informationshaftung**, s. 285 vd.

Bu uygulamayı destekleyen diğer yazarlar için bkz. MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 242-243; Komm/BGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 280, Rn. 37; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 275, Vorbem. Rn. 107; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 144; Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 249, Rn. 196; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 59; Gottwald, **a.g.m.**, s. 884; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 25; Ehmann/Sutschet/Finkenauer/Hau, **a.g.e.**, s. 156-157; Hk-BGB/Schulze, **a.g.e.**, § 311, Rn. 26; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 381; ayrıca bkz. Canaris, **Wandlungen des Schuldvertragsrechts**, s. 315 vd.; Hans Stoll, **Schädigung**, s. 370. Aksi görüş için bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 223; Soergel/Wiedemann, **a.g.e.**, § 275, Rn. 197.

Bir görüşe göre, 2002 yılında yürürlüğe giren reform sonrası ayıba karşı tekeffül hükümlerinin iyileştirilmesi nedeniyle tamamlayıcı araç olarak culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanmaya gerek kalmamıştır. Bkz. AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 83.

¹⁴⁵ Dikkat edileceği üzere, Federal Mahkeme bu uygulamasıyla, culpa in contrahendo sorumluluğunu, kusurdan bağımsız ayıba karşı tekeffül rejimine yaklaştırmıştır. Eleştirisi için bkz. Lieb, **Vertragsaufhebung oder Geldersatz**, s. 266.

¹⁴⁶ Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 249, Rn. 196; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 144; Hans Stoll, **Schädigung**, s. 370 vd.; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 243.

edimin indirilmesi yahut karşı edimin yükseltilmesi) yönünde bir talep hakkı elde etmektedir; bu hâliyle işlemsel temastan zarar görene bir nevi sözleşmenin uyarlanmasını isteme imkânı tanınmaktadır. Bu hukukî yapı içerisinde sözleşme şartlarında yapılacak değişiklik için, zarar veren karşı yanın farazî iradesi dikkate alınmamaktadır. Federal Mahkemeye göre¹⁴⁷, bilgi verme ve açıklama yükümlülüğü yerine getirilmiş olsaydı, zarar görenin yapmayı arzuladığı sözleşmeyi, zarar verenin de isteyip istemeyeceğini ispat etmek güç olduğundan, bu hususu araştırmaktan vazgeçilebilir¹⁴⁸. Böylece yüksek mahkeme, işlemsel temas sırasında davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi, amaçlanan sözleşmenin, güveni boşa çıkarılan taraf bakımından daha elverişli şartlarla yapılacağı faraziyesini kabul etmiş olmaktadır.

Zarar görenin sözleşmeyle bağlı kalıp, onun şartlarının değiştirilmesini isteme yönündeki seçimlik hakkını kullanabilmesi, BGB § 251'in şartlarının gerçekleşmesine, yani sözleşmeden kurtulmayı sağlayacak aynen tazmin talebinin mümkün olmasına yahut beklenilmez sayılmasına da bağlı tutulmamıştır¹⁴⁹.

Tazminat talebi aracılığı ile hâkimin sözleşmeye müdahalesi anlamına gelen bu yaptırım türünün, Türk hukukunda da benimsenmesi için kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁰. Hatta anılan yöntem başvurulması ve böylece culpa in contrahendo sorumluluğuna düzeltici işlev tanınması birçok yönden faydalı olacaktır. Karşı yanın kusurlu davranışları neticesinde arzu etmediği sözleşmeyle bağlanan ve bu yüzden zarara uğrayan tarafı, sözleşmeyi iptal ederek olumsuz zarar istemek veya sözleşmeye razı olmak (ya hep ya da hiç) arasında bir tercih yapmak ikileminde bırakmamak gerekir. Zira beklentilerine uymasa da, zarar görenin bağlanmış olduğu elverişsiz sözleşme, onun bakımından hâlâ maddî ya da manevî bir değer taşıyor olabilir. İşlemsel temas sırasında karşı tarafın kusurlu davranışlarına maruz kalanı, taz-

¹⁴⁷ BGHZ 69, 53, 58; BGH WM 1988, s. 1700-1702; NJW 1989, s. 1793-1795; NJW 1993, s. 1323-1325; NJW, 2001, s. 2875-2877.

¹⁴⁸ Karş. Lorenz, **Haftungsausfüllung**, s. 1002; Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 556; Nickel, **a.g.e.**, s. 196 vd.; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 116 vd.

¹⁴⁹ Hans Stoll, **Schädigung**, s. 370.

¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, N. 5; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 205-207; Bucher, **a.g.m.**, s. 51; Mustafa Fadıl Yıldırım, "Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK.m.28) Hükmü Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 985. Aksi yönde bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 202-203; ancak karşı s. 206 vd.

minat isteyemeyeceği tehdidi altında bu sözleşme ilişkisinden ayrılmak zorunda bırakmak hakkaniyete uygun değildir. Bu sebeptir ki, sözleşme görüşmelerindeki davranış yükümlülüğünün ihlaliyle şekillenen elverişsiz sözleşme şartları, uyandırılan güveni boşa çıkarılan tarafın zararını giderecek şekilde değiştirilebilmelidir. Hem bu sayede, işlemsel temas sırasında yarattığı güveni boşa çıkararak görüşmecinin davranışı da, sözleşmenin iptal edilmediği ihtimalde yaptırımsız kalmamış olur.

Olumsuz zarara yönelik aynen tazmin talebiyle sözleşme şartlarının değiştirilmesini, sorumluluk hukuku açısından savunmak pek kolay olmasa da, aslında bu düşünce biçimi hukukumuzda tamamıyla yabancı değildir. Ayıplı ifade satış bedelinin indirilmesine imkân sağlayan BK.m.202 ve TKHK.m.4 ile sözleşmeyle bağlı kalmaya rağmen tazminat istenebileceğini söyleyen BK.m.31/f.II düzenlemelerinin yanı sıra, *işlem temelinin çökmesi ve değişik kısmî hükümsüzlük (modifizierte Teilnichtigkeit)* teorileri, burada örnek olarak gösterilebilir¹⁵¹. Bu yöndeki bir uygulamanın dayanağı, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, bizde de dürüstlük kuralı olacaktır (MK.m.2, BGB § 242)¹⁵². Böylece hâkim, dürüstlük kuralının yardımıyla, culpa in contrahendo'dan doğan aynen tazmin talebiyle taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine müdahale edebilecektir.

Bu kabul çerçevesinde, sözleşmeyle bağlı kalmayı tercih eden zarar görenin culpa in contrahendo esasları uyarınca tazminat talebinde bulunabilmesi için, davranış yükümlülüğünün ihlali yüzünden ya amaçlanan borç ilişkisindeki edimler dengesinin bozulmuş olması ya da davranış yükümlülüğünün ihlali yüzünden fazladan masraf yapma zorunluluğunun ortaya çıkması şartı aranacaktır. Zarar veren görüşmecinin işlemsel temas sırasındaki her türlü kusuru gerekli ve yeterlidir; dolayısıyla

¹⁵¹ BK.m.20/f.II'den kıyasen çıkarılan değişik kısmî hükümsüzlük görüşü hakkında bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler", **Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul, 1996, s. 25 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 402-403; Başpınar, **a.g.e.**, s. 152 vd.; 175-176; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Rn. 362; Art. 21, Rn. 48 vd.; Roland Hürlimann, **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Freiburg, Universitätsverlag, 1984, s. 74 vd. Aksi yönde bkz. Elbir, **a.g.t.**, s. 191 vd.; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 263.

¹⁵² Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 249, Rn. 196; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 120.

Boşa çıkan masrafların tazminine ilişkin BGB § 284 hükmünü, Alman Federal Mahkemesinin uygulamasına destek olarak göstermeye çalışan yazarlar için bkz. Staudinger/Schiemann, **a.g.e.**, § 249, Rn. 196; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 223.

sadece aldatma veya korkutmada değil¹⁵³, ihmal ile karşı sözleşeni yanılmaya düşürme hâllerinde de, bu yönetime başvurmak mümkündür.

Fakat hemen işaret edilmelidir ki, örnek aldığımız Alman Federal Mahkemesinin uygulaması BGB sistemi içinde dahi bazı yönlerden aksamaktadır¹⁵⁴. Bu sebeple, burada bir takım düzeltmelerin getirilmesi ve özellikle de Türk hukukundaki hükümlerin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Şöyle ki, Federal Mahkemenin, güveni ihlal edilen tarafın sözleşme konusuna ilişkin beklentisinin karşılanması yönündeki içtihadı, olumlu zararın tazminine yol açmaktadır¹⁵⁵. Zira aynen tazmin yoluyla sözleşme şartlarında bu yönde yapılacak bir değişiklik¹⁵⁶, zarar görenin o sözleşmeden elde edeceği ifa menfaatine kavuşması anlamına gelmektedir. Hâlbuki culpa in contrahendo esasları uyarınca böyle bir talep hakkının tanınması kural olarak mümkün değildir. Ayrıca sözleşme şartlarına bu tarzda yapılacak bir müdahale, borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme yapma serbestisiyle de bağdaşmaz¹⁵⁷. Davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi, zarar görenin arzulamış olduğu sözleşmeyi zarar veren konumundaki sözleşenin de yapacağını farz etmek, onun kusurunun sadece hafif ihmal düzeyinde kaldığı hâllerde somut olay adaletine aykırı düşecektir¹⁵⁸. İşte bu nedenle ki, işlemsel temas sırasındaki kusurdan doğan aynen tazmin talebine daya-

¹⁵³ Korkutmanın üçüncü kişi tarafından yapıldığı hâllerde, karşı sözleşen iyiniyetli ise, iptal hakkını kullanmayan zarar görenin, sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyeceğini vurgulamak gerekir. Zira bu ihtimalde, karşı sözleşene atfedilebilecek bir kusur bulunmadığından, ona karşı culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanmak da mümkün değildir. Zaten sözleşmenin iptal edilmesi hâlinde, tazminat yükümlülüğü altına giren de, bizzat üçüncü kişinin korkutmasına maruz kalan taraftır (BK.m.29/f.II). Bu hususta bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 b.

¹⁵⁴ Bkz. Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 555 vd.; Jürgen Basedow, “Preiskalkulation und culpa in contrahendo”, **NJW 1982**, s. 1030-1031; Herbert Messer, “Schadenersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen der Verletzung für den Vertragsinhalt wesentlicher vorvertraglicher Pflichten”, **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag**, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1990, s. 743 vd.

¹⁵⁵ Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 542; 555 vd.; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 249, Rn. 196; Messer, **a.g.m.**, s. 749 vd.; Lorenz, **Haftungsausfüllung**, s. 1001; Grigoleit, **Informationshaftung**, s. 287.

¹⁵⁶ Karşı edimin indirilmesini, aynen tazmin olarak görmeyen, bunu BGB § 251/f.I’den kaynaklanan nakden tazmin yöntemi olarak değerlendiren farklı görüş için bkz. Gebhardt, **a.g.e.**, s. 97 vd.; aksi yönde bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 209 vd. Bu hususta Alman doktrininde ileri sürülen görüşlerin toplu bir değerlendirmesi için bkz. Paefgen, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁵⁷ Bkz. ve karşı Nickel, **a.g.e.**, s. 196 vd.

¹⁵⁸ Davranış yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın, karşı yana zarar vermek kastıyla hareket ettiği hâllerde, aynen tazmin yoluyla sözleşme şartlarında yapılacak değişikliğin ifa menfaatini karşılayacak şekilde yapılması düşünülebilir. Bkz. Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 558.

narak sözleşme ilişkisine yapılacak müdahale, olumsuz menfaatin karşılanmasıyla sınırlı olmalıdır. Bütün bunların yanı sıra Federal Mahkemenin, sözleşme şartlarının beklentiye uygun bir şekilde değiştirilmesinin önünü açan uygulaması, olumlu ve olumsuz zararın kümülatif bir şekilde tazmin edilmesine de sebebiyet vermektedir¹⁵⁹. Zira zarar gören, bu sayede bir yandan arzuladığı ifa menfaatine kavuşmakta bir yandan da güven zararı niteliğindeki fazladan yaptığı masrafların karşılanmasını talep edebilmektedir. Bu durumun, olumlu ve olumsuz zarar ayırımındaki temel ilkelerle bağdaşmadığı açıktır¹⁶⁰.

Türk hukuku için önerdiğimiz bu uygulamada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, BK.m.31/f.I düzenlemesidir. İrade sakatlığının etkisiyle yapılmış sözleşmelerin iptalini bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlayan ve sürenin bitiminde sözleşmenin akıbeti bakımından icazet faraziyesi getiren hükümle çelişecek sonuçları savunmaktan kaçınmak gerekir. Her ne kadar BK.m.31/f.II, aldatma ve tehditle yapılan sözleşmeye icazet vermenin, tazminat talebinden vazgeçme anlamına gelmediğini belirtmişse de, daha önceden de açıkladığımız gibi Borçlar Kanununun sistemine uymayan söz konusu hüküm, sadece iptal hakkının maddî ya da manevî sebeplerle kullanılmadığı zor durumlar için bu imkânı saklı tutmuştur¹⁶¹. Sözleşmenin uyarlanmasını isteyen zarar görenin talebi de, niteliği itibarıyla culpa in contrahendo tazminatı olduğuna göre, burada BK.m.31/f.I'ın çerçevesi içinde kalarak bir çözüm üretmek kaçınılmaz olmaktadır¹⁶². Buna göre, sözleşme görüşmeleri aşamasında karşı yanın kusurlu davranışlarına maruz kalan taraf, uyandırılan güveninin ihlali yüzünden kendisi açısından ortaya çıkan elverişsiz sözleşmeyi iptal etmek yerine onunla bağlı kalmayı tercih etmişse, culpa in contrahendo tazminatı yoluyla gerek fazladan yaptığı masrafların karşılanmasını gerek sözleşmenin uyarlanmasını, BK.m.31/f.I'de yer alan bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde talep etmelidir¹⁶³. BK.m.31/f.I'deki icazet faraziyesi, culpa in contrahendo'dan doğan taleplerin BK.m.125'deki on yıllık

¹⁵⁹ Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 249, Rn. 196.

¹⁶⁰ Bkz. yuk. I. Bölüm, C 3 c.

¹⁶¹ Bkz. yuk. III. Bölüm, B 1 d.

¹⁶² Karş. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 19, Rn. 5; Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi**, s. 205-207

¹⁶³ Burada sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on yıllık üst sürenin uygulanıp uygulanmayacağı, BK.m.31/f.I kapsamında yapılan tartışmalarda (irade sakatlığı sebebiyle sözleşmenin iptalinde on yıllık üst sürenin bulunup bulunmadığı hususunda) benimsenecek çözüme bağlıdır.

zamanaşımı süresine tâbi olduğu yolundaki genel kuralın burada uygulanmasına engel olmaktadır. Aksi hâlde, bir yıllık süre dolmasına rağmen zarar görenin on yıl boyunca sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği sonucuna varmamız gerekir ki, bunun BK.m.31/f.I hükmüyle bağdaşmayacağı açıktır. Bir yıllık iptal süresi geçtikten sonra sözleşme görüşmelerindeki kusura dayanarak tazminat talep edebilmenin tek yolu, BK.m.31/f.II'nin öngördüğü sıkı şartların gerçekleşmiş olduğunu ispat etmektir. Bu istisna dışında, culpa in contrahendo'nun culpa in solvendo karşısında ikincilliği ilkesi, sözleşme görüşmeleri aşamasına dayanarak nakden veya aynen giderim yoluyla tazminat talep etmeyi ve bu bağlamda edim ilişkisine müdahaleyi engeller¹⁶⁴. Kanaatimizce benimsediğimiz bu çözüm tazı, hem Borçlar Kanunumuzun sistemiyle hem de BK.m.20/f.II'den çıkarılan değişik kısmî hükümsüzlük teorisiyle uygunluk arz etmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde, culpa in contrahendo tazminatı uyarınca sözleşme şartlarında yapılacak değişiklik, şu şekilde gerçekleşmelidir: İşlemsel temas sırasında iradesi sakatlananın borçlanmış olduğu karşı edim, meydana gelen zarar miktarınca bir indirimle tâbi tutulmalıdır. Bunun, olumsuz zararı hedefleyen tazminat niteliğinde olacağından kuşku duyulmamalıdır; zira güven uyandıran davranış olmasaydı, bağlanılan sözleşme, bu indirimli bedel üzerinden kurulmuş olacaktı¹⁶⁵. Böylece görüşmeler aşamasında karşı sözleşene güven besleyen tarafın malvarlığında herhangi bir azalma meydana gelmeyecekti. Yapılacak bu indirim sayesinde, culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan davranış yükümü ihlali gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak durum, aynen tazmin yoluyla sağlanmış olur.

Federal Mahkemenin de belirttiği gibi, bu yola başvurmak için zarar veren konumundaki karşı sözleşenin farazî iradesini, yani onun indirimli bedel üzerinden sözleşmeye yapmaya razı olup olmayacağını araştırmaya gerek yoktur. İspat aşama-

¹⁶⁴ Bu hususta bkz. yuk. II. Bölüm, dn. 165.

¹⁶⁵ Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 556; ayrıca bkz. Tiedtke, **a.g.m.**, s. 570.

Bazı yazarlar, zarar görenin yerine getireceği edimin indirilmesini bir tazminat olarak görmemekte; burada kendine özgü bir hakkın kullanılmasının söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Soergel/Wiedemann, **a.g.e.**, § 275, Vorbem. Rn. 197.

Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir; zira aksi hâlde, sorumluluk hukukuna ilişkin prensiplerin (örneğin denkleştirme, birlikte kusur vs.) benimsenen yöntem çerçevesinde uygulanması, şüpheli hâlde gelir.

sında yaşanacak güçlükler, zarar gören lehine bir faraziyenin kabulünü haklı kılmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, zarar veren konumundaki tazminat yükümlüsü de, bu durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını savunma sebebi olarak ileri süremez. Aksine bir kabul tarzı, sözleşme şartlarının değiştirilmesine yönelik culpa in contrahendo tazminatının pratik olarak hiç işlememesine sebebiyet verir.

Aynen tazmin yoluyla zarar görenin ediminin indirilmesi yoluna başvurulduğunda, burada izlenecek yöntem bakımından iki ihtimal düşünülebilir. Ya ayıba karşı tekeffül rejimindeki uygulamadan kıyasen yararlanılarak orantılı bir indirim yapılır¹⁶⁶ ya da sözleşmede kararlaştırılan bedel ile edimin gerçek değeri arasındaki fark hesaplanıp, bulunan miktar, zarar görenin ediminden indirilir¹⁶⁷.

Bize göre, ilk ihtimal olan ayıba karşı tekeffül rejimine özgü orantılı indirim metodunun burada uygulanması mümkün değildir¹⁶⁸. Çünkü bu yöntem çerçevesin-

¹⁶⁶ Ayıba karşı tekeffül rejimi çerçevesinde semenin indirilmesinde, genel olarak nispî yöntemin uygulanması kabul görmektedir:

Ayıpsız objektif değer / Ayıplı objektif değer = Kararlaştırılan bedel / Ödenecek Bedel

Buna göre ödenecek bedel: Kararlaştırılan Bedel x Ayıplı Objektif Değer / Ayıpsız Objektif Değer

İndirilecek miktar = Kararlaştırılan Bedel — Ödenecek Bedel

¹⁶⁷ Alman hukukuna baktığımızda, iradesi sakatlanan tarafın yerine getireceği edimin indirilmesinde hangi yöntemin uygulanacağı; yani BGB § 441'e göre orantılı bir indirimin mi yapılacağı yoksa BGB § 249'a göre tespit edilecek malvarlığı kayıplarının doğrudan doğruya edimin değerinden mi düşüleceği tartışmalıdır. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 200 vd.; Münch-Komm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 243; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 82; Canaris, **Wandlungen des Schuldvertragsrechts**, s. 316-318; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 59; Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 557-558; Messer, **a.g.m.**, s. 749 vd.; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 119-120; Paefgen, **a.g.e.**, s. 77 vd.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Federal Mahkeme bazı kararlarında üçüncü bir yol daha izlemektedir (BGH NJW 1993, s. 1323-1325; WM 2001, s. 1302 vd.; WM 1987, s. 1222-1223; WM 1987, s. 1466-1467; ayrıntılı açıklamalar için bkz. Paefgen, **a.g.e.**, s. 80; Nickel, **a.g.e.**, s. 202-203). Bu yöntemle göre zarar, iradesi sakatlananın beklentileri gerçekleşseydi edimin sahip olacağı farazî değer ile edimin fiilî değeri arasındaki farktan oluşmaktadır. Örneğin satıcının güven uyandırıcı davranışları yüzünden 40.000 YTL'ye satın alınan arabanın gerçek değeri 35.000 YTL olup, iradesi sakatlanan alıcının beklentileri gerçekleşseydi aynı araba 43.000 YTL değerinde olacak idiyse, alıcının ediminin indirilmesi yoluyla tazmin edilecek zarar miktarı, 43.000 YTL — 35.000 YTL = 8.000 YTL olarak hesaplanmaktadır. Sözleşme konusuna ilişkin beklentilerin dikkate alındığı bu hesaplama biçimi sayesinde, işlemsel temas sırasında zarar gören görüşmeci, ifa menfaatine kavuşmuş olmaktadır (Bkz. Gebhardt, **a.g.e.**, s. 131. Olumlu zarardan söz edebilmek için alıcının ediminin değil, sözleşme konusunun beklentilere uygun şekilde değiştirilmesi gerektiğini, bu sebeple burada ifa menfaatinden bahsedilmesinin isabetli olmadığı ileri süren Nickel, kanaatimizce olumlu zarar tazminatının ifanın sürrogatı olduğunu gözden kaçırmakla hataya düşmüştür. Bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 202). Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu aracılığı ile olumlu zararın tazminine yol açan bu yöntemin, reddedilmesi gerekmektedir.

¹⁶⁸ Alman doktrini ve uygulamasındaki baskın eğilim aksi yöndedir. Bkz. Canaris, **Wandlungen des Schuldvertragsrechts**, s. 316-318; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 311, Rn. 59.

de, sözleşmede kararlaştırılan bedel, sözleşme konusunun gerçek objektif değeri ile zarar görenin beklentisi gerçekleşmiş olsaydı sözleşme konusunun sahip olacağı objektif değer arasındaki oran dâhilinde indirildiğinden, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati elde edilmiş olur¹⁶⁹. Yani zararın bu şekilde hesaplanması, zarar görenin sözleşme konusuna ilişkin beklentilerinin yerine getirilmesi (olumlu zararın tazmini) anlamına gelmektedir. Ayrıca bu yöntem, iradesi sakatlanan tarafın objektif olarak bir zararı olmasa bile, sırf beklentileri çerçevesinde fazla ödeme yapmış olması nedeniyle ediminde bir indirim yapılmasını talep etme hakkını da ona vermektedir: Şöyle ki, iradesi sakatlananın üstlendiği edim, gerçek değerinin altında kararlaştırılmış olsa (örneğin daha üstün özelliklere sahip olduğuna inanılarak 40.000 YTL'ye satın alınan arabanın o hâliyle bile 45.000 YTL değerinde olması gibi) veya edimin değerinde meydana gelen azalmaya rağmen, edimin gerçek değeri, hâlâ iradesi sakatlanan tarafın ödediği bedele eşit ya da daha fazla olsa bile (örneğin 40.000 YTL'ye satın alınan arabanın gerçek değerinin, istenilen özelliklerinin bulunmamasına rağmen yine de 40.000 YTL veya daha üzerinde olması gibi), bu yöntem, iradesi sakatlanan yanın beklentilerini dikkate alarak onun ediminde indirim yapılmasına imkân tanımaktadır.

