

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA AŞKIN ZARAR
UYGULAMALARI

Merve UYAROĞLU

2501210630

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Tülay AYDIN ÜNVER

İSTANBUL – 2024

ÖZ

TÜRK HUKUKUNDA AŞKIN ZARAR UYGULAMALARI

MERVE UYAROĞLU

Aşkın zarar, temerrüdün para borçlarına özel sonuçlarındandır. Temerrüt faizinden farklı olarak aşkın zarar için kusur ve zarar şartı vardır. Paranın değer kaybına uğradığı dönemlerde gündemi oldukça meşgul etmesi nedeniyle aşkın zarar kavramı daha önemli hale gelmiştir. Aşkın zararı ispat yönteminin nasıl olacağı hakkında yasal düzenleme yoktur. Bu sebeple soyut metot ve somut metot ispat yöntemleri bakımından yargıda görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Çalışmamızda, aşkın zararın kavramsal ve hukuki niteliği incelenerek diğer benzer kavramlardan farklarından bahsedilmiştir. Ardından aşkın zararın talep edilme koşulları incelenmiştir. Aşkın zararı ortaya çıkaran durumlar ve yargı uygulamaları üzerinde durulmuştur. Aşkın zarar tazminatının hesaplanması ve indirimine etki edebilecek hususlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aşkın zarar, soyut metot, somut metot, temerrüt faizi, para borcu, zararın hesaplanması, paranın alım gücü

ABSTRACT
EXCESS DAMAGE PRACTICES IN TURKISH LAW
MERVE UYAROĞLU

Excess damage is a consequence of default specific to monetary debts. Unlike default interest, there is a fault and damage requirement for excess damage. The concept of excess damage has become even more important as it occupies the agenda during periods when money loses value. There is no legal regulation on how to prove damage resulting from excess damage. For this reason, there is a difference of opinion in the judiciary in terms of abstract method and concrete method proof methods.

In our study, the conceptual and legal nature of excess damage is examined and its differences from other similar concepts are mentioned. Then, the conditions for claiming excess damage compensation were examined. Situations that reveal excess damage and judicial practices are emphasized. The calculation of excess damage compensation and the issues that may affect the discount have been evaluated.

Keywords: Excess damage, Abstract Method, Concrete Method, Default Interest, Money debt, Calculation of damage, Purchasing power of money

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Programı bağlamında hazırladığımız bu çalışma ile, son dönemde paranın alım gücünün düşmesiyle gündemi daha fazla meşgul eden aşkın zarar kurumu ele alınmıştır. Paranın değer kaybının önlenememesi nedeniyle toplum nezdinde ortaya çıkan ekonomik, sosyal ve hukuki anlamda telafisi güç problemler, tez konusunun seçilmesinde etkili olmuştur. Bu meyanda; yargı uygulamasında ispat yöntemi hususunda uzun süredir uzlaşıya varılamayan aşkın zarar kurumu ele alınarak mevcut çözümsüzlüğün uygulama üzerindeki yükü üzerinde durulmuştur. Tezin oluşturulma sürecinde aşkın zarar talebini içeren binin üzerinde istinaf mahkemeleri ve Yargıtay kararı incelenerek uygulamanın konuyu ele alışı öz bir şekilde okura aktarmayı amaçlayan bir çalışma oluşturmaya gayret edilmiştir.

Tez danışmanlığımı üstlenme nezaketini göstererek; çalışmamın oluşturulması esnasında yol gösterici ve yapıcı eleştirileri, yoğun akademik döneminde değerli vaktini ayırdığı için kıymetli hocam Doç. Dr. Tülay Aydın Ünver'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Lise yıllarından beri arkadaşım olan Arş. Gör. Makbule Altındal'a gösterdiği destekle tezin yazım sürecini kolaylaştırdığı için minnettarım.

Tez çalışmalarım esnasında kaynak temini ve çalışma ortamı olarak kütüphaneyi elverişli hale getiren İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi çalışanlarına teşekkürü borç bilirim.

Bugünlere erişmeme koşulsuz sevgileriyle katkı sağlayan aileme, hayatın her yükünü benimle omuzlayan, hiç kesilmemesini dilediğim ahengim, Av. Osman Uyaroglu'na sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Av. Merve Uyaroglu

İstanbul / 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AŞKIN ZARAR KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I. Aşkın Zarar Kavramı.....	3
A. Zarar Kavramına Genel Bakış	3
B. Aşkın Zarar Kavramı.....	5
C. Kanuni Düzenlemesi ve Düzenlenme Amacı	6
II. Aşkın Zararın Hukuki Niteliği	9
III. Aşkın Zararın Benzer Kavramlardan Farkı	12
A. Aşkın Zarar ve Cezai Şart Farkı.....	12
1. Genel Olarak.....	12
2. Cezai Şartın Türleri.....	14
3. Cezai Şartın İndirilmesi	16
B. Aşkın Zarar ve Götürü Tazminat Farkı.....	17
C. Aşkın Zarar ve Yoksun Kalınan Kâr Farkı	20

İKİNCİ BÖLÜM

AŞKIN ZARARIN TALEP EDİLME KOŞULLARI

I. Borçlunun Para Borcunun Varlığı	25
II. Borçlunun Para Borcunda Temerrüde Düşmesi.....	27
A. Kavram ve Koşulları İtibariyle Borçlu Temerrüdüne Bakış.....	28
1. Borçlu Temerrüdü Kavramı.....	28
2. Borçlu Temerrüdü Koşulları	28
B. Para Borcunda Temerrüdün Bir Sonucu Olarak Temerrüt Faizi	31
1. Genel Olarak Faiz Kavramı ve Özellikleri	31
2. Temerrüt Faizi İşlevi ve Niteliği.....	33
3. Temerrüt Faizi Oranı	35
a. Adi İşlerde Temerrüt Faizi.....	35
b. Ticari İşlerde Temerrüt Faizi	37
c. Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi	39
4. Temerrüt Faizi ve Vade Farkı Kıyaslaması	41
III. Alacaklının Temerrüt Faizini Aşan Zararı.....	43
A. Zararın Temerrüt Faizini Aşması.....	43
B. Kusur.....	44

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AŞKIN ZARARIN İSPATI VE TAZMİNATIN HESAPLANMASI

I. Aşkın Zararın İspatı.....	45
A. Genel Olarak Zararın İspatı	45

B. Aşkın Zararın İspatı	47
1. Somut Metot	48
2. Soyut Metot.....	49
3. Yargı Uygulamaları	52
4. Kanaatimiz	57
II. Aşkın Zararı Ortaya Çıkaran Durumlar	60
A. Enflasyon	60
B. Devalüasyon.....	63
C. Kur Değişikliğinden Doğan Zarar.....	64
D. Yüksek Kredi Maliyetleri	66
E. Alacaklının Ödemek Zorunda Kaldığı Zarar Kalemleri.....	68
F. Yapılan Masrafların Sebep Olduğu Zarar Kalemleri	70
1. İhtar Masrafları	70
2. Yargılama Giderleri	71
3. İcra Giderleri.....	72
4. Avukatlık Masrafları.....	72
5. Avukatın Vekalet Sözleşmelerinden Doğan Aşkın Zararı.....	73
6. Seyahat Masrafları	76
III. Tazminatın Hesaplanması.....	76
A. Zarar ve Tazminatın Denk Olması.....	76
B.Tazminatın İndirilmesine Etki Eden Hususlar	77
1. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı	78
2. Alacaklının Rızası.....	78
3. Alacaklının Ortak Kusuru	79
4. Alacaklının Zararı Azaltma Borcu.....	80
5. Borçlunun Tazminatı Ödemekle Yoksulluğa Düşecek Olması	81

6. Diğer Sebepler	82
C. Aşkın Zarar Tazminatının Hesaplanma Ânı	83
D. Dava Görülürken Hakimin Aşkın Zarara Hükmetmesi	84
E. Zamanaşımı	86
SONUÇ	88
KAYNAKÇA	93



KISALTMALAR LİSTESİ

A.g.e.	:	Adı Geçen Eser
A.g.m.	:	Adı Geçen Makale
aş.	:	aşağıda
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBD	:	Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
AY.	:	Anayasa
AYM.	:	Anayasa Mahkemesi
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz./bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
eBK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
EİTIAD	:	Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
HD	:	Hukuk Dairesi
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
m.	:	Madde
MÜHFHAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	:	Paragraf Numarası
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK	:	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TKHK	:	6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	:	Türk Lirası
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	:	Yukarıda

GİRİŞ

Serbest piyasa ekseninde zaman zaman yaşanan ekonomik dalgalanmalar paranın alım gücüne sirayet ederek değer kaybına yol açmaktadır. İktisadi hayatın getirdiği bu olumsuzluklar, maddi anlamda ticaretin her kademesinde canlılığı etkilerken; manevi anlamda kişilerin güven ve yardımlaşma duygusunun yara almasına neden olmaktadır. Neticede paranın değer kaybının önlenememesi, toplum nezdinde ekonomik ve sosyal anlamda telafisi güç problemlerin kemikleşmesine sebebiyet verir. Para, kıymetini devlet otoritesinden alan bir meta olduğundan ekonomik kriz meydana geldiğinde üzerinde yazan nominal değer ile gerçek değer arasında eşitsizlik oluşur. Örneğin birkaç yıl önce on birim para ile alınabilen eşya, artık on beş birim para ile alınabiliyorsa birkaç yıl önceki on birim para ile şimdiki on beş birim para değer olarak aynı kabul edilir.

Hukuk biliminin gelişme seyri ortaya çıkan sorunun kişiler üzerindeki etkisinin nitelendirilmesiyle gerçekleştiğinden süreç devam ederken yargısal anlamda birtakım çözümsüzlüklerin olması kaçınılmazdır. Aşkın zarar müessesesi, tarafların ekonominin olumsuz etkilerinden zarar görmemesi için kurulmuştur. Aşkın zarar tazminatı ile, para borcunun ifasında temerrüde düşülmesi ve temerrüt faiziyle dahi karşılanamayan zararların giderimi amaçlanmaktadır. Aşkın zarar müessesesinin istenen yarar ve dengeyi sağlayabilmesi, şüphesiz gerçek değer kaybının yargı makamlarınca adil bir şekilde saptanarak hukuk güvenliğinin tesis edilmesiyle mümkün olacaktır. İşte tartışma da tam bu noktada başlamaktadır. Aşkın zarara uğradığını iddia eden alacaklının zararını nasıl ispat edeceği hususunda yargıda uzun yıllardır halen görüş birliğine varılamamıştır. Belli ispat yöntemlerinde diretilmesi, yargıya güveni zedeleyerek zaten maddi anlamda zarara uğrayan alacaklıyı ikinci bir zarara daha uğratmaktadır. Öncelikli olarak yapılması gereken ispat yöntemlerinin uygulama sahası üzerinde değişikliğe gidilerek hukuki bütünlüğün sağlanması olmalıdır.

Çalışmamızda öncelikle aşkın zarar kavram ve hukuki niteliği üzerinde durularak kavramsal çerçeve ekseninden incelenmeye çalışılacaktır. Ardından aşkın

zarar kurumunun diğ er kurumlardan farkı açıklanarak bu zarar tazmin metodunun sınırları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde aşkın zararın talep edilme koşulları kapsamında, para borcu ve borçlu temerrüdü üzerinde durulmuştur. Aşkın zarar esas itibariyle temerrüt faizini aşan bir zarar olduğundan temerrüt faizine ilişkin özelliklerden bahsedilmiştir.

Çalışmamızın    nc  bölümünde aşkın zararın ispat yöntemleri ve aşkın zararı ortaya çıkaran durumlar ortaya konularak Yargıtay kararları çerçevesinde oluşan hukuki yansımalar tespit edilmeye çalışılmıştır. Ardından aşkın zarar tazminatının belirlenmesi ve hesaplanması esasları üzerinde durulmuş, olası indirim sebeplerinden bahsedilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AŞKIN ZARAR KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I. Aşkın Zarar Kavramı

A. Zarar Kavramına Genel Bakış

Sorumluluk hukukunun başat faktörlerinden olan zarar kavramı birçok disiplin açısından farklı tanımlama biçimiyle ele alınmıştır. Zararın meydana gelebileceği ölçeklerin kapsamını sınırlandırmanın zor oluşu, yeknesak bir zarar tanımının yapılmasına imkan vermemektedir¹. Nitekim kanun koyucunun bilinçli olarak mevzuatımızda zarar tanımına yer vermemesi, gelişen ihtiyaçlar çerçevesinde yeniden değerlendirilebilecek zarar kalemlerine esneklik sağlamaktadır².

Kelime anlamı itibarı ile zarar, herhangi bir suretle meydana gelen kayıp, ziyan veya kötü sonucu ifade eder³. Hukuki olarak ise kişinin korunmaya değer menfaatleri yönünden rızası hilafına meydana gelen azalmalar zararı oluşturur⁴. Şu halde kişinin iradi olarak malvarlığını tüketmesi, harcaması, malını devir işlemine konu etmesi, sözleşmeyle borç yüklenmesi halinde zarardan bahsedilemeyecekse de bu hukuki ilişkiler sebebiyle arzu edilen sonuca ulaşamaması, yapılan masrafların boşa gitmesi halinde zarar ortaya çıkar⁵. Örneğin kişinin iradesinin hata, hile, korkutma yoluyla sakatlanması, sözleşmesel ilişkilerde karşı tarafın kusuru ile malvarlığında eksilme meydana gelmesi, haksız fiil neticesinde birtakım masraflar yapılmak zorunda

¹ Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 11.; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008.s. 7.

² Selmani Okumuş, **Müşpet Zarar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s.15-74.

³ (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> , 29.04.2023.

⁴Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.9 ; Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 64 vd.; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 113; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 855; Fikret Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, N. 1623.

⁵ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.9.

kalınması böyledir. Burada ortaya çıkan maddi zarar; ekonomik boyutu yönüyle kişinin malvarlığında oluşturduğu etkiye göre öğretide fiili zarar veya yoksun kalınan kâr ayrımı çerçevesinde irdelenir⁶. Kişinin rızasına aykırı olarak malvarlığı aktifinde husule gelen azalma fiili zararı oluştururken⁷; malvarlığı aktifinin artışına engel bir zarar biçimi doğmuşsa yoksun kalınan kâr gündeme gelir⁸.

Kişinin manevi varlığına karşı gerçekleşen saldırılar, kişilik hakkının ihlaliyle meydana gelen acı, üzüntü, bunalım halinde manevi zarar gündeme gelir⁹. Buna sübjektif anlamda manevi zarar denir¹⁰. Bu görüşe göre kişi şayet, uğradığı ihlalden dolayı acı çekmediyse manevi zarara uğramadığı varsayılır¹¹. Objektif anlamda manevi zarar görüşü dikkate alındığında ise kişinin hukuk tarafından korunan şeref, haysiyet, beden bütünlüğü, hürriyet, onur gibi tüm kişilik değerleri bağlamında meydana gelecek her saldırı, objektif manada bir zarara sebebiyet vereceğinden mağdurda acı meydana gelmese de tazmin edilmesi gerekli bir manevi zarar vardır¹². Mevzuatımız dikkate alındığında manevi zarar, maddi zarardan farklı teknikler ile açıklanmış ikinci bir zarar türüdür¹³. Kişinin manevi varlığına karşı gerçekleştirilen ihlal her ne kadar para ile ölçülebilir nitelikte değilse de teselli nev'inden bir miktar para ödenerek zararı tazmin amacı güdülmektedir¹⁴. Öte yandan kişilik haklarına karşı gerçekleştirilen tecavüzün, malvarlığı yönünden azalmaya neden olması halinde manevi zararın yanında maddi zarar da gündeme gelir. Örneğin kişinin yüzünde kalıcı ize neden olan hatalı estetik operasyonu sonucunda yaşanan ıstırap, bedensel

⁶ Oğuzman, Öz, C.2 N. 119.

⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 559, 856; Eren, **Borçlar Genel**, N.1634; Oğuzman, Öz, C. 2, N.120; Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 84.

⁸ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s. 65; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 559; Eren, **Borçlar Genel**, N. 1635; Oğuzman, Öz, C. 2, N.121; Büyüksağış, **a.g.e.**, s.85.

⁹ Oğuzman, Öz, C.2 N. 116. ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 548; Eren, **Borçlar Genel**, N.1652; Ergüne, **a.g.e.**, s. 12; Arzu Genç Arıdemir, "Manevi Tazminatın Takas Edilip Edilemeyeceği Sorunu", **İÜHF**, C. 67, S. 1-2, 2011, s. 83.

¹⁰ Sami Narter, **Uygulamada Manevi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s.7.

¹¹ Narter, **a.g.e.**, s.7.

¹² Narter, **a.g.e.**, s.9.

¹³ Nisim İ. Franko , "Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 1984, s. 133.

¹⁴ TBK m. 58 uyarınca hakim tazminat dışında bir giderim metoduna hükmedebilir. Örneğin kişilik hakkına saldıran davalı hakkında kınamaya hükmedebilir, verilen hükmün yayınlanmasına karar verebilir.

bütünlüğün ihlali, tedavi masrafları, kazanç kaybı gibi olumsuz neticeleri itibariyle manevi zarar ve maddi zarar birlikte doğmuştur.

Kişinin uğradığı zararın giderimi tazminat ile mümkündür. Tazminatın söz konusu olabilmesi için zararın belirli olması, hesaplanabilir, para ile ölçülebilir nitelikte olması gerekir. Ne var ki her zararın tazmini mümkün değildir. Yukarıda da değinildiği üzere kişinin hukuka uygun olarak yaptığı işlemlerin menfaatinde azalmaya neden olması tazmini gerektirmez. Örneğin doğa olayı sebebiyle uğranılan zararda herhangi bir gerçek veya tüzel kişiye sorumluluk atfedilemiyorsa zararın tazmini mümkün değildir¹⁵.

Malvarlığı kapsamının sürekli genişlemesi, yeni ihtiyaçları beraberinde getirmekte ve zararın belirlenebilmesi ve hesaplanabilmesi açısından farklı metotların geliştirilmesini elzem kılmaktadır¹⁶. Bu sebeple malvarlığına ilişkin zarar kalemlerinin piyasaya para ile arz edilebilen tüm değerleri içermesi¹⁷ telafi edilebilirliğe katkı sağlayacaktır.

B. Aşkın Zarar Kavramı

Para borcu alacaklısı, borçlunun temerrüdü sebebiyle temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olabilir. Zira paranın çok fonksiyonlu niteliği¹⁸, farklı alanlarda değerlendirilebilme imkanını bünyesinde taşır¹⁹. Paranın değer kaybettiği durumda alım satım dengesinde yaşanan sapmalar ekonomik sorunları beraberinde getirir. Kanun koyucu para borçlarında borçlu temerrüdünün neden olduğu zararın öncelikle temerrüt faizi ile telafi edilmesini öngörmüştür. Fakat temerrüt faizi her zaman yeterli giderimi sağlayamamaktadır.

¹⁵ Ancak sigorta poliçesi ile sigortacının zararı teminat kapsamına alması müstesnadır. Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996, s. 5.

¹⁶ Fatma Tülay Karakaş, Özlem Söğütlü Erişgin, Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi** C. 23, S. 3, Haziran 2006, s.177.

¹⁷ Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, s.298.

¹⁸ Kıymet takdiri fonksiyonu, tasarruf fonksiyonu, hesap fonksiyonları örnek gösterilebilir; Rene Gonnard, Çev. , Refii Şükrü Suvla, “Paranın Fonksiyonları”, **İÜHFİM**, C. 4, S. 14, 2011, s. 346-360.

¹⁹ Hakan Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.112.

Aşkın²⁰ (munzam²¹) zarar en temel kanuni ifadeyle temerrüt faizini aşan zarardır. Öğretide aşkın zarar için artık zarar²², ek zarar²³ gibi farklı isimlendirmeler yapılmıştır. Uygulamada aşkın zarar yerine eski kanuni terim olan munzam zararın yaygın ve yerleşik olarak kullanıldığını görmekteyiz²⁴. Biz çalışmamızda yeni kanuni terim olan aşkın zarar ifadesini tercih ediyoruz. Alacaklının zararının temerrüt faizini aşması aşkın zararı doğurur. Tazmini gereken zarar da temerrüt faizini aşan zarar olan aşkın zarar tazminatıdır²⁵. Aşkın zarar, alacaklı vadesinde alacağına kavuşsaydı erişeceği malvarlığı durumu ile, temerrüt sebebiyle geç kavuştuğu alacağının malvarlığına etkisi arasındaki farktır²⁶. Diğer deyişle temerrüt tarihiyle fiili ödeme tarihi arasında oluşan zarar , temerrüt faizi ile karşılanamayan zarardır²⁷.

C. Kanuni Düzenlemesi ve Düzenlenme Amacı

Aşkın zarar hukukumuzda ilk olarak mülga Borçlar Kanunu²⁸ 105. maddede²⁹ munzam zarar kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 106'dan naklen tekrar edilmiştir³⁰. Aşkın zarar, TBK m. 122'de eBK m.106'nın farklı kelimelerle tekrarı olarak arı bir Türkçe ile düzenlenmiştir. Kanun sistematığı yönünden de değişiklik yoktur. TBK m.122, "Borçların İfa

²⁰ Aşkın kelimesi anlam itibarıyla belli bir ölçüyü geçen, benzerlerinden ileride olma, çokluk halini ifade eder. (Çevrimiçi) TDK, <https://sozluk.gov.tr/> , Kubbealtı Lügatı, <http://lugatim.com/s/a%C5%9Fk%C4%B1n>, 03.05.2023.

²¹ (Çevrimiçi) TDK, <https://sozluk.gov.tr/> , İnzimam (birleşmek) kökünden türeyen arapça sıfat olan munzam kelimesi katma, ek anlamını taşır. Kubbealtı Lügatı, <http://lugatim.com/s/munzam>, 03.05.2023.