Hâlbuki bu tarz durumlarda, iradesi sakatlanan görüşmeci, işlemsel temas sırasındaki kusurlu davranışa rağmen, sözleşmenin hiç yapılmaması hâlinde içinde bulunacağı farazî durumdan daha kötü bir hâlde bulunmamaktadır¹⁷⁰. O, culpa in contrahendo tazminatı yoluyla, sadece davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi içinde bulunacağı hâlin tesis edilmesini isteyebilir; yoksa iradesinin sakatlanmasına yol açan olgular gerçekten mevcut olsaydı, bir diğer söylemle gizlenen, açıklanmayan durum hiç gerçekleşmeseydi (örneğin arabadan beklediği özellikler bulunsaydı) içinde bulunacağı hâlin sağlanmasını, beklentileri boşa çıkmasaydı elde edeceği menfaa-

BGH NJW-RR 1988, s. 10-11; NJW 1989, s. 1793-1795; diğer karar örnekleri için bkz. Tiedtke, **a.g.m.**, s. 571, dn. 9-12'de belirtilenler.

¹⁶⁹ Basedow, **a.g.m.**, s. 1030-1031; Tiedtke, **a.g.m.**, s. 570-572; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 116; 119-120; Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 555; 558; Paefgen, **a.g.e.**, s. 81.

Alman Federal Mahkemesi de kimi kararlarında, bu yöntemden yana tavır takınmıştır. Bkz. BGH NJW, 1981, s. 1035-1036; NJW 1985, s. 380-381. Federal Mahkemenin tutarlılık arz etmeyen uygulaması hakkındaki açıklamalar için bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 202 vd.; Tiedtke, **a.g.m.**, s. 571.

¹⁷⁰ Tiedtke, **a.g.m.**, s. 570-571.

tin karşılanması talep edemez¹⁷¹. Sözleşmeye yapılacak müdahalenin kaynağını oluşturan culpa in contrahendo sorumluluğunun başlıca amacının, zarar göreni, işlemsel temas esnasındaki kusurlu davranış olmasaydı içinde bulunacağı farazî durumdan daha kötü bir hâlde bulunmasını engellemek olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeptir ki, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak güven zararı maskesi altında aynen tazmin yoluyla olumlu zararının tazminine imkân tanınmamalıdır; aksi hâlde iradesi sakatlanan taraf, aynen tazminin amacına aykırı olarak, davranış yükümlülüğü ihlal edilmeseydi içinde bulunacağı farazî durumdan daha iyi bir hâlde getirilmiş olur. Hukukumuzda böyle bir imkân ise, yalnızca özel olarak düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinde söz konusudur.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, culpa in contrahendo sorumluluğundan doğan aynen tazmin yöntemiyle sözleşme şartlarına yapılacak müdahalede yalnızca ikinci ihtimalden yararlanılmalıdır¹⁷². Buna göre, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile edimin gerçek değeri arasındaki fark hesaplanıp, bulunan miktar giderilmesi gereken zarar kalemi olarak iradesi sakatlanan tarafın ediminden indirilmelidir. Bu sayede, hem culpa in contrahendo sorumluluğunun amacına uygun olarak olumsuz menfaatin tazmini ile yetinilmiş olur hem de sözleşme ilişkisine yapılacak müdahale en asgari düzeyde tutulmuş olur. Kabul ettiğimiz bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranan tarafın elde ettiği edimin objektif değeri, karşı edime eşit veya ondan fazlaysa; bir başka ifadeyle sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış, sadece iradesi sakatlanan tarafın objektif değeri aşan beklentilerinin karşılıksız kalmasına yol açmışsa, artık tazminat talebine ve böylece culpa in contrahendo yoluyla sözleşmenin uyarlanmasına gerek kalmayacaktır. İradesi sakatlanan taraf için bu tarzdaki beklentilerinin karşılanmaması önemli derecede ise, o Borçlar Kanunundaki şartlara riayet ederek sözleşmenin iptali yoluna başvurulmalıdır (BK.m.23-31). Kaldı ki, gerek borçların ifa edilmemesine ilişkin BK.m.96 vd. gerek

¹⁷¹ Tiedtke, **a.g.m.**, s. 571-572; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 120.

¹⁷² Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 558; Messer, **a.g.m.**, s. 749 vd.; 754; Tiedtke, **a.g.m.**, s. 570 vd.; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 119-120. Karş. Paefgen, **a.g.e.**, s. 81-82 (ayıba karşı tekeffül hükümlerine kıyasen yapılacak indirimi, ifa menfaatine ulaşılacağı gerekçesiyle reddeden yazar, culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğun, irade sakatlığına yol açan olayın direkt olarak ortaya çıkardığı malvarlığı kayıplarıyla sınırlı olduğunu belirtmektedir).

ayba karşı tekeffül rejimi için getirilen özel düzenlemeler, arzu edilmeyen sözleşmenin doğurduğu ifa menfaatini yeterince korumaktadır.

Benimsediğimiz yöntem çerçevesinde yapılacak indirim, iradesi sakatlanan tarafın davranış yükümlülüğünün ihlali yüzünden fazladan yaptığı diğer masrafların tazmin edilmesini elbette ki engellemektedir. Bu ihtimalde, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin aynen tazmin talebi ile masrafların giderilmesine yönelik nakden tazmin talebi, bir arada ileri sürülecektir.

Bütün bu açıklamalarımıza karşın, yukarıda benimsediğimiz yöntemin, olumsuz zararı karşılayıp karşılamadığı, burada aslında bir ifa menfaatinin söz konusu olup olmadığı sorusu yine de akla gelebilir. Çünkü amaçlanan sözleşmede tazminat yoluyla yapılacak değişikliğin, olumlu-olumsuz menfaat ayrımı açısından sınıflandırılması ve izah edilmesi pek kolay değildir¹⁷³. Bununla birlikte, zihinlerde oluşabilecek bulanıklığı, kanaatimizce şu özet cümlelerle giderebiliriz: *Davranış yükümlülüğünün ihlaline bağlı olarak arzu edilmeyen sözleşmeyle bağlanma hâllerinde, ifa menfaati, sözleşme konusuna ilişkin uyandırılan beklentinin karşılanmasını; olumsuz menfaat ise, beklentilere uymayan sözleşmenin içeriği ile olduğu gibi kabul edilmesini, fakat bu sözleşmenin neden olduğu zararların giderilmesini ifade eder. Zarar gören, bağlandığı sözleşmenin uyarlanmasıyla tazmin edilen olumsuz menfaati saye-*

¹⁷³ Buradan hareketle bazı yazarlar, sözleşme şartlarında yapılan değişiklik yoluyla tazmin edilen menfaati, “*tazminat menfaati (Abfindungsinteresse)*” olarak nitelendirmektedirler. Bkz. Paefgen, **a.g.e.**, s. 72-73; 82. Bazıları ise, olumlu ve olumsuz menfaat kavramlarının sorunu ortaya koymakta yetersiz kaldığını ileri sürmektedirler. Bkz. Goede, **a.g.e.**, s. 78 vd.

Kanaatimizce, sözleşmesel alana özgü olumlu-olumsuz menfaat ayrımına, herhangi bir temele dayanmayan yeni bir tür daha eklemeye gerek olmadığı gibi, mevcut temel kavramlar çerçevesinde bir sonuca varmak da mümkündür.

Lange/Schiemann’a göre ise, karşı sözleşenin haksız fiil tekil eden aldatıcı davranışları yüzünden elverişsiz sözleşme yapmak zorunda kalan tarafın talep edebileceği tazminatta, olumlu ve olumsuz menfaat birbirine denk düşer. Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 67.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, olumlu ve olumsuz zararın hesaplanması farklı esaslara dayandığından, yazarların fikrine katılmak genel olarak mümkün değildir. *Sadece sözleşmede kararlaştırılan bedel ile zarar görenin beklentisi gerçekleşseydi edimin sahip olacağı bedelin birbirine denk düştüğü hâllerde, olumlu ve olumsuz zarar miktar olarak birbirleriyle eşit olur.* Somutlaştırarak olursak, özellikleri itibarıyla aslında fiili değeri 35.000 YTL olan arabaya satış sözleşmesi uyarınca 40.000 YTL ödenmişse ve alıcının beklentilerini karşılayan arabanın fiyatı da zaten 40.000 YTL ise, bu takdirde hem olumlu hem de olumsuz menfaat, hangi yöneme göre hesaplanırsa hesaplanırsa 5.000 YTL olur.

Alman öğretisinde bu hususta ileri sürülmüş farklı görüşlere topluca göz atmak için bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 47-49.

*sinde, yerine getirilmeyen beklentileri hiç uyandırılmasaydı; bu sözleşmeyi hiç yapmasaydı içinde bulunacağı duruma getirilmiş olur*¹⁷⁴.

Olumsuz menfaati oluşturan istenmeyen sözleşmenin neden olduğu güven zararları, aynen veya nakden tazmin yöntemiyle karşılanabilir. Bu sayede, sözleşme ile bağlı kalma yoluna başvuran zarar gören, özellikle de karşı tarafın davranışları yüzünden fazladan yaptığı masrafların tazmin edilmesini (örneğin gereksiz yere yapılan seyahat masrafları, fazladan ödenen harçlar vs.)¹⁷⁵ ve edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini isteyebilecektir (örneğin alıcının 40.000 YTL.'lik arabayı, satıcının davranışları yüzünden olduğundan daha iyi özelliklere sahip olduğuna inanarak 50.000 YTL'ye alması gibi). Burada dikkat etmek gerekir ki, beklentilere uymayan sözleşmenin neden olduğu fazla masrafların tazmin edilmesi olayların büyük bir çoğunluğunda işin niteliği gereği nakden tazmin yöntemiyle; edimler arasındaki dengesizliğin sözleşme şartlarına müdahale yoluyla giderilmesi ise, aynen tazmin yöntemiyle gerçekleşecektir.

5. Tazminatın Hesaplanma Anı

Bütün bu açıklamaların ardından, olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin tazminat davasında, hangi zaman diliminin esas alınması gerektiği meselesine de değinmek gerekir.

Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarda, hüküm tarihinin esas alınacağını öngören BK.m.46/f.II dışında, kanunumuzun diğer hükümlerinde (BK.m.42 vd.), tazminatın hesaplanmasında dikkat alınacak an bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Doktrinde baskın¹⁷⁶ olan ve İsviçre Federal Mahkemesinin de kabul ettiği¹⁷⁷ görüşe göre, hüküm tarihi, daha doğru bir ifadeyle hüküm anına en yakın zamandaki

¹⁷⁴ Medicus, **Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, s. 555; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 116; ayrıca bkz. Daniel Zimmer, "Der Anwendungsbereich des Sachmängel-Gewährleistungsrechts beim Unternehmenskauf – Plädoyer für eine Neubestimmung", **NJW 1997**, s. 2351, dn. 62.

¹⁷⁵ Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçerli olarak ayakta tutulduğundan, sözleşmenin kurulmasına yönelik zarurî masraflar, olumsuz zarar kapsamında tazmin edilmezler. Zira bunlar, borçlunun davranışları yüzünden boşa çıkmış malvarlığı kaybı niteliğinde değildir.

¹⁷⁶ Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 6, Rn. 21; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2656; Becker, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 52; Keller, M., **a.g.e.**, s. 275; Scherrer, **a.g.e.**, s. 68, dn. 1; İlhan E. Postacıoğlu, **Me-**

hesaplamanın tarihi, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Zira ancak bu sayede, zarar gören, enflasyonun etkisiyle iktisadî açıdan meydana gelen azalmalara karşı daha iyi korunmuş olur¹⁷⁸.

Buna göre, olumsuz zarar tazminatının hesaplanmasında da, diğer zarar türlerinde olduğu gibi hüküm anının esas alınması kanaatimizce daha isabetlidir. Ancak burada olumsuz zarardan sorumluluğa özgü şu özelliği gözden kaçırmamak gerekir. Kâr mahrumiyeti kapsamında kaçırılan fırsatın miktarını belirlerken, işin doğası gereği, hüküm tarihi değil, güven uyandırılan sözleşme görüşmelerinin yapıldığı an dikkate alınacaktır. Yani zarar görenin daha sonradan yaptığı veya hüküm anında yapabileceği elverişsiz sözleşme ile kaçırdığı fırsat arasındaki fark tespit edilirken, amaçlanan sözleşme tarihi ile ikinci sözleşme tarihi esas alınacaktır¹⁷⁹.

Yukarıdaki bilgiler ışığında şu tespiti yapabiliriz ki, doktrinde sıkça yapıldığı gibi, tazminatın amacı için -özellikle de aynen tazmin bakımından-, malvarlığının “*eski hâle iadesi*” şeklinde bir ifade kullanmak, aslında çok da yerinde değildir. Çünkü tazminatın gayesi, zararın gerçekleşmesinden önceki eski malvarlığı durumunun değil; zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının şu an içinde bulunacağı farazî hâlin oluşmasını sağlamaktır. Bu iki an arasındaki malvarlığı durumu her

deni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 249-250; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 602; 867; Weber, **a.g.e.**, Art. 97, Rn. 216; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 265; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 351; 553; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 298; Eren, **a.g.e.**, s. 694; 1010-1011; Buz, **a.g.e.**, s. 275; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 560; Akünel, **a.g.e.**, s. 147; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 459-460; Barlas, **a.g.e.**, s. 131; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta, 2000, s. 111; İnan, **a.g.e.**, s. 331-332; Schenker, **a.g.e.**, Rn. 744.

Zarar verici olay neticesinde ortaya çıkan yararların denkleştirilmesinde de yine hüküm anı esas alınmaktadır. Bkz. yuk. IV. Bölüm, A 7.

¹⁷⁷ BGE 64 II 138; 116 II 444.

¹⁷⁸ Zarar gören şeyin değeri arada yükselmiş fakat hüküm tarihinde düşmüşse, bu takdirde, hasara uğrayan şeyin en yüksek değerine ulaştığı tarihe göre zararın hesaplanması gerektiği belirtilmektedir. Zira bu düşünceye göre, malik, en yüksek değere ulaştığı anda malını paraya çevirebilir ve bu yükselişten faydalanabilirdi. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 602; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 265; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 553, dn. 233; karş. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 123; Eren, **a.g.e.**, s. 695; Akünel, **a.g.e.**, s. 148.

Bununla birlikte zarardan sorumlu olan tarafın, tazminat alacaklısının, söz konusu malı, en yüksek değerine ulaştığı tarihte paraya çevirmeyeceğini yahut zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi bile onun malı zaten beklenmedik değer artışından evvel elinden çıkaracağını ispatlaması hâlinde, değer artışının dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 553, dn. 233; Eren, **a.g.e.**, s. 694-695.

¹⁷⁹ Şayet olumsuz zarar soyut yöntemle göre hesaplanıyorsa (bkz. yuk. IV. Bölüm, A 6), hüküm anı dikkate alınacaktır.

zaman aynı olamayacağı için, ara zamandaki farklılıklar da, tazminat hesabında dikkate alınmalıdır; yani hâkim, önüne gelen bir olayda, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi zarar görenin malvarlığının bugün hangi durumda bulunacağını araştırmalıdır¹⁸⁰.

Buna karşın doktrinde ileri sürülen¹⁸¹ ve Yargıtay kararlarında¹⁸² da sürekli olarak benimsenen bir diğer görüş, hüküm tarihini değil, zararın gerçekleştiği (olayın meydana geldiği) anı göz önünde bulundurmaktadır. Bir başka deyişle, zararın ve tazminatın belirlenmesinde, zarar verici olay hiç olmasaydı içinde bulunulacak olan durum değil, bu zarar verici olay öncesindeki eski durum esas alınmaktadır¹⁸³. Bu görüş çerçevesinde zararın tespitinde, hükümden önceki bir tarih (zarar verici olayın meydana geldiği an) esas alındığı için, bu andan hüküm tarihine kadar geçen süre için tazminat alacağına temerrüt faizi¹⁸⁴ de işletilmektedir¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Nickel, **a.g.e.**, s. 41, dn. 138; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 67; Zeytin, **a.g.m.**, s. 76, dn. 10.

¹⁸¹ Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 9-16; 38-39; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 300

¹⁸² Yarg. 17. HD., 17.05.2005 t., E. 2005/6724, K. 2005/5368 (Legal Hukuk Dergisi, 2005, s. 3018); Yarg. 11. HD., 25.03.2003 t., E. 2002/11190, K. 2003/2829 (YKD., 2004, S. 6, s. 888); Yarg. 4. HD., 16.04.1991 t., E. 1981/4161, K. 1981/5335 (Yasa Hukuk Dergisi, 1981, s. 656).

Ayrıca bkz. Yarg. İBK., 12.11.1930 t., E. 6, K. 27; Yarg. 4 HD., 19.11.1979 t., E. 10740, K. 12706; Yarg. 4 HD., 23.12.1982 t., E. 7190, K. 11637; Yarg. 4 HD., 02.12.1972 t., E. 7606, K. 10156 (Bu kararlar için bkz. Karahasan, **C. 1**, s. 1087, dn. 14).

¹⁸³ Bazı yazarlar, sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zararın hesaplanmasında, hüküm tarihinin veya sözleşmenin kurulduğu yahut sözleşmeden dönüldüğü anının değil, borçlunun temerrüde düştüğü tarihin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Weber, **a.g.e.**, Art. 107, Rn. 104. Bazıları ise, sözleşmeden dönmenin gerçekleştiği tarihi dikkate almaktadır. Bkz. Uygur, **C. 3**, s. 3591.

Bizim de benimsediğimiz gibi karar anının esas alınmasını savunan görüş için bkz. Schenker, **a.g.e.**, Rn. 744.

¹⁸⁴ Belirtmek gerekir ki, zararın hesaplandığı andan itibaren işleyecek olan bu faizin hukukî niteliğini tartışmalıdır. İsviçre'deki baskın görüş ve Türk doktrinindeki bazı yazarlar bunu, tazminat alacağına eklenen bir kanunî faiz (temerrüt faizinden farklı tazminat/zarar faizi) şeklinde nitelendirse de (Bkz. von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 74; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, **a.g.e.**, § 10, Rn. 58-61; Merz, **a.g.e.**, s. 214; Brehm, **a.g.e.**, Art. 41, Rn. 97-99; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 6, Rn. 25; OR-Komm/Schoop, **a.g.e.**, Art. 42, Rn. 7; Keller, A., **Bd. II**, s. 47; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 2738; 3019; Eren, **a.g.e.**, s. 696; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 462), burada söz konusu olan aslında bir temerrüt faizidir. Çünkü tazminat hesaplanmasında, temerrüt faizi dışında başka bir kanunî faizden ayrıca bahsetmeye hukukî bir dayanak bulunmamaktadır. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 130-131; Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 215-219; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 790, dn. 27; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 300; 310-311; Helvacı, **a.g.e.**, s. 110-113; Karahasan, **C. 1**, s. 1102 vd.

Yargıtay'ın her iki yönde de kararları bulunmaktadır (bu tarzdaki karar örnekleri için bkz. Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 215-216, dn. 5; Karahasan, **C. 1**, s. 1106 vd.).

Zararın gerçekleştiği andan itibaren tazminat alacağına temerrüt faizi işletilmesi, zarar veren davalının, dürüstlük kuralı gereği ayrıca bir ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olduğu faraziye-

İsviçre ve Türk kanun koyucularının suskun kalmasından ötürü doktrin ve uygulamada yaşanan bu tartışmalara karşın, Alman hukukunda meselenin daha aydınlık olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü aynen tazmine ilişkin BGB § 249/f.I hükmü, zararı tazmin etmekle yükümlü olan kimsenin, tazminat borcunu doğuran olay hiç gerçekleşmeseydi, hangi durum mevcut olacak idiyse, onu sağlamak zorunda olduğunu açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Böylece aynen tazminin, -tıpkı nakden tazmin gibi- zarar verici olay olmasaydı şu an içinde bulunulacak farazî durumu tesis etmeyi hedeflediği, tereddütte yer bırakmayacak şekilde hükme bağlanmıştır¹⁸⁶.

6. Tazmin Edilecek Olumsuz Zararın Sınırlandırılması

a. Sorunun Ortaya Konması ve Görüşlerin Değerlendirilmesi

Sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yüzünden meydana gelen olumsuz menfaat, o sözleşmenin yerine getirilmesi hâlinde elde edilecek ifa menfaatinden çoğu kez miktar olarak daha düşüktür. Zira geçersiz sözleşmenin yol açtığı masraflar ve kaçırılan başka elverişli fırsatlar, hayatın olağan akışı içinde genellikle sınırlı düzeyde kalan malvarlığı kayıplarıdır. Astarı yüzünden pahalıya gelecek şekilde sözleşme ilişkisine girmek, birçok kimsenin yapmaktan kaçındığı veya çeşitli sebeplerle en son çare olarak başvurduğu bir usuldür. Ne var ki, olumsuz zararın, miktar olarak olumlu zarardan fazla olmasına herhangi teorik bir engel de bulunmamaktadır. Özellikle de amaçlanan sözleşme için aşırı masrafların yapıldığı veya hüküm ifade etmeyen söz-

sine dayanmaktadır. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 131; karşı. **Nomer, Maddî Tazminat**, s. 219-223; Helvacı, **a.g.e.**, s. 112-113.

Bazı yazarlarca haklı olarak vurgulandığı gibi, muhtevası henüz belirli olmayan tazminat alacağı, ancak hâkimin kararıyla belirlilik kazanacağı için, burada temerrüt faizinin işletilmesi fikrine karşı çıkmak mümkündür. Şayet zararın tespitinde hüküm anı esas alınır, bu tarz yapay çözümlere başvurmaya gerek kalmayacaktır. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 553-554, dn. 236; Barlas, **a.g.e.**, s. 131; Helvacı, **a.g.e.**, s. 111.

Zararın tespitinde hüküm anının esas alınmasını savunmakla beraber zararın gerçekleştiği andan itibaren yine de faiz yürütülmesi gerektiğini ileri süren farklı bir görüş için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 696; Tunçomağ, **Borçlar Genel**, s. 460-462.

¹⁸⁵ Zararın tespitinde hükümden önceki bir tarihi esas alan ve buna faiz işleten görüş çerçevesinde hareket edildiğinde, alacaklının, -eğer varsa- temerrüt faizini aşan (munzam) zararının da BK.m.105 kapsamında tazmin edilmesi sorunu gündeme gelecektir.

¹⁸⁶ MünchKomm/Oetker, **a.g.e.**, § 249, Rn. 312; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 215; Larenz, **a.g.e.**, s. 471; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 19, Rn. 26; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Rn. 2; Roberto, **a.g.e.**, s. 140; Zeytin, **a.g.m.**, s. 76, dn. 10.

BGB § 249/f.I'de yer alan bu ifade tarzının esasında yanıltıcı olduğu, zira zarar verici olayın gerçekleşmesinden önceki (eski) durumun sağlanması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki açıklamalar için bkz. Nomer, **Maddî Tazminat**, s. 38.

leşmedeki şartların, zarar veren taraf lehine kararlaştırıldığı hâllerde durum bu şekilde karşımıza çıkabilir.