²² Şerafettin Şirin, **Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz**. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım. 1996, s.1.

²³ Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2000, s.86.

²⁴ Güncel Yargıtay kararlarında halen munzam zarar teriminin aktif olarak kullanıldığına ilişkin bkz: Yargıtay, 11. HD., E. 2022/3549, K. 2023/7291, T. 12.12.2023, (Lexpera, E.T. 23.02.2024); Yargıtay, HGK, E. 2022/909, K. 2023/1086, T. 15.11.2023, (Lexpera, E.T. 23.02.2024).

²⁵ Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)** , s.111.

²⁶ Yıldırım Keser, "Aşkın Zararın İspatı", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11 (2) , 2020, s.485.

²⁷ Keser, **a.g.e.** s.485.

²⁸ R.G. , T. 29.4.1926, S. 359, Kabul Tarihi: 22.4.1926.

²⁹ eBK m.105: "Alacaklının düşer olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir. Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hakim, esasa dair karar verir iken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir."

³⁰ Ayrancı, **Munzam Zarar**, s.119.

Edilmemesinin Sonuçları” başlıklı ikinci ayırmda, “Borçlu Temerrüdü” başlığı altında yer almaktadır. Düzenleniş yerinden de açıkça anlaşıldığı üzere aşkın zarar, kaynağı ne olursa olsun para borçlarında temerrüt faiziyle karşılanmayan her türlü zarar talebi için dayanak teşkil etmektedir. Mühim olan borç ilişkisinin varlığıdır. Bu minvalde borcun kaynağının haksız fiil, sözleşmeye aykırılık, sebepsiz zenginleşme türlerinden birine dayanması halinde her borç kaynağının ilgili hükümleri çerçevesinde aşkın zarar isteminde bulunulabilecektir³¹.

Manevi zarar yönünden ise öğretide aşkın zarar kurumunun işletilemeyeceği görüşü hakimdir³². Hakim görüşün başlıca gerekçesi aşkın zararın malvarlığına dair zararlar yönünden ihdas edildiğidir³³. Oysa madde düzenlemesinde anılan zararın hem maddi hem de manevi zararı kapsadığına duraksama yoktur. Ancak manevi zarar niteliği gereği şahıs varlığına karşı yapılan ihlallerden ötürü doğar. Bizim de katıldığımız görüşe göre şahıs varlığına yönelik yapılan ihlalden doğan manevi zarar ise faizle karşılanan manevi zarar, faizi aşan manevi zarar şeklinde kademelendirilemez³⁴. Anılan sebeplerle manevi zararlar aşkın zarar kapsamında istenemez. Ancak manevi zarar istemli dava neticesinde manevi tazminata hükmedilmiş olabilir. Bu durumda ise artık ilam niteliğini haiz bir para borcu gündeme gelecektir. Borçlu ilama dayalı borcu vaktinde ödemez ise ve temerrüt faizini aşan zarar meydana gelirse bu sefer alacaklı aşkın zarar talebinde bulunabilecektir. Zira artık burada manevi tazminatla³⁵ malvarlığına yapılacak katkının çeşitli ekonomik sebeplerle yapılamaması veya eksik yapılması mevzubahistir.

³¹ Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, s.113.

³² Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N. 4615 ; Ayrancı, **Munzam Zarar**, s.122; Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)** , s.177; Bilgen, **İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku ve Munzam Zarar (İlgili Mevzuat ile Birlikte)**, s.295; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Kitap, 1992, s.191; Aksi görüş; Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, s.65.

³³ Ayrancı, **Munzam Zarar**, s.122; Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)** , s.177; Aksi görüş; Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, s.65.

³⁴ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N. 4615.

³⁵ Manevi zararın giderilmesi parasal bir giderim yöntemi ile sağlandığından manevi zarardan doğan para alacağı maddi alacağa dönüşür. TBK m. 58/2 uyarınca hakim, kınama gibi başka bir giderim yöntemine karar verebilir. Başka bir giderim yöntemi kararlaştırıldığında ilam niteliğini haiz bir para borcu gündeme gelmez.

Kanuni düzenlemenin yapıldığı dönemde ülkemizde enflasyon nispeten düşük seviyelerde olsa da alacaklının temerrüt faiziyle yetinmesinin beklenemeyeceği düşüncesi hüküm sürmüştür³⁶. Yine kanun düzenlemesine dayanak teşkil eden İsviçre’de enflasyondan kaynaklanan zarar ülkemize nazaran daha düşük seviyededir. Ancak kaynak hukuk sistemi gecikmenin sebep olabileceği tüm tazminat talep haklarını kapsayacak düzenlemeleri ele almıştır³⁷. Dolayısıyla alacaklının zararının düşük seviyede olması borçlunun tazminle sorumlu tutulmasının önünde engel teşkil etmez. Öte yandan aşkın zarar düzenlemesi kanunda yer almasaydı para borçlarında temerrüde düşen borçlunun temerrüt faizinden başka bir zarar giderim yöntemiyle sorumlu tutulamayacağı görüşü hâkim olabilirdi³⁸. Şüphesiz bu durum, borçlunun ekonomik yönden menfaati varsa borcunu geciktirme veya ödememe yönünde davranış sergilemesine neden olabilecektir. Bu sonuca mahal vermemek adına ileride daha ayrıntılı inceleneceği üzere³⁹ aşkın zarar talepli davalar yönünden yapılan yargılamalarda alacaklıya yüklenilen ispat külfetinin katı kurallara tabi tutulmaması uygulama açısından önem arz etmektedir. Zira alacaklının katı ispat kurallarına tabi tutulması sebebiyle davasının reddedilmesi düzenlemeden beklenen faydayı sağlamayacaktır. Bu yüzden yargılamalarda paranın değerine ilişkin nitelikler dikkate alınarak efektif bir irdeleme yapılması kanuni düzenlemenin aktif olarak uygulanabilmesini sağlarken, borçluyu borcunu zamanında ödemeye sevk edecektir. Aşkın zarar, kanuni lafzı itibariyle düzenleyici bir hüküm olup taraflar TBK m.115-116 sınırları içerisinde sorumsuzluk anlaşması yaparak bu zarardan sorumlu olunmayacağını kararlaştırabilir⁴⁰.

³⁶ Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, s.86.

³⁷ Ali Haydar Yağcıoğlu, **Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile Karşılaştırmalı olarak Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)” Hükümlerine İlişkin Açıklamalar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.379- 393.

³⁸ Balis, **a.g.e.** , s.166.

³⁹ Bkz. 3. Bölüm, Aşkın Zararın İspatı.

⁴⁰ Eren, **Borçlar Genel**, N. 3468.

II. Aşkın Zararın Hukuki Niteliği

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴¹ m. 122 kenar başlığında düzenlenen bu tazmin biçimi gecikme tazminatının para borçlarındaki karşılığıdır⁴². Aşkın zarar, mevcut zarara ilaveten tanzim edilmiş veya mevcut zararla bağlı bir zarar çeşidi değildir. Eş deyişle aşkın zarar, fer'i bir alacak veya dolaylı bir zarar kalemi değildir⁴³. Alacaklının zararı, zamanında alacağına kavuşamaması sebebiyle doğmaktadır. Dolayısıyla tek bir zarar vardır⁴⁴. Zararın birliği ilkesi uyarınca aynı fiilin neden olduğu tüm zararlar bir bütün olarak ele alınır⁴⁵. Alacağına vadesinde kavuşamayan alacaklının zararı temerrüt faiziyle giderilir. Ancak ödenen temerrüt faizi, zararı her zaman tam olarak karşılayamadığından talep halinde temerrüt faizini aşan zarar da tazmin edilir. Dolayısıyla temerrüt faizini aşan kısım için talep gerekli olduğundan tek bir zarar çeşidi iki ayrı kaleme ayrılmıştır⁴⁶. Karine olarak kusurlu sayılan borçludan aşkın zarar talep edilebilir. Başka bir deyişle borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe bu zararı telafi etmek zorundadır. Şu halde temerrütten doğan zararın ilk kademesi temerrüt faiziyle karşılanacak, ikinci kademesi ise şartların gerçekleşmesi halinde aşkın zarar tazminatı ile karşılanacaktır.

Öğretide bazı yazarlar⁴⁷ aşkın zararı olumlu zararın bir türü olarak nitelendirmiştir. Yargıtay ise bazı kararlarında aşkın zararı olumsuz zarar olarak nitelendirmiştir⁴⁸. Öğretide bir başka görüş ise aşkın zararı olumlu veya olumsuz zarar

⁴¹ R.G. , T. 4.2.2011, S. 27836, Kabul Tarihi: 11.1.2011.

⁴² Hasan Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)** , Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.116.

⁴³ Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)**, s.117; Bilal Kartal, “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)” , **Yargıtay Dergisi**, 23 (4), 1997, s.508.

⁴⁴ Kartal, “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)” , s.508.

⁴⁵ Oğuzman/ Öz , C.2, N.220; Eren **Borçlar Genel**, N.2586; İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları**, C.1, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 3259, Hukuk Fakültesi Yayınları No.688, İstanbul 1984, s.102 vd; Ömer Faruk Karacabey, Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK. m.60), **Yargıtay Dergisi**, Y. 1978, C.4, S.4, s.498.

⁴⁶ Kartal, “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)” , s.508.

⁴⁷ Ayrancı, Munzam zarar, s. 116; Tekinay,Akman,Burcuoğlu,Altıtop, s. 941; Mahmut Bilgen, **İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku ve Munzam Zarar (İlgili Mevzuat ile Birlikte)**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2001, s.294. Georges Balis,” Para Borçlarının Ödenmesindeki Gecikmeden Doğan Zarar ve Zıyan” Çev. Akar Öçal, **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, 1 (1965), s.168.

⁴⁸ Yargıtay, HGK, E. 2001/15-1147, K. 2002/364, T. 08.05.2002, www.legalbank.net , E.T. 08.05.2023.

türlerinden birinin içinde değerlendirmeyi uygun görmemektedir⁴⁹. Çünkü zarar kelimesi niteliği itibariyle maddi, manevi, olumlu, olumsuz gibi tüm zarar türlerini kapsayıcı niteliktedir⁵⁰. Gerçekten de somut olayın niteliğine göre aşkın zarar bazen olumlu zarar kapsamında karşımıza çıkarken, bazen de yoksun kalınan kârın talep edilmesiyle gündeme gelebilir. Bu münasebetle aşkın zarar kalemini borca aykırılık sebebiyle temerrüt faizini aşan zarara uğrayan alacaklının zararının telafi edilmesini amaçlayan özel bir tazminat biçimi⁵¹ olarak kabul etmek kanaatimizce daha doğrudur.

Bu başlık altında aşkın zarar alacak kaleminin likit alacak kapsamına girip girmediğini irdelemekte fayda görüyoruz. Aşkın zarar alacağının likit olup olmadığının belirlenmesi ile cebri icra kapsamında işletilecek prosedür de farklılaşacaktır.

İcra İflas Kanunu⁵² kapsamında alacaklının alacağını tahsil etmesi için iki temel mekanizma öngörülmüştür. Bunlardan ilki ilamsız icra müessesesi olup para veya teminat alacağı herhangi bir yargı kararına konu edilmeksizin doğrudan ilamsız icra takip talebiyle cebri icra kurumuna başvurularak işletilen mekanizmadır. Diğer de ilamlı icradır ki burada alacağın dayanağının mahkeme ilamı olması sebebiyle borçluya tanınmış itiraz hakkı kural olarak yoktur.

Alacaklının ilamsız icra takip talebiyle icra dairesine başvurması akabinde icra dairesi tarafından hazırlanan ödeme emri borçluya tebliğ edilerek borçlunun takipten haberdar olması sağlanmaktadır (İİK m. 60-61). Borçlu, ödeme emrini tebliğ almasının ardından yedi gün içinde icra dairesine vereceği bir dilekçe ile borca itiraz etme hakkını kullanarak takibi durdurabilir (İİK m. 62). Alacaklının borçlunun itirazını hükümden düşürmek için itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası yollarından birini seçmesi gerekir⁵³. İtirazın kaldırılması yoluna gidebilmek için alacaklının elinde

⁴⁹ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, N.4619; Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.820; Hayri Domanıç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1993, s.65;

⁵⁰ Domanıç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, s.65.

⁵¹ Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)**, s.117.

⁵² RG, T. 19.06.1932, S. 2128, Kabul Tarihi, 09.06.1932.

⁵³ Murat Atalı, İbrahim Ermenek Ersin Erdoğan, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, 6. Basım, 2022, s.130 vd.; Orhan Eroğlu, **Şematik İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.44.;

İİK m. 68 hükmünde sayılan belgelerin bulunması gerekir. Eğer anılan maddede sayılan belgelerden birisi alacaklının elinde bulunmuyorsa işbu sefer alacaklı itirazın iptali yolundan devam eder⁵⁴.

İlamsız icra takibine itiraz eden borçlunun itirazını hükümden düşürmek için mahkemeye veya icra tetkik hakimliğine süresinde başvuran alacaklı, bu başvuru neticesinde borçlunun itirazının haksızlığına yönelik karar alması halinde alacaklının talebi⁵⁵ üzerine alacaklı lehine % 20'den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına⁵⁶ hükmedilir⁵⁷. İcra inkar tazminatı ile alacağın gecikmesine neden olan haksız itirazların önünün alınması amaçlanmaktadır⁵⁸. Zira alacaklı, borçlunun takibe itirazı üzerine dava açmak mecburiyetinde kalmıştır. Dolayısıyla dava açılmasına imkan vermeden borcunu ödeyen borçlu icra inkar tazminatı ile sorumlu tutulamaz⁵⁹. İcra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklının zarara uğraması şart değildir, aksine salt haksız itiraz⁶⁰ bu tazminatın hükmedilmesine kafidir.

Borçlunun itirazının haksız sayılmasına sebep olan en önemli kriter likit alacak kavramıdır. Likit alacak⁶¹, alacak miktarı belirli yahut belirlenebilir olan ve bu belirleme için mahkeme kararına veya tarafların anlaşmasına ihtiyaç bulunmayan

Aynur Arslan Polat, **Uygulamada Sık Karşılaşılan İcra ve İflas Hukuku Davaları Uygulama Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.63, 201. ; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok, Ömer Faruk Saçar, **İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, Ankara, 2023, s.110.

⁵⁴ Atalı, **a.g.e.**, s.130 vd.

⁵⁵ İcra inkar tazminatına ancak taleple bağlı olarak hükmedilebilir. Bu tazminat münferit bir dava konusu oluşturmaz. Baki Kuru, “İcra İnkâr Tazminatı”, **Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı**, Ankara 1968, s. 730.

⁵⁶ Bu tazminat türü iki yönlüdür. Şayet alacaklı haksız takip yapmışsa bu sefer borçlu alacaklıdan kötüniyet tazminatı almaya hak kazanır.

⁵⁷ Baki Kuru, “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı”, **Adalet Dergisi**, 1961, S. 7-8, s. 684.

⁵⁸ Kuru, “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı” , s.684.

⁵⁹ Kuru, “İcra İnkâr Tazminatı”, s.730.

⁶⁰ Bazen alacaklı borçlunun sorumlu olduğu tutardan daha fazla oranda tutar için icra takibi başlatmış olabilir. Yargılama süreci içerisinde alınan bilirkişi raporu ile tespit edilen miktar alacaklının talep ettiği miktardan daha düşük ise borçlu bu sefer tespit edilen miktarın %20 si kadar icra inkar tazminatından sorumlu olur.

⁶¹ Yargıtay HGK, E. 2010/19-376, K. 2010/397, T. 14.07.2010: “Likit bir alaktan söz edilebilmesi için, ... borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir.” (E.T. 28.08.2023, Yargıtay Karar Arama); Yargıtay 9 HD, E. 2009/3685, K. 2011/4410, T. 21.02.2011: “Somut olayda itirazın iptaline karar verilen miktar davalının belgelerine göre hesaplanan ve bu nedenle davalının hesaplayabileceği bir miktar olduğu için likit olarak kabul edilip, icra inkar tazminatına karar verilmesi isabetlidir.” (E.T. 28.08.2023, Yargıtay Karar Arama)

alacak türüdür⁶². Eş deyişle iyiniyet - kötünıyet değerdendirmesi yapılmaksızın⁶³, objektif kriterlere göre borçlu olduğu miktarı tespit edebilen borçlunun yaptığı itiraz haksızdır⁶⁴.

Aşkın zarar, borçlu vadesinde borcunu ödemediği için ortaya çıkan bağımsız bir alacaktır. Alacaklı dilerse asıl davada dilerse bağımsız bir davada aşkın zarar alacağını talep edebilir. Ancak aşkın zarar miktarının ne derecede olduğu hususu yargılamaya muhtaçtır. İlamsız takibe konu edilen aşkın zarar istemini borçlu tek başına belirleyebilecek konumda değildir. Dolayısıyla aşkın zarar likit bir alacak türü değildir. Şu halde ilamsız icra kanalıyla istenen aşkın zarar kalemi için icra inkar tazminatına hükmedilemez⁶⁵. Yabancı para alacakları yönünden aşkın zarar istemi varsa ve fiili ödeme tarihi yerine takip tarihindeki kur seçilmiş ise bundan doğan zarara alacaklı katlanmalıdır⁶⁶. Çünkü alacaklının seçimlik hakkını yanlış kullanmasının bedelini borçlu ödememelidir.

III. Aşkın Zararın Benzer Kavramlardan Farkı

A. Aşkın Zarar ve Cezai Şart Farkı

1. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinden tarafların umduğu en büyük menfaat edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesidir. Cezai şart⁶⁷ kurumu, edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi ihtiyacının taraflar arasında bir zorlayıcı

⁶² Cenk Akil, “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, **İnönü Üniversitesi H.F.D.**, C.3, S.1, 2012, s.322.

⁶³ İstisnası İİK m. 67/3’tür. “İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükümlerinin kötü niyetin sübutuna bağılıdır.”

⁶⁴ Akil, **a.g.m.**, s.322.

⁶⁵ Efrail Aydemir, “**Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu**”, Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2013, s.87.

⁶⁶ Yargıtay 19. HD, E. 1994/4556, K. 1994/10887, T. 11.11.1994: "Davacı tarafından açılan ilk davada, alacağın yabancı para olarak tahsiline hükmedilmiş olup; bu durumda davacının, B.K.'nu hükmünce yabancı para alacağının, fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden isteme olanağı varken, takip tarihindeki kur üzerinden istemesi nedeniyle, davacının bu kez, kur farkından dolayı munzam zarar talep etmesi mümkün bulunmadığı gözetilerek davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü isabetsizdir."; Aydemir, **a.g.e.**, s.88.

⁶⁷ eBK m. 158 vd. maddelerinde cezai şart terimi kullanılırken; TBK m. 179 vd. hükümlerinde ceza koşulu terimi kullanılmıştır. Uygulamada aktif olarak cezai şart terimi kullanıldığından biz de böyle demeyi tercih ediyoruz.

güç olması ve sözleşmenin tam uygulanmasını temin etmek amacıyla ihdas edilmiştir⁶⁸. Cezai şart, TBK m. 179 vd. maddelerinde düzenlenmiş, sözleşme edimine ek olarak öngörülen ve sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde devreye girecek geciktirici koşula⁶⁹ bağlı, ekonomik değeri⁷⁰ olan borç niteliğindedir⁷¹. Eş deyişle cezai şarttan kasıt iki eşit özel hukuk kişisi açısından sözleşmenin menfaate uygun olarak yürürlüğe girmesi ve işin tamamlanması adına başvurdukları ve birlikte belirledikleri yaptırım metodudur, yoksa ceza hukuku anlamında bir işlevi yoktur. Diğer yandan cezai şart kurumu borçluya edimini ifa etmek yerine cezai şartı ödeyerek borçtan kurtulma yetkisi vermeyip, aksine taraflar arasında seçimlik cezai şart belirlenmişse; alacaklıya aynen ifa yahut cezai şart ödemesini talep etme seçimlik hakkını vermektedir⁷².

Cezai şart, asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir borçtur⁷³. Bu meyanda TBK m. 182 uyarınca asıl alacak yoksa cezai şart da olmaz. Asıl alacak herhangi bir şekilde

⁶⁸ Her ne kadar TBK kapsamında sözleşmeye aykırılık halinde başka zarar tazmin metodu öngörülmüşse de (örn. TBK m. 112) bu tazmin metodunun uygulanabilmesi ve ispatı yargılamaya muhtaçtır. Oysa cezai şartın sözleşmede yer alması doğrudan sözleşmeye aykırılığı engelleyici bir güvenlik işlevi görmektedir.

Cezai şartın kanunla yasaklandığı haller de vardır. TBK m. 346 uyarınca kiracı aleyhine düzenleme yasağı kapsamında kira ödemesinin geç yapılması halinde kiralayan cezai şart isteyemez. TBK m. 589/4 uyarınca kefilin ceza koşulundan sorumlu tutulması kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. TMK m. 119/2 uyarınca nişanlılar evlenmeden kaçınma hali için cezai şart öngöremez. TKHK m. 5 uyarınca tüketici aleyhine sözleşmede haksız şart ihdas edilemez. TBK m. 420 uyarınca iş sözleşmesine tek taraflı olarak salt işçi aleyhine cezai şart hükmü konulması yasaklanmıştır. Ancak aynı madde uyarınca işveren aleyhine tek taraflı olarak cezai şart hükmü konulmasında bir engel yoktur. Yine rekabet yasağına aykırılık halinde işveren tek taraflı olarak cezai şart hükmü koyabilir. Zira rekabet yasağına aykırı davranma ihtimali olan tek kişi işçidir, işveren aykırı davranamaz. Bkz.: Oğuzman/Öz C.2., N.1561; İrem Yayvak Namlı, **İş Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 1. Basım, 2019, s.10; Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Güncellenmiş 5. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2023, s.403.

⁶⁹ Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi Türk Ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İÜHFM**, C. 61, S.1-2, s. 362.

⁷⁰ Ekonomik değer genelde para borcu olarak kararlaştırılrsa da cezai şartın ifası paradan başka bir şey de olabilir. Önemli olan cezai şartın ekonomik bir karşılığının bulunmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Talat Canbolat, Ebru Erener, "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart", **İş ve Hayat Dergisi**, 2017, C.3, S. 5, s.231.

⁷¹ Oğuzman/Öz C.2., N.1563.

⁷² Yargıtay İBHGKK., E. 2017/10, K. 2019/1, T. 08.03.2019, RG, T. 18.07.2019, S. 30835; Kanun koyucu açık bir şekilde dönme cezasını düzenlemiştir. TBK m. 179/3 düzenlemesine göre taraflar, sözleşmede belirlenen bedeli ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşmeden dönebilir.

⁷³ Yargıtay 19. H.D., E. 2017/3732, K. 2019/4342, T. 12/09/2019. "...Cezai şartın amacı, borçluyu borca uygun davranmaya sevkettirir. Cezai şart, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder. Bu bakımdan cezai şart, kuvvetlendirilecek asıl borcun mevcut olmasını gerektirir. Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibarıyla cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur.", (Yargıtay Karar Arama, E.T. 28.08.2023.)

geçersizse cezai şart da geçersiz olur, ancak salt cezai şartın geçersiz olması asıl alacağın geçerliliğine hâlel getirmez. Asıl alacak muaccel olup borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse artık cezai şart bağımsızlık hüviyetine bürünerek istenebilir hale gelir⁷⁴. Şu halde cezai şartın istenebilmesi için alacaklının zarara uğramasına veya zararı ispat etmesine gerek yoktur⁷⁵. Dolayısıyla tarafların kararlaştırdığı cezai şart alacaklının uğradığı zarardan fazla olabilir. Ancak TBK m. 180/2 uyarınca alacaklının zararı kararlaştırılan cezai şartı aşmış olabilir. Bu durumda alacaklının cezai şart miktarını aşan zararını talep edebilmesi borçlunun kusurunu ispat etmesine bağlıdır. Oysa TBK m. 122 uyarınca aşkın zarar isteminde cezai şartı aşan zarar isteminin aksine, borçlu kusursuzluğunu ispat etmekle mükellef olup alacaklıya ispat külfeti yüklenmemiştir. Öte yandan cezai şart ödemekle yükümlenmiş borçlu, kusursuzluğunu ispat ederek cezai şart ödemekten kurtulabilir. Hem TBK m. 122 hem de TBK m. 180/2 düzenlemesi emredici olarak düzenlenmediğinden TBK m. 115 bağlamında sorumsuzluk anlaşması akdedilebilir.

2. Cezai Şartın Türleri

Cezai şart, seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifayı engelleyen cezai şart (dönme cezası) olarak üçe ayrılır. TBK m. 179/1 uyarınca borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklı dilerse borcun ifasını dilerse cezai şartın ifasını isteyebilecektir. İşte bu, seçimlik cezai şarttır. Şüphesiz bu sonuç cezai şartın emredici olarak düzenlenmemesi sebebiyle meydana gelmektedir. Seçimlik cezai şart niteliği gereği yenilik doğurucu bir hak olduğundan kullanıldıktan sonra dönülemez⁷⁶. Alacaklı seçim hakkını cezai şarttan yana kullandığında ayrıca temerrüt faizi isteminde bulunamaz. Zira temerrüt faizi asıl alacağa bağlı bir hak olduğu için borçlu da seçimini borcun ifasından yana kullanmadığı için temerrüt faizi istemi gündeme gelemez⁷⁷. Alacaklı seçim hakkını cezai şart yerine borcun ifasından yana kullanırsa ancak borçlu da ifayı kusuruyla imkansız hale getirirse alacaklı mevcut koşula göre olumlu veya

⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, N.3676.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, **C. 2**, N. 1621.

⁷⁶ Oğuzman / Öz, **C. 2**, N. 1595; Eren, **a.g.e.**, N.3690.

⁷⁷ Yıldız, **a.g.e.** s.127.

olumsuz zararın tazminini isteyebilir⁷⁸. Bazen alacaklının somut olayın koşullarına göre ispat külfeti avantajından yararlanarak borcun ifasını istemesi daha lehine olabilir. Örneğin para borcunun ifasında gecikilmesi halinde alacaklı temerrüt faizi talep edebilecek, akabinde temerrüt faizini aşan zararı için borçlunun kusurunu ispat mecburiyetinde olmayacaktır. Oysa TBK m. 180/2 uyarınca alacaklı cezai şartı aşan zararı için borçlunun kusurunu ispat etmekle mükelleftir.

İfaya eklenen cezai şart ise TBK m. 179/2 ile düzenlenmiştir. Buna göre borçlu borcunu sözleşmede kararlaştırılan yerde veya zamanda ifa etmezse bu cezai şart ödemesi gündeme gelir. Yani borca aykırılığın türü ifa yeri ve zamanına aykırılıkla sınırlı olması halinde ifaya eklenen cezai şart söz konusu olur. Eş deyişle borçlu bu sefer seçimlik cezai şarttan farklı olarak hem asıl borcun ifasını hem de cezai şartın ifasını talep edebilir. Yalnız alacaklı bu aykırı davranıştan doğan haklarından feragat etmemiş olmalı ve ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmamalıdır. Zira ifanın çekincesiz kabulü cezai şarttan feragati doğurur⁷⁹. Esasen cezai şart hükümleri kanunda emredici olarak düzenlenmediğinden tarafların TBK m. 179/2 düzenlemesinin dışındaki haller için de asıl borcun yanında cezai şartın ödenmesini kararlaştırmalarına bir engel yoktur⁸⁰. İfayla birlikte cezai şartın da istenebildiği hallerde cezai şartı aşan bir aşkın zarar mevcutsa alacaklı TBK m.180/2 kapsamında aşkın zarar isteminde bulunabilir. Burada aşkın zararın hesaplanabilmesi için temerrüt faizi miktarı ve cezai şart miktarından hangisi yüksekse o tutar aşkın zarar miktarından indirilir⁸¹. Örneğin işlemiş temerrüt faizi 10.000 TL , ceza koşulu ise 20.000 TL ise toplam gecikme zararı da 30.000 TL ise aşkın zarar olarak talep edilebilecek tutar 30.000 TL – 20.000 TL = 10.000 TL ‘dir. Çünkü temerrüt faizi veya ceza koşulundan birinin tahsil edilmesi diğerini de aynı oranda sona erdirir⁸². Bize göre bu çözüm TBK

⁷⁸ Eren, **a.g.e.**, N.3691.

⁷⁹ Eren, **a.g.e.**, N.3689.

⁸⁰ Oğuzman/Öz **C.2.** , N.1599.

⁸¹ Yıldız, **a.g.e.** s.169.

⁸² Yıldız, **a.g.e.** s.169. Aksi yönde görüş için bkz: Ethem Saba Özmen, Türkan Aktaş, “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi” **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 17(1), 2018, 39-54. Bu görüşe göre hem cezai şartın hem temerrüt faizinin istendiği durumunda cezai şart ödemesi TBK m.120/2 üst sınırı olan %18 temerrüt faizi oranını geçemez.

m.131/2⁸³ düzenlemesiyle uyumludur. Çünkü temerrüt faizini aşan zarar alacaklının uğradığı zararın son noktasıdır. Sözleşmeyle hem temerrüt faizi hem cezai şart talep edildiğinde uğranılan zarar tek olduğundan yüksek olan miktar indirilerek çifte tazmin engellenmiş olur. Esasen ülkemizde temerrüt faizi oranının düşük olması ve serbestçe belirlenen cezai şartın uygulamada alacaklıyı koruyucu nitelikte olması sebebiyle cezai şart aşkın zarara nazaran daha etkili uygulama alanına sahiptir.

İfayı engelleyen cezai şart, diğer bir deyişle dönme cezası TBK m. 179/3 ile düzenlenmiştir. Esasen dönme cezası bir cezai şart türü olmayıp cezai şart başlığı altında⁸⁴ kanunda düzenleme bulmuştur⁸⁵. Bilindiği üzere cezai şart borçlu üzerinde bir baskı oluştururken, dönme cezası kararlaştırılan bedelin ödenerek borçluya borçtan kurtulma imkanı vermektedir. Dönme cezası ve cezai şart arasında bulunan yakın ilişki itibarıyla aynı madde içerisinde düzenlendiğinin kabulü yerinde olacaktır⁸⁶.

3. Cezai Şartın İndirilmesi

TBK m. 182/3 ile hakime aşırı olarak belirlenen cezai şart miktarını indirme yetkisi verilmiştir. Alacaklı ve borçlu arasında gözetilmesi gerekli menfaat dengesinin önemli ölçüde bozulması halinde hakim cezai şart miktarına müdahale edebilir. Şüphesiz cezai şartın aşırı olduğunun kararı borçlunun kişiliğine halel getirip

⁸³ TBK m. 131/2 : “İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.”

⁸⁴ Kanun koyucu, cezai şart ve dönme cezasını aynı madde altında düzenleyerek ortak sınıflandırma altında kategorize edileceğini düşünmüştür. Oysa TBK m. 179/3 düzenlemesini adi bir karine olarak nitelendirmek daha doğrudur. Yani sözleşmede belirlenen ceza, açıkça dönme cezası olarak belirtilmemişse cezai şart olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bkz. Kadir Berk Kapancı, “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.2, s.250.

⁸⁵ Buna göre sözleşmede dönme cezası kararlaştırılmışsa borçlu bu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkisine sahip olur. Sözleşmeyle dönme cezasının kararlaştırılmış olduğunu ispat yükü borçlu üzerindedir. Borçlu sözleşmeyle kendisine verilen bu yetkiyi kullandığında alacaklı artık borcun ifasını talep edemez. Dikkat edilirse diğer cezai şart türlerinde terazi alacaklı lehine eğilirken dönme cezasında borçlu lehine eğilmektedir. Yine dönme cezası kararlaştırılan hallerde borçlu salt bu cezayı ödeyerek borcundan kurtulduğundan diğer cezai şart türlerinin aksine alacaklı aşkın zarar talebinde bulunamayacaktır. Buna göre sözleşmede dönme cezası kararlaştırılmışsa borçlu bu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkisine sahip olur. Sözleşmeyle dönme cezasının kararlaştırılmış olduğunu ispat yükü borçlu üzerindedir. Borçlu sözleşmeyle kendisine verilen bu yetkiyi kullandığında alacaklı artık borcun ifasını talep edemez.

⁸⁶ Akkayan Yıldırım, s. 375.

getirmediği, ekonomik faaliyetlerini zora sokacak durumda olup olmadığı yönünde yapılacak değerlendirmeye belirlenir (TBK m. 27). TTK m. 22 düzenlemesiyle tacir olan borçlunun cezai şartın indirilmesini hakimden isteyemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak öğretide tacirin ticari olarak iflasına sebebiyet verecek cezai şartın indirilmesinin hatta kaldırılmasının dahi mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Eğer taraflar böylesine ağır cezai şart belirlemesi yapmışsa kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olarak belirlenen bu cezai şartın mahkemece kesin hükümsüz olduğu tespit edilir⁸⁸. Yine tacirin borcun ticari nitelikte olmadığını ispat etmesi halinde indirimden yararlanması mümkündür. Hakimin cezai şartın indirilmesi yetkisini kullanabilmesi için cezai şartın bağlı olduğu asıl alacağın muaccel olması ve cezai şartın istenebilir durumda olması şartına bağlıdır. Eş deyişle henüz ihlal edilmemiş bir sözleşmeden dolayı borçlu cezai şart indirim talebinde bulunamaz⁸⁹. Öte yandan borçlu ödemiş olduğu cezai şartın fahiş olduğu iddiasıyla sonradan indirilerek tarafına iadesini de talep edemez⁹⁰. Çünkü bu durum işlem güvenliğini zedeleyerek alacaklıyı zamanaşımı süresi boyunca tehdit altında tutacaktır.

B. Aşkın Zarar ve Götürü Tazminat Farkı

Götürü tazminat, Anglo-Sakson hukuku temelli, cezai şarta⁹¹ oldukça benzeyen ancak birtakım farklılıklar barındıran bir zarar giderim kurumudur⁹². Götürü tazminat kurumunun Türk Hukuku'nda kanuni bir düzenlemesi bulunmayıp öğretinin bilimsel çalışmaları etrafında şekillenmektedir. Hukukumuzda sözleşme serbestisinin esas olması ve cezai şart düzenlemelerinin emredici olmaması sebebiyle sözleşme ile

⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, N.3711; Nomer, **a.g.e.**, N. 238. 2.

⁸⁸ Yayvak Namlı, **a.g.e.**, s. 161.

⁸⁹ Oğuzman/Öz **C.2.** , N.1590.

⁹⁰ Oğuzman/Öz **C.2.** , N.1630. Aksi yönde; Tekinay **a.g.e.**, s.356; Hatemi, Gökyayla, s.385. Cezai şart yükümlüsünün güçsüz olduğu hallerde çekince ileri sürerek cezai şartı ödemesi halinde indirilebileceği savunulmaktadır.

⁹¹ Cezai şart bir teminat işlevi görürken götürü tazminat önden yapılmış kâr-zarar hesabının sözleşmeye yansımış hali olup ispat kolaylaştırıcı bir işlevi vardır. Ceza koşulu için zarar oluşması şart değildir ancak götürü tazminat için kural olarak zararın oluşması şartı vardır. Cezai şart istemi için hakkın saklı tutulması önem arz ederken götürü tazminat için böyle bir zorunluluk yoktur. Götürü tazminat yönünden ispat yükü borçlu üzerindedir. Cezai şart yönünden ise alacaklı daha fazla zarara uğradığını ispat etmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Burcu Yağcıoğlu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022, 2. Basım, s.92-100.

⁹² Şafak Parlak Börü, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", **TBBD**, S.129, 2017, s. 196.

götürü tazminat anlaşması yapılmasına bir engel yoktur. Ancak uygulamanın Türk Hukuku'na yabancılığını sürdürmesi Yargıtay kararlarının da bu kurum nezdinde tanım birliğine varamamasına yol açmaktadır⁹³.

Götürü tazminat anlaşması⁹⁴, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması⁹⁵ ihtimalinde meydana gelebilecek zararın önceden⁹⁶ belirlendiği, asıl sözleşme ile bağlılık gösteren kendine özgü (sui generis) nitelikte bir yan anlaşmadır⁹⁷. Bu yan anlaşma sözleşme içerisinde bir hüküm olarak düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de belirlenebilir⁹⁸. Götürü tazminatın belirlenmesiyle alacaklı zararın miktarını ispat külfetinden kurtulur⁹⁹. Tarafların götürü tazminat anlaşması yapması ile sözleşmeye aykırılıkla meydana gelecek muhtemel zarar¹⁰⁰ için öngörülen tazminata bir üst sınır çizilmektedir. Yani tazminat işlevi itibariyle zenginleştirme amacını

⁹³ Yargıtay HGK, E. 2022/598, K. 2023/237, T. 22.03.2023 “Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin son bendinde “Ben ... ise bu sözleşmeye göre kız kardeşlerime vermeye söz verdiğim 6 adet daireyi vermediğim takdirde bu dairelerin yaklaşık bedelleri olan 900.000,00TL’yi iş bu sözleşmenin imzalandığı tarihten geçerli faizi ile birlikte kardeşlerim ..., ... ve ... ödemeyi kabul ve taahhüt ederim” hükmü düzenlenmiştir. Davaya konu edilen bedel, bu maddede belirtilen bedeldir. Her ne kadar mahkemece, anılan bedelin cezai şart olduğu ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle cezai şartın da geçersiz olduğu belirtilmiş ise de, sözleşmenin tamamı dikkate alındığında anılan bedel cezai şart olarak kabul edilemez. Davalı sözleşmenin üst kısmında belirttiği daireleri devretmediği takdirde bu dairelerin yaklaşık bedellerini (900.000,00 TL) ödemeyi yükümlenmiştir. Davalı, davacı olan kız kardeşlerine ya taşınmazları devretmeyi ya da bedellerini ödemeyi taahhüt ettiğinden, davaya konu edilen bedelin cezai şart olduğundan ve geçersizliğinden bahsedilemez. Davalı ayrı ve açıkça taahhüt etmiş olduğu anılan bedelden sorumludur.” (E.T. 27.08.2023 Yargıtay Karar Arama) Somut olayda borçlunun açıkça sözleşmeye aykırı davrandığı takdirde taşınmaz bedelini kardeşlerine ödeyeceğini sözleşme altına alması götürü tazminat anlaşmasına açık örnektir. Ancak Yargıtay’ın sadece cezai şart yönünden inceleme yaparak taahhüt edilen bedeli başkaca nitelendirmeye sokmaması götürü tazminat kurumunun uygulamaya halen yabancılığından ileri gelmektedir.

⁹⁴ Şekle bağlı olmayan ve tek tarafa borç yükleyen nitelikte bir anlaşmadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kadir Berk Kapancı, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.655.

⁹⁵ Sözleşmeye aykırılık durumunda TBK m. 112 uyarınca borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe alacaklıya verdiği her türlü zarardan sorumludur. TBK m. 114 uyarınca borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumlu sayılmıştır. TBK m. 114/2 yollamasıyla sözleşmeye aykırılık halinde TBK m. 50 vd. (haksız fiil) hükümleri kıyasen uygulanır. Yine TBK m. 115 düzenlemesi çerçevesinde sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği öngörülmüştür. Anılan düzenlemeler emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşme serbestisi sayesinde borca aykırılık henüz gerçekleşmeden borca aykırılığın gerçekleşmesini nazara alarak zararı öngören götürü tazminat bedeli öngörebilir.

⁹⁶ Sözleşmeye aykırılık meydana geldikten sonra tarafların tazminat belirlemesi durumunda karşımıza sulh veya ibra anlaşmaları çıkar. Kapancı, **a.g.e.**, s. 656, dn.2.

⁹⁷ Köksal Kocağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2. Basım, 2018, s.176.

⁹⁸ Börü, **a.g.e.**, s.197.

⁹⁹ Kapancı, **a.g.e.**, s. 665-666; Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 222; Kocağa, **a.g.e.**, s.179; Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.101.

¹⁰⁰ Muhtemel zarar tahmini olarak belirlendiğinden makul miktarda fazlalığa borçlunun katlanması gerekir. Uzun, **a.g.e.**, s.105.

taşımadığından en fazla zarar kadar belirlenebilir¹⁰¹. Dolayısıyla borçlu, alacaklının önceden belirlenmiş götürü tazminat bedelinden daha az zarara uğradığını ispat ederek fazla tazminat bedeli ödemekten kurtulabilir. Ek olarak salt götürü tazminatın belirlenmesi borçluyu tazminat yükümlüsü yapmaz. Şayet sözleşmeye aykırılık alacaklının zararına sebebiyet vermediyse götürü tazminat bedeli de talep edilemez¹⁰².

Götürü tazminat bedeli kararlaştırılırken, tazminatın miktarı, ödeme biçiminin sermaye şeklinde mi irat şeklinde mi olduğu; ödeme türünün aynen mi nakden mi olduğu açıkça belirlenmelidir¹⁰³. Aksi halde salt borçlu sözleşmeye aykırı davranırsa götürü tazminat bedeli ödeyecektir gibi genel ve açık olmayan kural konulması anlaşma olarak kabul edilemez¹⁰⁴. Aşkın zarar temerrüt faizini aşan bir zararın olması durumunda gündeme geldiğinden önden bir anlaşmaya gerek yoktur. Zira zararı aşan miktarın da önden tahmin edilmesine olanak yoktur. Ayrıca tazminatın miktarı, ödeme türü ve biçimi de ancak yargılama ile hakim belirleyebilir.

Taraflar götürü tazminat sözleşmesinde hoşgörü sınırı¹⁰⁵ belirleyerek tahmini zarar bedeli öngörebilir. Örneğin götürü tazminatın gerçek zararın %10 aşagısında belirlenebileceği ya da %10 üzerinde belirlenebileceği kararlaştırılabilir. Aşkın zarar önden tahmin edilemediğinden böyle bir hoşgörü sınırı önden belirlenemez. Götürü tazminat hukukumuzda sözleşme serbestisinden yararlanılarak belirlendiğinden sözleşmeye aykırılığa kıyasen uygulanan haksız fiil hükümleri uyarınca hakime tazminatı kaldırma yetkisi veren hüküm devre dışı kalır (TBK m.52) ¹⁰⁶. Şüphesiz bu durum alacaklıya ciddi bir avantaj sağlar. Aşkın zarar yönünden yine hakimin indirim veya tazminatı kaldırma yetkisi yoktur.

¹⁰¹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1408.

¹⁰² Uzun, **a.g.e.**, s.101.

¹⁰³ Kapancı, **a.g.e.**, s. 661.

¹⁰⁴ Uzun, **a.g.e.**, s.72.

¹⁰⁵ Uzun, **a.g.e.**, s.79-80.

¹⁰⁶ Uzun, **a.g.e.**, s.315.