Olumsuz zararda nedensellik bağının, ifa etmemeden bağımsız bir şekilde, sözleşmenin geçerliliğine veya geçerli olarak kalmaya devam edeceğine yönelik güven olgusundan hareketle kurulması, olumsuz zararın kapsamının, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin çok üstüne çıkmasına da yol açabilir. İşte bu tarz ihtimallerde, hükmedilecek tazminatın olumlu zarar miktarıyla sınırlı olup olmadığı; bir başka ifadeyle, hükümsüz sözleşmeye dayanarak tazminat talep eden bir kimsenin, bu sözleşme geçerli olsaydı, içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle sokulmasını talep edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yanlış anlaşılmalara önlemek adına hemen en baştan vurgulamak gerekir ki, buradaki sorun sadece olumsuz zarar tazminatının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkindir; yoksa meydana gelen zararın hesaplanması bakımından herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Tazminat yükümlülüğüne yol açan malvarlığı kayıpları, yukarıda belirttiğimiz prensipler çerçevesinde herhangi bir kısıtlamaya tâbi olmaksızın belirlenecektir. Tartışma konusu olan, hesaplanan olumsuz zarar miktarının ne kadarının karşılanacağı ne kadarının güvenen kimsenin omuzlarında kalacağıdır.

İsviçre ve Türk doktrinlerindeki fikir ayrılıklarına ve benimsediğimiz çözüm tarzına geçmeden evvel, bütün bu tartışmaların kaynağı olan Alman hukukundaki duruma kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır¹⁸⁷.

Alman kanun koyucusu, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin sorumluluğuna ilişkin BGB § 122/f.I ile yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna dair BGB § 179/f.II'de, istenebilecek olumsuz zarar miktarını, ifa menfaatiyle sınırlamıştır. Bu iki açık hüküm dışında ise, olumsuz zarar tazminatına yönelik herhangi bir sınırlama Alman hukukunda mevcut değildir¹⁸⁸. Ancak BGB §§ 122/f.I ve 179/f.II'deki sınırlamaların, culpa in contrahendo'dan doğan diğer olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü hâllerinde de kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı, uzun zamandan beri süregelen bir

¹⁸⁷ Alman öğretisinde yaşanan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nickel, **a.g.e.**, s. 235 vd.

¹⁸⁸ İşaret etmek gerekir ki, bu hükümlerin yanı sıra eski BGB sisteminde, bir üçüncü hâl daha bulunmaktaydı: Eski BGB § 307 düzenlemesi, hukuka aykırılık ve başlangıçtaki imkânsızlığa bağlanan butlan yaptırımını yüzünden istenebilecek olumsuz zarar tazminatını, ifa menfaatiyle sınırlı tutmuştu.

tartışma konusudur. Doktrin ve uygulamadaki baskın görüş, bu hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla olumsuz zarar tazminatına getirilecek genel bir sınırlamaya karşı çıkmaktadır¹⁸⁹. Baskın görüşü kabul etmeyen bazı yazarlar ise, BGB §§ 122/f.I ve 179/f.II'den yola çıkarak bütün olumsuz zarar taleplerini, olumlu zararlarla sınırlama eğilimindedir¹⁹⁰.

Bu açıklamaların ardından İsviçre ve Türk hukuklarına yeniden dönecek olursak, şu tespitleri yapabiliriz: Alman hukukunun aksine Türk kanun koyucusu, ilân yoluyla ödül sözünden dönmeye ilişkin BK.m.8/f.II dışında olumsuz zarar tazminatının, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatiyle sınırlı olduğu yönünde herhangi bir düzenleme getirmemiş, bu hususta bir kural koymaktan kaçınmıştır¹⁹¹. İsviçre'de ise, OR 8/f.II düzenlemesi dışında, olumsuz zarar tazminatını, ifa menfaatiyle sınırlayan bir başka düzenleme daha bulunmaktadır. OR 226i'ye göre, taksitli satışlarda alıcının temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen satıcının, teslim ettiği mal için uygun bir kira bedeli ile olağan sınırları aşan kullanımlar için tazminat talep edebileceği; fakat sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı elde edeceklerini aşan oranda bir istemde

¹⁸⁹ MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 234; Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 192; Larenz, **a.g.e.**, s. 112; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 64-65; Fikentscher, **a.g.e.**, Rn. 81; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 17; § 311, Rn. 57; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 18; 25; Medicus, **Schuldrecht**, Rn. 669; Ellers, **a.g.e.**, s. 58; Horn, **a.g.m.**, s. 383; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 15; § 280, Rn. 35; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 14; Pohlmann, **a.g.e.**, s. 111-112; Hk-BGB/Schulze, **a.g.e.**, § 311, Rn. 27; Looschelders, **a.g.e.**, s. 360; Schwarz/Wandt, **a.g.e.**, s. 538; karşı. Hornung, **a.g.e.**, s. 232 vd.; özellikle s. 237-238

Bu yazarlardan bazılarının, belli durumlar için bir takım istisnalar getirmeye çalıştığını da vurgulamak gerekir. Örneğin Lange/Schiemann, benzer olaylarda (örneğin zararın sözleşmenin ifasının gerçekleşmemesinden doğduğu hâllerde), kıyas yoluyla bir sınırlama yapılmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 65.

Larenz'e göre ise, sadece BGB § 122'den kıyasen çıkarılan sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesine özgü kusursuz sorumluluk hâllerinde, böyle bir sınırlamaya gidilebilir. Bkz. Larenz, **culpa in contrahendo**, s. 418-419.

RGZ 151, 357, 359; 159, 35, 55 vd.; BGHZ 57, 191, 193; 69, 53, 56; 136, 102 vd.; NJW-RR 1990, s. 229-230; NJW 1997, s. 2813; NJW 2001, s. 2876.

¹⁹⁰ Rabel, **a.g.m.**, s. 326; von Tuhr, **Der Allgemeine Teil II/1**, s. 359, dn 161; Hans Stoll, **culpa in contrahendo**, s. 436 vd.; 441; 451; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 141; Gottwald, **a.g.m.**, s. 884; ayrıca bkz. ve karşı. Nickel, **a.g.e.**, s.235-240; Riezler, "Zur Begrenzung des negativen Vertragsinteresses", **DJZ**, 1912, s. 1176-1178; Lehnsen, "Der Umfang des Vertrauensinteresses", **DJZ**, 1912, s. 1404-1405.

¹⁹¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 599. maddesinde yer alan, belirli şartlar altında kefalet sözleşmesinden dönen kefile yüklenen olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün de, kefalet sözleşmesindeki yazılı miktar ile sınırlı olduğunu burada hatırlatmak gerekir. Bkz. yuk. III. Bölüm, C 5.

bulunamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır¹⁹². Bu istisnai düzenlemeler dışında, İsviçre ve Türk hukuklarında bir sınırlama hükmü bulunmamasına karşın, sorun öğretilerde yine de tartışmalıdır. Yaşanan tartışmalar, daha çok BK. m.26 ve 39'un yorumu etrafında dönmektedir. İlginç olan şudur ki, anılan hükümler, hükmedilecek tazminatın en yüksek haddinin ne olacağı meselesine bir cevap vermedikleri hâlde, hem sınırlamayı savunanların hem de bunu reddedenlerin büyük çoğunluğunun dayanak noktası olmuştur¹⁹³.

BK.m.26/f.II ve 39/f.I'de yer alan "*daha fazla zarar*"ın tazmin edilmesi ifadesinden yola çıkan bazı yazarlar¹⁹⁴, BK.m.26/f.I ve 39/f.I'de sınırlı bir tazminat yükümlülüğünün söz konusu olduğunu, yani amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin, olumsuz zarar tazminatının en yüksek sınırını oluşturduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, hakkaniyet de bu sonucu gerektirmektedir; böyle sınırlama olmadığı için tazmin edilecek olumsuz zarar miktarı, olumlu zararı aşacak olursa, örneğin sözleşmeyi yanılma ya da bir üçüncü kişinin tehditi nedeniyle iptal etmenin hiçbir anlamı kalmayacaktır¹⁹⁵. Ayrıca belli bir sözleşmeyi yapmaya karar vermiş olan sözleşen, artık daha elverişli fırsatları kaçırmamasından doğacak rizikoyu da üstlenmiş sayılmalıdır.

Olumsuz zarar tazminatının sınırlanmasından yana olan yazarların gerekçeleri bunlarla bitmemekte, ayrıca sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zarar talebine de, BK.m.106-108 hükümlerine dayanılarak bir sınırlama getirilmesi gerektiğini ileri sürülmektedirler¹⁹⁶. Yargıtay'ın da bazı kararlarında¹⁹⁷ katıldığı bu düşün-

¹⁹² Bu hükmün Türk hukukunda da uygulanması yönündeki tartışmalar için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 572-574; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 17, N. 23.

¹⁹³ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 212; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 566.

¹⁹⁴ Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 243 vd.; s. 245, dn. 47; 280; 282; Becker, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 5; Keller, M., **a.g.e.**, s. 113-114; 249 vd.; 290-291 (Keller, aldatma ya da tazminat yükümlüsünün kasıtlı davranışı hâlinde, örneğin iptal hakkını kullanan tarafın, karşı sözleşene zarar vermek amacıyla geçersizliğe dayanması durumunda, bir sınırlamanın bulunmadığını savunmaktadır); Scherrer, **a.g.e.**, s. 69 vd. (ancak yazar, sözleşmenin geçersizliğine neden olan sebebin zarar görenin taahhüt edimin büyüklüğünü etkilediği hâller için bir istisna getirme uğraşısı içindedir); Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 93; ancak karşı s. 342; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁹⁵ Keller, M., **a.g.e.**, s. 253 vd.; Uygur, **C. 3**, s. 3591.

¹⁹⁶ Keller, M., **a.g.e.**, s. 254-255; Becker, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 9; Hans Giger, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt:**

ceye göre, sözleşmeyle bağlı kalan alacaklıya ifa menfaatinin tazmin edilmesi imkânını tanınırken, sözleşmeden dönen alacaklının, sadece olumsuz zarar talebiyle yetinmesi öngörülmüştür. BK.m.106-108'deki bu düzenleme tarzı, kanun koyucunun, olumsuz zararın, daima olumlu zarardan az olacağı düşüncesinden hareket ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla sözleşmeden dönüp kendi ediminden kurtulmayı tercih eden alacaklının isteyebileceği olumsuz zarar miktarı, ifa menfaatiyle sınırlı olmalıdır. Hem bu sayede alacaklının, borçlu üzerinde spekülasyon yaparak sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle gelmesi de engellenmiş olur¹⁹⁸.

Benzer gerekçeler, BK.m.396/f.II ve 466/f.II'deki olumsuz zarar sorumlulukları için de savunulmaktadır¹⁹⁹. Bu düşünceye göre, kanunda açıkça yer almayan sı-

Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184-215, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1979, Art. 191, Rn. 28; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 341; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 956; Uygur, **C. 3**, s. 3591.

Keller ve Giger, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının, elverişli başka bir sözleşmenin kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetini talep ettiği hâllerde, hükmedilecek olumsuz zarar tazminatında bir indirimle gidilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Fiili zararlar ile kâr mahrumiyeti arasında bir ayırım yapan bu görüşe göre, alacaklı, kazanç getirecek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatına sahip iken, dönülen sözleşmeyi yapmak suretiyle zararın artmasında birlikte kusur sayılacak bir davranış sergilemiştir; BK.m.44'ün uygulanmasıyla olumsuz zarar tazminatı, ifa menaati ölçüsünde sınırlanmalıdır. Bkz. Keller, M., **a.g.e.**, s. 249-250; Giger, **a.g.e.**, Art. 191, Rn. 28. Ancak bu son yazar, alacaklının büyük bir kazanç beklemeksizin aşırı masraflar yaptığı hâllerde, fiili zararlar bakımından olumsuz zarar tazminatının sınırlanmamasından yana görüş bildirmektedir. Bkz. Giger, **a.g.e.**, Art. 191, Rn. 29.

Farklı gerekçelerle de olsa, kâr mahrumiyetinin tazminine ifa menfaatiyle sınırlama getiren, fakat fiili zararlar bakımından sınırlamayı kabul etmeyen benzer bir görüş için bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 154-155; bu doğrultuda ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 363.

Elverişli sözleşme fırsatının kaçırılmasını, olumsuz zarar talebinde bulunan alacaklıya ait birlikte kusur olarak değerlendiren bu görüş, kanaatimizce isabetli değildir. Zira alacaklının, ekonomik anlamda daha iyi şartlar içeren bir sözleşmeyi üçüncü kişiyle yapmaması için pekâlâ haklı nedenleri olabilir. Örneğin alacaklı, başka sözleşmelere zemin hazırlayabileceği düşüncesiyle veya borçlu ile arasındaki uzun süreli iş ya da yakın şahsî ilişkiler nedeniyle dönülen sözleşmeyi yapmayı elverişsiz şartlar içerse de tercih etmiş olabilir. Bu tarz durumlarda, alacaklının birlikte kusurundan bahsedilemez. Bundan başka, sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlarını zorlayan aksi yöndeki görüşün kabulü, borçlunun sözleşmesel yükümlülüğüne aykırı davranışlarından ötürü, onunla işlem yapan alacaklıyı cezalandırmak anlamına gelmektedir. Bkz. Schenker, **a.g.e.**, Rn. 764; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 673; 1070; 1072; Buz, **a.g.e.**, s. 279.

Olumsuz zarar tazminatının sınırlandırılmasında, fiili zararlar ile kâr mahrumiyeti arasında ayırım yaparak, kâr mahrumiyetinin giderilmesine sınırlama getirmek isteyen Türk öğretisindeki görüşün (Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 154-155) hatalı yanı, olumsuz menfaatin kapsamındaki kâr mahrumiyeti ile olumlu zararı aynı nitelikte görmüş olmasıdır.

¹⁹⁷ Yarg. 15. HD., 28.09.1993 t., E. 1992/5474, K. 1993/3691 (YKD., 1994, S. 8, s. 1298).

¹⁹⁸ Keller, M., **a.g.e.**, s. 185; Keuk, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁹⁹ BK.m.396/f.II için bkz. Gauch, **a.g.m.**, s. 12; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn.739; Hofstetter, **a.g.e.**, s. 64, dn. 60; ayrıca karşı. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 404, Rn. 19b.

nırlama, BK.m.396/f.II ve 466/f.II'nin amacından çıkmaktadır. Vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda, vedia sözleşmesinin ise kararlaştırılan süreden önce sona erdirilmesine muhatap olan karşı taraf, sözleşme sona erdirilmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir hâle sokulmamalıdır.

Buna karşın aksi görüşte olan yazarlara göre²⁰⁰, olumsuz zararın giderilmesine, ifa menfaati yoluyla bir sınırlama getirilmemelidir. Zira BK.m.8/f.II dışında olumsuz zararın tazminini sınırlayan bir hüküm Borçlar Kanununda bulunmadığı gibi, her iki menfaat türünü doğuran nedensellik bağı süreci de birbirinden farklıdır. Ayrıca olumsuz zararın sınırlanması yönündeki bir teklif, Borçlar Kanununun yasalaşma sürecinde de kabul edilmemiştir.

Kanaatimizce de, bu son görüşe üstünlük tanımak gerekir. Çünkü BK.m.26 ve 39'un metninden yola çıkarak, olumsuz zararın gideriminin, olumlu zararla sınırlı olduğunu ileri sürmek isabetli değildir. Olumsuz zararın, daima ifa menfaatinden az olacağı şeklindeki hatalı düşüncenin etkisiyle kaleme alınan söz konusu hükümlerin yegâne amacı, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde zarar gören lehine daha geniş kapsamlı bir tazminat imkânı getirmekten ibarettir. Hâlbuki burada tartışılan mesele, olumsuz zararın, olumlu zararı aştığı hâllerde, tazminata bir sınırlama getirilip getirilmeyeceğidir. Bu hususta bir şey söylemeyen düzenlemelerden, olumsuz zarar tazminatının sınırlandırılması gerektiği yönünde bir sonuç çıkarılamaz. Tam tersine, önünde BGB örneği durmasına rağmen herhangi bir düzenleme getirmeyen ve hatta Borçlar Kanununun hazırlanması sürecinde bu yolda yapılan teklifleri açıkça reddeden kanun koyucunun, sınırlamayı benimsemediğini söylemek daha mantıklıdır. Kanun koyucu, bilinçli olarak susmak suretiyle sorunu olumsuz açıdan düzenlemek istemiştir. Dolayısıyla burada kanun boşluğundan söz etmek de mümkün değildir.

BK.m.466/f.II için bkz. Gautschi, **a.g.e.**, Art. 475, Rn. 10b; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn.754.

²⁰⁰ Oser/Schönenberger, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 14; Art. 39, Rn. 9; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 87, dn. 30; 316; Bucher, **a.g.e.**, 343; 379, dn. 200; Schenker, **a.g.e.**, Rn. 759 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 298; Anex, **a.g.e.**, s. 91 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 363; Schwarz, **a.g.e.**, s. 17; Sarı, **a.g.e.**, s. 163 vd.; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Rn. 404; Art. 22, Rn. 46; Eren, **a.g.e.**, s. 1081; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 565 vd.; BSK OR I/Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 7; BSK OR I/Watter, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 6; Koller, **a.g.e.**, Rn. 406; 416; 449 vd.; Schmidlin, **a.g.e.**, Art. 26, Rn. 27; 29-30; Zäch, **a.g.e.**, Art. 39, Rn. 59; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 213 vd.; Buz, **a.g.e.**, s. 278-279; Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten**, s. 128-132; Glasl, **a.g.e.**, s. 118-120; Göschke, **a.g.m.**, s. 91; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **Bd. II**, Rn. 3129; Weber, **a.g.e.**, Art. 109, Rn. 97-98; Veldet Hıfzı, **a.g.m.**, s. 746.

Hiç şüphesiz ki, BGB §§ 122/f.I, 179/f.I, BK.m.8/f.II ve OR 226i hükümlerinde olduğu gibi hukuk düzeninin bazı hâller için tazminat sorumluluğunun kapsamına bir sınırlama getirmesi mümkündür; ama meydana gelen zarar miktarının inkâr edilmesi, görmezlikten gelinmesi düşünülebilecek bir şey değildir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, tazminata sınırlama getiren Alman hukukundaki BGB §§ 122/f.I, 179/f.II ile İsviçre ve Türk hukuklarına özgü BK.m.8/f.II, olumsuz zarardan sorumluluğu kusursuz olarak düzenleyen hükümlerdir. İstisnai nitelik taşıyan objektif sorumluluk hükümlerinin örnek alınarak, genel bir kurala varılması mümkün değildir. Yine bir başka sınırlama hükmü olan taksitli satımlara ilişkin OR 226i de, ekonomik açıdan güçsüz alıcıları korumak gayesiyle getirilen özel bir düzenleme olduğundan, genel kural seviyesine çıkarılmaya elverişli değildir. Nitekim bu düşüncenin bir sonucu olarak, İsviçre hukukunda, satıcının temerrüdü nedeniyle alıcının sözleşmeden döndüğü hâllerde, alıcının isteyebileceği olumsuz zarar tazminatı, olumlu zararlarla sınırlanmış değildir²⁰¹.

BK.m.26/f.II ve 39/f.I uyarınca “*daha fazla zarar*” adı altında en çok ifa menfaati miktarınca bir tazminata hükmedilebilir olması da, giderilecek olumsuz zararın sınırlanması anlamına gelmemektedir. Buradan anlaşılması gereken, olayların çoğunda olduğu gibi olumsuz zararın, olumlu zarardan düşük olduğu hâllerde, hakkaniyet ve kusur şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla tazminat yükümlülüğünün kapsamının ifa menfaatine kadar çoğaltılabilesidir. Olumsuz zarar miktarının, olumlu zararı aşması durumunda ise, artık bu hükme başvurulmasına gerek bulunmamaktadır²⁰²; zira ifa menfaatinin tazmini için gerekli olan hakkaniyet şartı gerçekleşmemiş olur.

Hükümsüz bir sözleşmeden geriye kalan, sadece onun neden olduğu zararlar-
dır; bunun ötesine giderek tarafların yapmayı istedikleri sözleşme şartlarına bakarak
sorumlu olunacak miktarı belirlemek, aynı zamanda edim yükümden bağımsız borç
ilişkinine de aykırılık teşkil etmektedir. Zira daha önceden de belirttiğimiz üzere,
işlemsel temas sırasında kanundan doğan borç ilişkisinin ve onun yarattığı sorumlu-
luğun, amaçlanan sözleşmeden bağımsız olarak ortaya çıktığı uzun yıllardır kabul

²⁰¹ Schenker, **a.g.e.**, Rn. 762.

²⁰² Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 215-216; farklı bir gerekçeyle de olsa aynı yönde bkz. Koller, **a.g.e.**, Rn. 403.

edilen tartışmasız bir düşünüş biçimidir. Olumsuz zarar tazminatını, ifa menfaatiyle sınırlamanın, bu kabul tarzıyla bağdaşmadığı aşikârdır²⁰³. Ayrıca amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin tavan olarak kabulü, sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi (yokluk) nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü hâllerinde, çarpık bir sonucun karşımıza çıkmasına da yol açar. Çünkü sözleşme şartlarının henüz tam olarak belirlenmediği ve buna bağlı olarak da ifa menfaatinin hesaplanamadığı bu ihtimalde, tazmin edilecek olumsuz zararı, olumlu zararlarla sınırlamak mümkün olmayacaktır. Geçersiz de olsa bir sözleşmenin yapıldığı hâllerdeki tazminatı sınırlarken, sadece görüşmelerden oluşan yokluk hâline özgü tazminatı sınırlamamanın ya da sınırlayamamanın tezatlık oluşturduğu ortadadır²⁰⁴.

BK.m.106-108 hükümlerini gerekçe göstererek, sözleşmeden dönmeye ilişkin olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü sınırlandırmak da mümkün değildir. Zira sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının talep edebileceği olumsuz zarar miktarını, ifa menfaatiyle sınırlayan herhangi bir düzenleme hukukumuzda bulunmamaktadır. Kanun koyucunun kullanılacak seçimlik hakka bağlı olarak farklı bir tazminat yükümlülüğü öngörmesi, olumsuz zararın, her durumda olumlu zarardan daha az olacağı şeklindeki hatalı düşünceden kaynaklanmaktadır; yoksa olumsuz zararın, olumlu zararı aşabileceği düşünülerek söz konusu hükümler aracılığı ile bir sınırlandırılma getirilmek istenmiş değildir. Bu ihtimalde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün sınırlandırılmamasının, borçlu aleyhine spekülasyona yol açabileceği düşüncesi de yersiz bir kaygıdır. Gerçi sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zararın, borca aykırılıktan kaynaklanıyor olması, aksi görüşü savunan yazarları ilk bakışta haklıymış gibi göstermektedir. Zira borca aykırılık hâlinde ortaya çıkan tazminatın yükümlülüğü, alacaklıyı sözleşme ihlal edilmeseydi içinde bulunacağı duruma (daha fazlasına değil) getirmeye yöneliktir. Ancak burada şunu gözden kaçırmamak gerekir ki, olumlu zararı aşan olumsuz zarar tazminatı sayesinde, alacaklının, sözleşmenin ifasından daha iyi konuma geleceği eleştirisi, esas itibarıyla tazminatın hesaplanması sorununa dayanmamaktadır. Çünkü kaçınılmak istenen bu sonuç,

²⁰³ Olumsuz zarar tazminatına sınırlama getirilmesi yönündeki bu görüş, olsa olsa culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya atıldığı ilk yıllarda savunulan “*amaç sözleşme teorisi*” çerçevesinde kendisine küçük bir haklılık payı bulabilir.

²⁰⁴ Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 592-593; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 214.

tazminatın hesaplanması meselesinden tamamıyla bağımsızdır; alacaklının yerine getireceği edimin, zaman içinde borçlunun kine nazaran daha çok değer kazandığı hâllerde, salt sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, bu netice de kendiliğinden meydana gelmektedir. Ayrıca sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün borca aykırı davranışa dayandığı, yapılan ihbarlar ve tanınan süreler sayesinde borçlunun menfaatlerinin yeterince korunduğu ve kusurlu borçlu karşısında, zarar gören alacaklının daha fazla korunmaya değer olduğu da unutulmamalıdır. Kaldı ki, alacaklının, borçlunun sırtından vurgun elde etme girişimlerine, MK.m.2 yardımıyla karşı koymak da her zaman mümkündür.

BK.m.396/f.II ve 466/f.II hükümlerindeki olumsuz zarar sorumluluklarını sınırlamak için de, yeterli bir neden bulunmamaktadır. Zira söz konusu hükümlerin gerek kaleme alınış tarzından gerek amacından böyle bir sonuç çıkarılamaz. Kanun koyucu, sözleşmenin kararlaştırılan süreden önce sona erdirilmesi yüzünden meydana gelen kayıpların, ifa menfaatinden bağımsız bir şekilde tazmin edilmesini öngörmüştür. Kaldı ki, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona ermesi, ifa menfaatinden ziyade, bir bütün olarak iş görme süreci üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmektedir. Uygun olmayan zamanda sona ermenin meydana getirdiği kayıpların, ifa menfaatinden farklı olması, tazmin edilecek zararın, olumlu zararlarla sınırlı olmamasını gerektirmektedir²⁰⁵.

Bütün bunlardan başka, olumlu ve olumsuz zarar, farklı yöntemlere göre hesaplanan ve taban tabana zıt nedensellik bağlarının mevcudiyetine bağlı iki ayrı menfaat türüdür. Yani olumsuz zarar, olumlu zararın yoksul akrabası değildir. Olumlu ve olumsuz zarar, birbirine karşıt iki kutup olup, mevcudiyet şartları bakımından ortak unsur içermezler. Olumsuz zarar tazminatına ifa menfaati aracılığı ile getirilecek dogmatik bir sınırlama, sözleşmelere özgü bu iki zarar türünün bağımsızlığını yitirmesine yol açar. Olumsuz menfaatte, zarar verici olay ile meydana gelen malvarlığı kayıpları arasındaki uygun nedensellik bağı araştırılırken, sözleşme görüşmelerinin hiç yapılmamış olması hâli esas alınırken, olumlu menfaatte, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacak farazî durum göz önünde bulundurulmaktadır. Farklı yön-

²⁰⁵ Sarı, a.g.e., s. 164.

lerdeki bu iki olgunun karşılaştırılmasına ve birbirlerini sınırlamasına izin verilmelidir. Bunun sonucu olarak, olumsuz zarar, olumlu zarara eşit olabileceği gibi, ondan az veya fazla da olabilir.

Mademki, olumsuz zarardan sorumluluk, hükümsüz kalan sözleşme görüşmeleri olmasaydı zarar göreni içinde bulunacağı farazî duruma getirmeyi hedeflemektedir, o hâlde hükümsüz sözleşmenin neden olduğu tüm malvarlığı kayıplarının da tazmin edilmesi gerekmektedir. Hükmedilecek tazminata getirilecek genel bir sınırlama, olumsuz menfaati, hedefine ulaşmakta yetersiz kalan bir tatmin aracına dönüştürür. Sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden ötürü zarar gören taraf, işlemsel temas sırasında karşı yan için beslemiş olduğu güvenden ötürü cezalandırılmamalıdır. Sorumluluk hukukuna hâkim olan zararı giderme fonksiyonunu, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünden esirgememiz için yeterli bir sebep bulunmamaktadır. Ayrıca olumsuz zarar tazminatının ifa menfaatiyle sınırlanması, güven ilişkisine aykırı hareket eden tarafın bu davranışından dolayı âdeta ödüllendirilmesi anlamına da gelir.

Kaldı ki, aksi görüşün kabulü, zaman zaman adaletsiz sonuçların doğmasına da yol açabilir²⁰⁶. Örnek olarak, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güveni ihlal edilen görüşmeci, maddî bir çıkar elde etmeyi düşünmeden amaçlanan sözleşme ilişkisine girmişse (ideal amaç için sözleşmeyi yapması veya sözleşme konusunun kendisi bakımından taşıdığı özel manevî değer nedeniyle rayiç değerinin çok üstünde bir bedel ödemeyi kabul etmesi gibi), ekonomik anlamda herhangi bir ifa menfaatine sahip olmayacağından, uğramış olduğu olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalır²⁰⁷.

Sözün özü, BK.m.8/f.II'deki yasal sınırlama dışında, amaçlanan sözleşmeden elde edilebilecek ifa menfaati miktarı, tazmin edilecek olumsuz zararın zorunlu ve mutlak üst sınırı değildir²⁰⁸. Bu hâliyle, olumsuz zarar tazminatının sınırlandırılması-

²⁰⁶ Örneğin bu tarzdaki adaletsizlikleri, sınırlamadan yana görüş belirten Scherrer'in açıklamalarında görmek mümkündür. Bkz. Scherrer, **a.g.e.**, s. 74-76.

²⁰⁷ Koller, **a.g.e.**, Rn. 451-452.

²⁰⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 599. maddesinde yer alan, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün de, ifa menfaati ile sınırlı olduğunu yeniden vurgulamak gerekir. Bkz. yuk. III. Bölüm, C 5.

na ilişkin görüşler, alacaklının haklarına getirilmek istenen her yönüyle destekten yoksun gereksiz bir kısıtlamadır²⁰⁹.

b. Olumsuz Zarardan Sorumluluğun Sınırlandırılmasında Yararlanılacak Hukukî Kurumlar

Şimdiye kadarki açıklamalarımızdan, olumsuz zarardan sorumluluğun ucu bucağı açık tazminat taleplerine yol açtığı kaygısına düşülmemelidir. Zira diğer zarar türlerinde olduğu gibi, başvurulabilecek çeşitli kriterler aracılığı ile olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne de bir sınırlama getirilmesi mümkündür.

(1) Sorumluluğa Yol Açan Zararın Sınırlandırılması

Tazmini gereken olumsuz zararın tayin ve sınırlandırılmasında yararlanılabilecek öncelikli araç, “*uygun nedensellik bağı*” teorisidir²¹⁰. Bilindiği üzere hukukumuzda, zarar verici olay ile malvarlığı kaybı arasında salt bir nedenselliğin bulunması yeterli görülmemekte, ayrıca bir değerlendirme yapılarak, bu nedenselliğin uygun olup olmadığına da bakılmaktadır²¹¹. Böylece zarar görenin uğramış olduğu malvarlığı kaybı, somut olayda fiilen sözleşmeye güven sebebiyle doğmuş olsa bile, genel yaşam tecrübelerine ve hayatın olağan akışına göre olağan görülüyorsa, olumsuz

²⁰⁹ Aynı yönde bkz. Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 663-674.

²¹⁰ Anex, **a.g.e.**, s. 92; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 299; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 595; Buz, **a.g.e.**, s. 280 vd.

²¹¹ Burada önemli olan, failin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak failin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir. Bu husustaki delilleri, tazminat isteyen gösterecek, uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir.

Failin, zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı tespit edilirken, yalnızca bu failin işlendiği anda bilinmesi mümkün şartların mı yoksa failin işlendiği sırada bilinmeyecek olanlar da dâhil olmak üzere hâkimin sonradan tespit edebildiği bütün şartların mı dikkate alınacağı oldukça tartışmalıdır. Birinci görüş, “*önceden tahmin teorisi*”, ikinci görüş, “*sonradan değerlendirme teorisi*” olarak adlandırılmaktadır. Kendi içinde sübjektif ve objektif olarak ikiye ayrılan önceden tahmin teorisi, nedensellik bağı sorununu, neredeyse kusurla özdeşleştirdiği için; sonradan değerlendirme teorisi ise, şart teorisiyle büyük ölçüde aynı sonuçlara götürecekt kadar sorumluluğun aşırı derecede genişlemesine yol açtığı için eleştirilmektedir. Bugün hâkim olan görüş, “*sonradan değerlendirme teorisi*”dir. Bkz. Becker, **a.g.e.**, Art. 41, Rn. 31; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 3, Rn. 22; Eren, **a.g.e.**, s. 503; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 520; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 78; von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 89; 97.

Olumsuz zarardan sorumluluğun tayin ve sınırlandırılmasında da, “*sonradan değerlendirme teorisi*” uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, hâkimin dava sırasında saptadığı tüm şartların dikkate alınmasıyla şekillenen uygun nedensellik bağı yardımıyla tespit edilen malvarlığı kayıpları, olumsuz zarardan sorumluluğu oluşturacaktır. Şayet sonradan değerlendirme teorisinin uygulanması sırasında, insaf dedirtecek kadar dolaylı ve olağandışı sonuçlarla karşılaşılacak olursa, hâkim MK.m.2’ye dayanarak bunları törpüle yoluna gidecektir. Bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 520; karşı. Buz, **a.g.e.**, s. 281-284.

zarardan sorumluluğun kapsamında yer almayacaktır²¹². Örneğin sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, lüzumlu olmayan aşırı masraflar yapmış veya üçüncü şahıslara karşı normal sayılamayacak boyutta yükümlülükler altına girmişse, bu malvarlığı kayıpları ile zarar verenin fiili arasında uygun nedensellik bağı yoktur. Uygun nedensellik bağının düzgün bir şekilde belirlenmesi sayesinde, olumsuz zarardan sorumluluk, aşırıya kaçmadan sınırlandırılmış olur.

Ancak bazen uygun nedensellik bağı kriteri, amacına aykırı olarak zarar gören aleyhine bir takım haksız sonuçların doğmasına sebebiyet verebilir²¹³. Meydana gelen malvarlığı azalmaları, uyandırılan güvenin ihlalinin normal sonucu olmasa bile, şayet zarar görenin tazminat talep edememesi hakkaniyete aykırı düşüyorsa, hâkim dürüstlük kuralının ışığında indirimli bir tazminata karar verebilmelidir²¹⁴. Özellikle de tazminattan sorumlu olan şahsın zarar vermek amacıyla kasten hareket ettiği hâllerde, bu yola başvurulabilir²¹⁵.

Olumsuz zarardan sorumluluğun sınırlandırılmasında yardımcı kriter olarak, *normun koruma amacı teorisinden* de yararlanabiliriz²¹⁶. Bilindiği üzere normun koruma amacı teorisi, zarar ile zarar verici olay arasındaki uygun nedensellik bağının yanı sıra meydana gelen zararın, ihlal edilen normun koruma alanına girip girmediğini de araştırmakta; ihlal edilen normun koruma amacı ile meydana gelen zarar arasında “*hukuka aykırılık bağı*”nın da bulunmasını aramaktadır²¹⁷. Böylece uygun ne-

²¹² Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 299.

²¹³ Bu husustaki açıklamalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 575-576.

²¹⁴ Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 299-300.

²¹⁵ Kastan zarar verme hâlinde, nedensellik bağının uygun olmasının aranmayacağı görüşü için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 529; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi), **a.g.e.**, § 5, N. 11.

²¹⁶ MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 234; ayrıca bkz. Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 25.

²¹⁷ Sorumluluğun sınırlandırılmasında, *normun koruma amacı teorisinin* işlevi üzerinde henüz bir fikir birliği bulunmamaktadır. Şöyle ki, normun koruma amacı teorisinin, uygun nedensellik bağının yerine mi yoksa onunda yanında mı uygulanacağı oldukça tartışmalıdır. Kimi yazarlar, uygun nedensellik bağı teorisinin yetersizliğinden söz ederek, bu teori yerine normun koruma amacı teorisinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bazı yazarlara göre ise, ihlal edilen normun amacı, sorumluluğun sınırlandırılmasında tek başına yeterli değildir; *hukuka aykırılık bağı teorisi* olarak adlandırılan bu görüş, uygun nedensellik bağını zorunlu unsur olarak kabul etmekle birlikte, bu nedenselliğin hukuk bakımından önem taşıyabilmesi için aynı zamanda sorumluluğu doğuran kuralın koruyucu etkisinin de dikkate alınmasını savunmaktadır. Yani olayın genel olarak bu gibi sonuçlar doğurmaya elverişli olması yeterli sayılmamakta; ayrıca zararın da ihlal edilen normun önlemeyi hedeflediği biçim ve usule uygun olması aranmaktadır. Bu husustaki ayrıntılı açıklama ve tartışmalar için bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 103 vd.; Halûk Tandoğan, “Hukuka Aykırılık Bağı”, **So-**

densellik bağı teorisinin yetersiz kaldığı durumlarda, tazmin edilecek olumsuz zararı, ihlal edilen normun koruma amacı çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeyle sınırlandırmaya tâbi tutabiliriz. Örnek olarak vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi veya vedia sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilmesi hâllerinde, elverişli başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti talebi, zarar verici olayın normal sonucu olsa bile, ihlal edilen normun koruma amacına girmediklerinden, BK.m.396/f.II ve 466/f.II'den kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamında dikkate alınmaz²¹⁸. Yine zarar gören, çok kâr getireceğini düşündüğü sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulduğu inancıyla iş arkadaşlarıyla kutlamalar yapmış, onlarla birlikte tatile gitmişse, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi durumunda, bu harcamalarının tazmin edilmesini isteyemeyecektir. Zira söz konusu harcamaların, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenle bağlantı içinde bulunduğu ileri sürülse bile, zarar verenin işlemsel temas sırasında ihlal etmiş olduğu normun koruma amacı, bunların giderilmesini kapsamamaktadır²¹⁹.

Uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı teorilerinin birlikte uygulanması sayesinde, hem zarar verici olayın olağan sonucu olmasına karşın ihlal edilen normun önlemeyi amaçlamadığı zararlar hem de ihlal edilen normun koruma amacına girmekle birlikte tesadüfen ortaya çıkan zararlar kapsam dışı bırakılarak, olumsuz zarardan sorumluluk sınırlandırılmış olur²²⁰.

rumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 5 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 556 vd.; Lange/Schiemann, **a.g.e.**, s. 90 vd.; 98 vd.; Oftinger/Stark, **a.g.e.**, § 3, Rn. 32-33; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi), **a.g.e.**, § 6, N. 6 vd.; Eva Druet, **Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung**, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2004, s. 5 vd.

²¹⁸ Normun koruma amacı yoluyla olumsuz zarardan sorumluluğun sınırlandırılmasına bir başka örnek, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 599. maddesinden verilebilir. Anılan düzenleme uyarınca kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi hâlinde alacaklının uğramış olduğu olumsuz zarar miktarı, kefalet sözleşmesinde yazılı miktardan fazla olsa bile, alacaklı kefalet sözleşmesindeki miktarı aşan zararlarının karşılanmasını talep edemeyecektir. Zira normun koruma amacı, kefilin bunlardan sorumlu olmasını engellemektedir. Bkz. yuk. III. Bölüm, C 5.

²¹⁹ Bu ihtimalde, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılan güven ile yapılan aşırı harcamalar arasında uygun nedensellik bağının bulunmadığı da ileri sürülebilir. Bu hususun ispatlanması hâlinde, artık olumsuz zarardan sorumluluğu sınırlandırmak için normun koruma amacı teorisine başvurmaya gerek yoktur.

²²⁰ Bazı yazarlar, normun koruma amacı teorisinin, borçlunun alacaklının uğradığı zararı somut olarak hangi ölçüde tazminle yükümlü olduğu sorusunu cevaplandıramadığını; sözleşmenin ifa edileceği-

(2) Tazminatın İndirilmesi

Uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı kriterlerine rağmen giderilecek zarar miktarı, somut olayda hâlâ hakkaniyete aykırı boyutlarda görülüyorsa, hâkime geniş bir takdir yetkisi veren BK.m.43-44 hükümleri uyarınca hükmedilecek tazminatta indirim yapılabilir. Daha önceden de vurguladığımız gibi, meydana gelen zarar miktarının tamamının giderilmesi gerektiği yolunda bir kural hukukumuzda bulunmamaktadır. Sözleşmesel alana özgü olumlu ve olumsuz menfaat türleri, sadece zarar miktarının hesaplanmasına ilişkin farklı yöntemler içerirler; tazminatın belirlenmesi hususunda hâkime tanınmış olan takdir yetkisini ortadan kaldırmazlar. Buna göre, olumsuz zarardan sorumlulukta da uygulama alanı bulacak BK.m.43-44 sayesinde hâkim, somut olayın özelliklerini, zarar verenin kusurunun derecesini, zarar görenin birlikte kusurunu vs. dikkate alarak, hükmedeceği tazminatın miktarında bir indirime gidebileceği gibi, tazminat sorumluluğuna hiç yer olmadığına da karar verebilir.

Olumsuz zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olan zarar görenin birlikte kusuru, çok sıkça karşılaşılabilecek bir indirim sebebi olarak karşımıza çıkar²²¹. Bu bağlamda, zararı azaltma yükümlülüğü (*Schadenminderungspflicht*) çerçevesinde, olumsuz zarar tazminatında indirim yapılabileceğini özellikle anmak gerekir. Sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yüzünden zarar gören taraf, malvarlığında meydana gelen kayıpların artmaması için gerekli tedbirleri almak zorundadır, bunu yapmayarak zararın çoğalmasına göz yummuşsa, kendisine yüklenen ödevleri ihlal etmiş olacağından, isteyebileceği tazminat miktarı, BK.m.44/f.I uyarınca bir indirime

ne duyduğu güven nedeniyle aşırı harcamalarda bulunan alacaklıya karşı borçluyu korumada yetersiz kaldığını ileri sürmektedirler. Bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 280-281; Müller, **a.g.e.**, s. 185-187.

Kanaatimizce bu eleştiriler isabetli değildir. Şöyle ki, alacaklının uğradığı zararın somut olarak hangi ölçüde tazmin edileceği sorusunu cevaplandırmaması, normun koruma amacı teorisi bakımından bir eksiklik olarak görülmemelidir; zira normun koruma amacı teorisi, zaten hükmedilecek tazminatın takdiri aşamasında değil; sorumluluğa yol açan zararın tayin ve sınırlandırılmasında kullanılmaktadır. Bundan başka normun koruma amacı teorisinin, sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güven nedeniyle aşırı harcamalarda bulunan alacaklıya karşı borçluyu korumada yetersiz kaldığı iddiası da, yerinde değildir. Bilakis bu tarz durumlarda uygun nedensellik bağının yetersizliğinden söz edilebilir; normun koruma amacı teorisi, amaçlanan sözleşmenin hüküm ifade ettiği yönünden uyandırılan güvenle bağlantı içinde bulunan aşırı harcamaların, normun koruma amacı çerçevesinde yapılacak değerlendirmeye sınırlandırılmasında başvurulabilecek etkin bir araçtır.

²²¹ Şayet zarar görenin birlikte kusuru, zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise, olumsuz zarardan sorumluluk için gerekli olan, zarar verici olay ile malvarlığı kayıpları arasındaki uygun nedensellik bağının hiç bulunmadığı veya kesildiği de söylenebilir.

tâbi tutulur. Nitekim Yargıtay'ın süreklilik kazanan uygulamasına göre, alacaklı, uzun süre bekledikten sonra sözleşmeden döndüğü takdirde, olumsuz zararının hesaplanmasında, dönme beyanında bulunduğu tarihteki değerler değil, alacaklının sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini derhal bildirmesi gerektiği tarihteki rayiç değerler dikkate alınır²²².

Yukarıdaki açıklamaların ardından şu hususun altını önemle çizmek gerekir ki, olumsuz zararın, ifa menfaatinden fazla olduğu her durumda, tazminatın sınırlandırılması sorunu ortaya çıkmaz; sadece aradaki farkın, hakkaniyete aykırı düşecek şekilde aşırı boyutlara ulaştığı hâllerde, tazminatın sınırlandırılması yoluna başvurulur²²³.

²²² Yarg. 15. HD., 15.11.1993 t., E 1993/854, K. 1993/4589: "... Taraflar arasındaki 26.4.1989 tarihli sözleşmeye göre, imalat ve montaj işinin 15.4.1990 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekmektedir. Bu tarihte sözleşmeye uygun olarak iş yapıp teslim edilmediği halde davacı, 25.10.1990 tarihine kadar gereksiz yere bekleyerek bu tarihte davalıya ihtar çekmiş ve ondan sonra gene gereksiz yere bekliyerek 11.12.1990 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Bundan sonra, kalan işi başkasına yaptırmıştır. Sözleşme feshedildiğine göre, davacı sadece bu yüzden uğradığı menfi zararlarını isteyebilir. Bu durumda, iki ihale arasındaki fark, yani feshedilen sözleşmedeki fiyat ile sonradan yaptırılan iş dolayısı ile ödenen fiyat arasındaki fark talep edilemez, ancak feshedilen sözleşme tarihinde, yani 26.4.1989 tarihinde serbest piyasa fiyatına göre bu imalat ve montaj işinin kaç yapılabileceği saptanıp, teslim tarihi olan 15.4.1990 tarihinden itibaren makûl bir bekleme süresi eklenerek bulunacak tarihte aynı işin serbest piyasa fiyatlarına göre kaç yapılabileceği tespit edilip, bu iki fiyat arasındaki farka menfi zarar olarak hükmedilmesi gerekirken..." (YKD., 1994, S. 6, s. 937-938).

Yarg. 15. HD., 03.02.1997 t., E. 1997/47, K. 1997/556: "... Eğer, ikinci ihale, makul süreden çok sonra yapılmış ve böylece zararın artmasına iş sahibi neden olmuşsa, sözleşmeden dönülmesini müteakip, en kısa zamanda bu işin hangi tarihte ikinci ihaleye çıkarılabileceği tespit edilerek, bu tarihte iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı ikinci ihale bedeli ile iş sahibinin kaçırdığı fırsat arasındaki fark da, olumsuz zararın bir başka hesap tarzıdır..." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yarg. 13. HD., 10.02.2005 t., E. 2004/12761, K. 2005/1948: "... 2. ihalenin 7 ay sonra yapıldığı ve bu sürenin makul sürede olmadığına dosyadaki bilirkişi raporu ile de saptandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece makul sürenin tekabül ettiği tarihte sözleşme konusu malın piyasadaki hangi fiyatla satın alınabileceği bilirkişi marifeti ile belirlenmeli, bu fiyatla ilk ihaledeki ikinci en yüksek fiyat veren arasındaki fark saptanmalı buna göre davalının menfi zararının hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Benzer yönde ayrıca bkz. Yarg. 13. HD., 22.10.1981 t., E. 1981/5738, K. 1981/6690 (YKD., 1982, S. 2, s. 223); Yarg. 15. HD., 05.12.1984 t., E. 2416, K. 3775 (Uygur, C. 3, s. 3698-3699); Yarg. 15. HD., 17.04. 1985 t., E. 1984/4504, K. 1985/1303 (YKD., 1985, S. 9, s. 1355); Yarg. 15. HD., 24.04.1986 t., E. 997, K. 1656 (Karahasan, C. 5, s. 624-625); Yarg. 15. HD., 12.05.1987 t., E. 1307, K. 1255 (Karahasan, C. 5, s. 621-622); Yarg. 15. HD., 31.05.1988 t., E. 3516, K. 2130 (Uygur, C. 3, s. 3695); Yarg. 15. HD., 27.10.1988 t., E. 1025, K. 3418 (Karahasan, C. 5, s. 618-619); Yarg. 15. HD., 29.01.1992 t., E. 3648, K. 276 (Uygur, C. 3, s. 3696-3697); Yarg. 15. HD., 25.03.1998 t., E. 1998/868, K. 1998/1178 (Yasa Hukuk Dergisi, 1999, s. 873); Yarg. 13. HD., 20.10.1998 t., E. 1998/7612, K. 1998/7992 (YKD., 1999, S. 4, s. 493-494); Yarg. 15. HD., 16.06.1994 t., E. 1993/4758, K. 1994/4044 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

²²³ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 298-299.