C. Aşkın Zarar ve Yoksun Kalınan Kâr Farkı

Yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kalemi tipik bir aşkın zarar kalemidir. Temerrüt sebebiyle vaktinde tahsil edilemeyen alacağın kâr ettirici yatırım araçları marifetiyle değerlendirilememesi tipik bir kâr mahrumiyetidir¹⁰⁷. Şüphesiz hayal edilen şekilde değerlendirilemeyen paradan doğan zararın temerrüt faiziyle karşılanan tutardan oldukça yüksek olması imkan dahilindedir. Kaldı ki paranın bir yere harcanması da yatırım metodudur. Arzu edilen şekilde kullanılamama durumu çok kez karşımıza yoksun kalınan kâr çerçevesinde çıkacaktır¹⁰⁸. Burada dikkat edilmesi

¹⁰⁷ Ahmet Kılıçoğlu, “Yargıtay Kararlar Açısından “Munzam Zarar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 15, Bildiriler ve Tartışmalar” , **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 5 Haziran 1998, s.3.

¹⁰⁸ Yargıtay, 11. HD. E. 2019/4241, K. 2022/6411, T. 28.09.2022: “Davacılar vekili, müvekkillerinin 30/11/1999 tarihinde Egebank A.Ş.’ye 12.500’er TL olmak üzere 25.000.- TL yatırdıklarını, İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi ilamına istinaden icra dosyası üzerinden 20/05/2016 tarihinde hakkına kavuştuklarını, faiz işletilmişse de enflasyon nedeniyle zararlarının oluştuğunu, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğraması halinde borçlunun hiçbir kusuru bulunmadığını ispatlamadıkça bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu, TÜİK verilerine göre yapılan hesaplamada 25.000.-TL’nin tahsil tarihindeki değerinin 254.405.- TL’ye tekabül ettiğini, bu durumda davacıların en azından 89.407,16 TL zarar gördüğünü, ancak tek bir endekse de bakılamayacağını, tüm endekslerdeki değerin hesaplanıp ortalamanın alınmasıyla munzam zararın ortaya çıkacağını ileri sürerek şimdilik her bir davacı için 5.000.- TL’nin 20/05/2016 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.... İlk Derece Mahkemesince, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının ekonomik kaybının temerrüt faiziyle karşılandığı, munzam zarar talep edilebilmesi için temerrüt faiziyle karşılanamayan zararın oluşması ve bu zararın davacı tarafından ikna edici bir biçimde kanıtlanması gerektiği, davacının böyle bir hususu iddia ve ispat edemediği, tam tersine munzam zarar kapsamı dışında kalan ve enflasyona bağlı muhtemel gelir kaybının karşılanmasının talep edildiği, bu haliyle hem maddi hem yasal unsurları taşımadığı, munzam zararın dava açıldığı tarihte davacı tarafından bilinen, gerçekleşen ve temerrüt faiziyle karşılanamayan zarar olduğu, munzam zararın olası bir zarar şeklinde düşünülemeyeceği, davacıların iddia ve talep ettiği gibi muhtemel kâr ya da farz edilen gelir kabul edilmediği, davacıların da somut bir zarardan söz etmediği, muhtemel kâr mahrumiyetine dayandığı, bu hususun ise munzam zarar kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” (Lexpera, E.T. 23.12.2023.); Yargıtay, 11. HD., E. 2019/4248, K. 2022/6440, T. 29.09.2022: “Davacı vekili, müvekkilinin 23/11/1999 tarihinde davalı bankanın devraldığı dava dışı Yurt Ticaret ve Kredi Bankası A.Ş.’ye toplamda 150.000,00 TL yatırdığını, İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2005/102 Esas 2005/100 sayılı kararı ile, yatırılan paranın aynı gün dava dışı bankanın görevlileri tarafından havuz hesabına ardından da başkaca şahısların şirket grubuna aktarıldığını, böylece kanuna karşı hile yolu seçilmek sureti ile havale işlemi görünümü altında dolandırıcılık suçunun meydana geldiğini tespit ettiğini, bunun üzerine müvekkillerinin hakkını aramak amacıyla birçok yasal yola başvurduğunu, nitekim 08/09/2009 tarihinde Eskişehir (Kapatılan) 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 14/11/2013 tarih 2013/248 Esas 2013/127 karar sayılı ilamına istinaden Eskişehir 2. İcra Dairesi’nin 2015/1219 esas sayılı dosyasıyla 07/04/2015 tarihinde haklarına kavuştuğunu, buna göre Eskişehir 2. İcra Dairesi’nin müvekkillerinin hakkına işletilen temerrüt faizini 703.837,68 TL olarak tespit ettiğini, ancak müvekkillerinin 1999 tarihinde 25.000,00 TL ile Eskişehir İli Kızılcıklı Mahmut Pehlivan caddesinde 7 adet apartman dairesi alabilecekken, şuan kendilerine ödenen 853.837,68 TL ile bu durumun mümkün olmadığını yani enflasyon varlığı gerekçesi ile zararının oluştuğunu iddia ederek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile şimdilik 5.000,00 TL’nin 07/04/2015 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı bankadan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Bölge Adliye Mahkemesince, davacının iddiasının muhtemel kâr

gereken husus alacaklının yoksun kaldığını iddia ettiği kazancın kaynağının hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır¹⁰⁹. Yoksa paranın at yarışında, kumar ve bahiste, milli piyangoda değerlendirilememesi sebeplerine dayanılarak kâr kaybı istenemez¹¹⁰. Yine son dönemde global gündemde oldukça yer eden bitcoin yatırımı, NFT, metaverse platformunda satılan sanal arsa yatırımları yoluyla paranın değerlendirileceği iddiası da dinlenemez. Çünkü anılan alanlar mevcut hukuki düzende kişiye koruma sağlamadığından yerinde bir iddia olmayacaktır. Demek ki alacaklının yoksun kaldığı kârı ispat edebilmesinin koşullarından birisi de hedeflediği kazançta çok yüksek ihtimalle erişebilecek olduğunun ispatıdır¹¹¹. Doğal olarak alacaklı zarar verici temerrüt ile kazançtan mahrumiyet arasında nedensellik bağı bulunduğunu da açıkça ortaya koymalıdır¹¹².

Yoksun kalınan kârın hesabında tüm temerrüt süresinin nazara alınması şart değildir¹¹³. Teslim süresi öngörülmuş edimlerde teslim süresi bittikten sonra zarar gündeme gelebilir. Örneğin bir fabrikanın devrinde temerrüde düşülmesi durumunda fabrika belli iktisadi dönemler doğrultusunda işletiliyorsa temerrüdün gerçekleştiği tarihle fabrikanın iktisadi dönemin sonunda elde ettiği kazanç ile alacaklının elde etmesi muhtemel kazanç farkı yoksun kalınan kârı oluşturur¹¹⁴.

Yoksun kalınan kâr hesabı farazi ihtimallere dayandığından davacının kazanma ihtimalini oldukça açık bir şekilde ortaya koyması hakimın karar verirken

kaybına ve farz edilen gelire ilişkin olduğu, talebin munzam zarar kapsamında değerlendirilemeyeceği, davacı yanca, munzam zarar teşkil ettiği belirtilen 7 adet apartman dairesi alınması veya birikimin başka bir bankaya yatırılarak tasarruf edileceği hususunda dosyaya somut delil sunulmadığı gibi bankaya yatırılan paranın başka bir bankaya yatırılarak değerlendireceği iddiasının somut ispat vasıtası olarak dikkate alınmasının da mümkün olmadığı gerekçesiyle, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmesinin usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/(1)-b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.” ; (Lexpera, E.T. 23.12.2023.) Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarında yoksun kalınan kâr kaleminden doğan istemleri aşkın zarar kapsamında değerlendirmemesine katılmıyoruz. Yoksun kalınan kar istemi zaten çoğunlukla varsayımsaldır. Bu sebeple ayrıca net bir ispat metodu istenmesi de hatalıdır.

¹⁰⁹ Gökhan Önderi, “Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 87(2), 2013, s.294.

¹¹⁰ Arslan/Kırmızı **a.g.e.**, s.875.

¹¹¹ Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 87.

¹¹² Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 66-67.

¹¹³ Yıldız, **a.g.e.**, s.107.

¹¹⁴ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s.923.

takdir yetkisini kullanma derecesini de şüphesiz etkileyecektir. Örneğin fiyat değişiklikleri yüzünden kâr mahrumiyeti yaşayan kişi, zarara konu emtianın satılması veya kiralanmasında en yüksek kârı elde edebileceğini kuvvetli biçimde ispat ederse hakim takdir yetkisini bu yüksek had sınırından yana kullanabilir¹¹⁵.

Zarar mevcudiyetinin belirlenmesi farklı olgulara dayanan olumlu zarar ve olumsuz zarar türleri bakımından da yoksun kalınan kâr istemi gündeme gelebilir¹¹⁶. Zira hayatın olağan akışında kazanç elde edilme ihtimali yüksek olan durumdan, zarar verici olay neticesinde sınırlı olarak veya hiç kazanç elde etmemek suretiyle mahrum kalınmaktadır¹¹⁷.

Olumlu zararın tazminiyle hedeflenen, ifadan umulan faydanın korunmasıdır¹¹⁸. Yani geçerli olarak kurulan sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde zedelenen fayda olumlu zarar olarak nitelendirilir¹¹⁹. Bu anlamda olumlu zarar ifanın surrogatı¹²⁰ olarak kabul edilir¹²¹. Olumlu zarar ile sözleşmenin tarafların kararlaştırdığı gibi ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan bir güven ihlali mevzubahistir¹²². Alacaklı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçerek olumlu zararın giderilmesini isteyebilir (TBK m.125/2). Böylece sözleşme içeriği değişerek artık borçlu tazminat yükümlüsü haline gelir¹²³. Tamiri mümkün olmayan ayıplı bir makinenin teslimi sebebiyle işletmenin üretiminin durmasından doğan zarar¹²⁴ olumlu zarar kapsamında ortaya çıkan yoksun kalınan kâra örnektir.

¹¹⁵ Tunçomağ, C.1., s.924.

¹¹⁶ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.306.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1285; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 121.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1266 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 855; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s.68.

¹¹⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1266 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Genel**, s. 855.

¹²⁰ Surrogat: İkame değer. Sözleşme ile gereği gibi karşılanmayan menfaatin parasal değer karşılığı.

¹²¹ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, 2007, s.583.

¹²² Şefika Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:16. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, (Dijital tez) s. 29; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 57; Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.125.

¹²³ Havutçu, **a.g.e.**, s.67.

¹²⁴ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.164.

Olumsuz zarar ise, olumlu zararın aksine geçerli bir sözleşmeden değil geçersiz bir sözleşmeden doğan zarardır¹²⁵. Sözleşme hiç kurulmamış olabileceği gibi, sözleşme hüküm ifade etmiyor ve hükümden düşmüş de olabilir¹²⁶. Şu halde sözleşmenin yokluğu, kesin hükümsüzlüğü, imkansızlığı, muvazaalı olması, ehliyetsizlik, hukuka aykırılık gibi hallerden doğan zarar olumsuz zarar kapsamında değerlendirilecektir¹²⁷. Hüküm ifade edeceğine inanılan sözleşme sebebiyle başka bir sözleşme yapılması fırsatının kaçırılması hali olumsuz zarar kapsamında istenen yoksun kalınan kâr alacağına örnektir¹²⁸.

Alacaklı sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir (TBK m.125/3). Böylece taraflar karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtularak daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteme hakkına sahip olur. Görüldüğü üzere olumlu zarar geçerli bir sözleşmeden doğarken olumsuz zarar geçersiz bir sözleşmeden doğmaktadır. Borcun kaynağındaki farklılık sebebiyle bu iki zarar kalemi birlikte istenemez¹²⁹. Diğer deyişle “bir koyundan iki post çıkmaz”.

Bu tezde daha önce de ifade edilen görüşe göre¹³⁰ aşkın zararın kendine özgü bir tazminat oluşu sebebiyle salt olumlu veya olumsuz zarar başlığı altında değerlendirilmesi eksik yoruma sebebiyet verecektir. Zira temerrüt faizini aşan zarar, halin şartları elverdiği ölçüde olumlu veya olumsuz zarar niteliğinde olabilir. Bir belediye işçisinin belediyeden hak edişini vaktinde alamaması sebebiyle borçlarını zamanında ödeyememe tehlikesiyle karşı karşıya kalması örneğinde işçinin borcunu ödemek için bankadan kredi çekmek zorunda kalması işçinin aşkın zararına yol açabilir¹³¹. Bu örnekte borcunu gereği gibi ifa etmeyen belediye, işçinin sözleşmeden beklediği faydayı görememesine neden olarak olumlu zarara sebebiyet vermiştir. Kefilin kefalet sözleşmesinden dönerek¹³² alacaklının alacağına kavuşamaması

¹²⁵ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 61.

¹²⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1268; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 584; Topuz, **a.g.e**, s. 89.

¹²⁷ Hilal Daver, **Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2023, s.93.

¹²⁸ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.307.

¹²⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1278; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 71 vd.

¹³⁰ Bkz.: II. Aşkın Zararın Hukuki Niteliği

¹³¹ Umare Atasoy Tanrikulu, **Satış Vaadi Sözleşmesinde Munzam Zarar**, Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022, s.43.

¹³² TBK m. 599 : “Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun,

sebebiyle temerrüt faizini aşan zararına neden olması durumunda kefil, bu sefer alacaklının olumsuz zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Kefilin TBK m. 599 ile öngörölmüş nedenler çerçevesinde kefalet borcundan kurtulması şüphesiz alacaklının kefalet sözleşmesine duyduğu güveni zedelemektedir. Bu sebeple dönme hakkını kullanan kefile yüklenen bu tazminat sorumluluğu ile alacaklının zararı bir nebze hafifletilmektedir¹³³. İşte zararın ortaya çıkış ve tespit edilme metodunun çeşitliliği nedeniyle aşkın zarar kalemini tek bir zarar türüyle ilişkilendirmenin eksik yoruma sebebiyet vereceği kanaatindeyiz.



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.”

¹³³ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.280 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

AŞKIN ZARARIN TALEP EDİLME KOŞULLARI

I. Borçlunun Para Borcunun Varlığı

Kanunun lafzından ve sistematüğinden anlaşıldığı üzere aşkın zarar, para borçlarında temerrüde düşölmesiyle ortaya çıkar. TBK m. 120 temerrüt faizini genel olarak düzenlerken; TBK m. 121 faiz, irat ve bağışlama özelinde borçlanılan para borcuna ilişkin temerrüt faizini düzenler. Ardından TBK m. 122 ile bu tezin konusu olan temerrüt faizini aşan zarar düzenlenerek para borçlarının süresinde ödenmemesinden doğan sonuçlar gruplandırılmıştır. Altın, gümüş, tahvil gibi paradan başka edimlerin ifasında meydana gelen temerrüt, aşkın zarara yol açmaz¹³⁴. Hatta anılan edimler alacaklının belli bir miktar parasal malvarlığından uzakta kaldığı süreçte alacaklıya genellikle güvence sağlar. Burada yeri gelmişken nelerin para borcu sayılabileceğini ve para borcunun niteliğine değinmekte fayda görüyoruz.

Para, değeri yasal mercilerce belirlenmiş para birimi ile ifade edilebilen ödeme aracıdır¹³⁵. İktisadi açıdan piyasada dolanım arz eden, değış tokuşu kolay, kanunen zorunlu bir ödeme biçimidir¹³⁶. Verme edimlerinin konusunu oluşturan para, meblağ veya değer borcu olarak da ifade edilebilir¹³⁷. Mahkeme kararı neticesinde hükmedilen tazminat, paranın “değer borcu”¹³⁸ niteliğini ön plana çıkarır¹³⁹. Ödeme vasıtası olarak kullanılırken para biriminin üzerinde yazan itibari (nominal) değer baz alınır¹⁴⁰. Dolayısıyla 2020 yılında borçlanılan 50.000 TL, 2023 yılında da 50.000 TL olarak

¹³⁴ Ayrancı, **Munzam Zarar**, s.123.

¹³⁵ Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021, N.160.

¹³⁶ Eren, **Borçlar Genel**, N.3026.

¹³⁷ Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçları**, s.13.

¹³⁸ Rona Serozan, " Para Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler." **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**. 1996; 20(0): s.42.

¹³⁹ Gerçekten de tazminatlar varsayımsal giderim araçlarıdır. Mahkemece amaçlanan tazminat alacaklısının tazminat istemine sebep olan ihlalden önceki durumu ile mevcut durumu arasındaki farkın hüküm anındaki koşullara göre zararın giderimini sağlayacak değerin belirlenmesidir.

¹⁴⁰ Haluk Nami Nomer, “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının Bk 118/1 Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi.” **İÜHFML.**, 1999; 57(1-2): s.241.

ödenektir. Arada geçen yıllar içerisinde 50.000 TL ile alınabilecek şeyler azalsa da ödenecek birim aynı kalacaktır.

Para, nominal bir değer ifade ettiği için ilkesel olarak kendine özgü bir çeşit borcudur¹⁴¹. Çeşit borçları çeşidin tükenmesi sebebiyle yok olabilir ve ifası mümkün olmayabilir. Oysa para borçları kendine özgü niteliği itibarıyla tükendiği gerekçesiyle ifa edilemeyeceği ileri sürülemez. Bu minvalde TBK m. 86 “Çeşit borcu” başlığı altında yer alan düzenleme bizim için referans noktasıdır. Çeşit borçlarında aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça edimin seçim yetkisi borçluya aittir. Ancak seçilecek edim ortalama nitelikten daha aşağı nitelikte olamaz. Para borçları için ise ortalama nitelikteki bir çeşidin seçilmesi mümkün değildir¹⁴². Alacaklı için önemli olan paranın itibari değeridir.

Para geleneksel olarak nakit ihtiyacını temin etmesi itibarıyla madeni¹⁴³ para ve kağıt¹⁴⁴ para olarak ikiye ayrılır. Ancak günümüz ödeme sistemlerinin sunduğu olanaklar sayesinde sanal¹⁴⁵ para, kripto¹⁴⁶ para, elektronik¹⁴⁷ para, gibi çeşitli ödeme modülleri de bulunmaktadır. Ekonomistlere göre toplum tarafından zorunlu ödeme

¹⁴¹ Eren, **Borçlar Genel**, N.3029.

¹⁴² Ayrancı, **Munzam Zarar**, s.26.

¹⁴³ Madeni para çıkarmaya ilişkin yetki 1264 Sayılı Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanun ile Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı’na verilmiştir. Ancak başbakanlık kurumunun günümüzde kaldırılmasıyla 10 Temmuz 2018 tarihinde yayınlanan 1 no’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Hazine Müsteşarlığı tüm görev ve yetkileri itibarıyla Maliye Bakanlığı ile birleşip Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı adını almıştır. Dolayısıyla günümüzde T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı’na bağlı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü madeni ve ufaklık paraları basan kuruluştur.

¹⁴⁴ Kağıt para çıkarmaya yetkili tek kuruluş 1211 sayılı kanun m.1 ile Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB)’dır.

¹⁴⁵ Sanal paralar özet olarak üç başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki oyun platformlarında oyun içinde kazandığı skora dayalı olarak harcanabilen sadece oyun içi alımlarda kullanılan paralar olup nakit paraya çevrelemez. 2. grup ise dijital platformlara gerçek para ödenerek yüklenen ve sadece o dijital platform bünyesinde dolaşım imkanı sunan paralardır. Bu para çeşidi de tekrar nakit paraya çevrelemez. 3. grup sanal para ise sanal sistemler arasında aktarım sağlanarak dönüştürülerek kullanılabilen para çeşidi olup nakit paraya da çevrelebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin Karatekin, Meltem Okur Dinçsoy, Sanal Para Piyasası ve Türkiye Ekonomisine Entegrasyonu, **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, 8 (3), 2019, s. 120-138.

¹⁴⁶ Kripto paralar, devlet otoriteleri tarafından tanınmayan ve devlet otoritesinden bağımsız block zincir yöntemi ile kontrolü sağlanan şifreli bir para birimidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökmen Sezgin, **Takibin ve Haczin Konusu bakımından Kripto Paralar**, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2023.

¹⁴⁷ 6493 Sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun m.3/1-ç : “Elektronik para: Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer.”

aracı olarak kabul edilen şey para niteliğini kazanabilirken; hukukçulara göre bir paranın ödeme aracı olarak nitelendirilmesi ancak devletlerin bu ödeme aracını tedavüle sokmasıyla mümkündür¹⁴⁸. Uluslararası hukuk düzleminde de devletler, para basma, kendi para birimini belirleme gibi paraya ilişkin tüm yetkileri egemenliği bünyesinde toplamıştır. Toplum ise vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin belirlediği ödeme biçimini hukuken güvenilir kabul etmiştir. Şu halde aşkın zarar, ancak devlet resmi otoritesinin tanıdığı bir para borcundan kaynaklanan temerrüt durumunda talep edilebilir. TBK m. 99 maddesi incelendiğinde de aynı sonuç çıkmaktadır. Düzenlemeye göre para borçları öncelikli olarak ülke parası ile ödenir. Tarafların kararlaştırma biçimine göre fiili ödeme günü veya vade tarihinde ödemenin ülke parası yahut yabancı para ile yapılabilmesi imkanı açık bir örnektir. Eş deyişle aşkın zarar ülke parasının uğradığı ekonomik değişimlerden ileri gelebileceği gibi devlet otoritesinin tanıdığı yabancı paranın değer kaybına uğramasından da ileri gelebilir. TBK m. 99 düzenlemesinin taraflara seçimsel yetki tanımasının bir sebebi de para kaynaklı oluşabilecek zararın minimize edilmesi odaklıdır.

II. Borçlunun Para Borcunda Temerrüde Düşmesi

Aşkın zararı zikredebilmek için yukarıda defaatle bahsedildiği üzere borçlunun temerrüde düşmesi gerekir¹⁴⁹. Borçlu temerrüdü konusu başlı başına ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil ettiğinden çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Bu tezin konusu, borçlu temerrüdünün para borçları yönünden sonuçları içerisinde yer aldığından genel bir yol haritası ekseninde temerrüdün konumuzla olan bağlantı yollarına işaret etmekle yetineceğiz.