C. OLUMSUZ ZARARA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERİN CEVAPLANMASI

1. İleri Sürülen Eleştiriler

Jhering'in kara Avrupası kanun koyucularını da etkileyecek bir biçimde sistematik olarak ortaya koyduğu olumsuz zarar kavramı, doktrin ve uygulamada çok geniş bir ivme kazanmış olmasına rağmen, hiçbir zaman üzerinde oybirliği ile anlaşılan sözleşmesel alana özgü bir tazminat kurumu seviyesine ulaşamamıştır. Kimi yazarlarca ileri sürülen çeşitli eleştiri oklarına hep hedef olmuş, hatta tümünden reddedilmesi gerektiği bile ileri sürülmüştür²²⁴.

Olumsuz zarara yönelik sıkça dile getirilen en önemli eleştiri, bu menfaat türünün hesaplanmasında güçlükler yaşandığıdır. Olumlu-olumsuz zarar arasında teorik açıdan yapılan ayırımın, uygulamada hukukçuların zihnini bulandırdığı, olumsuz zararı doğru dürüst hesaplayan hâkimlere rastlanmadığı²²⁵; ayrıca bu ayırımın, faydadan çok sakınca doğurduğu, hukuk bilgisi olmayan sözleşmelere tamamıyla yabancı olduğu, alacaklının, “*sözleşmeyi bozup ifa menfaatinin tazmin edilmesi*” şeklindeki ifadesinden, onun hangi tazminat türünü talep ettiğini tespit etmenin güçlüklerle yol açtığı ileri sürülmüştür²²⁶.

Olumsuz zarara getirilen bir diğer eleştiri, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının, bu sayede borçluyu bir takım spekülasyonlara alet edebilecek olmasıdır. Zira daha uygun şartlarla başka sözleşme yapma fırsatını kaçıran ya da sözleşme görüşmeleri aşamasında astarı yüzünden pahalıya gelecek şekilde ölçsüz masraflar masraflar yapan savurgan alacaklı, ifa menfaatinin çok üstüne çıkan olumsuz

Olumsuz zarar tazminatı olarak, ifa çıkarlarını aşan bir miktarın, kâr yoksunluğu çerçevesinde talep edilmesini hemen her zaman hakkaniyete aykırı sayan ve buna bağlı olarak BK.m.43 çerçevesinde indirim yapılmasını öngören görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, s. 363. Olumsuz zarar tazminatının, pratik olarak ifa menfaatiyle sınırlanması anlamına gelen bu görüşe yukarıda gerekçelerle katılmak mümkün değildir. Zira sadece *lucrum cessans* için öne sürülmüş olsa da, bu yaklaşım tarzının, olumsuz zarar tazminatının genel olarak sınırlanmasını öngören görüşten pratik olarak bir farkı bulunmamaktadır.

²²⁴ Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 225 vd.; von Büren, **a.g.e.**, s. 80 vd.; 163; 209 vd.; ayrıca bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 171, dn. 1'de anılanlar.

²²⁵ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 639; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 250.

²²⁶ Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 261; Bosshardt, **a.g.m.**, s. 81; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 641 vd.; ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 971.

zararını elde edebilmek için sözleşmeden dönerek kaçırdığı kâr kaybının veya aşırıya kaçan masraflarının giderilmesini isteyebilme şansını elde etmektedir²²⁷.

Bütün bunlardan başka, olumsuz zararın kapsamında yer alan tipik malvarlığı kayıplarının tamamının aynı zamanda olumlu zararın içeriğinde yer aldığı ve bu sebeple olumsuz zararı, farklı bir yöntemle hesaplanan, sınırlı kapsama sahip ayrı bir zarar türü olarak değerlendirmenin hata olduğu, olumlu-olumsuz zarar arasındaki tek farkın, hukukî sebeplerinin farklı olmasından (yani sözleşmenin geçerli olması ya da olmamasından) ibaret olduğu iddia edilmiştir²²⁸.

Netice itibarıyla olumsuz zarar kavramının dogmatik açıdan herhangi bir fayda getirmediği; hukukî bir kavram niteliği taşımadığı²²⁹; Savingy ve Jhering'den kalma bir fikir alışkanlığı ürünü olduğu; bu menfaat türünün Alman hukukunun sert köşeli tazminat hükümlerine daha uygun düştüğü; Türk ve İsviçre hukukları bakımından olumsuz zarara özgü bir takım a priori şemalara ve kalıplara ihtiyaç olmadığı; alacaklının zararının hangi ölçüde tazmin edileceği sorununun, olumsuz zarar klişesi yerine, nedensellik bağının tahlilinden hareket edilerek hâkime geniş bir takdir yetkisi veren BK.m.43/f.I uyarınca çözümlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür²³⁰.

2. Eleştirilerin Cevaplanması ve Olumsuz Zararın Gerekliliğinin İspatlanması

Başlangıçtaki imkânsızlık ve sözleşmeden dönme hâllerinde ifa menfaatinin tazmin edilmesi gerektiği yolundaki de lege ferenda görüşümüz ve önerdiğimiz çözüm tarzları saklı kalmak kaydıyla²³¹, yukarıdaki eleştirilerin hiçbirisi, olumsuz zarar hukuk sistemimizden tamamen çıkartmaya sebep olacak haklılıkta ve önemde de-

²²⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 639-640; 646; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 22; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 261.

²²⁸ Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 243; 247, 251 vd.; benzer gerekçelerle olumlu-olumsuz zarar ayrımını gereksiz bulan görüş için bkz. Schlechtriem/Schmidt-Kessel, **a.g.e.**, Kap. 2, Rn. 45; Kap. 6, R. 282; Schlechtriem, **a.g.m.**, s. 252-253.

Olumlu-olumsuz zarar ayrımına karşı çıkmamakla birlikte iki menfaat türünün aynı zarar kalemlerini kapsadığını; aralarında sadece hesaplamada farklılık bulunduğunu ileri süren değişik bir fikir için bkz. Küppers, **a.g.e.**, s. 58 vd.

²²⁹ Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 242; 271-272.

²³⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 639-640; 648; Simonius, **Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages**, s. 284-285; Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar I**, s. 8-9; Postacıoğlu, **Temsilden Doğan Zarar I**, s. 936.

²³¹ Bkz. yuk. III. Bölüm, B 2 e; C 2.

ğildir²³². İlk bakışta oldukça güçlü gerekçelere sahip olduğu izlenimi verseler de bu eleştiriler, aslında fareyi dağ yapacak kadar abartılı olup, sağlanacak çok küçük faydalar uğruna hukuku kısırlaştırmakta ve her şeyden önemlisi de, hukukî güvenliği tehlikeye atmaktadır.

Öncelikle olumsuz zararın hesaplanmasında güçlüklerle karşılaşıldığı, tazmin edilecek malvarlığı kayıplarının tespitinin hukukçular için âdeta bir kâbus olduğu iddiası, bir nebze için doğrudur ama bunun sadece olumsuz zarara has olmadığını gözden kaçırmamak gerekir²³³. Zira bu zorlukların kaynağı, olumsuz menfaate özgü olan nedensellik bağı değil, Mommsen'in fark teorisi çerçevesinde şekillenen zarar kavramının bizatihi kendisidir. Farazî durum ile fiilî durum arasında bir karşılaştırmaya dayanan genel zarar kavramının altında yer alan her menfaat türünde bu tarz zorluklar yaşanmaktadır. Daha açık söylenecek olursa, olumsuz zararın tespitinde yaşanan güçlüklerin aynısı olumlu zararın belirlenmesinde de yaşanmakta, bu noktada olumsuz zararı, diğerlerinden ayıran, daha çekilmez kılan özel bir zorluk bulunmamaktadır. Eğer olumsuz zararın tazmini sırf bu yüzden reddedilecek olursa, sorumluluk hukukumuzun vazgeçilmezi olan zarar kavramının ve bu bağlamda bütün diğer zarar türlerinin de terk edilmesi gerekmektedir. Oysaki olumsuz zararı bu yüzden eleştiren yazarlar, tam aksine olumlu zarara sıkı sıkıya sarılmakta, ifa menfaatinin tespitinde yaşanan güçlükleri her nedense görmezlikten gelmektedirler.

Burada izlenilmesi gereken yol, karşılaşılan zorlukları bahane ederek varlığını kavram ve kuramlara borçlu olan hukuk bilimini fakirleştirmek olmamalıdır; bunun yerine, olumlu-olumsuz ayrımının içeriğini doldurmada, çerçevesini belirlemede uygulamaya yardımcı olacak kıstasları belirlemek için çaba sarf edilmelidir²³⁴. Kanunumuzda BGB sisteminden farklı olarak tazminata ilişkin genel hükümlerle yetinilmiş olması, hukukî kavram ve kuramları azaltmayı, aralarındaki ayrımları silikleş-

²³² Aynı yönde bkz. Melliger, **a.g.e.**, s. 171 vd.; Keller, M., **a.g.e.**, s. 282 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 286-287; Buz, **a.g.e.**, s. 261 vd.; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 170 ve s. 170-173, dn. 145c.

Yargıtay da, olumlu-olumsuz zarar ayrımının terk edilmesi fikrini benimsememiştir. Bkz. Yarg. HGK., 17.01.1990 t., E. 1989/13-392, K. 1990/1 (YKD., 1990, S. 6, s. 792); Yarg. HGK., 16.05.1990 t., E. 1990/13-201, K. 1990/294 (ABD., 1990, s. 823).

²³³ Melliger, **a.g.e.**, s. 171 vd.; Scherrer, **a.g.e.**, s. 56-57; Keller, M., **a.g.e.**, s. 260; Anex, **a.g.e.**, s. 167; Buz, **a.g.e.**, s. 261-262.

²³⁴ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 286; Buz, **a.g.e.**, s. 262.

tirmeyi değil, tam aksine bunları belirginleştirmeyi daha da önemli kılmaktadır²³⁵. Aksi yöndeki tutum, bir doktorun ağrıyan kolu kesmesine ya da bir veterinerin hasta hayvanı uyutmasına benzer²³⁶.

Olumlu-olumsuz zarar ayırımının reddedilerek, sorunun sadece uygun nedensellik bağı ve BK.m.43 uyarınca hâkime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde ele alınması, ayrıca hukukî güvenliği de ciddi ölçüde tehlikeye düşürecek niteliktedir. Zira bu tarz bir yaklaşım kabul edilecek olursa, alacaklının malvarlığı kayıplarının hangi ölçüye göre tazmin edileceği sorunu ortaya çıkar. Burada BK.m.43 düzenlemesi, bir çözüm olarak önerilemez; çünkü anılan hüküm, bu hususta yeni bir şey kazandırmamaktadır. Yani sözleşmenin geçersizliğine yol açan tarafın sorumlu tutulacağı ve üstelik bunun belirli bir zarar tipine ilişkin olacağı şeklindeki çözümün BK.m.43/f.I'den çıkarılması mümkün değildir. Uygun nedensellik bağı ve hâkimin takdir yetkisi, zararın tespitinde tek başına yeterli ölçütler değildir; bunlar daha çok belirli yöntemler çerçevesinde hesaplanan zararın sınırlandırılmasında ve hükmedilecek tazminatın belirlenmesinde rol oynayan hukukî kurumlardır. Hâlbuki malvarlığı kayıplarının hesaplanmasında vazgeçilmez unsur olan karşılaştırmanın yapılabilmesi için başkaca ek kriterlere daha ihtiyaç duyulmaktadır. İşte olumlu-olumsuz zarar ayırımı, bu eksikliği en fonksiyonel şekilde doldurmakta, hâkime meydana gelen zararın belirlenmesinde takip edeceği yolu göstermektedir. Bütün bunlar bir kenara itilip her şey hâkimin takdirine bırakılacak olursa, aynı tür olaylarda meydana gelen zararın tespitinde farklı kararların çıkması kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir sonucun, başlıca amacı prensipler ve kavramlar yoluyla istikrar sağlamak olan hukuka duyulan güveni azaltacağı şüphesizdir. Kaldı ki, böyle bir ihtimalde herhangi bir hesaplama yönteminden (itiraz olunduğu şekliyle şematik kalıplardan) bağımsız şekilde hesaplanacak malvarlığı kayıplarının, katmerli sorumluluklara da sebebiyet vermesi muhtemeldir. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü ucu bucağı açık olmakla eleştiren yazarların önerdikleri çözüm, aslında borçlu açısından daha tehlikeli ve her türlü öngörüden uzaktır. Örneğin geçersiz sözleşmeden ötürü güvenen tarafın malvarlığında meydana gelen kayıplar belirlenirken, sözleşme kurma masrafları ile o sözleşme-

²³⁵ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 286.

²³⁶ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 286, dn. 88.

den elde edilecek ifa menfaatinin bir arada istenmesinin yolu da açılmış olabilir. Hâkim takdir yetkisi çerçevesinde bunu uygun gördüğünü söylese, ifa menfaati ile sözleşme kurma masraflarının bir arada istenemeyeceği yolundaki itirazın dayanağı ne olacaktır? Sadece mantık ya da hakkaniyet gibi sınırları belirli olmayan kavramlara hukuku emanet etmektense, yerleşmiş ve belirli bir teorik temelleri olan ayrımları kullanmak, bilimsel açıdan kanaatimizce çok daha faydalıdır. Böylece sözleşme görüşmeleri aşamasında davranış yükümlülüklerini ihlal eden tarafı, neden olmadığı zararlardan ötürü de sorumlu tutmamış oluruz.

Ayrıca Yargıtay'ın olumsuz zararın uygulama alanına ve kapsamına ilişkin son zamanlarda verdiği birçok isabetli kararı sayesinde, hâkimlerimizin bu menfaat türünü doğru dürüst hesaplayamadığı yönündeki eleştiri de artık güncelliğini yitirmişdir. Zaten bu düşünce biçimi doğru olsaydı, Borçlar Kanunumuzdaki birçok kurumun (örneğin temerrüt, haksız fiil, alacağın temliki vs.), tıpkı olumsuz zarar kavramı gibi reddedilmesi gerekirdi. Zira hukukun hemen hemen her alanında yanlışlıkların yapıldığı çok sayıda karar örneği bulmak mümkündür. Kavramların ve kurumların yerine sadece hâkimlerin takdir yetkisiyle yetinmenin, modern hukuk öğretisiyle bağdaşmadığı gayet açıktır.

Olumlu-olumsuz zarar ayrımının uygulamada yeterince bilinmemesi ve buna bağlı olarak sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının talep ettiği menfaat türünün tespitinde kuşkuların yaşanıyor olması da, olumsuz zararın reddini gerektirmez. Bu tarz durumlarda irade beyanlarının yorumu veya alacaklıya belirli şartlar altında tanınacak “*ius variandi*” sayesinde ortaya çıkan güçlüklerin üstesinden gelmek pekâlâ mümkündür²³⁷. Zaten bu mantıktan hareket edecek olursak, yine bütün hukukî kurumları bir kenara itmemiz lazım gelir, çünkü hukukçu olmayanların büyük bir çoğunluğu bunların hiçbirisini bilmemektedir.

Olumsuz zarar tazminatının düşük olduğu yönündeki şikâyetler de, bu kavramın reddine yeter bir gerekçe değildir. Çünkü somut olayın özellikleri çerçevesinde olumsuz zararın alacaklıyı tatmin etmede yetersiz kaldığı hâllerde, hâkimin BK.m.26/f.II ve 39/f.II hükümlerine dayanarak hakkaniyet gerektiriyorsa ifa menfaa-

²³⁷ Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 286; Buz, **a.g.e.**, s. 270; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 140, dn. 101.
Ius variandi hakkında bkz. yuk. III. Bölüm, dn. 381.

tinin tazminine karar verebileceğini ve bu düzenlemelerin BK.m.29/f.II hariç diğer olumsuz zarar sorumluluklarında da kıyasen uygulanabileceğini gözden kaçırmamak gerekir.

Olumsuz menfaatin kapsamında yer alan zarar kalemlerinin tümünün aynı zamanda ifa menfaatinin içeriğinde yer aldığı ve bu sebeple iki zarar türünün aslında birbirinden farklı olmadığı iddiası da, doğruların saptırılmasından ibarettir. Şöyle ki, bazı olumsuz zarar kalemlerinin ifa menfaatinin de kapsamında bulunduğu, bir başka ifadeyle bazı zarar kalemlerinin her iki menfaat türünün ortak içeriğinde yer aldığı (örneğin sözleşmenin ifa edileceği inacıyla yapılan fakat faydasız kalan harcamalar, amaçlanan sözleşmenin yerine getirileceğine duyulan güven dolayısıyla üçüncü şahıslara karşı üstlenilen sorumluluklar gibi) kuşkusuzdur. Fakat bazı zarar kalemlerinin sadece olumlu ya da olumsuz zarara özgü olduğunu, yani ancak olumlu ya da olumsuz menfaat çerçevesinde tazmin edilebileceğini unutmamak gerekir. Söz gelimi sözleşmenin kurulmasına yönelik masraflar, hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi için yapılan harcamalar, aynı nitelikte daha elverişli başka bir sözleşmenin kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti sadece olumsuz zarar çerçevesinde talep edilebilir; bunlar ifa menfaati kapsamında istenemezler²³⁸. Bunun gibi, amaçlanan sözleşmedeki edimin başka birine tekrar satışından elde edilecek kârın da olumsuz zarardan sorumluluk uyarınca tazmin edilmesi mümkün değildir.

Olumsuz zararın, zaman zaman (örneğin, amaçlanan sözleşmenin rayiç bedel üzerinden yapıldığı hâllerde) ifa menfaatine denk düşmesi, bu ikisinin aynı zarar türleri oldukları anlamına gelmez; bilakis bu eşitliğin sadece belirli hâllere münhasır olması²³⁹, bunların birbirinden farklı olduklarının en somut kanıtıdır. Aksi hâlde, olumlu ve olumsuz zararın her durumda birbirine denk düşmesi gerekirdi. Hâlbuki olumsuz zarar, ifa menfaatinden az veya çok olabileceği gibi, ona denk de düşebilir.

Bütün bunların yanı sıra savurgan, zengin alacaklıların ucu bucağı açık sorumluluklara yol açabileceğinden bahisle de, olumsuz zarar kavramından kaçılmamalıdır. Zira diğer zarar türlerinde olduğu gibi, olumsuz zararın giderilmesinde de “uy-

²³⁸ Sözleşme kurma masraflarının ifa menfaati çerçevesinde talep edilebileceği istisnai hâl için bkz. yuk. I. Bölüm, dn. 201.

²³⁹ Bkz. yuk. IV. Bölüm, A 2 b.

gun nedensellik bağı ve hâkimin takdir yetkisi” gibi emniyet supapları uygulama alanı bulmaktadır. Tazmin edilecek zararın tayin ve sınırlandırılmasına ilişkin bu kriterler sayesinde hakkaniyete aykırı taleplerin önüne geçmek her zaman için mümkündür. Kaldı ki, olumsuz zararın bizzat kendisi bir sınırlandırmayı ifade etmekte; yalnızca sözleşmenin hüküm ifade edeceği inancıyla yapılan harcamaları tazmin edilebilir saymaktadır; yoksa işlemsel temas sırasında ortaya çıkan her türlü malvarlığı kaybı, olumsuz zararın koruma şemsiyesine dâhil değildir.

Alacaklının tazminat talebinin olumsuz zararın öngördüğü kalıplar çerçevesinde hesaplanması, BK.m.43 hükmüne başvurulmasını da asla engellememektedir. Hatta tam tersine, BK.m.98/f.II'nin atfıyla BK.m.43 düzenlemesi, bütün gücü ve esnekliğiyle olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünde de varlığını korumaktadır.

Gene daha önceden de vurguladığımız gibi²⁴⁰, olumsuz zarar yoluya alacaklının borçluyu spekülasyonlara alet edebileceğinden de korkmamak gerekir. Zira yapılan ihbarlar ve tanınan süreler sayesinde borçlunun menfaatleri yeterince korunduğu gibi, böyle bir tehlikenin MK.m.2 aracılığıyla önlenmesi de daima mümkündür.

Bütün bunlardan başka, borç ilişkisinin yokluk, butlan ya da iptal edilebilirlik nedeniyle hükümsüz olduğu hâllerde, culpa in contrahendo tazminatının olumsuz zarardan oluşması, mantıkî bir zorunluluktur²⁴¹. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğunun olumsuz zarar yerine, ifa menfaatinin karşılanmasına yönelik olduğu kabul edilecek olursa, bu durum hem ekonomik anlamda sözleşme yapma zorunluluğu ile aynı sonuçların doğmasına hem de sözleşmenin bağlamazlığı yaptırımının aynen tazmin yoluyla dolanılmasına yol açar²⁴². Bu sebeptendir ki, *normun koruma amacı*, culpa in contrahendo sorumluluğunun olumsuz zarardan ibaret olmasını haklı kılmaktadır²⁴³. Örneğin sözleşmenin yanılma sebebiyle iptalinde, iptal eden taraf her durumda karşı yanın ifa menfaatini tazmin etmek zorunda kalacaksa, onun iptal hakkını kullanarak sözleşmeden kurtulmasının pratik herhangi bir faydası kalmayacaktır. Zarar verici davranışın, sözleşmenin hüküm ifade etmesine engel olma biçiminde

²⁴⁰ Bkz. yuk. III. Bölüm, C 2.

²⁴¹ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 199 vd.

²⁴² Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 139; MünchKomm/Emmerich, **a.g.e.**, § 311, Rn. 186; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 200-201.

²⁴³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 5; 9.

meydana gelmesi, sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış olsaydı içinde bulunacak farazî durumun esas alınmasını gerektirir. Ayrıca zarar kavramına hâkim olan fark teorisinin nedensellik mantığının doğal sonucu da, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü işaret etmektedir²⁴⁴. Borçlu zarar verici davranışta bulunmasaydı, oluşacak farazî durumu sağlamak zorunda olduğuna göre, hükmedilecek tazminat da içeri itibarıyla sözleşme görüşmelerine hiç girilmeseydi içinde bulunacak durumu sağlamaya yönelik olmalıdır. Dolayısıyla işlemsel temas sırasında zarar gören taraf, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin talep edememelidir; o yalnızca hükümsüz borç ilişkisinin yol açtığı malvarlığı kayıplarının karşılanmasıyla yetinmelidir.

Olumlu-olumsuz zarar ayrımı, tazminat borcu doğuran hukuka aykırılığın niteliğinden kaynaklanmakta ve bu hâliyle aşılabilir niteliktedir²⁴⁵. Geçerli bir sözleşmeye aykırılıktan ötürü sorumluluk söz konusu olduğunda ifa menfaatinin karşılanması sözleşmesel yükümlülüğünün gereği iken, sözleşmenin geçersizliğine yol açmadan doğan sorumlulukta, yalnızca sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güven yüzünden uğranılan kayıpların giderilmesi, kanun koyucunun hükümsüzlük yaptırımını amaçladığı koruma amacının bir gereğidir²⁴⁶.

Olumsuz zarar kavramının vazgeçilmezliğinin bir diğer kanıtını, Alman hukukundaki köklü reformda görmek mümkündür. Başlangıçtaki imkânsızlık ve sözleşmeden dönme hâlinde ifa menfaatinin tazminine olanak tanıyan BGB sistemi içinde bile, sözleşmeyi yanılma sebebiyle iptal edenin ve kusursuz yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğuna (BGB §§ 122/f.I ve 179/f.II) dokunulmamıştır. Ayrıca bu açık yasal düzenlemelerin dışında, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin BGB § 311/f.II-III hükümlerinin de, kural olarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne yol açtığı neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir²⁴⁷.

²⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 5.

²⁴⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 341.

²⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 16, N. 5.

²⁴⁷ Enneccerus/Lehmann, **a.g.e.**, s. 192; Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 138-139; Münch-Komm/Emmerich, **a.g.e.**, § 249, Rn. 124; § 311, Rn. 84; 186; 234; Palandt/Heinrichs, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 17; § 311, Rn. 56-57; Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 25; AnwK-BGB/Krebs, **a.g.e.**, 58 vd.; Hk-BGB/Schulze, **a.g.e.**, § 311, Rn. 26; Looschelders, **a.g.e.**, s. 82; 360; Budewig/Gehrlein, **a.g.e.**, Kap. 15, Rn. 14; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), **a.g.e.**, § 3, Rn. 167; Grigoleit, **Informationshaftung**, s. 287-288; Lorenz/Riehm, **a.g.e.**, Rn. 378; KommBGB/Grüneberg, **a.g.e.**, § 249, Vorbem. Rn. 15.

Olumsuz zararın, modern eğilimlerin gerisinde kalmış, artık terk edilen, yalnızca Alman, İsviçre ve Türk hukuklarının başına bela olan kara yazgı olduğu da sanılmamalıdır. Bu saydıklarımızın dışında, Avusturya, İtalya, Fransa gibi önde gelen ülkelerde ve hatta Anglo-Sakson hukuk çevrelerinde (*reliance interest*)²⁴⁸ olumsuz zarar kavramı, sözleşmesel alana özgü bir zarar türü olarak benimsenmekte ve uygulanmaktadır. Ulusal yasaların yanı sıra, uluslar arası alanda da, olumsuz zarardan sorumluluk varlığını korumaya devam etmektedir. Bütün borca aykırılıkları aynı yüküm ihlaline bağlama çabaları bile, olumsuz zarar kavramının gücüne, etkisine ve fonksiyonelliğine karşı koyamamıştır. Özel hukuku birleştirmeye yönelik en yeni hukuk metinlerinde de, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak şekilde tanınmış, olumlu-olumsuz zarar ayrımının varlığı, Jhering'in çarpıcı açıklamalarına sadık kalınarak kabul edilmiştir. Örneğin UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts Art.3.18 ve The Principles of European Contract Law 4:117/f.I'de, irade sakatlıkları hâlinde, iptal sebebini bilen veya bilmesi gereken tarafın diğer yanın olumsuz zararından sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine The Principles of European Contract Law 15:105'de, Avrupa Birliğine üye devletlerin hukuk düzenlerindeki temel ilkelere aykırı düştüğü için geçersiz sayılan sözleşmelerden doğan tazminat yaptırımının olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin olduğu gayet net bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Bazı yazarlar, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğurduğu yaptırımı önceden genel kural ve istisnası şeklinde nitelendirmenin doğru olmadığını; tazmin edilecek zarar çeşidinin her durumun kendine ait özelliğinin dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Silberman, **a.g.e.**, s. 27; Lorenz, **Haftungsausfüllung**, s. 1001; benzer yönde bkz. Nirk, **a.g.m.**, s. 86 vd. Keyfiliğe ve tutarsızlığa prim tanıyan bu görüşün isabetsiz olduğu aşikârdır.

Burada yeri gelmişken Alman uygulamasına da kısaca değinmek gerekir. Federal Mahkeme, tazminat yükümlülüğüne yol açan davranış olmasaydı, sözleşmenin daha iyi şartlar altında kurulacak olduğunun tespit edildiği hallerde, o durumun sağlanmasına yönelik tazminat talebini zarar görene tanımaktadır. Bkz. BGH NJW 1965, 812, 814; BGH NJW 1998, 2900-2901; BGH NJW 2001, s. 2875 vd.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak ifa menfaatinin karşılanması anlamına gelen bu kabul tarzını ilke olarak benimsemek mümkün değildir. Bu uygulama teorik yönden düzeltilmeye muhtaçtır: İşlemsel temas sırasındaki kusurlu davranış olmasaydı, amaçlanan sözleşme ile aynı şartlar altında başka bir sözleşme fırsatının kaçırılmış olması kaydıyla; yani olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde talep edilebilecek kâr mahrumiyetinin sınırlarına girdiği müddetçe, böyle bir uygulamaya destek çıkılabilir. Bkz. Staudinger/Löwisch, **a.g.e.**, § 311, Rn. 139. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 201-202; karş. Erman/Kindl, **a.g.e.**, § 311, Rn. 25; Akyol, **Borçlar Hukuku**, s. 207.

²⁴⁸ D.R. Haris, **Chitty on Contracts, Volume I: General Principles**, 29. Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004, Chapter 26-003; Lüchinger, **a.g.e.**, Rn. 261-262; 312 vd.; 481 vd.

Netice itibarıyla vurgulayacak olursak, zarar kavramının kendisinden kaynaklanan ve bütün türlerinde görülen hesaplama zorluklarının sadece olumsuz zarara mahsusmuş gibi gösterilmesi isabetli değildir. Olumsuz zarar kavramından kaçmak yerine, önyargılardan arınmış bir değerlendirme yapma yoluna gidilmelidir. Kabul edilmelidir ki, olumsuz zarar kavramı, hüküm ifade etmeyen sözleşmelerin neden olduğu zararların tazmininde büyük bir boşluğu doldurmaktadır. Hiç tazminat talep edememe ile olumlu zarar arasında gerek menfaatler dengesine gerek normun koruma amacına en uygun orta yol çözümü, olumsuz zarardan sorumluluktur. Yalnızca başlangıçtaki imkânsızlık ve sözleşmeden dönme hâllerinde, taşıdıkları farklı özelliklerden ötürü ifa menfaatinin tazmin edilmesine yeşil ışık yakılmalıdır.

Olumsuz zarar kavramına ihtiyaç olmadığı yönündeki eleştirilere cevap veren Kutlu Sungurbey'in ifadesiyle, "... *Jhering'in yarattığı, bu türlü bir düşünüşle hiç te küçümsenecek gibi olmayıp böyle bir düşünüş, Kristof Kolomb'un yumurtası öyküsünü anımsatmaktadır. Gerçekten de, bu düşünüş doğru olsaydı, ... olumsuz zarar düşüncesine 1861'den (Jhering'in ünlü incelemesinin yayımlanmasından) önce de rastlanırdı*"²⁴⁹. Nitekim bu gerçeği gören Kara Avrupası kanun koyucuları da, olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler getirmekten geri kalmamışlardır. Hatta İsviçre ve Türk hukuklarında daha da ileri gidilerek, geçerli bir şekilde kurulan fakat sonradan hükümden düşen borç ilişkileri için bile, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü kabul edilmiştir.

Olumsuz zararın yadırgatıcı olduğu, hukuk sistemimize uymadığı, alacaklının haklarını korumadığı, artık ulusal kanunlarda ve uluslar arası hukuk metinlerinde terk edildiği fikri, -başlangıçtaki imkânsızlık ve sözleşmeden dönme hâlleri hariç olmak üzere- yalnızca bir öğretisi efsanesidir²⁵⁰. Olumsuz zarara yöneltilen eleştirilerin ve isnat edilen kuşkuların gerçek sebebi, önce yaratılan sonra da abartılan düşüncelerdir. Teorik temelleri aslında hiç de zor olmayan ve düzgün bir hukuk mantığına dayanan olumsuz zararın, ifa menfaatinden miktar olarak çoğu zaman az olması ve pratik hayatta daha seyrek uygulanması, bu kavramı düşman görmeyi gerektirmez.

²⁴⁹ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 170, dn. 145c.

²⁵⁰ Anex, **a.g.e.**, s. 181-182.

SONUÇ

1. Kelime anlamı itibarıyla bir eksilmeyi, olumsuz sonucu, ziyanı veya kaybı ifade eden zarar kavramı, hak sahibinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen eksilme (kayıp) olarak hukukî açıdan tanımlanabilir. Rıza dışında meydana gelen azalma, fiilî zarar (*damnum emergens*) ve/veya kâr mahrumiyeti (*lucrum cessans*) olarak iki şekilde karşımıza çıkabilir. Fiilî zarar ve kâr mahrumiyetinin toplamı (*damnum emergens + lucrum cessans*), bir kimsenin uğramış olduğu zararı oluşturur. Alman ve Avusturya hukuklarının aksine, hukukî açıdan zarar kavramıyla anlatılmak istenen, İsviçre ve Türk borçlar hukukunda daima *maddî zarardır*.

2. Zararın belirlenebilmesi için bir karşılaştırma yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Eksilmeye veya olumsuz yönde bir değişikliğe sebebiyet veren olay sonrası fiilî durum ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak olan farazî durum arasında bir mukayese yapılacaktır; bunun neticesinde ortaya çıkan fark (*fiilî durum — farazî durum*), uğranılan zararı teşkil eder. Zararın belirlenmesi için yapılacak bu karşılaştırmada, hangi ölçütlerin esas alınması gerektiği oldukça tartışmalı bir husustur. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden en çok kabul göreni, Mommsen'in *fark (menfaat) teorisi*'dir. Bu teoriye göre, tazmin edilecek zarar (*menfaat*), malvarlığının zarar verici olay sonrasındaki fiilî durumu ile bu zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farktan oluşmaktadır. Zararın tespitinde, bütün malvarlığının iki durumu arasındaki farkı göz önünde bulunduran fark teorisi, öğretisi ve uygulamada baskın olan olarak kabul edilmektedir; hatta öyle ki, fark teorisi, zarar kavramının âdeta geleneksel tanımı olmuştur.

3. Tarihsel kökenleri Roma hukukuna kadar uzanan menfaat kavramının ne anlama geldiği hususunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Mommsen'e göre, menfaatten anlaşılması gereken, bir kimsenin malvarlığının iki durumu arasında meydana gelen farktır (*Inter-esse*). Bu hâliyle sorumluluk hukukunda menfaat, uğranılan zarar anlamına gelmektedir.

Menfaat kavramı, hesaplanacak zararın çıkış noktasıdır. Haksız fiillerden farklı olarak sözleşmesel alanda iki ayrı menfaat türü bulunmaktadır. İşlemsel temas

nedeniyle taraflar arasında meydana gelen yoğun ve somut güven ilişkisi, borca aykırı davranışların, sözleşmesel sorumluluk alanında olumlu ya da olumsuz menfaat yaptırımına bağlanmasına yol açmıştır. Sözleşmesel alanda ortaya çıkan bu iki menfaat türü arasındaki ayırım, sadece zarar verici olay olarak farklı şeylerin dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır; yoksa nitelik itibarıyla birbirinden farklı iki ayrı zarar kavramı mevcut değildir.

4. Hükümsüz bir sözleşmenin neden olduğu zararların tazmini bakımından Pandekt hukukunun yeterli çözümler içermediğini fark eden Jhering, Roma kaynaklarına geçmiş bazı olaylardan hareket ederek oluşturduğu culpa in contrahendo teorisyle, iradeler arasındaki uyumsuzluk yüzünden geçersiz sayılan sözleşmelerde, kusuruyla bu duruma sebebiyet veren kişinin, oluşan zararı gidermesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin geniş bir yelpazeye yayılmış olması, olumsuz zararın tanımlanmasını güçleştirmektedir. Bununla beraber, ayrıksı nitelikteki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri bir kenara bırakıldığı takdirde, olumsuz zarara yönelik bir tanım vermek yine de mümkündür: Olumsuz menfaattaki zarar verici olaydan anlaşılması gereken, sözleşmenin kurulmasına veya geçerliliğine yahut ifasına ilişkin olarak karşı tarafta doğrudan doğruya uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır. Zarar verici olayın, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması tarzında meydana gelmesi, olumsuz zararı diğer zarar türlerinden ayıran ve bu hâliyle ona rengini veren en önemli özelliktir. Buna göre *olumsuz zarar, bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalmadır*. Daha genel bir ifadeyle olumsuz zarar, hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğine veya hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına güvenmekten doğan zarar olarak da tanımlanabilir.

Olumsuz zararın temelinde uyandırılan güvenin ihlal edilmesi olgusu bulunduğundan, doktrinde çoğu kez, olumsuz zarar ile güven zararı birbirleriyle eş anlamlı olacak (*olumsuz zarar = güven zararı*) şekilde kullanılmaktadır.

Ancak olumsuz zarardan sorumluluğun bazı görünüm biçimleri, güven olgusuna dayalı olarak yapılan tanımların kapsamına girmemektedir. Çünkü sözleşmeden dönenin, karşı tarafın korkutmasına veya maddî cebire maruz kalanın, ayırt etme gücüne sahip olmayanın ve zor durumda bulunduğu için gabne uğrayan tarafın ileri sürdüğü olumsuz menfaat, tipik güven zararı karakterinde değildir.

Yukarıdaki tespitler çerçevesinde, olumsuz zarardan sorumluluk hâllerinin hepsini kapsayacak şöyle bir ortak tanım verilebilir: Olumsuz zarar, tek taraflı borç ilişkisinin veya sözleşmenin bahsi hiç söz konusu olmasaydı, uğranılmayacak olan malvarlığı azalmasıdır.

5. Olumsuz zarardan sorumluluğun sübjektif şartları, sözleşmenin hüküm ifade ettiği yönünde zarar görende uyandırılıp ihlal edilen güven ile zarar verenin kusurlu olmasıdır. Olumsuz zarardan sorumluluğun doğumu için kusur her ne kadar gerekli ise de, vazgeçilmez bir şart değildir. İşlemsel temas sırasında meydana gelen zararların tazmininin kusur şartına bağlı kılınıp kılınmaması, esas itibarıyla kanun koyucunun bir tercihidir. Nitekim olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin kimi düzenlemeler, Borçlar Kanunumuzda kusur şartından bağımsız olarak kaleme alınmıştır (BK.m.8/f.II, 29/f.II, 39/f.I, 396/f.II ve 466/f.II).

6. Sözleşmelere özgü bir diğer menfaat türü olan olumlu zarar, borçlunun, sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi (*kötü ifa*) nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı ifade etmektedir. Olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki en önemli farklılık, korunan menfaatlerin değişik olmasıdır. Olumlu zarar, sözleşmede kararlaştırılmış olan ifaya yönelik olup, borçlunun taahhüt ettiği edimi önceden planlandığı şekilde gereği gibi yerine getireceği hususunda alacaklıda oluşan haklı beklentiyi korumaktadır. Olumsuz zararda ise, bir borç ilişkisinin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılan güven korunmaktadır.

Korunan menfaatlerin farklı olmasından ötürü, bu iki zarar türünün hesaplanmasında dikkate alınan olgular birbirinden farklıdır. Olumlu zarar, ifanın gerçekleşeceği hususunda alacaklının fiilen beslediği güvenden bağımsız olarak, borçlanılan edim ve onun yol açtığı kayıplar (*damnum emergens*) ile sözleşmenin gereği gibi ifası hâlinde alacaklının elde edeceği kazançlar (*lucrum cessans*) dikkate alınarak

hesaplanmaktadır. Olumsuz zarardan sorumlulukta ise, bağlayıcı bir sözleşmenin bulunmaması nedeniyle güvenilen sözleşmedeki edim taahhüdü ve onun sağlayacağı faydalar dikkate alınmaz. Bunun yerine alacaklı, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine hiç güvenmeseydi içinde bulunacağı farazî duruma yeniden getirilmesini isteyebilmektedir.

Aralarındaki farklılıklara rağmen, bazı zarar kalemlerinin tazmini bakımından olumlu ve olumsuz zararın birbirleriyle örtüşmesi de mümkündür. Amaçlanan sözleşmede kararlaştırılan bedel ile bu sözleşmenin geçerliliğine güvenildiği için yapma fırsatının kaçırıldığı sözleşmedeki bedelin aynı olması durumunda, olumsuz zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatine miktar olarak denk düşer. Ayrıca olumlu zarar çerçevesinde kâr mahrumiyetinin karşılandığı hâllerde, aynı zamanda olumsuz zararın bir kısmını oluşturan fiilî zararlar da tazmin edilmiş olur. Bunların yanı sıra amaçlanan sözleşmenin yerine getirilmemesi yüzünden yapılan masraflar ile üçüncü şahıslara karşı üstlenilen sorumluluklar da, olumsuz ve olumlu menfaatin kapsamında ortak olarak yer alan zarar kalemleridir.

Olumsuz ve olumlu zarar arasındaki bir diğer önemli farklılık, hukukî sebeplerinde yatmaktadır; ifa menfaatini hedefleyen olumlu zarar, geçerli bir sözleşmeden kaynaklanırken, olumsuz zarar, bir sözleşmenin hükümsüz olduğu hâllerde kural olarak ortaya çıkmaktadır.

Olumlu-olumsuz zarar ayrımının sonucu, bunların birlikte talep edilememesidir. Alacaklı, hem sözleşmenin ifası hâlinde içinde bulunacağı farazi durumun hem de bu sözleşme hiç yapılmıyaydı içinde bulunacağı farazî durumun aynı anda tesis edilmesini isteyemez.

7. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin hukukî niteliği, müşterek hukuk döneminden itibaren tartışılan bir mesele olmuş; bu uğurda birçok teori günümüze kadar ileri sürülmüştür. Zira haksız fiil sorumluluğunun şartlarının tam olarak gerçekleşmemesi ve taraflar arasında hüküm ifade eden bir sözleşmenin bulunmaması, işlemsel temas nedeniyle ortaya çıkan malvarlığı kayıplarının hangi hukukî yapı içerisinde tazmin edileceği sorununu ortaya çıkarmıştır. Culpa in contrahendo teorisini kurgulayan Jhering, geçersiz sözleşmelerin neden olduğu zarar-

ların tazmin edilmesi yükümlülüğünü, tarafların yapmayı amaçladığı sözleşmeden (*Zielvertragstheorie*) çıkarmıştır.

Öğreti ve uygulama Jhering'in culpa in contrahendo teorisini benimsemiş ve zaman içinde geliştirmiştir. Bugün artık, culpa in contrahendo sorumluluğunun ve ona bağlı olarak olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün, tarafların yapmayı amaçladığı sözleşmeden bağımsız olarak kanun uyarınca meydana geldiği oybirliğiyle kabul edilmektedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen zararların tazmininin hangi sorumluluk rejimine tâbi olduğu hususu ise, hâlâ tartışmalıdır. Bazı yazarlar, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürerken, bazıları da, borca aykırılık hükümlerinden yana tavır takınmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin son zamanlarındaki kararlarında da yansıması olan bir başka görüş ise, somut olayın özellikleri çerçevesinde haksız fiil ve borca aykırılık hükümlerinin birlikte uygulanmasını savunmaktadır.

8. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin nitelendirilmesinde, Borçlar Kanunumuzun düzenleme tarzını göz önünde bulundurarak ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir:

a) BK.m.8/f.II, 26/f.I, 29/f.II, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I, 396/f.II ve 466/f.II hükümlerinde öngörülen olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi temeline dayanmaktadır. Zira olumsuz zarardan sorumluluk, bir borç ilişkisi vesilesiyle aralarında sıkı bir yakınlık meydana gelen taraflar arasında bahis konusu olmaktadır. İşlemsel temasın oluşturduğu karşılıklı güven duygusu, taraflar arasında kanundan doğan (*ex lege*) edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi meydana getirmektedir. Oluşan güvenin boşa çıkarılması, aynı zamanda MK.m.2 kaynaklı bu borç ilişkisinin de ihlali anlamına gelmektedir. Zira uyandırdığı güveni ihlal ederek karşı tarafa zarar veren kimse, kendisiyle yakın temasa geçen diğer yanı her türlü zarardan uzak tutma şeklindeki davranış yükümlülüğüne aykırı davranmış olmaktadır. Kanunî borç ilişkisini bu şekilde ihlal edilmesi, olumsuz zarardan sorumluluğun, haksız fiil (BK.m.41 vd.) yerine, borca aykırılık kurallarına (BK.m.96 vd.) tâbi olmasına yol açar. Görüşmeler esnasında ortaya çıkan güvenin yarattığı hukukî ilişkiyi görmezlikten gelerek, davranış yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını haksız fiilin pek elverişli olmayan hükümlerine indirgemek mümkün değildir.

b) BK.m.108/f.II uyarınca sözleşmeden dönmeyle birlikte ortaya çıkan olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü, yukarıdaki hâllerden niteliği itibarıyla farklıdır. Zira BK.m.108/f.II'deki sorumluluk, edim yükümünden bağımız borç ilişkisine aykırılıktan değil; borçlunun sözleşmeye aykırı davranışından doğmaktadır. Bu ihtimalde olumsuz zarardan sorumluluk, sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında hangi görüş kabul edilirse edilsin, doğrudan doğruya geçerli bir sözleşmeye aykırılığın yaptırımını olarak karşımıza çıkmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi ve vedia sözleşmesinin vaktinden önce sona erdirilmesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri (BK.m.396/f.II, 466/f.II) ise, BK.m.108/f.II'den farklı olarak sözleşmeye aykırı davranışın bir sonucu değildir. Bu ihtimallerde zararı doğuran olay, edim yükümüne aykırılık değil, karşı yana zarar vermeme şeklindeki davranış yükümünün ihlal edilmesidir.

9. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün borca aykırılık kurallarına bağlanması, kusurun ispatı, yardımcı şahıslardan sorumluluk, sınırlı ehliyetsizlerin yetkisiz temsilci olarak hareket etmesi ve zamanaşımı hususlarında uygulanacak hükümlerde farklılığa yol açmaktadır. Bunlardan kusurun ispatına, yardımcı şahıslardan sorumluluğa ve zamanaşımına borca aykırılık kurallarının uygulanması, zarar gören bakımından, haksız fiil sorumluluğuna göre daha elverişlidir.

10. Olumsuz zarar, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıyla meydana gelen zararı ifade etse de; hukukumuzda öngörülen olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler, borç ilişkisinin baştan beri hükümsüz olduğu hâller ile sınırlı değildir; geçerli bir şekilde kurulan ve hükümlerini doğuran borç ilişkisinin yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla sonradan hükümden düştüğü hâllerde de, olumsuz zarar talebinin ileri sürülmesi mümkündür. Bunu göz önünde bulundurduğumuzda, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran hâllerin hukukumuzdaki görünüm biçimleri, *borç ilişkisinin hiç kurulmaması veya baştan beri hükümsüz olması ile sonradan hükümden düşmesi* şeklinde iki ayrı başlık altında toplanabilir:

a) Borç ilişkisinin hiç kurulmaması veya baştan beri hükümsüz olmasından kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülükleri: Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ya da kurulacağı yönünde uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri, bu başlığın kapsamında yer almaktadır. Bu hâliyle buraya dâhil olanlar, *karşı tarafın korkutmasına veya maddî cebire maruz kalanın, ayırt etme gücüne sahip olmayanın ve zor durumda bulunduğu için gabne uğrayan tarafın* yürüttüğü işlemsel temaslar hariç olmak üzere, gerçek anlamdaki olumsuz zarardan sorumluluk hâlleridir; yani olumsuz menfaati, diğer zarar türlerinden ayıran ve ona güven zararı karakterini veren görünüm biçimleridir. *Tipik olumsuz zarardan sorumluluk* olarak da adlandırabileceğimiz bu uygulama biçimleri, sözleşmelerin hüküm ifade etmesi için genel olarak aranan şartların mevcut olmamasından doğmaktadır.