¹⁴⁸ Muazzez Korkmaz Süre, “Uluslararası Para Hukuku” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2005; 25(1-2): s.215.

¹⁴⁹ Yargıtay 6. H.D., E. 2022/1985, K. 2023/2332, T. 13.06.2023: “...munzam zararın talep edilebilmesi için öncelikli asıl alacak için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerektiği ancak dosya kapsamından borçlunun temerrüde düşürülmediği anlaşıldığından davacı vekilince temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.” Aynı yönde bkz.: Yargıtay 15. H.D., E. 2018/3554, K. 2019/409, T. 04.02.2019. (Lexpera, E.T. 02.01.2024.)

A. Kavram ve Koşulları İtibariyle Borçlu Temerrüdüne Bakış

1. Borçlu Temerrüdü Kavramı

Sözleşmeye bağlılık ilkesi gereğince alacaklının ifadan beklediği menfaate kavuşması, borçlunun borcunu sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa etmesiyle mümkündür¹⁵⁰. TBK m. 117/1 uyarınca muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Diğer deyişle borçlu ifası mümkün olan ve muaccel hale gelen edimini alacaklı ifayı kabule hazır olmasına rağmen geç ifa ederse borçlu temerrüdü gerçekleşir¹⁵¹. Temerrüt ifa edilebilirliğin mümkün olduğu mertebede kain olduğundan geçici niteliktedir¹⁵². Borçlu borcunu ifa ederse veya borcunu kesin olarak ifa etmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa temerrüt sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanması ile de -ifadan vazgeçerek olumlu zararı istemesi veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararını istemesi- temerrüt sona erer¹⁵³.

Temerrüdün sona ermesi borcu sona erdirmez. Elbette temerrüt devam ederken borçlu borcunu ifa edebilir. Ancak borçlunun borcunu geciktirmesi sebebiyle artık borcun ifası mümkün değilse ifa imkansızlığı gündeme gelir. Borçlunun sorumlu tutulmadığı bir ifa imkansızlığı mevcut ise borç sona erer (TBK m.136). Borçlunun sorumlu tutulduğu bir ifa imkansızlığı söz konusu ise borçlu TBK m. 112 uyarınca alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür¹⁵⁴. Görüldüğü üzere ifa imkansızlığı ve borçlu temerrüdü bir arada bulunamaz¹⁵⁵.

2. Borçlu Temerrüdü Koşulları

TBK m. 117 ile borçlu temerrüdünün genel koşulları düzenlenmiştir. Hükme göre temerrüdün gerçekleşmesi, borcu muaccel olan borçlunun kural olarak

¹⁵⁰ Mustafa Ünlütepe, “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.244.

¹⁵¹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1**, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, N. 1498.

¹⁵² Okumuş, **Müşpet Zarar**, s. 285.

¹⁵³ Oğuzman/ Öz, **C.1**, N.1536.

¹⁵⁴ Eren, **Borçlar Genel**, N.1223; Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N.179.

¹⁵⁵ Osman Gökhan Antalya, “**Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, C.V/1,3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, N.2165.

alacaklının ihtarına muhatap olması şartına bağlanmıştır. Muacceliyet, alacaklının alacağını talep ve dava etme yetkisine sahip olmasıdır¹⁵⁶. Eş deyişle borcun muaccel olması ile, alacaklının alacağına kavuşması için beklemesi gereken süre dolmuş, zaman yolu kat edilmiştir. Artık alacaklının alacağına kavuşma zamanı gelmiştir. Muacceliyet, görüldüğü üzere edimin zaman bakımından istenebilirliğini sağlayan bir basamaktır. Ancak borcun muaccel olması tek başına borçluyu temerrüde düşürmez. Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için ihtar gerekli ise alacaklının edimin ifasını borçludan talep etmesi şarttır¹⁵⁷.

Taraflar ifayı süreye bağlamamışsa veya işin niteliği özel bir ifa günü belirlemeyi gerektirmiyorsa borç doğum anında muaccel olur (TBK m. 90). Alacaklı borç muaccel olmadan edimin ifasını talep edemez. Fakat borçlu, koşullar uygunsa kural olarak borcunu erkenden ifa edebilir (TBK m.96). Ancak erken ifa her durumda alacaklının menfaatine uygun düşmeyebilir. Borçlunun TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'inde bulunması, TBK m. 98 uyarınca ifadan kaçınma hakkının bulunması, zamanaşımı def'i ileri sürmesi veya TBK m. 106 vd. maddeleri uyarınca alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi hallerinde borçlu temerrüdü söz konusu olmaz.

Alacaklının ifadan umduğu menfaati elde edebilmesi için geçmesi gereken diğer merhale ise ihtardır. İhtar, alacaklının alacağını elde etme isteğini yansıttığı irade beyanı, alacağına kavuşmak için yaptığı bir hamle, borçluyu ifaya davet etmek için kullandığı bir araçtır¹⁵⁸. İhtar hukuki niteliği itibariyle, tek taraflı, varması gerekli¹⁵⁹, hukuki işlem benzeri bir fiildir¹⁶⁰. İhtar bir hukuki işlem olmadığından kural olarak¹⁶¹

¹⁵⁶ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 470.

¹⁵⁷ Eren, **Borçlar Genel**, N. 3408.

¹⁵⁸ Halil Yılmaz, "Para Borçlarının İfasında Borçluya Yöneltilen Temerrüt İhtarı", **Yargıtay Dergisi**, C.31, S.1-2, 2005, s.74.

¹⁵⁹ İhtarın hukuka uygun olarak sonuçlarını doğurabilmesi için borçlunun hakimiyet alanına girmesi gerekir. Borçlunun hakimiyet alanına ulaşmayan ihtar sonuç doğuramaz. Bu anlamda ihtarın borçluyu temsil yetkisini haiz birine de yapılabilmesi mümkündür.

¹⁶⁰ Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N.186.5; Oğuzman/Öz C.1, N.1508; Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 471-474.

¹⁶¹ İstisna TTK m.18/3: "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." Madde gerekçesinde kanun koyucu hükümde belirtilen şeklin bir ispat şartı olduğunu ifade etmektedir. Bkz: TTK Gerekçesi <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf> Öğretide bazı yazarlar TBK m. 12 düzenlemesine atıf yaparak düzenlemenin geçerlilik şartı olarak ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Nedret Füsün Ertan, **Ticari**

geçerlilik ve ispat yönünden şekil şartı yoktur¹⁶². İhtar ile alacaklı, talebini şüpheye mahal vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak ifade etmelidir¹⁶³. Alacaklının borçluya karşı icra takibinde bulunması, ifa davası açması temerrüt yönünden ihtar yerine geçer.

Borçlu, bazı durumlarda ihtar gerekmez. TBK m.117/2 düzenlemesi uyarınca taraflar ifa gününü birlikte belirlemiş veya ifa gününü belirleme yetkisini belli bir tarafa hasretmiş olabilirler. Her iki halde de belirlenen ifa gününün geçmesiyle temerrüt gerçekleşir. Bu duruma belirli vade denir. Örneğin ifa günü açıkça 09.12.2016 olarak belirlenmişse bugünün geçmesiyle temerrüt gerçekleşir. TBK m. 91-92-93 düzenlemeleri uyarınca, süreye bağlanan borçların vadesi açıkça belirlenebiliyorsa ihtar gerekmez. Örneğin sözleşmenin imza tarihinden itibaren 2 yıl sonra borcun muaccel olacağı kararlaştırılmışsa yine o süre dolduktan sonra borç muaccel olur ve ihtar gerekmez. Belirsiz vade kararlaştırılmışsa temerrüt için ihtar şarttır¹⁶⁴. Ancak ifa gününü tayin etme hakkı kendisine ait olan taraf usulüne uygun bildirimde bulunmadıkça borçluyu temerrüde düşüremez. Düzenlemenin devamında belirtildiği üzere borç; haksız fiilden kaynaklanıyorsa haksız fiilin işlendiği gün, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanıyorsa zenginleşmenin gerçekleştiği günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşer. Yine belirtmek gerekir ki sebepsiz zenginleşmede zenginleşen iyiniyetli ise borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi ihtarın varlığına bağlıdır¹⁶⁵. Bazen borçlu açıkça borcunu ifa etmeyeceğini beyan edebilir. Bu durumda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁶⁶ m. 2 dürüstlük kuralına göre alacaklıya ihtar külfeti yüklenmez¹⁶⁷.

İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, 2019, s.287-288.

¹⁶² Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N.186.5; Oğuzman/Öz C.1, N.1513.

¹⁶³ Eren, **Borçlar Genel**, N. 3411.

¹⁶⁴ Örneğin ihlamurlar çiçek açtığı zaman, incirler olduktan sonra gibi vade belirsiz ise ihtar şarttır. Oğuzman/Öz C.1, N.1519.

¹⁶⁵ TBK m.117/2 düzenlemesi kötünietli zenginleşen yönünden borçlu temerrüdünün gerçekleşmesini ihtar şartı aramazken iyiniyetli zenginleşen yönünden borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için ihtar şartı aramaktadır. Öğretide böyle bir ayırım yapılmasının hatalı olduğu, her olay bazında dürüstlük kuralı çerçevesinde ayrı değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre hakim ihtarın gerekip gerekmediğini özel olarak değerlendirme imkanına sahip olması daha yerindedir. Bkz. Haluk Nami Nomer, “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 1308.

¹⁶⁶ R.G. , T. 08.12.2001, S. 24607, Kabul Tarihi: 22.11.2001.

¹⁶⁷ Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N.186.14.

Borçlu temerrüdünde kusur aranmaz¹⁶⁸. Borçlunun kusuru bazı temerrüt sonuçları bakımından aranmaktadır. Borçlunun TBK m. 118 uyarınca gecikme tazminatı, TBK m. 125 düzenlemesinde öngörölmüş olumlu ve olumsuz zarar gibi tazminat kalemlerine mahkum edilebilmesi için kusur aranır. TBK m.120 uyarınca temerrüt faizi istenebilmesi için kusur aranmaz. Oysa aşkın zararın şartlarından birisi de aşkın zarar ile borçlu temerrüdü arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Zarar ve temerrüt arasında illiyet bağı yoksa kusur ispat edilemeyeceğinden borçlu sorumluluktan kurtulur.

B. Para Borcunda Temerrüdün Bir Sonucu Olarak Temerrüt Faizi

1. Genel Olarak Faiz Kavramı ve Özellikleri

Faiz; alacaklının borçlu nezdinde bulunan sermayesinden belli bir süre mahrum kalması sebebiyle öngörölmüş bir karşılıktır¹⁶⁹. Bu meyanda faiz, alacaklının borçlusundan alacak olarak talep edebileceğı anaparasını kullanamama yoksunluğunu gidermeye yönelik, para borçlarının sonuçları kapsamında özel olarak düzenlenmiş bir medeni semeredir¹⁷⁰. Şu halde faizin talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması şart değildir, salt belli bir süre parasal haktan mahrum kalmak kafidir. Faizin fer'i bir hak olması cihetiyle asıl alacağın sona ermesiyle faiz istemi de son bulacaktır (TBK m.131/1). Asıl alacak sona ermiş olsa bile, işlemiş faiz ihtirazi kayıt ile veya sözleşmeyle saklı tutulmuşsa işlemiş faizi talep edebilmek mümkündür (TBK m.131/2). Faizin fer'i niteliğinden doğan bir başka sonuç ise alacaklı tarafından borçluya anaparanın tamamına ilişkin çekince içermeyen bir makbuz verilmesi halinde faiz edimlerinin de yerine getirildiğı karinesinin, işlemesidir (TBK m.104/2). Elbette yasal karinenin aksinin ispatı olasıdır¹⁷¹. Asıl alacağın kefalet sözleşmesine konu

¹⁶⁸ Oğuzman/Öz C.1, N.1533.

¹⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Borçlar Genel**, s. 786; Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 79; Oğuzman, Öz, Cilt I, N. 966; Eren, **Borçlar Genel**, N. 3049; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 779;

¹⁷⁰ Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, s.64-65.

¹⁷¹ Örneğın TTK m. 660 : “Borçlu hamile yazılı faiz kuponlarından doğan alacağı karşı ana paranın ödendiğı def'inde bulunamaz” düzenlemesi hükmün istisnası olup aynı zamanda faizin bağımsız

olması durumunda fer'i alacak olan işlemiş ve o yıla ait işlemekte olan faizlerden de aksi kararlaştırılmadıkça kefil sorumludur (TBK m.589).

İlaveten faiz asıl alacağa bağlı bir hak olsa da bağımsız bir varlığa¹⁷² da sahip olduğundan, alacak hakkından ayrı olarak talep ve davaya konu olması¹⁷³, rehnedilebilmesi¹⁷⁴ ve devredilebilmesi¹⁷⁵ mümkündür¹⁷⁶.

Faiz istemi hukuki işlem yahut kanunlardan dolayı doğabilir¹⁷⁷. Eş deyişle faizin kural olarak talebe bağlı olmasının yanında kanunen öngörülmesi de mümkündür. Örneğin taşınır satışında tam zapt halinde alıcı ödediği miktarı faiziyle satıcıdan geri alabilir¹⁷⁸. Vekalet sözleşmesi uyarınca vekilin iadesinde geciktiği parayı iade ederken faiz ödemesi¹⁷⁹ veya vekilin vekalet veren adına yaptığı masraf ve avanslar için vekalet verenden faiz istemesi¹⁸⁰ hali de kanundan doğan faize örnektir.

Genel zamanaşımı hükmü olan TBK m. 146 düzenlemesi uyarınca aksine hüküm olmayan hallerde her alacağın on yıllık zamanaşımına tabi olacağı hüküm altına alınmıştır. Anapara faizlerinin zamanaşımı süresi ise beş yıldır (TBK m. 147). Dolayısıyla asıl alacağın zamanaşımı süresi beş yıldan fazla olsa dahi faizin asıl

niteliğine de işaret etmektedir. Mustafa Alper Gümüş, "Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m.88)", **MÜHF – HAD**, C. XVII, S. 1-2, s. 365.

¹⁷² Fer'i nitelik faizi asıl alacağın bir parçası haline getirmez. Faizin doğması ve son bulması asıl alacağa bağlı olması sebebiyle fer'ilik niteliği gündeme gelir. Yargıtay 10. HD. E. 2018/569, K. 2019/4783, T. 27.05.2019. (Yargıtay karar arama E.T. 01.08.2023.)

¹⁷³ TBK m.121 uyarınca faiz ayrı olarak talep ve dava edilebilir ve bu talebe temerrüt faizi işletilebilir. Yine bir alacak hakkı faiz istemi saklı tutulmaksızın dava edilmişse açılacak ayrı bir dava ile faiz alacağı istenebilir.

¹⁷⁴ TMK m. 875: "Taşınmaz rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına şunlar girer: 1. Ana para, 2. Takip giderleri ve gecikme faizi, 3. İflâsın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz. Daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılmaz."

¹⁷⁵ Örneğin alacağın devri müessesesinde TBK m.189/2 uyarınca faiz asıl alacaktan ayrı olarak devredilebilir.

¹⁷⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 970; Eren, **Borçlar Genel**, N. 3051; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 166.2-166.5; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 780;

¹⁷⁷ Eren, **Borçlar Genel**, N. 3052; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 967.

¹⁷⁸ TBK m. 217/1 : "Satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini."

¹⁷⁹ TBK m. 508/2 : "Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür."

¹⁸⁰ TBK m. 510/1 : "Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklediği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür."

alacaktan daha önce zamanaşımına uğraması ihtimal dahilindedir¹⁸¹. Temerrüt faizi yönünden ise kanun lafzı açıkça anapara faizi terimini kullandığından TBK m. 147 hükmü uygulanmaz. Bu açıdan temerrüt faizinin bağlı alacak vasfı sebebiyle asıl alacak zamanaşımına uğradığında faiz istemi de zamanaşımına uğrar (TBK m.152)¹⁸².

2. Temerrüt Faizi İşlevi ve Niteliği

Temerrüt faizi dayanağını TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun¹⁸³ m. 2 ‘den alır. Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdün ayırt edici bir sonucudur. Çünkü para borcundan başka edim sebebiyle temerrüt gerçekleşirse neticesinde para ödenmesi kararlaştırılsa bile bu para borcundan doğan faizin niteliği temerrüt faizi olmaz¹⁸⁴. Ancak şartları mevcutsa gecikme tazminatı veya beklenmedik halden sorumluluk hükümlerine gidilebilir. Alacaklının temerrüt faizi istemini borçluya yöneltmesiyle işlemeye başlar ve temerrüt devam ettiği müddetçe varlığını sürdürür¹⁸⁵. Eş deyişle talep olmaksızın re’sen dikkate alınmaz. Temerrüt faizi açıkça kanun hükmü ile düzenlendiğinden taraflar arasında ayrıca bir sözleşmeye ihtiyaç yoktur¹⁸⁶. Ancak taraflar dilerse temerrüt faizi istenmeyeceğini kararlaştırabilir. Hatta kanun koyucu bazı hallerde temerrüt faizi yönünden sınırlayıcı hükümler getirebilir¹⁸⁷.

Temerrüt faizi aynı zamanda bir faiz türü olduğundan hukuki niteliğinin medeni semere olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır¹⁸⁸. Temerrüt faizi yasadan doğan bir giderim aracı olduğundan zarar ve kusur sebebinden bağımsızdır¹⁸⁹. Yani

¹⁸¹ Mustafa Serhat Şen , "Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz Hükümleri ve Sınırları Adi İşlerde Faiz Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.35, Temmuz, 2018, s. 479.

¹⁸² Andreas Furrer, Markus Muller-Chen, Bilgehan Çetiner, **"Borçlar Hukuku Genel Hükümler"**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2. Basım, 2022, s.62; Eren, **Borçlar Genel**, N.3050.

¹⁸³ R.G. , T. 19.12.1984, S. 18610, Kabul Tarihi 04.12.1984.

¹⁸⁴ Mustafa Göktürk Yıldız, **"Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları"** , (Borçlu Temerrüdü) Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.119.

¹⁸⁵ Eren, **Borçlar Genel**, N.3435; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1627; Kırmızı/Arslan s.83.

¹⁸⁶ Kırmızı/Arslan s.88; Eren, **Borçlar Genel** N.3436.

¹⁸⁷ TTK m. 1427/5: "Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir." İİK m. 143/4 "Aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemez."

¹⁸⁸ Ayşenur Şimşek, **"Para Borcunun İfa Edilmemesi Halinde Temerrüt Faizi"** Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023, s.41.

¹⁸⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1602; Eren, **Borçlar Genel**, N.3432; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 190.

alacaklı zararını ve borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda olmayıp salt talep ile temerrüt faizine kavuşabilecektir. Zaten mütemerit borçlu karine olarak kusurludur¹⁹⁰. Borçlu kusursuzluğunu ileri sürerek temerrüt faizi ödemekten kurtulamaz. Alacaklının temerrüt nedeniyle uğradığı zararlar bakımından borçludan tazmin edebileceği zarar kaleminin asgari sınırı temerrüt faizidir¹⁹¹. Bir alacaklı en az temerrüt faizi miktarı kadar zarara uğrayabilir. Nitekim temerrüt faizini aşan zarar için ise aşkın zarar istemi gündeme gelir. Alacaklının borçluyu temerrüde düşürülebilme için öncelikle borcun miktarını bildirmesi gerekiyorsa ve üzerine düşen görevi yerine getirmediyse bu kez alacaklı temerrüdü oluşacağından temerrüt faizi işlemeye başlamayacaktır¹⁹².

Temerrüt faizinin işlemeye başladığı an olarak öğretide temerrüdün doğduğu günü takip eden günün esas alınacağı belirtilmiştir¹⁹³. Temerrüt için ihtar şart ise ihtarın vardığı günü takip eden günden sonra işlemeye başlaması kanunun ruhuna daha uygundur¹⁹⁴. TBK m. 121¹⁹⁵ kapsamında elde edilen alacaklar yönünden ise temerrüt faizinin işlemeye başladığı anın, dava veya icra takibine girildiği günden itibaren başlayacağının düzenlenmesi bu madde alacakları¹⁹⁶ bakımından ayırt edicidir. TBK m.121/3 düzenlemesi ile temerrüt faizine tekrar temerrüt faizi yürütülemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

İşlemiş temerrüt faizinin ve anapara alacağının birleştirilerek tarafların anlaşmasıyla yeni bir vadeye bağlanması ve bu yeni borcun da süresinde ödenmemesi halinde yeni alacağa temerrüt faizi işletilip işletilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Yargıtay'ın da katıldığı bir görüş yenilenen alacağa faiz işletilmesi halinde temerrüt

¹⁹⁰ TBK m. 112 : Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

¹⁹¹ Kırmızı/Arslan s.88.

¹⁹² Yıldız, **Borçlu Temerrüdü**, s. 120.

¹⁹³ Tandoğan, **Mesuliyet**, s. 487; Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 1624.

¹⁹⁴ TBK m. 92/1 : “Gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur.”

¹⁹⁵ TBK m. 121 : “Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tabi olur. Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez.”

¹⁹⁶ Düzenlemede geçen faiz anapara faizi olarak anlaşılmalıdır zira açıkça temerrüt faizi zikredilmemiştir. İrat alacağına TMK m. 607 (ömür boyu gelir sözleşmesi) örnek gösterilebilir. Yıldız, **Borçlu Temerrüdü**, s. 147.

faizine temerrüt faizi yürütülmüş olacağını ve TBK m. 121/3 yasağının delinmiş olacağından bahisle mümkün olmadığını savunmaktadır¹⁹⁷. Diğer görüş ise tarafların anapara ve temerrüt faizini birleştirerek yeni bir alacak meydana getirdiğini, bu vesileyle borçlunun ödeyeceği tutarı net olarak bildiğini, artık ödemezse yeni alacağa temerrüt faizi yürütülebileceğini savunmaktadır¹⁹⁸. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre taraflar açık bir irade ile anapara ve faizi birleştirerek artık eski borcu sona erdirerek yeni bir borç meydana getirmiştir. Bize göre taraflar açık bir iradeyle artık yeni bir borç meydana getirdiğinden yenileme (tecdit)¹⁹⁹ müessesesi gündeme gelecektir. Dolayısıyla yeni borca temerrüt faizi işletilmesine engel yoktur.

Temerrüt faizi yönünden zamanaşımı muacceliyet şartının gerçekleşmesiyle işlemeye başlar (TBK m.149). Yeri gelmişken belirtilmesi gerekli olan diğer husus ise asıl alacak yönünden kesilen zamanaşımı temerrüt faizi bakımından da zamanaşımını kesmez. Zira TBK m. 154'te zamanaşımını kesen sebepler sayılmış ve faiz alacağının ayrıca ödenmesi halinde zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir. Borçlu asıl alacak yönünden temerrüde düşmeye devam ettiği müddetçe temerrüt faizi pek tabii işlemeye devam edeceğinden zamanaşımı söz konusu olmaz²⁰⁰.

3. Temerrüt Faizi Oranı

a. Adi İşlerde Temerrüt Faizi

Bir iş, niteliği itibarıyla ticari veya tüketici işlemi kapsamında değerlendirilemiyorsa bu iş veya işlemler adi iş olarak nitelendirilir. Adi işlerde taraflar faiz oranını dilerse kendileri serbestçe takdir edebilir. Şayet taraflar kendileri bir oran belirlememişse 3095 sayılı kanun m. 1 uyarınca adi faiz oranı belirlenir. 01.01.2006 tarihinden beri yürürlükte olan Bakanlar Kurulu²⁰¹ kararına²⁰² göre adi faiz

¹⁹⁷ Oğuzman/Öz, C.1 , N.1626, dn 1891.

¹⁹⁸ Sabih Arkan, “**Ticari İşletme Hukuku**”, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 26. Basım, 2020, s. 96-97; Eren, **Borçlar Genel** , N. 3072.

¹⁹⁹ TBK m. 133/1 : “Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur.”

²⁰⁰ Yargıtay 13. H.D., E. 1974/2996, K. 1974/2886, T. 11/11/1974 (Lexpera E.T. 01.08.2023).

²⁰¹ R.G. , T. 07.07.2018, S. 30471 (2. Mükerrer), KHK/700 m. 94 uyarınca bakanlar kuruluna ait yetki 2018 anayasa değişikliği sebebiyle cumhurbaşkanlığına verilmiştir.

²⁰² R.G. , T. 30.12.2005, S. 26039. 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

oranı %9'dur. Taraflar sözleşmede temerrüt faizi yönünden bir kararlaştırma yapmadıysa TBK m.120/1 ve 3095 sayılı Kanun m.2/1 paralel düzenlemeleri uyarınca temerrüt faizi % 9 olarak belirlenir.

TBK m. 120/2 ile adi işlerde uygulanacak temerrüt faizi oranına emredici nitelikte üst sınır getirilmiştir. Şüphesiz bu sınırlama sözleşme serbestiyeti ilkesine de getirilmiş bir sınırlamadır²⁰³. Düzenlemeye göre, taraflarca iradi olarak belirlenen temerrüt faizi oranı kanuni faiz oranının yüzde yüzünü aşamaz. Diğer bir deyişle %9 olan kanuni faiz oranı sözleşme kapsamında taraflarca en fazla %18 temerrüt faizi olarak belirlenebilir. Örneğin tarafların yüksek enflasyonu göz önüne alarak %70 temerrüt faizi oranı belirlemesi halinde belirlenen bu oran %18 kanuni sınırını aştığından kısmi hükümsüzlük yaptırımına uğrayarak²⁰⁴ %18 temerrüt faizi oranı belirlenmiş gibi kabul edilecektir²⁰⁵. Şüphesiz kanuni sınırı aşan düzeyde yüksek faiz ödemesi yapan taraf sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca aradaki farkı geri alabilir.

TBK m. 120/3 ve 3095 sayılı Kanun m. 2/3 paralel düzenlemeleri uyarınca şayet taraflar kanuni adi faizin üzerinde bir anapara faizi oranı belirlemişlerse ve temerrüt faizi oranı kararlaştırmamışlarsa temerrüt faizinin oranı en az anapara faiziyle aynı olarak belirlenmelidir²⁰⁶.

3095 sayılı Kanun m. 4 uyarınca başka kanunlarda farklı temerrüt faizi hükümleri belirlenmişse o hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Şu halde 3095 sayılı Kanuna göre daha özel nitelikte olan kanunun belirlediği temerrüt faizi oranına öncelik tanınmalıdır. Aşkın zarar tazminatı yönünden özel bir faiz hükmü belirlenmediğinden aşkın zarar tazminatı alacaklarına işletilecek faiz de yasal faiz oranıdır.

²⁰³ Kürşad Yağcı, "Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren Tbk M. 88 Ve Tbk M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C.71, S.2, s.421.

²⁰⁴ Yağcı, a.g.e s. 426.

²⁰⁵ TBK m. 88 ile getirilmiş diğer sınır ise sözleşmeyle belirlenecek yıllık faiz oranının yasal faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağıdır. Eş deyişle taraflar adi faiz oranını en fazla %13.5 oranında belirleyebilir.

²⁰⁶ Yağcı a.g.e. s. 426.

b. Ticari İşlerde Temerrüt Faizi

3095 sayılı Kanun esasen ticari faizler yönünden özel bir oran belirlememiştir. Bu sebeple taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa ticari işler bakımından da yasal faiz oranı istenebilir. Öte yandan 3095 sayılı Kanun m.2/2 uyarınca tacirlerin ticari işlerinde avans faizi talep edebilme hakları vardır. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Tebliği²⁰⁷ ile 23.12.2023²⁰⁸ günü yıllık avans faizi %44,25 oranında uygulanması tespit edilmiştir.

TTK m. 8 ile ticari işler yönünden faiz oranının serbestçe belirlenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla tacirler mevzuatta belirlenenden daha yüksek bir faiz oranını sözleşmeyle kararlaştırabilirler. Bu açıdan TBK m.120/2 düzenlemesi ile getirilmiş temerrüt faizi sınırı ticari işler bakımından uygulanmaz²⁰⁹.

Türk hukukunda kural olarak bileşik faiz yasak olsa da ticari işler yönünden istisna mevcuttur²¹⁰. TTK m.8/2 uyarınca üçer aylık hesap devreleri kapsamında olmak üzere tacirlerin cari hesap sözleşmelerinde ve ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmeleri bakımından faize tekrar faiz yürütülebilir²¹¹. TTK m. 96²¹² düzenlemesi

²⁰⁷ R.G., T. 23.12.2023, S. 32408.

²⁰⁸ Kanun lafzına göre bir önceki yıl 31 Aralık'ta ilan edilen oran ile bir sonraki yıl ilan edilen 30 Haziran oran arasında beş puandan daha fazla fark var ise o zaman 30 Haziran günü ilan oranının uygulanması gerekir. Ancak uygulamada oran açıklandığı günden itibaren yani değişiklik tarihi itibarıyla uygulanmaya alınmaktadır. Bu durumun kanun lafzına aykırı olduğu yönünde görüşler için bkz: Helvacı/Kaya, **a.g.e.**, s. 100 ; Nomer, **Borçlar**, N. 192.7. Bize göre 31 Aralıkta ilan edilmesi gerekli oranın 23 Aralıkta ilan edilmesi de yerinde değildir.

²⁰⁹ Bu konuda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Birinci gerekçemiz Türk Ticaret Kanunu Türk Borçlar Kanunu'na göre özel nitelikli bir kanundur. İkinci gerekçemiz ise TTK m. 8/3 ile tüketici işlemleri yönünden uygulanacak faiz oranı saklı tutulmuştur. Anılan bentte TBK hükümleri saklı tutulmamıştır. Nitekim tacir olan borçluyu aşırı yüksek faiz oranından korumak icap ettiğinde TMK m. 2 dürüstlük kuralı, TBK m. 28 aşırı yararlanma hükümlerinin işletilmesinin önünde engel yoktur. Bu yöndeki görüşler için bkz: Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 1613.; Eren, **Borçlar Genel**, N.3070; Helvacı/Kaya, **a.g.e.**, s. 102.; Yıldız, **a.g.e.** s.138; Yağcı, **a.g.e.**, s.432; Aksi yöndeki görüşler için; Haluk Burcuoğlu "Seminer Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler" **İzmir Barosu Dergisi**, 2012, S.2, s.33-34; Atilla Altop , "Seminer Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler" **İzmir Barosu Dergisi**, 2012, S.2, s.16-17.

²¹⁰ 3095 sayılı kanun m.3 : Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez. Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

²¹¹ Poliçeye dair hükmün bono için de uygulanmasına dair kanuni dayanak TTK m. 778/1-d, çek için uygulanmasına dayanak ise TTK m. 818/1-l bentleridir. Helvacı/Kaya, **a.g.e.** , s. 96-97.

²¹² TTK m. 96 : (1) Taraflar, üç aydan aşağı olmamak şartıyla, diledikleri andan başlamak üzere faizlerin ana paraya eklenmesini kararlaştırabilecekleri gibi hesap devreleri ile faiz ve komisyon miktarlarını da sözleşme ile belirleyebilirler. (2) 8 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklıdır.

de bileşik faize TTK m. 8'e paralel olarak cevaz vermektedir. TTK m. 726/1-b bendi uyarınca çek, bono veya poliçe bedelini ödeyen müracaat borçlusu; kendisinden önce gelen diğer borçlulara başvurarak ödediği tutarın tamamını faiziyle birlikte isteyebilir. Bu istemi borçlu icra takibi ile ileri sürdüğünde icra takibinden sonra da faiz işleyeceğinden yine bileşik faiz gündeme gelir²¹³.

Ticari işler yönünden avans faizinin işletilebilmesi için açık bir talebin gerekip gerekmediği hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe²¹⁴ göre avans faizi terimi yerine ticari faiz, kanuni faiz gibi terimlerin de kullanılması yeterli görülürken, diğer görüşe göre²¹⁵ mutlak surette avans faizi talebinde bulunulmasını ya da 3095 sayılı Kanun m. 2/2 'ye atıfta bulunulması gerektiği ifade edilmektedir. Yargıtay'ın da bu noktada verdiği kararlar çelişkilidir²¹⁶. Bize göre usul hukuku kuralları itibarıyla davacının talebini açık ve somut bir şekilde ileri sürmesi gerektiğinden açıkça avans faizi talebini ileri sürmesi veya ilgili kanuna atıf yapılması daha doğrudur.

TTK m. 1530/7 ile mal ve hizmet tedariki sözleşmeleri bakımından özel bir temerrüt faizi oranı öngörülmüştür. Düzenlemeye göre madde kapsamında mal ve hizmet tedariki sağlayan ticari işletmeler her yıl Ocak ayında Merkez Bankası tarafından yapılan tebliğ²¹⁷ uyarınca temerrüt faizi²¹⁸ isteminde bulunabileceklerdir. Alacaklının TTK m. 1530/7 uyarınca temerrüt faizi isteminde bulunabilmesi için açık bir talebinin olması gerekir²¹⁹. Merkez Bankası tarafından ilan edilen oran kanun lafzına uygun biçimde 31 Aralık günü açıklanan avans faizi oranının % 8 fazlasına tekabül etmektedir. Eş deyişle 31.12.2022 günü açıklanan avans faizi oranı %10,75²²⁰'tir. Bu oranın % 8 fazlası ise $[\% 10,75 + (\% 10,75 \times \% 8) =] \% 11,61$ 'tir.

²¹³ Helvacı/Kaya, **a.g.e.**, s. 96-97.

²¹⁴ Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 1610.

²¹⁵ Helvacı/Kaya, **a.g.e.**, s. 102.

²¹⁶ Avans faizi talebini gerekli sayan karar için bkz: Yargıtay 19. H.D., E. 2016/670, K. 2016/9286, T. 24.05.2016; Ticari faiz talebini yeterli gören karar için bkz: Yargıtay 13. H.D., E. 2014/22414, K. 2014/22387, T. 01.07.2014. (Yargıtay Karar Arama E.T. 04.08.2023.)

²¹⁷ R.G., T. 02.01.2023, S. 32061.

²¹⁸ 02.01.2023 günlü tebliğe göre TTK m. 1530/7 uyarınca uygulanacak avans faizi %11.75 , asgari giderim tutarı ise 800 TL olarak belirlenmiştir.

²¹⁹ Serkan Ayan, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", **DEÜHFD**, 2010, C.12, Özel sayı, s.783.

²²⁰ R.G., T. 31.12.2022, S. 32060.

Merkez Bankası ise kanun lafzı itibariyle en az %8 fazlasını belirlemeye yetkili olduğundan temerrüt faizi oranını 01.01.2023'ten itibaren uygulanmak üzere %11,75 olarak tespit etmiştir²²¹.

TTK m. 1530/6 fıkrası ile alacaklıyı korumak adına temerrüt faizi isteminde bir alt sınır getirilmiştir. Buna göre taraflar temerrüt faizi ödenmeyeceğini, borçlunun gecikme dolayısıyla sorumluluğun doğmayacağını veya alacaklının gecikmeden doğan zararını karşılamaktan oldukça uzak bir temerrüt faizi oranı kararlaştıramayacaklardır. Şüphesiz borçlunun sorumsuzluğunun kararlaştırılması alacaklının aşkın zarar isteminden mahrum kalmasına sebebiyet verecektir ki bu ağır ve haksız bir neticedir²²². Düzenlemede temerrüt faizinin kanuna aykırı olarak belirlenmesi halinde TTK m. 1530/7 uyarınca her yıl tespit edilen avans faizi oranının uygulanacağı yer almaktadır.

Ticari iş tanımının ne olduğu ise Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri çerçevesinde tayin edilecektir. TTK m. 3'e göre bu kanunda düzenlenen ve ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işler ticari işlerdir. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü kitabında düzenlenen taşıma işlerinden kaynaklanan tüm işler ticari iş niteliğindedir. Yine TTK m. 19 hükmü ile bir taraf için ticari iş sayılan sözleşmenin diğer taraf için de ticari iş sayılacağı karinesi getirilmiştir. Örneğin tacirin işletmesi adına işyeri kiralaması, vekil ile vekalet sözleşmesi akdetmesi ticari işlerdir. Ancak tacirin şahsi kullanım için ev tipi beyaz eşya alması durumunda ticari iş karinesi geçerli olmaz²²³.

c. Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi

Yabancı para borçlarında faizin nasıl belirleneceği 3095 sayılı Kanun m. 4/a düzenlemesiyle tespit edilmektedir. Devlet bankaları nezdinde yabancı para birimi ile

²²¹ Öğretide yer alan bazı görüşler son açıklanan avans faizi oranına 8 puan daha fazla eklenmesi gerektiğini düşünmektedir. Örneğin (%10, 75 + % 8 =) % 18, 75 olması gerektiği görüşüne dair bkz: Ayan, **a.g.e.**, s. 783-784.

²²² Helvacı/Kaya, **a.g.e.**, s. 104.

²²³ Ancak burada örneğimizdeki tacir açısından iş ticari olmasa da beyaz eşyayı satan tacir açısından ticari iş mevzubahistir. Bu ilişkide uygulanacak faiz oranı TTK m. 8 uyarınca tüketici kanuna aykırı olamaz.

açılmış bir yıl vadeli mevduat hesaplarına ödenen en yüksek faiz oranı; yabancı para borcuna esas para birimi bakımından uygulanan kanuni temerrüt faizidir. Devlet bankalarının ilgili yabancı para birimine uyguladığı faiz oranları farklı ise madde metninden anlaşıldığı üzere en yüksek faiz oranının temerrüt faizi olarak uygulanması yerinde olacaktır²²⁴. Öte yandan ilgili yabancı para birimine yönelik henüz devlet bankaları nezdinde mevduat hesabı açılmıyor ve bu sebeple bir temerrüt faizi oranı tespit edilemiyor olabilir. Bu gibi hallerde uluslararası para piyasalarında ilgili para birimi baz alınarak kurulan sözleşmelere uygulanan ortalama temerrüt faizinin uzmanlar aracılığı ile tespit edilmesi ve bu tespit doğrultusunda temerrüt faizi oranı belirlenmesi mümkündür²²⁵.

3095 sayılı Kanun m.4/a düzenlemesi kapsamında tespit edilecek oran hem ticari hem adi işler yönünden uygulama alanı bulur. Şüphesiz TBK m. 120/2 ile belirlenen temerrüt faizine getirilen üst sınır yabancı paraya işletilen faiz için de uygulanabilir niteliktedir. Yani devlet bankalarının yabancı para mevduatına uyguladığı en yüksek faiz oranı %10 ise taraflar en fazla yüzde yüz fazlası olan %20 oranında temerrüt faizi oranı belirleyebilirler. Öte yandan taraflar yabancı para alacağı için akdi faiz oranı kararlaştırmış ancak temerrüt faizi oranı kararlaştırmamışsa bu sefer TBK m. 120/3 uyarınca anapara faizi için belirlenen oran temerrüt faizi için de geçerli olacaktır²²⁶.

Yabancı para borçları yönünden TBK m. 99 hükmünü anmakta yarar görüyoruz. Yabancı para borcunun -aynen ifa kararlaştırılmamışsa- ödeme günündeki rayiç değer üzerinden ülke parasıyla ödenecek olması borcun yabancı para biriminden kaynaklandığı gerçeğini değiştirmez²²⁷. Şu halde borçlu yabancı para borcuna işleyen faizden de sorumludur. Dolayısıyla borçlu yabancı para borcunu ödemekte mütemerrit olursa alacaklı TBK m. 99/3 uyarınca -aynen ifa kararlaştırılmamışsa- seçimlik hakka sahip olacak; alacağının dilerse aynen ifa şeklinde dilerse fiili veya vade günündeki rayiç üzerinden ödenmesini isteyebilecektir.

²²⁴ Yıldız, **a.g.e.** , s. 140.

²²⁵ Yıldız, **a.g.e.** , s. 140.

²²⁶ Cem Baygın, "Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII**, Ankara, 2007, s.53.

²²⁷ Oğuzman, Öz, **Cilt I**, N. 1616.

4. Temerrüt Faizi ve Vade Farkı Kıyaslaması

Vade farkı kavramına ilişkin mevzuatta herhangi bir kanuni düzenleme olmayıp uygulaması Yargıtay kararları ile şekillenmektedir²²⁸. İslam hukuku uygulamalarında da yer alan bir kalem olması sebebiyle geçerliliğini geçmişten bugüne korumaktadır²²⁹. Özellikle taksitli ve veresiye ile satışlarda karşımıza çıkan vade farkı kavramı alıcının daha sonra ödeyeceği borç miktarına satıcı tarafından belli bir miktarın daha ilave edilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁰. Böylece alacaklının geç ödemedi doğan zararının karşılanması amaçlanmaktadır²³¹. Vade farkının istenebilmesi için taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olması yahut ticari bir teamül olması gereklidir²³². Fatura içeriğine eklenen vade farkı kaleminin TTK m.21/2²³³ uyarınca hüküm doğurup doğurmayacağı epeyce tartışılmış, nihayetinde Yargıtay İBBGK²³⁴ içtihadı birleştirme yolu ile neticeye bağlamıştır. Karara göre fatura içeriğine eklenen vade farkı kalemine sekiz gün içinde itiraz edilmemesinin sonucunun yalnızca fatura içeriğini kesinleştireceği, taraflar arasında teamül veya anlaşma yoksa vade farkının istenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

YİBBGK., E. 2001/1, K. 2003/1, T. 27.06.2003 tarihli karara göre vade farkı satış bedeli içine eklendiğinden alacağın geç ödenmesi durumunda satılan mal veya hizmetin yeni fiyatı haline gelmiştir. Dolayısıyla bu yeni alacağa temerrüt faizi işletilebilir²³⁵. Öğretide vade farkının hukuki niteliğine ilişkin bir görüş²³⁶ temerrüt

²²⁸ Helvacı / Kaya, **a.g.e.** , s.85.; Enver Karmış, **Uygulamalı Faiz ve Alacaklar Hesapları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. Basım, 2021, s.456.

²²⁹ <https://islamansiklopedisi.org.tr/vade-farki> (E.T. 08.09.2023)

²³⁰ Helvacı / Kaya, **a.g.e.** ,s.86 ; Zeki Gözütok, “**Faiz Hukuku Açıklamalı - İctihatlı - Yeni Kanunlara Göre Güncellenmiş**” , 3. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s.234-235.

²³¹ Helvacı / Kaya, , **a.g.e.** ,s.86.

²³² Gözütok, s.233.

²³³ TTK m.21/2 : “Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır.” Ancak vade farkı faturanın zorunlu unsurları içinde yer almadığından faturaya itiraz edilmemesi vade farkının kabulü sonucunu doğurmaz. Bkz: Baki İlkay Engin, “Fatura ve Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları” , **İÜHF**, 2003, C. LXI, S.1-2 , s. 257-276.

²³⁴ YİBBGK., E. 2001/1, K. 2003/1, T. 27.06.2003. (Lexpera, E.T.: 08.09.2023).

²³⁵ Haluk Nami Nomer, Baki İlkay Engin, “**Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri C.1 Satış Sözleşmesi**” , Ankara, Seçkin Yayınevi, 7. Bası, 2023, s.67, dn.53.