Borç ilişkisinin hiç kurulmaması veya baştan beri hüküm ifade etmemesi nedeniyle ortaya çıkan olumsuz zarardan sorumluluk, Jhering'in müşterek hukuk döneminde kurguladığı ve etkisini kanun koyucular üzerinde hâlâ güçlü bir şekilde hissettiren *culpa in contrahendo* öğretisine dayanmaktadır. Nitekim hakkaniyet esasına dayanan BK.m.29/f.II hariç olmak üzere, BK.m.26/f.I, 31/f.II, 36/f.II, 39/f.I'de yer alan münferit hükümler, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun izlerini taşıyan düzenlemelerdir. Ne var ki bu hükümler dışında ayrıca genel bir düzenleme olumsuz zarardan sorumluluk bakımından öngörülüş değildir; fakat bu hususta özel bir düzenlemenin mevcut olmaması, diğer hükümsüzlük hâllerinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Gerek yokluk gerek diğer geçersizlik sebepleriyle (örnek olarak ehliyetsizlik, şekle aykırılık, başlangıçtaki objektif imkânsızlık vs.) amaçlanan borç ilişkisinin hüküm ifade etmemesi durumunda, işlemsel temasın neden olduğu güven zararlarının, olumsuz zarardan sorumluluğa ilişkin esaslar çerçevesinde giderilmesi mümkündür.

b) Borç ilişkisinin sonradan hükümden düşmesinden kaynaklanan olumsuz zararı tazmin yükümlülükleri: Bu başlık altındaki ihtimallerde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü doğuran olay, geçerli bir şekilde kurulmuş olan borç ilişkisinin hüküm ifade etmeye devam edeceği yönünde alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır. Dar anlamda güven zararı niteliğini taşımayan ve borçlunun sözleşme

görüşmelerinde kusur teşkil eden bir davranışı bulunmadığı için culpa in contrahendo sorumluluğunun da kapsamında yer almayan bu hâller, BK.m.8/f.II, 108/f.II, 396/f.II, 466/f.II hükümlerinde ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m.599/f.II’de düzenlenmiştir. Söz konusu giderim yükümlülükleri, belirttiğimiz özellikleri itibarıyla *tipik olumsuz zarardan sorumluluğun* kapsamına da girmemektedirler.

11. Hakkaniyetin gerektirmesi durumunda olumlu zararın tazminine imkân veren BK.m.26/f.II ve 39/f.II hükümleri, somut olayın özellikleri çerçevesinde olumsuz zarardan sorumluluğun zarar göreni tatmin etmede yetersiz kaldığı diğer hâllerde de, -BK.m.29/f.II hariç olmak üzere- kıyasen uygulanabilir.

12. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık ve sözleşmeden dönme hâllerinde ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünün olumsuz zarara ilişkin olması, alternatifli olmayan bir düşünüş biçimi değildir. Bu ihtimallerde, *de lege lata* olumsuz zarardan sorumluluk söz konusu olmakla birlikte, ulusal ve uluslar arası alandaki gelişmelere uygun olarak *de lege ferenda* olumlu zararın tazminine de olanak tanınmalıdır. Zarar gören taraf, özellikle de sözleşmeden dönme hâlinde, olumlu ya da olumsuz zararının giderilmesi yönünde seçimlik bir hakka sahip olmalıdır.

13. Olumsuz zarar, fiilî zarar ve/veya yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan malvarlığı kayıplarından oluşmaktadır. Olumsuz zararı oluşturduğu kabul edilen zarar kalemlerinin hepsini tek tek saymak mümkün değildir. Bununla birlikte, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü kapsamında sık sık karşılaşılan malvarlığı kayıplarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a) Fiili Zararlar (*damnum emergens*): Fiilî zarardan anlaşılması gereken, sözleşmenin hüküm ifade ettiği yönünde uyandırılan güvenin neticesinde meydana gelen ve malvarlığının aktiflerini azaltan yahut pasiflerini çoğaltan azalmalardır

- (1) Sözleşme kurma masrafları
- (2) Sözleşmenin ifası için yapılan masraflar ve uğranılan diğer zararlar
- (3) Yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek faydalar
- (4) Hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar
- (5) Usulî işlemlere ilişkin masraflar

(6) Üçüncü şahıslara ödenen tazminat ve cezaî şartlar

b) Yoksun Kalınan Kâr (*lucrum cessans*): Olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde en çok düşülen yanılığardan birisi, kâr mahrumiyetinin (*lucrum cessans*) bu zarar türüyle birlikte istenemeyeceğidir. Borçlar Kanunumuzdaki bazı istisnai düzenlemeler bir kenara bırakılırsa (BK.m.8/f.II, 396/f.II, 466/f.II), olumsuz zarar da, tıpkı diğer zarar türlerinde olduğu gibi malvarlığında meydana gelen fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır. Bununla birlikte olumsuz zarardan sorumluluğun içeriğinde yer alan yoksun kalınan kârın hesaplanmasının, olumlu zarardan farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü çerçevesinde ancak, hüküm ifade edeceğine güvenilen sözleşme yüzünden aynı şartlarla ya da daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyeti talep edilebilir.

14. Olumsuz zarar talebinde bulunan zarar gören, borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenle uygun nedensellik bağı içinde bulunan fiilî zarar ve kâr mahrumiyeti kalemlerini ispatlamak yükümü altındadır. Ancak olumsuz zarara uğradığını iddia eden zarar görenin ispat külfetini yerine getirirken, uğradığı malvarlığı kayıplarını tam bir kesinlikle ortaya koyması aranmamalı; özellikle de yoksun kalınan kârın ispatında, kaçırılan sözleşme tekliflerini somut bir şekilde kanıtlaması istenmemelidir. Özellikle de amaçlanan sözleşmenin rayiç bedel üzerinden yapıldığı hâllerde, zarar görenin, hükümsüz sözleşmedeki bedelle aynı olan rayiç değer üzerinden başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını ortaya koyması, yoksun kaldığı kâra ulaşması için yeterli sayılmalıdır.

15. Olumsuz zarardan sorumluluk çerçevesinde, tazminat türü olarak aynen ve nakden tazmin yöntemlerine başvurulması mümkündür. Ancak Alman uygulaması ve öğretisinde büyük bir çoğunlukla benimsenen, culpa in contrahendo esaslarına dayanan aynen tazmin talebi yoluyla sözleşmeden kurtulma imkânı, İsviçre ve Türk hukukları açısından reddedilmelidir. Buna karşın, yine Alman hukukunda ileri sürülen culpa in contrahendo sorumluluğu hâllerinde, aynen tazmin talebi aracılığı ile sözleşme şartlarına müdahale yapma imkânının, BK.m.31/f.I'deki bir yıllık süre içerisinde olmak kaydıyla İsviçre ve Türk hukukları için de savunulmasına bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu ihtimalde sözleşme şartlarında yapılacak değişikliğin,

amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatini karşılayacak tarzda gerçekleştirilmemesine dikkat edilmeli; yapılacak hesaplamaların culpa in contrahendo sorumluluğunun amacına uygun olarak olumsuz zararın tazminiyle sınırlı olmasına özen gösterilmelidir.

16. Olumsuz zararda nedensellik bağının, ifa etmemeden bağımsız bir şekilde, sözleşmenin geçerliliğine veya geçerli olarak kalmaya devam edeceğine yönelik güven olgusundan hareketle kurulması, olumsuz zararın kapsamının, amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaatinin üstüne çıkmasına yol açabilir. BK.m.8/f.II ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m.599/f.II’de yer alan olumsuz zarardan sorumluluk hâlleri dışında, amaçlanan sözleşmeden elde edilebilecek ifa menfaati, bir başka ifadeyle olumlu zarar miktarı, tazmin edilecek olumsuz zararın zorunlu ve mutlak üst sınırı değildir. Ancak diğer zarar türlerinde olduğu gibi, başvurulabilecek çeşitli kriterler aracılığı ile olumsuz zararı tazmin yükümlülüğüne de bir sınırlama getirilmesi mümkündür. Uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı teorileri sayesinde, olumsuz zarardan sorumluluğa yol açan zarar, belirli bir ölçüde sınırlanmış olur. Bu sınırlamaya rağmen giderilecek zarar miktarı, somut olayda hâlâ hakkaniyete aykırı boyutlarda görülüyorsa, hâkime geniş bir takdir yetkisi veren BK.m.43-44 hükümleri uyarınca hükmedilecek tazminatta indirim yapılabilir.

17. Öğretide bazı yazarlarca olumsuz zarara yöneltilen eleştirilerin hiçbirisi, olumsuz zararı hukuk sistemimizden tamamen çıkartmaya sebep olacak haklılıkta ve önemde değildir. Ulusal kanunlarda ve uluslar arası hukuk metinlerinde varlığı kabul edilen olumsuz zarar, sözleşmelere özgü sorumluluk hukukunun vazgeçilmez bir kavramıdır.

KAYNAKÇA

- Akman, Sermet: **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
- Akünel, Teoman: **Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Akyol, Şener: **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976 (Metin içerisinde “Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Akyol, Şener: **Medenî Hukukta Uygulama Örnekleri (Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri)**, Cilt: II, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992 (Metin içerisinde “Uygulama Örnekleri” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Akyol, Şener: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995 (Metin içerisinde “Borçlar Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Akyol, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006 (Metin içerisinde “Dürüstlük Kuralı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Akyol, Şener: **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Metin içerisinde “Çelişki Yasağı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Altmeppen, Holger: “Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf”, **Der Betrieb**, 2001, s. 1399-1405.
- Altunkaya, Mehmet: **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Anex, Jean: **L'intérêt Négatif, Sa Nature Et Son Etendue**, Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1977.
- Anwalthkommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB**, Gesamtherausgeber: Barabara Dauner Lieb/Thomas Heidel/Gerhard

Ring, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2005 (Metin içerisinde “AnwK-BGB/Yazar adı ” şeklinde atıf yapılmıştır).

AnwKkommentar BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610, Gesamtherausgeber: Barabara Dauner Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2005 (Metin içerisinde “AnwK-BGB/Yazar adı ” şeklinde atıf yapılmıştır).

Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku, Cilt: I-II**, 3. Bası, Ankara, y.y., 1950.

Aslan, Çiğdem Mine: **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK.m.21)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Ataay, AYTEKİN: **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Birinci Yarım, 4. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 1986.

Atamer, Yeşim M.: **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2005.

Aybay, Aydın: **Borçlar Hukuku Dersleri**, 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.

Bachmann, Hans: **Der Irrtum nach Artikel 23 ff. des schweizerischen Obligationenrechts**, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie., 1928.

Ballerstedt, Kurt: “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, **Archiv für die Civilistische Praxis** 151, 1950/1951, s. 501-531.

Bar, Christian von: “Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?”, **Juristische Schulung**, 1982, s. 637-645.

Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992 (Metin içerisinde “Borçlunun Temerrüdü” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Barlas, Nami: **Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul, Beta, 1998 (Metin içerisinde “Adî Ortaklık” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Barth, Hans Rudolf : **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung**, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer&Co., 1958.
- Basedow, Jürgen: “Preiskalkulation und culpa in contrahendo”, **Neue Juristische Wochenschrift** 1982, s. 1030-1031.
- Basedow, Jürgen: **Die Reform des deutschen Kaufrechts**, Köln, Bundesanzeiger, 1988.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Art. 1-456**, 2. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2002 (Metin içerisinde “BSK ZGB I/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 3. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2003 (Metin içerisinde “BSK OR I/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Başpınar, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1998.
- Baygın, Cem: “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 345-377.
- Beck, Emil: **Das neue Bürgschaftsrecht – Kommentar**, Zürich, Schulthess&Co, 1942.
- Becker, Hermann: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 2. Auflage, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1941.
- Becker, Hermann: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551**, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1934.

- Behrend, “Die Haftung des falsus procurator für die Kosten des erfolglosen Prozesses gegen den angeblich Vertretenen”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1908, s. 642-643.
- BGB Kommentar**, Herausgegeben von Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, Neuwied, Luchterhand, 2006 (Metin içerisinde “PWW Komm/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Bohrer, Michael: **Die Haftung des Dispositionsgaranten: Ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung**, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1980.
- Boßhardt, Oskar: Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109), **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 1933, s. 81-83.
- Bozer, Ali: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2002.
- Brehm, Roland: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR**, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006.
- Brock, Walter: **Das negative Vertragsinteresse**, Berlin, Guttentag, 1902.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: **Allgemeines Schuldrecht**, 31. Auflage, München, Verlag, C.H. Beck, 2006.
- Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess, 1988.
- Bucher, Eugen: “Die Obligations-Entstehungsgründe Ausserhalb von Verträgen und Delikten”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 27-51.
- Budewig, Klaus/Gehrlein, Markus: **Das Haftpflichtrecht nach der Reform**, München, Verlag, C.H. Beck, 2003.

Burcuoğlu, Halûk: “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması, **Dicle Üniveritesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1984, Sayı: 2, s. 163-173.

Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.

Bühler-Reimann, Theodor: “Zum Problem der culpa in contrahendo: Rechtfertigt es die culpa in contrahendo, die herkömmliche Einteilung der Haftung in eine vertragliche und in eine außervertragliche aufzugeben?”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 1979, s. 357-366.

Büren, Bruno von: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess, 1964.

Bürge, Alfons: “Überlegungen zum normativen Schaden am Beispiel der Lohnfortzahlung”, **Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag**, Stuttgart-Berlin-Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1992, s. 413-432.

Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005 (Metin içerisinde “Hk-BGB/Yazar adı” şeklinde atf yapılmıştır).

Canaris, Claus-Wilhelm: “Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung” und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen”, **Juristenzeitung**, 1965, s. 475-482 (Metin içerisinde “Ansprüche bei nichtigen Verträge” şeklinde atf yapılmıştır).

Canaris, Claus-Wilhelm: **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1971.

Canaris, Claus-Wilhelm: “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung”, **Archiv für die civilistische Praxis** 200, 2000, s. 273-364 (Metin içerisinde “Wandlungen des Schuldvertragsrecht” şeklinde atf yapılmıştır).

- Chitty on Contracts, Volume I: General Principles**, 29. Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004.
- Choe, Byoung Jo: **Culpa in Contrahendo bei Rudolph von Jhering**, Göttingen, Verlag Otto Schwarz und Co, 1988.
- Clasen: Die Haftung für Vertrauensschaden, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1952, s. 14.
- Craushaar, Götz von: “Haftung aus culpa in contrahendo wegen Ablehnung des Vertragsabschlusses, **Juristische Schulung**, 1971, s. 127-131.
- Crezelius, Georg: “Culpa in contrahendo des Vertreters ohne Vertretungsmacht”, **Juristische Schulung**, 1977, s. 796-799.
- Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch**, Herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002 (Metin içerisinde Yazar Adı, “Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch” şeklinde atıf yapılmıştır)
- Das neue Schuldrecht in der Praxis**, Herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2003 (Metin içerisinde Yazar Adı, “Das neue Schuldrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Derleder, Peter: “Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht”, **Neue Juristische Wochenschrift 2004**, s. 969-976.
- Deutsch, Erwin: “Der Ersatz des reinen Vermögensschadens”, **Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, s.79-93.
- Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku**, Çeviren: Ziya Umur, II. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- Diers, Ludwig: **Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo: Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?**, Köln, Wasmund, 1962.

- Dittrich, Robert/Tades, Helmut: **Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch**, I. Band, 36. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2003.
- Dölle, Hans: Aussergesetzliche Schuldpflichten, **Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, 1943, s. 67-102.
- Druey, Eva: **Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung**, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2004.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku, Cilt: I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper: **Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Edis, Seyfullah: **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, y.y., 1963.
- Egger, August: “Schadenersatz bei absichtlicher Täuschung (O.R. Art. 31 Abs. 3)”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 1922, s. 217-221.
- Egger, August: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co., 1936.
- Egger, August: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360-456**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess&Co AG, 1948.
- Ehmann, Horst/Sutschet, Holger/Finkenauer, Thomas/Hau, Wolfgang: **Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten**, München, Verlag Franz Vahlen, 2002.
- Ehrt, Felix R.: **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR**, Zürich, Schulthess, 1990.

- Eichler, Hermann: **Die Rechtslehre vom Vertrauen**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950.
- Elbir, Halid Kemal: “**Türk Pozitif Hukukunda Gabin**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, t.y.
- Ellers, Holger: **Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.
- Engin, Baki İlkey: **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002.
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich: **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse**, 15. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1958.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Ergüne, Mehmet Serkan: “Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Hâlleri ve Sonuçları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXII, Sayı: 1-2, 2004, s. 351-378 (Metin içerisinde “Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Ergüne, Mehmet Serkan: Lisans Sözleşmesinde Başlangıçtaki İmkânsızlık, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s. 203-219 (Metin içerisinde “Başlangıçtaki İmkânsızlık” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erman, Walter: “Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen”, **Archiv für die civilistische Praxis 139**, 1934, s. 273-336.
- Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I**, Herausgegeben von Harm Peter Westermann, 11. Auflage, Münster-Köln, Aschendorff Rechtsverlag, 2004 (Metin içerisinde “Erman/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erman, Hasan: **Medenî Hukuk Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2004.

- Esener, Turhan: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1961.
- Esser, Josef /Schmidt, Eike: **Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band I, Teilband 2**, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000.
- Fellmann, Walter: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1992.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976 (Metin içerisinde “Borçlar Genel” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt: I**, 4. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980 (Metin içerisinde “Özel Borç İlişkileri” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Fikentscher, Wolfgang: **Schuldrecht**, 9. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997.
- Fischer, Willi: **Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht: Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute**, Zürich, Schulthess, 1985.
- Fleischer, Holger: “Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung”, **Archiv für die Civilistische Praxis** 200, 2000, s. 91-120.
- Flume, Werner: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft**, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1979.

- Frick, Joachim G.: **Culpa in contrahendo-Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie**, Zürich, Schulthess, 1992.
- Frost, Marina: „**Vorvertragliche**“ und „**Vertragliche**“ **Schutzpflichten**, Berlin, Duncker&Humblot, 1981.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 8. Auflage, Zürich, Schulthess, 2003.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, 8. Auflage, Zürich, Schulthess, 2003.
- Gauch, Peter: “Art 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters”, **recht**, 1992, Heft 1, s. 9-22.
- Gautschi, Georg: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, 3. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1971.
- Gautschi, Georg: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Artikel 425-491 OR**, 2. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1962.
- Gebhardt, Ulrich: **Herabsetzung der Gegenleistung nach culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker&Humboldt, 2001.
- Giger, Hans: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Artikel 184-215**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1979.

- Glasl, Daniel: **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht**, Zürich, Schulthess, 1992.
- Glasl, Daniel: "Forum: Zur Wirkung des Rücktritts – eine Replik", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 132, I. Halbband, 1991, s. 265-282.
- Glättli, Elisabeth: "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt - eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 1997, s. 233-243.
- Glöckner, Hans Peter: **Positive Vertragsverletzung: Die Geburt eines Rechtsinstituts**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2006.
- Goede, Steffen: **Zum Problem des Wahlrechts auf schadenersatzrechtliche Minderung bei Aufklärungspflichtverletzungen, die zu Vertragsabschlüssen führen**, Konstanz, Hartung-Gorre, 1995.
- Gonzenbach, Rainer: **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Stämpfli&Cie AG, 1987.
- Gottwald, Peter: "Die Haftung für culpa in contrahendo", **Juristische Schulung**, 1982, s. 877-885.
- Göschke, R.: "Ueber Art. 107 bis 109 OR", **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 1924, s. 14-33.
- Götz, Ernst: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte: Die Eheschliessung, Artikel 90-136 ZGB**, 3. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1964.
- Grigoleit, Hans Christoph: "Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung", **Neue Juristische Wochenschrift 1999**, s. 900-904 (Metin içerisinde "Vertragsaufhebung" şeklinde atf yapılmıştır).
- Grigoleit, Hans Christoph: **Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts**, Herausgegeben von Reiner Schulze und Hans

Schulte-Nölke, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, s. 269-294(Metin içerisinde “Informationshaftung” şeklinde atıf yapılmıştır).

Grote, Thomas: **Die Eigenhaftung Dierter als Anwendungsfall der culpa in contrahendo**, Bochum, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1984.

Grunewald, Barbara: “Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund”, **Juristen-Zeitung**, 1984, s. 708-711.

Grunsky, Wolfgang: “Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht”, **Juristenzeitung**, 1983, s. 372-379.

Guhl, Theo: “Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung”, **Beiträge zum Handelsrecht: Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland**, Basel, Verlag von Helbing&Lichtenhahn, 1934, s. 134-148.

Guhl, Theo/Koller, Alfred/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas: **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000.

Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger: **Das neue Schuldrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002.

Hartmann, Stephan: **Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung**, Freiburg, Universitätsverlag, 2001 (Metin içerisinde “Die vorvertraglichen Informationspflichten” şeklinde atıf yapılmıştır).

Hartmann, Stephan: “Der Abbruch der Vertragsverhandlungen als Enttäuschung von Vertrauen: Bemerkungen im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil 4C.152/2001 vom 29. Oktober 2001”, **ZBJV**, 2003, s.516-537.

Hartmann, Stephan: **Die Rückabwicklung von Schuldverträgen**, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2005 (Metin içerisinde “Die Rückabwicklung” şeklinde atıf yapılmıştır).

Hartweg, Oskar: “Culpa in contrahendo als Korrektiv für „ungerechte“ Verträge: Zur Aufhebung der Vertragsbindung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß”, **Juristische Schulung**, 1973, s. 733-740.

- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.
- Heldrich, Karl: **Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung**, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1924.
- Helvacı, Mehmet: **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta, 2000.
- Hofstetter, Josef: **Schweizerisches Privatrecht, Band 7, 6. Teilband, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse: Der Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag**, Basel, Genf, München, Helbing&Lichtenhahn, 2000.
- Hohloch, Gerhard: “Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter?-BGHZ 66, 51”, **Juristische Schulung**, 1977, s. 302-306.
- Honegger, Eduard: **Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Druckerei Gebr. Leemann&Co., A.-G, 1926.
- Honsell, Heinrich: **Quod Interest im Bonae-Fidei-Iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 1969.
- Honsell, Heinrich: “Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht”, **Juristische Schulung**, 1973, s. 69-75.
- Honsell, Heinrich/Harrer, Friedrich: “Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht”, **Juristische Schulung**, 1985, s. 161-170.
- Horn, Norbert: “Culpa in Contrahendo”, **Juristische Schulung**, 1995, s. 377-387.

- Hornung, Rainer: **Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.
- Huang, Mao-zong: **Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo**, Tübingen, Barbara v. Spangenberg KG, 1974.
- Huber, Peter/Faust, Florian: **Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002.
- Huguenin, Claire: **Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1984 (Metin içerisinde “Nichtigkeit und Unverbindlichkeit ” şeklinde atıf yapılmıştır)
- Huguenin, Claire: **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2004 (Metin içerisinde “Obligationenrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Hürlimann, Roland: **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Freiburg, Universitätsverlag, 1984.
- Hüsken, Ulrich: “Haftung wegen grundlos abgebrochener Vertragsverhandlungen aus culpa in contrahendo”, **Recht und Vernunft, Festschrift für Hans-Diether Imhoff**, Frankfurt am Main, Verlags-und Wirtschaftsgesellschaft der Elektrizitätswerke m.b.H., 1998, s. 128-135.
- İmre, Zahit: **Medenî Hukuka Giriş**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.
- İnal, Tamer: **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, İstanbul, Kazancı, 2004.
- İnan, Ali Naim: “Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukukî Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma”, **Adalet Dergisi**, Ocak 1954, Yıl: 45, Sayı: 7-8, s.878-887; 999-1013.
- İnan, Ali Naim: **Türk Hukukunda İlân Suretiyle Yapılan Vaadler**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1961 (Metin içerisinde “İlân Suretiyle Yapılan Vaadler” şeklinde atıf yapılmıştır).