²³⁶ Reha Poroy, Hamdi Yasaman , **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. bası., İstanbul , Vedat Kitapçılık 2019, s.120.;

faizi niteliğinde olduğunu savunurken; bir görüş²³⁷ anapara faizi niteliğinde olduğunu savunmakta, bir görüş²³⁸ ise vade farkının somut olayın niteliğine göre hem temerrüt faizi hem de anapara faizi niteliğinde olabileceğini savunmaktadır. Yargıtay'ın da bu noktada çelişkili birçok kararı²³⁹ bulunmakta olup yakın tarihli bir içtihadı birleştirme kararında²⁴⁰ vade farkının anapara faizi niteliği olduğunu kabul etmiştir.

Bize göre vade farkı faizin bir türü olarak nitelendirilemez. Çünkü vade farkı faiz gibi fer'i nitelikte bir alacak türü değildir²⁴¹. Ayrıca alacaklının faiz isteminde bulunabilmesi için bu istemini açıkça borçluya yöneltmesi gerekir. Öte yandan anapara ödendiğinde fer'ilerin de ödenmiş sayılması mümkündür²⁴². Oysa vade farkı tarafların anlaşmasıyla veya ticari teamüle göre alacağa eklenebilen bir kalemdir. Bu doğrultuda vade farkı ödenmezse asıl borcun tamamı ödenmiş sayılmaz. Dolayısıyla yapılan ödeme kısmi ödemedir. Yine faiz istemi sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden, sözleşmeden doğabilirken, vade farkı kalemi taksitli satışlarda ve veresiye ile satışta gündeme gelir. Alacaklı tek seferde ücretini ödeyerek alamayacağı mal veya hizmeti biraz daha fazla bedel ödeyerek taksitle alma imkanına kavuşmuştur. Ancak belirlenen vadelerden sonra taksitlerin ödenmemesi sebebiyle ise elbette temerrüt faizi istenmesi olanaklıdır. Dolayısıyla bizim görüşümüze göre vade farkının hukuki niteliği anaparadır²⁴³.

²³⁷ Helvacı / Kaya, , a.g.e. ,s.86.

²³⁸ Bu görüşe göre belirli vadeye kadar işleyen vade farkı anapara faizi niteliğindeyken; belirli vadenin geçmesinden sonra artık temerrüt faizi hüviyetini alır; Murat Aydoğdu, Serkan Ayan, **“Türk Borçlar Ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”** , Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Bası, 2014, s.7-8.

²³⁹ Vade farkının temerrüt faizi niteliği olduğu yönündeki karar; Yargıtay 15. H.D., E. 2011/4624 , K. 2012/2223, T. 05.04.2012. (Yargıtay Karar Arama E.T. 08.08.2023.); Vade farkının faiz niteliğinde olmadığı yönündeki karar; Yargıtay 15. H.D., E. 2006/460, K. 2007/1435, T. 07.03.2007. (Yargıtay Karar Arama E.T. 08.08.2023.)

²⁴⁰ Yargıtay İ.B.B.G.K. E. 2017/8, K. 2019/3 , T. 24.05.2019, R.G. , T. 27.09.2019 , S. 30901.

²⁴¹ Vade farkının fer'i nitelikte bir alacak olmadığı görüşü hakkında bkz: Aydoğdu/Ayan s.9.

²⁴² TBK m. 104/2 : “Alacaklı anaparanın tamamı için makbuz vermişse, faizlerini de almış olduğu kabul edilir.”

²⁴³ Yargıtay'ın buradaki gerekçesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. Bkz: Yargıtay 19. HD., E. 2009/12595, K. 2010/7747, T. 17.06.2010: "...Taraflar arasındaki sözleşmede vadesinde ödenmeyen alacaklar için aylık %10 vade farkı uygulanacağı kararlaştırılmış, ancak temerrüt faizine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bilindiği gibi vade farkı, mal bedeline eklenen ilave bir bedel olup, temerrüt faizi niteliğinde değildir. Davaya konu takip talebinde asıl alacak ile birlikte takip tarihine kadar işlemiş faiz talebinde bulunulmuş, takipten sonrası içinde yıllık %120 faiz yürütülmesi istenilmiştir. Başka bir anlatımla davaya konu icra takibinde vade farkına ilişkin bir talep mevcut değildir. Talep, temerrüt faizine ilişkin bulunduğu ve sözleşmede temerrüt faizi konusunda bir hüküm mevcut olmadığına göre mahkemece BK'nun 101.maddesi çerçevesinde temerrüt tarihi saptanarak 3095 sayılı Kanun hükümleri

III. Alacaklının Temerrüt Faizini Aşan Zararı

A. Zararın Temerrüt Faizini Aşması

Aşkın zararın istenebilmesi için zararın temerrüt faizini aşması ve bunun alacaklı tarafından ispatı gerekir. Şöyle ki; alacaklı alacağına vaktinde kavuşamadığı için başkasından yüksek oranda faiz ile borç almışsa, kendi alacağını alamadığı için başka sözleşmenin borçlusu olarak cezai şart ödemek zorunda kalmışsa bunları ispat²⁴⁴ etmelidir²⁴⁵. Zarar, borçlunun mütemerrit olduğu günden borcu ifa ettiği güne kadarki zaman aralığını kapsar²⁴⁶. TBK m. 122’de temerrüt faizi öngörülmesi de bu yüzdendir. Dolayısıyla taraflar akdi faiz kararlaştırmış ise akdi faizi aşan zarar yönünden TBK m. 122’ye dayanılarak aşkın zarar isteminde bulunamaz²⁴⁷. Taraflar sözleşme ile TBK m. 120’de öngörülen sınırlar dahilinde özel temerrüt faizi oranı belirlemişse bu oranı aşan zarar aşkın zarar olarak istenebilecektir²⁴⁸. Aşkın zarar, temerrüt faizini aşan zarar olduğundan temerrüt faizine tekabül eden miktar indirilerek hesaplanır²⁴⁹. Zarar, temerrüt faizine eşitse veya temerrüt faizinden daha düşükse aşkın zarardan söz edilemez²⁵⁰.

Alacaklı temerrüt faizi isteme hakkını yitirmişse bu sebeple oluşan zararını aşkın zarar adı altında isteyemez, zira öncelikle temerrüt faizi isteminde bulunarak zararın çoğalmasını engellemelidir²⁵¹. İhtirazı kayıt ileri sürülmeksizin yitirilen temerrüt faizi hakkına karşılık gelen miktar; fiili ödeme günü oluşan zarar miktarından tenzil edilerek aşkın zarar hesabı yapılabilir²⁵².

gözetilmek suretiyle temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”, (Lexpera, E.T. 21.01.2024.)

²⁴⁴ Aşkın zararın ispatına ilişkin bkz. 3. Bölüm Aşkın Zararın İspatı.

²⁴⁵ Oğuzman/Öz, **C.1.**, N.1631.

²⁴⁶ Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.899.

²⁴⁷ Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.899.

²⁴⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.903.

²⁴⁹ Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.900.

²⁵⁰ Akar Öçal, “Munzam Zarar”, **EITİAD**, C. III, S.1, 1967, s.150.

²⁵¹ Gözütok, **a.g.e.**, s. 210.

²⁵² Gözütok, **a.g.e.**, s. 210.

B. Kusur

Kanun koyucu, aşkın zarar düzenlemesi ise borçlunun kusurunun ağırlaşmasını dilemiştir. TBK m. 122 düzenlemesi TBK m. 114 düzenlemesine paraleldir, zira borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumludur²⁵³. Aşkın zarar kalemi bakımından borçlu ancak kusursuzluğunu ispat ederse veya ifanın gecikme sebebinin kendisine atfedilmeyen nedenlerden dolayı olduğunu ispatlarsa sorumluluktan kurtulur²⁵⁴. Çünkü aşkın zararın şartlarından birisi de aşkın zarar ile borçlu temerrüdü arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Oysa temerrüt faizini borçlu her surette ödemekle yükümlüdür.

TBK m. 122 düzenlemesi niteliği itibariyle düzenleyici bir hükümdür²⁵⁵. Dolayısıyla taraflar sorumsuzluk anlaşması akdederek aşkın zararın ödenmemesini kararlaştırabilir²⁵⁶. Bunun yanında taraflar sözleşme ile kanuni sınırlar çerçevesinde kusur ve özen borcu tayin edebilir²⁵⁷.

²⁵³ İstanbul BAM, 4. HD., E. 2019/430, K. 2021/635, T. 25.03.2021:” buna göre davacının talebinin paranın faizine ilişkin olmayıp bunu aşan munzam zararı konu aldığı anlaşılmıştır. Dosya kapsamından, davacının toplam 59.459,27-TL sinin ihtiyaten haczedildiği, davacının haczedilen parayı kullanmadığı için zararının söz konusu olduğu, İİK.' nun 259/1 maddesi uyarınca ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun bu yüzden uğrayacağı bütün zararlardan mesul olduğu, dosya kapsamından ihtiyati haczin haksız olduğunun anlaşıldığı, haczin kaldırıldığı, haczedilen paranın davacıya iade edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, icra müdürlüğünden ihtiyati haciz yoluyla icra müdürlüğüne yatırılan paranın nemalandırılıp nemalandırılmadığı, para takip borçlusuna iade edilirken nema ödenip ödenmediği sorularak haczedilen paranın kullanılamaması nedeniyle oluşan zararın hesabı yönünden rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden,” (Lexpera, E.T. 03.01.2024.)

²⁵⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2007/2787, K. 2007/8730, T. 07.06.2007; “Davalı bankanın, tüm unsurları tamam olan çeki, davacı şirket adına yetkili olan iki kişinin imzalaması gerektiğini araştırması gerekmez. Dolayısıyla icra baskısı altında davacıdan tahsil ettiği parayı icra mahkemesi kararı üzerine icra müdürlüğüne geri ödeyen banka, kusuru bulunmadığından, munzam zarardan sorumlu tutulamaz.” Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, N. 196.1.

²⁵⁵ Eren, **“Borçlar Genel”**, N.3468.

²⁵⁶ Eren, **“Borçlar Genel”**, N.3468.

²⁵⁷ Ayrancı, **Munzam Zarar**, s. 125.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AŞKIN ZARARIN İSPATI VE TAZMİNATIN HESAPLANMASI

I. Aşkın Zararın İspatı

A. Genel Olarak Zararın İspatı

İspat hakkı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁵⁸ m. 27 ile hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir²⁵⁹. HMK m. 187 vd. hükümlerinde ise ispat ve ispat usulü düzenlenerek hukuka aykırı delillerin ispat işlevi görmeyeceği, bazı deliller yönünden ancak kanunun emrettiği ispat usulünün kullanılabileceği ifade edilmiştir.

İspat, kısaca yargılama faaliyeti esnasında hakimin olayın gerçekliğine ikna edilmesidir²⁶⁰. Tam ispat metodu da denilen bu ispat faaliyetinde hakimin, olaya ilişkin makul ve şüphe getirmeyen kanaate ulaşması sağlanır²⁶¹. Yaklaşık ispatta ise olayın gerçekleşme ihtimalinin makul seviyede olası olması ve hakikate yakın olarak ortaya konulması yeterlidir²⁶². İspat yükü, kanunda özel olarak düzenlenen ayırık durumlar hariç lehine hak söz konusu olan tarafa aittir (HMK m. 190). Hakim yargılama faaliyeti esnasında doğru hukuk normunu tespit ederek taraflarca getirilen ispata elverişli delillerin olayla örtüşüp örtüşmediğini ortaya koymalı ve ispat yükünü doğru tayin etmelidir; aksi halde ortaya çıkacak ispatsızlık riski kararın yanlış olmasına sebebiyet vererek maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyebilir²⁶³.

TBK m. 50/1 uyarınca zararın ispatı zarar görene aittir. Şüphesiz zararı en iyi bilebilecek olan zarar gören kişiye ispat yükünün yüklenmesi gayet tabiidir. TBK m. 50/2 düzenlemesiyle zararın tam olarak ispat edilemediği ancak yaklaşık olarak ispat

²⁵⁸ R.G, T. 4.2.2011, S. 27836, Kabul Tarihi: 12.1.2011.

²⁵⁹ Barış Toraman, “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler” , **DEÜHF**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan , s.1483.

²⁶⁰ Toraman, **a.g.m.**, s. 1487.

²⁶¹ Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” Ve “İhtimal” Kavramı “ , **DEÜHF**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan , s.656.

²⁶² Başözen, **a.g.m.**, s.656.

²⁶³ Murat Yavaş,” Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı” , **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21, S.2, 2015, s.760.

edildiği durumlarda hakime zararın miktarını hakkaniyet çerçevesinde belirleme yetkisi verilmiştir. Hüküm düzenleniş itibarıyla zarar görene ekonomik anlamda düşük ispat maliyeti fırsatı tanımaktadır²⁶⁴. Yani zararın tam olarak ispatlanması beklenmez. Örneğin yoksun kalınan kârın ispatında, tacirin ticari sırlarını açıklamaktan imtina etmesi gibi saiklerle zararın ispatı tam olarak ortaya koyulamadığı durumlarda hüküm zarar görenin yardımına koşturmaktadır²⁶⁵. Yine destekten yoksun kalma tazminatı, çalışma gücünün kaybından doğan zararlar da tam olarak ispat edilemediğinden geliştirilmiş bilimsel metotlarla zarar ortaya koyulmaya çalışılmaktadır. Tabii ki hüküm zarar görene hukuki yardımı düşük olasılıklar yönünden sunmamaktadır, zarar gören hakim nezdinde kanaat uyandıracak tutarlı olguları ortaya koymakla mükelleftir.

Zararın ispatında ele alınan kriterler hayatın olağan akışına uygun olmalıdır. Hayat tecrübesi, istatistiki veriler hakim tarafından serbestçe değerlendirilerek hükme varılır. TBK m. 50/2 devamında zarar görenin zarar görmemek için aldığı önlemlerin etkililiği de sorgulanarak hakkaniyete uygun karar verilmesi gerekliliğini düzenlemiştir. Zarar görenin zarara karşı aldığı önlemlerin etkililik derecesi TBK m. 52 kapsamında borçlunun karşı ispat faaliyeti uyarınca tazminle yükümlü olduğu tazminatın indirilmesine etki edebilir²⁶⁶. TBK m.50/2 ile asıl kastedilen zarar görenin kazanç elde etmek amaçlı yaptığı girişimlerin birtakım sebeplerden ötürü neticesiz kalması durumunda ispat kolaylığından yararlanmasının sağlanmasıdır²⁶⁷. Örneğin aşkın zarar alacaklısının bu korumadan yararlanarak farazi hesaplamalara dayalı olarak zararını yaklaşık olarak ispat etmesi böyledir. Borçlu alacaklının hatalı önlemlerini delil göstererek kusurunu azaltmayı başarması halinde tazminat indiriminden yararlanır.

Bazı hallerde ise ispat yükü zarar gören üzerinde değil, zarar veren üzerindedir. Örneğin TBK m. 118 uyarınca mütemerrit borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat ederse gecikme tazminatı yükümünden kurtulur. TBK m. 119

²⁶⁴ Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2017, s.506.

²⁶⁵ Sanlı, **a.g.e.**, s.506.

²⁶⁶ Sanlı, **a.g.e.**, s.508.

²⁶⁷ Eren, **Borçlar Genel**, N.2281; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, N. 261.

uyarınca da borçlu beklenmedik halin vereceği zararın kendisi temerrüde düşmeseydi de gerçekleşeceğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulma imkanına kavuşabilir. Bazen de zarar görenin ispat faaliyetine girişmeden kanuni dayanağa uygun olarak zararını tazmin etmesi mümkündür. Örneğin TBK m. 213/3 ve m. 236/3 uyarınca eğer satılan borsada kayıtlı bir mal ise veya piyasa değeri kolaylıkla tespit edilebilen mallardan ise alacaklı zararını ispatlamak zorunda kalmayıp satış bedeli ile ödeme günündeki bedel arasındaki farkı talep ederek zararının giderilmesini isteyebilir.

B. Aşkın Zararın İspatı

Temerrüt faizinin aksine aşkın zarar kalemi bakımından alacaklı zararını ispatla mükelleftir. Eğer borçlu tarafından henüz bir ödeme yapılmamışsa, diğer deyişle temerrüt halen devam ediyorsa henüz aşkın zarardan bahsedilemez²⁶⁸. Dolayısıyla gerçekleşen temerrüt sonrası yapılan ödemenin, alacaklı nezdinde temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zarara sebebiyet vermesi gereklidir. Paranın iç alım gücünün düştüğü, çeşitli ekonomik buhranların gerçekleştiği ortamda paranın değerini zamana karşı korumak oldukça güçtür. Bir görüşe göre, paranın değer kaybına uğraması sorunu; kanunlarda öngörülen faiz oranlarının ekonomik gerçeklerle örtüşmeyecek derecede düşük kalması sebebiyle çözülememektedir²⁶⁹. Bu görüşe göre düşük faiz oranlarının caydırıcılıktan uzak olması çoğu zaman paranın değer kaybından istifade eden borçlunun lehine kazanç sağlamasına yaramaktadır. Öğretide bu karmaşanın giderilmesine ilişkin somut ve soyut metotlar geliştirilmiştir. Alacaklı bu metotlardan birini seçerek zararını ispat edebilir. Ancak gerek öğretide gerekse Yargıtay kararlarında bu metotlar üzerinde görüş birliğine varılamamıştır.

²⁶⁸ İstanbul BAM 14. H.D., E. 2017/925, K. 2018/757, T. 13.07.2018: “Dava dilekçesinde, hüküm altına alınacak miktarın bizzat davacıya ödenmesi talep edilmesine rağmen icra dosyasına herhangi bir ödeme yapılmamıştır. İş bu davanın açılabilmesi için öncelikle davacı tarafından ödeme yapılması ihtimalinden öte fiili bir ödemenin bulunması şarttır. Bu sebeple davacının bu aşamada, dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle ilk derece mahkemesi kararının isabetli olduğundan davacının istinaf başvurusunun esaslan reddine dair aşağıdaki karar verilmiştir.” (Lexpera, E.T. 03.01.2024.)

²⁶⁹ Vedat Buz, “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, **Yargıtay Dergisi**, 24(3), 1998, s. 393.

1. Somut Metot

Bu yöntemde alacaklı zarar iddiasını kendisi parayı kullanma metotları çerçevesinde temellendirerek ispat etmelidir²⁷⁰. Eş deyişle her aşkın zarar talepli dava özelinde davacıya özgü bir somut olay gerçekleşeceğinden davacı kendi ekonomik standartlarını net bir şekilde ortaya koyarak zararını ispat etmek zorundadır²⁷¹. Örneğin hiç hisse senedine yatırım yapmamış birinin parasını borsada değerlendirseydi aşkın zarara uğramayacağı yönündeki iddiası dinlenemez. Yine alacaklı alacağını alamadığı için başka bir sözleşmesel ilişkiden dolayı cezai şart ödemek zorunda kalmışsa veya yüksek faizli kredi çekmek zorunda kalmışsa, alacağını zamanında tahsil edemediği için acz içine düşmüşse²⁷² alacaklı somut verilerle zararını ispat edebilir. Bu yönüyle zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki illiyet bağı açık bir şekilde ortaya konulmalıdır²⁷³. Görüldüğü üzere somut metot alacaklıya

²⁷⁰ Emin Zeytinoğlu, “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2005 (2), s.259.

²⁷¹ Yargıtay, İBBGK, E. 1997/2, K. 1999/1, T. 08.10.1999. “Zararların kanıtlanması işleminin tek bir ispat vasıtasına bağlanması; hakim, delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracağı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyebilecektir.”, Şebnem Nebioğlu Öner, “Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar”, **TBB Dergisi**, S.165, 2023, s.121.

²⁷² Yargıtay 11. HD., E. 2022/4460, K. 2023/3976, T. 21.06.2023: “...dosya kapsamında alınan bilirkişi raporunda fabrika binasının, 306 ada 21 parsel 1 nolu dairenin iflasa bağlı olarak ortaya çıkan somut zararı ile taşınmazların icra satış bedeli arasındaki fark sonucu bulunan zararın 819.916,00 TL olduğu, öte yandan paranın değerini korumak için yaygın şekilde kullanılan döviz, altın ve faizden oluşturulan bir sepet ile hazırlanarak bulunan zararın 140.752,18 TL tespit edildiği, somut olayda şirketin mevduat hesabında 232.750,00 TL bulunduğu, zimmete geçirilen paranın zamanında borçlulara ödenmemesi nedeniyle borçları ödemek için satılan fabrika binası ve dairenin değerinin altında icra kanalıyla satıldığı, zararın satıldığı dönemde dahi ederinden toplamda 920.170,00 TL daha az bir değerde satıldığı, bunun yasal faizinin aradaki farkı somut olarak şirketin uğramış olduğu zarara yönelik hesap olması sebebiyle bu hesap esas alınarak davanın 819.916,00 TL üzerinden kabulüne karar verilmiştir...” (Lexpera, E.T. 02.01.2024)

²⁷³ Yargıtay, 19. HD., E. 2017/5217, K.2019/5474, T. 09.12.2019: “Davacı, davalılara sattığı akaryakıt bedelinin ödenmediğini, bunun için dava açmak zorunda kaldığını, uzun süren yargılama sonucunda aldığı ilamın icrası sonucu eline geçen anapara ve faiz toplamının sattığı akaryakıt bedelini bile karşılamadığını belirterek munzam zarar talep etmiştir. Davacı munzam zararının sebebi olarak sattığı akaryakıtı yerine koyamama olarak bildirmiştir. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, konusunda uzman bilirkişi heyeti oluşturularak önce davacının davalılara hangi tür akaryakıtı ne miktarda sattığı ve satış bedelinin ne zaman ödenmesi gerektiğini saptattırmak, satış bedelinin ödenmesi gerektiği tarihte davacının sattığı akaryakıt tür ve miktarında yeni akaryakıtı kendi tedarikçisinden kaç liraya tedarik edebileceğini buldurmak, daha sonra akaryakıt bedeli için açtığı davada tahsil ettiği anapara ve faiz toplamını tespit ettirmek olmalıdır. Davacının davalılardan tahsil ettiği anapara ve faiz toplamının, davacının sattığı malı yeniden tedarik etmesi için ödemesi gereken bedelle kıyaslayıp arada davacı aleyhine bir fark varsa davacının munzam zararının bu olduğunun kabulü ile sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Ancak hüküm esas alınan bilirkişi raporu bu ilkelere uygun düzenlenmemiştir. Eksik soruşturmaya hüküm kurulamaz, bu nedenle hükmün bozulması gerekmektedir.”, (Lexpera, E.T. 03.01.2024.); Benzer yönde bkz. Yargıtay 19. HD., E. 2018/1690, K. 2019/2185, T. 02.04.2019. (Lexpera, E.T. 03.01.2024.)

ispat kolaylığı sağlamaz. Öğretide bazı yazarlar aşkın zararın somut metot yöntemiyle ispat edilmesi gerektiğini savunurken²⁷⁴, bazı yazarlara göre²⁷⁵ enflasyon gibi etkisi herkes için malum ekonomik sorunlar başlı başına temerrüt faiz oranından daha yüksek bir zarara sebebiyet verdiğiinden alacaklının zararını bu metoda göre ispat etmesi ispat külfetini zorlaştırır.