- İnan, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979 (Metin içerisinde “Borçlar Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Iustinianus, **Institutiones**, Çeviren: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- Jäggi, Peter: “Zum Begriff der Vertraglichen Schadenersatzforderung”, **Festgabe für Wilhelm Schönenberger**, Freiburg, Universitätsverlag, 1968, s. 181-197.
- Jhering, Rudolf von: **Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), 4. Band (1861), s. 1-112, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 7-91.
- Joeinig, Elke: **Die anfängliche Unmöglichkeit**, Wien, Verlag Österreich, 2006.
- Kaiser, Dagmar: “Schadensersatz aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Verträge”, **Juristen-Zeitung**, 1997, s. 448-453.
- Kalkan, Burcu: **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1**, İstanbul, Beta, 2003 (Metin içerisinde “C. 1” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2**, İstanbul, Beta, 2003 (Metin içerisinde “C. 2” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 5**, İstanbul, Beta, 2004 (Metin içerisinde “C. 5” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Karakaş, Fatma Tülay/Söğütlü Erişgin, Özlem: “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, **Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2006, Cilt: XXIII, S. 3, s. 157-178.

- Keller, Alfred: **Haftpflicht im Privatrecht, Band I**, 5. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli+Cie AG, 1993 (Metin içerisinde “Keller, A., Bd. I” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Keller, Alfred: **Haftpflicht im Privatrecht, Band II**, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1998 (Metin içerisinde “Keller, A., Bd. II” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Keller, Max: **Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse**, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer, 1948 (Metin içerisinde “Keller, M.” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Keller, Max/Schöbi, Christian: **Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988 (Metin içerisinde “Bd. I” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja: **Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988.
- Keller, Max /Schöbi, Christian: **Das schweizerische Schuldrecht, Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1984.
- Keller, Max/Syz, Carole: **Haftpflichtrecht**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1990.
- Keuk, Brigitte: **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1972.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Kırca, Çiğdem: **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.
- Klein, Peter: “Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1906, s. 596.

Knellwolf, Markus: “Zur Wirkung des Rücktrittes”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 131, I. Halbband, 1990, s. 389-413.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, y.y., 1968 (Metin içerisinde “Hata Kavramı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Giriş, Sözleşmeler, Cilt: I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, t.y., (Forma hâlinde bulunan bu esere metin içerisinde “Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu)” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Cilt: II**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998 (Metin içerisinde “Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi)” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt: III**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 (Metin içerisinde “Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan)” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK.m.33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK.m.36/II’nin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Anısına Armağan (1925-1988)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 207-230.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler”, **Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, 1996, s. 25-33.

Koller, Alfred: **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Freiburg, Universitätsverlag, 1985.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, Band 2, §§ 611-1296, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München, Verlag C.H. Beck, 2003 (Metin içerisinde “KommBGB/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht–CISG-, Herausgegeben von Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004.

Koziol, Helmut: “Zum Entfall der Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden”, **Mélanges en l’honneur du Professeur Bruno Schmidlin**, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing& Lichtenhahn, 1998, s. 291-299.

Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern, Verlag Stämpfli&AG, 1986.

Kramer, Ernst A.: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1991 (Metin içerisinde “Berner Komm.” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kramer, Ernst A.: **Der Irrtum beim Vertragschluss**, Zürich, Schulthess, 1998 (Metin içerisinde “Der Irrtum” şeklinde atıf yapılmıştır).

Kuhlenbeck, Ludwig: “Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (§ 153 BGB)”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1905, s. 1142-1146.

Kurşat, Zekeriya: **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 2003.

Kutlu Sungurbey, Ayfer: **Yetkisiz Temsil**, İstanbul, Yasa Yayınları, 1988.

- Küpper, Wolfgang: **Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker&Humblot, 1988.
- Küppers, Karsten: **Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht: Eine Untersuchung zur Kommerzialisierungsthese und Frustrationslehre**, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., 1976.
- Küppersbusch, Gerhard: **Die Haftung des Minderjährigen für culpa in contrahendo**, München, y.y., 1973.
- Lackum, Eugen von: **Verschmelzung und Neuordnung von “Culpa in Contrahendo” und “Positiver Vertragsverletzung (Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom “einheitlichen Schutzpflichtverhältnis)**, Bonn, Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn, 1970.
- Landtwing, Hans: **Der Falsus procurator im schweizerischen Obligationenrecht**, Zug, J. Speck&Cie., 1929.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: **Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Band I, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- Larenz, Karl: “Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht”, **Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I**, München und Berlin, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1965, s. 489-507.
- Larenz, Karl: “Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo”, **Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag**, Berlin, Duncker&Humboldt, 1975, s. 397-419 (Metin içerisinde “culpa in contrahendo” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Larenz, Karl: **Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I**, 14. Auflage, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1987.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred: **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004.

- Lauer, Jürgen: **Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie, 1983.
- Lehnsen, “Der Umfang des Vertrauensinteresses”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1912, s. 1404-1405.
- Lemp, Paul: **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, Verlag von Stämpfli, 1939.
- Lenz, Christian: **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Zürich, Schulthess, 1992.
- Leonhard, Franz: **Verschulden beim Vertragsschlusse**, Berlin, Vahlen, 1910.
- Leonhard, Marc: “Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung”, **Archiv für die civilistische Praxis** **199**, 1999, s. 660-694.
- Lieb, Manfred: “Aufgedrängter Vertrauensschutz? Überlegungen zur Möglichkeit der Verzichts auf Rechtsscheinsschutz, insbesondere bei der Anscheinsvollmacht”, **Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag**, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1984, s. 575-591 (Metin içerisinde “Aufgedrängter Vertrauensschutz” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Lieb, Manfred: “Vertragsaufhebung oder Geldersatz? Überlegungen über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo”, **Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, s. 251-270 (Metin içerisinde “Vertragsaufhebung oder Geldersatz” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Lieb, Manfred: “Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit”, **Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, s. 337-352 (Metin içerisinde “Culpa in contrahendo” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Looschelders, Dirk: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2006.
- Lorenz, Stephan: “Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?”, **ZIP**, 1988, s. 1053 (Metin içerisinde “Vertragsaufhebung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Lorenz, Stephan: “Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende der Minderung durch c.i.c.?, **Neue Juristische Wochenschrift 1999**, s. 1001-1002 (Metin içerisinde “Haftungsausfüllung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas: **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002.
- Loser-Krogh, Peter: “Vertrauenshaftung und Schutzpflicht –Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung”, **Recht und Internationalisierung, Festgabe gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 2000 St. Gallen durch die Juristische Abteilung der Universität St. Gallen**, Zürich, Schulthess, 2000, s. 113-135 (Metin içerisinde “Vertrauenshaftung und Schutzpflicht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Loser-Krogh, Peter: “Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 144, 2/2003, II. Halbband, s. 131-221 (Metin içerisinde “Haftung aus Treu und Glauben” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Lüchinger, Niklaus: **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Freiburg, Universitätsverlag, 1999.
- Lüchinger, Niklaus: “Die Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo: Ein Beitrag aus Anlass eines neuen Bundesgerichtsentscheids”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 2006, s. 197-201.
- Magnus, Ulrich: **Schaden und Ersatz**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.

- Marcusen, Woldemar: “Das negative Vertragsinteresse im schweizer. Obligationenrecht und im deutschen Entwurf”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 1890, s. 121-183.
- Medicus, Dieter: “**Id Quod Interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes**”, Köln, Böhlau Verlag, 1962 (Metin içerisinde “Id Quod Interest” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Medicus, Dieter: “Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo”, **Juristische Schulung**, 1965, s. 209-218 (Metin içerisinde “Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Medicus, Dieter: **Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verschulden bei Vertragsverhandlungen**, y.y., Bundesanzeiger, t.y., s. 481-550 (Metin içerisinde “Gutachten” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Medicus, Dieter: “Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, Schulthess, 1989, s. 205-219 (Metin içerisinde “Die culpa in contrahendo” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Medicus, Dieter: Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen?, **Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992**, Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1992, s. 539-560 (Metin içerisinde “Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Medicus, Dieter: **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005 (Metin içerisinde “Schuldrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Meier-Hayoz, Arthur: **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag**, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer&Co., 1948.

- Melliger, Caspar: **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch**, 2. Auflage, Zürich, Zürcher&Furrer, 1898.
- Merz, Hans: **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Erster Teilband, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, 1984 (Metin içerisinde “Obligationenrecht” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Merz, Hans: **Vertrag und Vertragsschluss**, 2. Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, 1992 (Metin içerisinde “Vertragsschluss” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Messer, Herbert: “Schadenersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen der Verletzung für den Vertragsinhalt wesentlicher vorvertraglicher Pflichten, **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag**, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1990, s. 743-754.
- Messer, Herbert/Schmitt, Ralph: “Zum Umfang der „Rentabilitätsvermutung“ und zu vorvertraglichen und vordeliktschen Aufwendungen”, **Festschrift für Horst Hagen**, Köln, RWS Verlag, 1999, s. 425-448.
- Mommsen, Friedrich: **Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse**, Braunschweig, Schwetschke, 1853.
- Mommsen, Friedrich: **Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse**, Braunschweig, Schwetschke, 1855.
- Mühlich, Horst: **Begrenzung und Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo), unter besonderer Berücksichtigung des Stellvertretungsproblems**, Dresden, Risse-Verlag, 1933.
- Müller, Georg: **Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen**, Berlin, Duncker&Humblot, 1991.

Müller-Laube, Hans-Martin: “Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung”, **Juristenzeitung**, 1995, s. 538-545.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB-Gesetz, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2001 (Metin içerisinde “MünchKomm/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2003 (Metin içerisinde “MünchKomm/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611-704, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005 (Metin içerisinde “MünchKomm/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Nazikîoğlu, O. Işık: “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü: Borçlar Kanununun (106 – 108) inci maddeleri hakkında bir tetkik”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, 1951, S. 1-2, s. 658-684.

Neuner, Robert: “Interesse und Vermögensschaden”, **Archiv für die civilistische Praxis** **133**, 1931, s. 277-314.

Nickel, Carsten: **Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker&Humblot, 2004.

Nirk, Rudolf: “Culpa In Contrahendo-Eine Geglückte Richterliche Rechtsfortbildung Quo Vadis”, **Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1975, s. 71-100.

Nomer, Haluk N.: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996 (Metin içerisinde “Maddî Tazminat” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Nomer, Halûk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2006
(Metin içerisinde “Borçlar Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Oertmann, Paul: **Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht**, Berlin, Guttentag, 1901.
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: **Medenî Hukuk**, 13. Bası, İstanbul, Arıkan, 2006.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa: **Aile Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- OR Handkommentar zum schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2002 (Metin içerisinde “ORKomm/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co., 1929.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co., 1936.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529**, 2. Auflage, Zürich, Schultheß&Co. A.-G., 1945.

- Öz, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı, 1989 (Metin içerisinde “Eser Sözleşmesi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Öz, M. Turgut: **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı, 1990.
- Öz, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Yamaner, 2006 (Metin içerisinde “İnşaat Sözleşmesi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Özsunay, Ergun: **Medenî Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1986.
- Paefgen, Walter G.: **Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo: Zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht**, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 65. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006 (Metin içerisinde “Palandt/Yazar adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Peters, Egbert: Überschreiten der Vertretungsmacht und Haftung des Vertretenen für Culpa in Contrahendo, **Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag**, Köln-Marienburg, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1972, s. 127-136.
- Picker, Eduard: “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt”, **Archiv für die civilistische Praxis** 183, 1983, s. 369-524.
- Piotet, Paul: “La culpa in contrahendo aujourd’hui”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, 1981, s. 225-233; 241-247.
- Pohlmann, André: **Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten: Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform**, Berlin, Duncker&Humblot, 2002.
- Postacıoğlu, İlhan: **Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: VI, S. 1-2, 150

nüshasından ayrı bası, İstanbul 1950, s. 1-9 (Metin içerisinde “Temsilden Doğan Zarar I” şeklinde atıf yapılmıştır).

Postacıoğlu, İlhan: “Salâhiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XVII, 1951, s. 926-936 (Metin içerisinde “Temsilden Doğan Zarar II” şeklinde atıf yapılmıştır).

Postacıoğlu, İlhan E.: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

Pöggeler, Wolfgang: “Schadensersatz”, **Juristische Arbeitsblätter**, 1999, s. 505-515.

Rabel, Ernst: “Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 27, 1908, s. 291-328.

Rado, Türkan: **Roma Hukukunda maldaki ayıplardan dolayı satıcının mesuliyeti**, Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası, İstanbul, y.y., 1945.

Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.

Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2006.

Rengier, Hans-Bernhard: **Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Interesse und vom Integritätsinteresse**, Berlin, Duncker&Humblot, 1977.

Rey, Heinz: **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich, Schulthess, 1995.

Riezler: “Zur Begrenzung des negativen Vertragsinteresse”, **Deutsche Juristen-Zeitung**, 1912, s. 1176-1178.

Roberto, Vito: **Schadensrecht**, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997.

Sarı, Suat: **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Tarafı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004.

- Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.: **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Cilt: I**, İstanbul, y.y., 1958.
- Schenker, Franz: **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, Universität Verlag, 1988.
- Scherrer, Karl: **Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen**, Zürich, Buchdruckerei Winterthur Vorm. G. Binkert, 1928.
- Schiemann, Gottfried: “ „Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?”, **Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik**, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, s. 259-267.
- Schlechtriem, Peter: “Schadenersatz und Schadensbegriff”, **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, München, 1997, s. 232-254.
- Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6 Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- Schmidlin, Bruno: Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 111, 1970, s. 225-254 (Metin içerisinde “Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Schmidlin, Bruno: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR**, Bern, Verlag Stämpfli+Cie AG, 1995.
- Schmidlin, Bruno: “Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung?”, **Festschrift für Franz Bydlinski**, Wien, Springer Verlag, 2002, s. 415-428 (Metin içerisinde “Die Vertrauenshaftung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Scholz, Walter: **Verschulden beim Vertragsschluß (Culpa in contrahendo)**, Göttingen, Göttinger Tageblattes, 1930.

- Schönenberger, Wilhelm /Jäggi, Peter: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung und Art. 1-17 OR**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1973.
- Schwarz, Andreas B.: “Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlâli Sebebiyle Fesih”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Çeviren: Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 759-794.
- Schwarz, Andreas B.: **Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt: I**, Çeviren: Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948.
- Schwarz, Günter Christian/Wandt, Manfred: **Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht-Schadensrecht-Bereicherungsrecht-GoA**, 2. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2006.
- Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2003.
- Schwenzer, Ingeborg: “Aufwendungsersatz bei nicht durchgeführten Verträgen”, **Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, s. 657-676.
- Schwimmann ABGB Praxis Kommentar, Band 4, §§ 859-1089 ABGB**, 3. Auflage, Wien, LexisNexis ARD Orac, 2006 (Metin içerisinde “Yazar Adı, Schwimmann, ABGB IV” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Schwimmann ABGB Praxis Kommentar, Band 6, §§ 1293-1502 ABGB**, 3. Auflage, Wien, LexisNexis ARD Orac, 2006 (Metin içerisinde “Yazar Adı, Schwimmann, ABGB VI” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977 (Metin içerisinde “Sürekli Borç İlişkileri” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978 (Metin içerisinde “Müteahhidin Sorumluluğu” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Serozan, Rona: **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri – Yıl: 1, No:3'den Ayrı Bası, İstanbul, 1968 (Metin içerisinde “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975 (Metin içerisinde “Sözleşmeden Dönme” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona: **Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, Zürich und Bern 1980'den ayrı bası, Zürich 1981, s. 447-497.
- Serozan, Rona: **Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, 1990'dan Ayrı Bası, İstanbul, 1990, s. 27-42 (Metin içerisinde “Müspet İhlal ve Culpa in Contrahendo” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona: “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 231-248 (Metin içerisinde “Yeni Alman İfa Engelleri” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005 (Metin içerisinde “Medeni Hukuk” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Serozan, Rona: “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 195-207 (Metin içerisinde “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Silbermann, Karl: **Beiträge zur Lehre von der culpa in contrahendo**, Breslau, Merkur, 1927.
- Simonius, August: “Über den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 1918,

s. 225-287 (Metin içerisinde “Schadensersatz aus Dahinfallen des Vertrages” şeklinde atıf yapılmıştır).

Simonius, August: “Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre”, **Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1942, s. 235-282 (Metin içerisinde “Die Bedeutung des Vertrauensprinzips” şeklinde atıf yapılmıştır).

Singer, Reinhard: “Vertrauenshaftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen”, **Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung: Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag**, München, Verlag C.H.Beck, 2002, s. 135-157.

Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240), 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1999 (Metin içerisinde “SoergelKomm/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1990 (Metin içerisinde “SoergelKomm/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/2, Schuldrecht 3/2, §§ 320-327, 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2005 (Metin içerisinde “SoergelKomm/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

Spirig, Eugen: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teilband V 1K, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung: Art. 164-174 OR**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1993.

Spiro, Karl: “Die Haftung für Abschluß- und Verhandlungshelfen: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 127, I. Halbband, 1986, s. 619-647.

- Stark, Emil W.: **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess, 1988.
- Staub, Hermann: **Die positiven Vertragsverletzungen**, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 93-130.
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2004 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einl zu §§ 241 ff, §§ 241-243 (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2004 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-f (Vertragsschluss)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).

- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2004 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 516-534 (Schenkungsrecht)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)**, Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar Adı” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Steffen, Clemens: **Culpa in contrahendo und Stellvertretung**, Bochum, Heinrich Pöppinghaus o. H.G., 1933.
- Stein Peter: “Der Schaden: Ein juristisches Märchen”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 1995, s. 153-154.
- Steinberg, Wilhelm: **Die Haftung für Culpa in Contrahendo**, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1930.
- Sticht, Thilo: **Zur Haftung des Vertretenen und Vertreters aus Verschulden bei Vertragschluss sowie des Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung**, München, Druckerei Charlotte Schön, 1966.
- Stoll, Hans: “Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo”, **Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, s. 435-474 (Metin içerisinde “Hans Stoll, culpa in contrahendo” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Stoll, Hans: “Schädigung durch Vertragschluß”, **Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, s. 361-372 (Metin içerisinde “Hans Stoll, Schädigung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Stoll, Hans: “Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen”, **Juristenzeitung**, 2001, s. 589-597 (Metin içerisinde “Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Stoll, Heinrich: “Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen”, **Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht**, 1923, s. 532-548 (Metin içerisinde “Vertragsverhandlungen” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Stoll, Heinrich: “Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen”, **Archiv für die civilistische Praxis** 136,1932, s. 257-320 (Metin içerisinde “Abschied von der Lehre” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Stoll, Heinrich: **Die Lehre von den Leistungsstörungen**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1936.
- Sungurbey, İsmet: **Medenî Hukuk Sorunları, Cilt: I**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.
- Tandoğan, Halûk: **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, y.y., 1961 (Metin içerisinde “Mes’uliyet ” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tandoğan, Halûk: “Hukuka Aykırılık Bağı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s. 5-27.
- Tandoğan, Halûk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1**, 6. Bası, İstanbul, Evrim Dağıtım, 1990 (Metin içerisinde “ÖBİ I/1” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tandoğan, Halûk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II**, 3. bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987 (Metin içerisinde “ÖBİ II” şeklinde atıf yapılmıştır).

- Tekinay, Selâhattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tiedtke, Klaus: “Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluß wegen fehlender Aufklärung”, **Juristenzeitung**, 1989, s. 569-572.
- Tiftik, Mustafa: “Borç Sözleşmelerinin İptali”, **Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2006, Cilt: XXIII, Sayı 3, s. 55-94.
- Tuhr, Andreas von: “Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, 38, 1897, s. 1-34.
- Tuhr, Andreas von: **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, Zweiter Band, Erste Hälfte, Berlin, Verlag von Duncker&Humbolt, 1957 (Metin içerisinde “Der Allgemeine Teil II/1” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tuhr, Andreas von: **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Berlin, Verlag von Duncker&Humbolt, 1957 (Metin içerisinde “Der Allgemeine Teil II/2” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tuhr, Andreas von/Peter, Hans: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I/Lieferung 1, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1974.
- Tuhr, Andreas von/Peter, Hans: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I/Lieferung 2, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1979.
- Tuhr, Andreas von/Escher, Arnold: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band II, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1974.

- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976 (Metin içerisinde “Borçlar Genel” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II**, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977 (Metin içerisinde “Borçlar Özel” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12. Auflage, Zürich, Schulthess, 2002.
- Ulusan, İlhan: **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Ulusan, İlhan: “Culpa in Contrahendo Üstüne”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 275-316.
- Ulusan, İlhan: **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, Kazancı, 1984.
- Umur, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Giriş ve Madde 1-40, Cilt: 1**, Ankara, Seçkin, 2003 (Metin içerisinde “C. 1” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 51-108, Cilt: 3**, Ankara, Seçkin, 2003 (Metin içerisinde “C. 3” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Veldet, Hıfzı: “Umumî Bakımdan Zarar ve Tazminat”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, s. 739-758.
- Wagner, Gerhard: “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe”, **Archiv für die civilistische Praxis** **206**, 2006, s. 352-476.

- Walter, Hans Peter: “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, 1996, s. 273-295.
- Weber, Rolf H.: **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109**, Bern Stämpfli Verlag, AG, 2000.
- Weimar, Wilhelm: “Ersatz des Personenschadens aus culpa in contrahendo”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1978, s. 376-378.
- Wieling, Hans Josef: **Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch**, Köln, Wien, Böhlau Verlag, 1970.
- Wolf, Ernst: “Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis”, **Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1976, s. 545-578.
- Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2002.
- 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**, Ocak-Nisan 2002, Cilt: 28, Sayı: 1-2, s. 61-103.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl: **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara, Nobel, 2002.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl: “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK.m.28) Hükümü Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 965-985.
- Yılmaz, Hamdi: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur “Culpa in Contrahendo” ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1985, Cilt: 11, Sayı: 1-2, s. 234-251.

- Zäch, Roger, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR**, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1990.
- Zeuner, Albrecht: “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, **Archiv für die civilistische Praxis** 163, 1964, s. 380-400.
- Zevkliler, Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Bası, Ankara, Seçkin, 2004.
- Zeytin, Zafer: “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I: Maddî Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı”, **Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Aralık 1999, Cilt: XX, Sayı: 2, s. 73-87.
- Ziegler, Antje: **Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre**, Bern, Stuttgart, Wien, Verlag Paul Haupt, 1992.
- Zikos, Georg: **Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht**, Zürich, y.y., 1966.
- Zimmer, Daniel: “Der Anwendungsbereich des Sachmängel-Gewährleistungsrechts beim Unternehmenskauf – Plädoyer für eine Neubestimmung”, **Neue Juristische Wochenschrift** 1997, s. 2345-2351.
- Zweig, Walther: **Die Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluß**, Breslau, Steindruckerei, t.y.

ÖZ GEÇMİŞ

18.12.1976 tarihinde Rize’de doğdum. İlköğrenimimi Rize’de, ortaöğrenimimi Samsun’un Ladik İlçesinde bulunan Akpınar Anadolu Öğretmen Lisesinde tamamladım. 1994 yılında girmiş olduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1998 yılında mezun oldum. 1998 yılının Ekim ayında, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Yüksek Lisans öğrenimime başladım. 1999 yılının Ocak ayında, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalına Araştırma Görevlisi olarak atandım. “*Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslim Şartlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*” konulu tezimi savunarak 2001 yılı Ağustos ayında Yüksek Lisans öğrenimi tamamladım. 2001 yılının Ekim ayında, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Doktora öğrenimime başladım. Hâlen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak çalışmaktayım.