Taraflar arasında bedeli peşin ödenmek suretiyle demir satım sözleşmesinin imzalandığı ve ödemelerin vaktinde gerçekleşmemesi sebebiyle demir fiyatlarında artış meydana gelmesi ve alacaklının temerrüt faizini aşan zararının olduğu örnekte Yargıtay, alacaklının zararını somut metot ile ispat edemediği gerekçesiyle davasını reddetmiştir²⁷⁶. Bu örnekteki uyuşmazlığın çözümünde soyut metodun tipik bir örneği olan TBK m. 213/3²⁷⁷ hükmünden yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmaksızın davanın reddedilmesi somut olay adaletiyle bağdaşmamaktadır. Piyasa fiyatı değişkenlik gösteren emtiaların enflasyon karşısında fiyat değişikliğine uğrayacağı izahtan varestedir.

2. Soyut Metot

Soyut yöntemde somut metodun aksine devlet tarafından açıklanan resmi istatistikler²⁷⁸, çeşitli finans veya ticaret kurumlarının hazırlamış olduğu istatistiki

²⁷⁴ Hüseyin Altaş, “Munzam Zararda İspat Sorunu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(1), 2001, s.123; Aslan Kaya, “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, *İÜHF*, 54(1-4), 1994, s.349; Zeytinoglu, *a.g.m.*, s.262; Mehmet Akçaal, “Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 2, 2022, s.1080.

²⁷⁵ Helvacı, *a.g.e.*, s.88; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.911; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, *a.g.e.*, s. 943-944; Albaş, *a.g.e.*, s. 189.

²⁷⁶ Yargıtay 11. HD, E. 2023/927, K. 2023/4212, T. 06.07.2023. “Davacı vekili, taraflar arasında bedeli peşin ödenmek üzere demir satım sözleşmesi imzalandığını; ancak ödemelerin zamanında yapılmaması ve demir fiyatlarında meydana gelen artış nedeniyle müvekkilinin munzam zararının oluştuğunu, oluşan zararın ödenen temerrüt faizi ile karşılanmadığını ileri sürerek şimdilik 15.000,00 TL munzam zarar alacağının avans faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile talebini 66.500,00 TL'ye artırmıştır.... Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile davalının satım bedelini ödemede gecikmesi nedeniyle kararlaştırılan gecikme cezasını ödemediği, gecikme faizini aşan zararın alacaklı tarafından somut deliller ile ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...” (Lexpera, E.T. 02.01.2024.)

²⁷⁷ TBK m. 213/3 soyut metot uygulamasına örnek bir maddedir. Alacaklının bu madde kapsamında soyut metoda göre olumlu zararını istemesini mümkündür. Ancak alacaklı zararın giderimi için en uygun tazmin metodunu seçmekte serbesttir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer / Engin, “**Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri C.1 Satış Sözleşmesi**”, s. 148 vd.

²⁷⁸ Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan tüketici fiyat endeksi, üretici fiyat endeksi, resmi enflasyon oranları örnek gösterilebilir.

veriler²⁷⁹, delil olarak kullanılmak suretiyle aşkın zarar ispat edilebilir. Bu yönüyle soyut yöntem farazi değerlendirmelere dayalı bir ispat yöntemi sunması itibariyle alacaklıya ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Örneğin güncel bir istinaf mahkemesi kararında²⁸⁰ alacaklı 2009 yılında hükmedilen arsa bedeline ilişkin alacağına ancak 2020 yılında kavuşabilmiştir. Aradan geçen süreçte arsa bedeli için biçilen değer düşük kaldığından alacaklının aşkın zararı

²⁷⁹ Sektörel bazlı emtia fiyat göstergeleri, kapalı çarşı altın fiyatları, faiz baz puan artırım oranları gibi veriler buna örnektir.

²⁸⁰ İzmir BAM, 14. HD., E. 2021/603, K. 2022/1147, T. 21.09.2022 ; “Davacı vekili tarafından verilen dava dilekçesiyle özetle; Taraflar arasında İzmir 1.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2009/722 E. 2017/664 K. Sayılı dosyası ile davacının tazminat istemine ilişkin yargılama neticesinde “....davacının vekillerinin eylemleri sonucu; sözleşmeler doğrultusunda hak kazanacağı ... ada ... parselin ifrazından sonra kalan 2580 m2' lik bölüm için bu bölümün arsa bedeli karşılığı kadar zarara uğradığı, bu zararın da dava tarihi itibariyle 1.290.000,00-TL mertebesinde olduğu, bu bedelin davalılar ..., ... ve Şti' den tahsilinin gerektiği incelenen tüm dosya kapsamı ile anlaşılmış, davanın ..., ... ve.... Şti yönünden kısmen kabulüne...” karar verildiği, söz konusu ilk derece mahkemesi kararının, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2017/1502 E. 2019/63 K. Sayılı dosyası ile incelenerek davacı lehine hüküm tesis edildiğini, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi nin 2017/1502 E. 2019/63 K. Sayılı ilamı Yargıtay 15. HD.2019/922 E. 2019/5253 K. Sayılı 19/12/2019 tarihli ilamı ile onandığını, davacı/müvekkil zararı olarak dava tarihi olan 01/12/2009 tarihi itibari ile 1.290.000,00.TL. (bir milyon iki yüz doksan bin) olarak tespit edilen zarara ilişkin İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2009/722 E. 2017/664 K. Sayılı ilamının İzmir 22.İcra Müdürlüğü'nün 2019/11440 E. Sayılı dosyası ile icraya konulduğu ve takip dosyasının borçlu/lardan 2020 yılı Ocak ve Şubat aylarında yapılan ödemeler ile ticari avans faizi ile birlikte tahsil edildiğini, ancak davacı/müvekkil firmanın gerçek zararının , paranın alım gücünün düşmesi ve yüksek enflasyonist ortam, taşınmaz değerlerinin artması vb. sebebi ile tahsil edilen temerrüt faiz alacağından çok daha fazla olduğunu, 12/12/2016 tarihli bilirkişi ek raporunda dava tarihi olan 01/12/2009 tarihi itibari ile m2 si 500,00.TL. (beş yüz) olarak hesaplanan 2580 m2 büyüklüğündeki arsanın m2 değerinin gerek Mahkeme karar tarihi gerekse icra takibinde tahsilat yapılan tarihlerde çok daha yüksek olup tahsil edilen temerrüt faizi davacı/müvekkilin zararını tazminden çok uzak olduğunu bildirerek davacının munzam zararının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda arttırılmak üzere asgari 1.000,00.TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, yargılama giderleri ile ücreti vekaletin davalılara yükletilmesine karar verilmesinin talep ve dava edilmiştir..... davacı Türk Borçlar Kanunu'nun 122/1. maddesinde düzenlenen aşkın zarara ilişkin olup, İzmir 1. ATM'nin 2009/722 E. sayılı dosyası ile açılan ilk tazminat (alacak ve faiziyle) davasında karşılanmayan zararları talep etmiştir. Bu da yatırım araçları ile ilgili getiri bilgilerinin resmi kurumlardan sorulup tespit edildikten sonra, munzam zarar hesabı konusunda uzman bilirkişi kurulundan, tahsiline karar verilen davacı alacağının temerrüt tarihinde bu yatırım araçlarından oluşacak sepete yatırılması ve değerlendirilmesi halinde tahsil tarihlerinde asıl alacakla birlikte getirisinin ulaşabileceği miktar ile tahsiline hükmedilen asıl alacak ve bu alacak için temerrüt tarihinden tahsil tarihlerine kadar davacının tahsil edebileceği ve tahsil ettiği faiz miktarı ve toplam miktar ve bu şekilde bulunacak toplam miktarlar arasındaki fark konusunda gerekçeli, mahkeme ve istinaf denetimine elverişli rapor alınıp değerlendirilerek varsa davacının faizle karşılanamayan zarar konusunda sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ve araştırmayla ispatlanamayan davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan, (Yargıtay 15. Hd. Esas:2020/967, Karar:2021/859) davacı vekilinin istinaf talebinin 6100 Sayılı HMK'nın 353/(1)-a-6. maddesi gereğince belirtilen gerekçelerle kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının dairemizce kaldırılmasına karar verilmiştir...” (Lexpera, 23.12.2023.)

oluşturmuştur. İstinaf mahkemesi, ekonomik veriler doğrultusunda yapılabilecek yatırımların bir sepette toplanarak zararın belirlenmesine karar vermiştir.

Alacaklının iradesinden bağımsız olarak gelişen haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi borç ilişkisinden doğan istemlerde soyut metodun uygulanması bu zarar kalemleri bakımından farazi değerlendirmelere muhtaç olunması bakımından olanaklıdır²⁸¹. Sözleşmesel ilişkinin kamu kuruluşu, banka gibi taraflarla kurulması, alacaklı nezdinde sözleşmenin gerçekleşeceğine dair haklı beklenti oluşturduğundan alacaklının kuruma olan güveni sebebiyle soyut yöntemle zarar ispatı yeterli görülmelidir²⁸². Örneğin idarenin kamulaştırmassız el atma yoluyla vatandaşın taşınmazını değerlendirmesi durumunda vatandaşa ödeyeceği tazminatı kamulaştırma tarihinde ödemek yerine uzun süren dava neticesinde ödeme keyfiyetinde bulunması ve aradan geçen sürenin vatandaşın aşkın zararına sebep olması ihtimalinde tazminat alacaklısına katı bir yorumla somut metot ispat yolunun zorunlu tutulması adil olmayacaktır²⁸³. İdarenin ödemesi gereken tazminatı süresinde ödemeyerek vatandaşın zararına sebebiyet vermesi zararın ispatı açısından yeterli görülmelidir²⁸⁴.

Sigorta hukuku kaynaklı uyumsuzluklarda ikame değer esası üzerinden aşkın zarar isteminin kabul edilebileceği yargı içtihatlarında kabul edilmiştir²⁸⁵.

²⁸¹ Keser, **a.g.m.**, s.495.

²⁸² Keser, **a.g.m.**, s.493; Yargıtay, 11. HD., E. 2015/15144, K. 2016/9357, T. 06.12.2016, “Somut olayda, davacılar vekili, müvekkillerinin mevduat hesaplarından davalı bankanın kusurlu davranışlarıyla üçüncü kişilere ödeme yapılması nedeniyle mahkemece usulsüz ödenen meblağların davalı bankadan tahsiline karar verildiğini, mahkeme kararına istinaden davalı banka tarafından 13/03/2009 tarihinde ödeme yapıldığını, müvekkillerinin alacaklarına zamanında kavuşmamaları nedeniyle zarara uğradıklarını ileri sürmüş , mahkemece yukarıda yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak mahkemece munzam zararın hesabına ilişkin hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporlarında, sadece döviz kurları ve mevduat faizleri esas alınarak değerlendirme yapıldığı, ancak üçer aylık vadeli mevduata uygulanan faiz oranı üzerinden sonuca ulaşıldığı anlaşılmaktadır.... “(Eksik inceleme sebebiyle bozma, Lexpera, E.T. 31.12.2023.)

²⁸³ Keser, **a.g.m.**, s.494.

²⁸⁴ Kamulaştırmassız el atmadan doğan aşkın zarar talebi yönünden halen somut metot ile ispat yöntemi zorunlu tutulmaktadır. Yargıtay 5. HD., E. 2022/15537, K.2023/8312, T. 03.10.2023, (Lexpera, E.T. 27.12.2023); Yargıtay 5. HD., E. 2016/729, K. 2016/12712, T. 28.06.2016. (Lexpera, E.T. 27.12.2023)

²⁸⁵ Yargıtay, 11. HD., E. 2019/2595, K. 2019/7406, T. 21.11.2019: “sigorta hukukundan kaynaklanan uyumsuzluklarda somut ispat koşuluna bağlı olmadan "ikame değer" esasına göre munzam zarar istenebileceği, sigorta şirketi tarafından ödenmesi gereken sigorta teminatı kusurlu olarak geç ödendiğinden davacı tarafın faizi aşan zararından davalının sorumlu olacağı, fiili ödeme tarihinde geminin rayış değerinin 1.400.000,00 USD olduğu, davalı ... tarafından yapılan ana para ve faiz ödemesi toplamı 1.355.728,88 TL olup, fiili ödeme tarihindeki 1,3514 TL kur üzerinden karşılığının 1.003.203,26 USD olduğu, buna göre munzam zararın (1.400.000-1.003.203,26 =) 597.508,65 USD hesaplandığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile..” ; İstanbul BAM, 40. HD., E. 2019/1006, K.

3. Yargı Uygulamaları

Yargı uygulamalarının seyrinin ne yönde olduğunun tespiti bakımından çalışmamız kapsamında binin üzerinde istinaf mahkemeleri ve Yargıtay kararı incelenmiştir. Bu kapsamda ulaşılan bir kısım sonuçlar işbu başlık altında ele alınmış olup; uygulamaya ilişkin diğer sonuçlara ilgili kararın tezin uygun düşen diğer bölümlerinde yer verilmiştir.

Yargıtay aşkın zararın ispatında çoğunlukla 2017 yılına kadar somut metodu benimsemiştir²⁸⁶. Yargıtay 15. H.D., E. 2016/1049, K. 2016/2737, T. 12.05.2016²⁸⁷;

“Dava konusu somut olaydaki çözümlenmesi gereken hukuki sorun; temerrüt faizini

2020/3869, T. 24.09.2020: “Yargıtayın yerleşik içtihatlarında da kabul edildiği üzere, sigorta hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda somut ispat koşuluna bağlı olmadan ikame değer esasına göre munzam zarar (aşkın zarar) istenebilecektir. Dolayısıyla somut olayda, ödemesi gereken sigorta teminatını kusurlu olarak geç ödeyen davalı ... şirketinin, davacı tarafın faizi aşan bir zararının bulunması halinde bundan sorumlu olacağı konusunda duraksama yoktur. Bu durumda davacının sigorta tazminatını geç almaktan dolayı temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zararının (aşkın zarar) olup olmadığının saptanması gerekir. Taraflar arasında düzenlenen poliçe mal sigortasına ilişkin olduğuna göre, tazminatın zamanında ödenmiş olması halinde zayı olan emtianın ne miktarda para ile tekrar yerine konulabileceği belirlendiğinde munzam zararın oluşup oluşmadığı sonucuna varılabilecektir.” (Lexpera, E.T. 03.01.2024)

²⁸⁶ Yargıtay, HGK, E. 2000/5-1611, K. 2000/1636, T. 08.11.2001; “Soyut anlatımlar, muhtemel kâr kayıpları, elde edilmesi tahmin edilen gelir kalemleri munzam zararın ispatı için yeterli değildir. Yine yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu gibi hususlar davacıyı ispat yükünden kurtarmaz.”, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 20.09.2023.); Yargıtay, HGK, E. 2004/5-460, K. 2004/614, T. 24.11.2004; “Her ne kadar davacı, döviz faizini aşan bir zararı olduğu iddiasıyla davayı açmış ise de zararın ne şekilde oluştuğunu somut olarak ispat etmiş değildir.”, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 20.09.2023.); Yargıtay, HGK, E. 2007/701-800, K. 798, T. 31.10.2007; “Salt ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklar munzam zararın kanıtı olarak kabul edilemez. O halde davacının munzam zararını genel ekonomik olumsuzluklar dışında, somut vakıalarla kanıtlaması gerekir.”, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 20.09.2023.); Yargıtay 17. H.D., E. 2012/11411, K. 2013/3535, T. 18.03.2013; “Somut olayda, davacı taraf geç ödendiğini iddia ettiği meblağın zamanında ödenseydi ne şekilde değerlendireceğini açıkça belirtmediği gibi, somut olarak da zarara uğradığına ilişkin herhangi bir kanıt sunmamıştır. Öte yandan, davacı yönünden kaza tarihi ile davalının kısmi ödeme yaptığı tarih arasındaki faiz gelirinden yoksunluk söz konusu ise de bu kısma ilişkin zararın verilen (önceki) kararın temyizi suretiyle giderilmesi mümkün iken temyiz yoluna başvurulmayarak kararın kesinleşmiş olması karşısında davacının talep edeceği bir munzam zararı bulunmadığından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 20.09.2023.); Yargıtay, 17. H.D., E. 2014/13329, K. 2016/ 9629, T. 01.11.2016; “Kanun hükümlerinin açık lafzından da anlaşılacağı üzere, munzam zarar; borçlunun temerrüdü sebebiyle uğranılmış olan ve temerrüt faizini aşması sebebiyle borçlu tarafından karşılanamayan zarardır. Alacaklı, temerrüt sebebiyle uğradığı ve temerrüt faizini aşan bakiye zararının borçludan tahsilini talep edebilir. Ancak munzam zararın olduğu hususunun alacaklı tarafından ispatlanması gerekir. Diğer bir anlatımla fiilen uğranılan zararın somut veri ve belgelerle tevsik edilmesi gerekir.”, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 20.09.2023.)

²⁸⁷ Yargıtay 15. H.D., E. 2016/1049, K. 2016/2737, T. 12.05.2016, (Yargıtay Karar Arama, E.T. 20.09.2023.)

aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlaması gerekir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz sebebiyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (TBK. m. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez.”

Yargıtay az miktardaki kararında tacirler bakımından soyut metodun uygulanabilir olduğunu kabul etmiş, temerrüt süresinde gerçekleşen alım gücü azalmasının herkesçe bilinen maruf ve meşhur olaylar niteliğinde olduğunu, olayın özelliğine göre uzman bilirkişilerden yararlanılarak zararın ispat edilebileceğini hüküm altına almıştır²⁸⁸. İçtihat farklılıklarının devam etmesi üzerine mesele Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'na intikal etmiş, hakimın takdir yetkisi de nazara alınarak zarar ispatının tek bir ispat yöntemi ile kısıtlanmasının hukuk gelişimine ket vuracağına karar verilerek içtihadı birleştirmeye lüzum görülmemiştir²⁸⁹.

²⁸⁸ Yargıtay 11. H. D., E. 1985/3533, K. 1985/4757, T. 24.09.1985, Nebioğlu Öner, **a.g.m.**, s.126; Yargıtay 11. H.D., E. 1996/1416, K. 1996/3723, T. 23.05.1996, Nebioğlu Öner, **a.g.m.**, s.126; Yargıtay 13. H. D., E. 1995/267, K. 1995/5451, T. 01.01.1995, Nebioğlu Öner, **a.g.m.**, s.126; Yargıtay 13. H. D., E. 1997/2555, K. 1997/4658 , T. 22.05.1997, Nebioğlu Öner, **a.g.m.**, s.126.

²⁸⁹ YİBBGK., E. 1997/2, K. 1999/1, T. 08.10.1999; “Kaynağını değişik ve çok türlü maddi olaylardan alan munzam zararların kanıtlaması işleminin, içtihatların birleştirilmesi yolu ile tek bir ispat vasıtasına bağlanması; hakimın delilleri serbestçe takdir etmesini öngören hükümleri sınırlandıracağı gibi hukukun gelişmesini de önleyecektir. Açıklanan nedenlerle içtihatların birleştirilmesine gerek yoktur...” Akçaal, **a.g.m.**, s. 1089; Nebioğlu Öner, **a.g.m.**, s. 127.

Bu noktada soyut metot lehine gerçekleşen kırılma Ano İnşaat ve Ticaret Limited Şirketi'nin Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvuru²⁹⁰ sonucunda gerçekleşmiştir. Başvuruya konu olayda Ano İnşaat şirketi Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ile 09.05.1977 tarihli hidroelektrik santral inşaatı hususunda sözleşme akdetmiştir. Anılan sözleşmeye göre inşaat devam ederken ek bir sözleşme yapılmış, akabinde Ano İnşaat'ın talebi ve idarenin onayı doğrultusunda 09.06.1988 günü inşaat faaliyetleri tasfiye edilerek sonlandırılmıştır. Ardından idare sözleşme süresinde yapılan masraflar için kesin hesap çıkartmış ve bu hesaba başvuru şirket tarafından 24.10.1989 günü itiraz edilmiştir. Başvuru şirket 10.10.1990 tarihli alacak davası açmış; uzun süren yargılama sürecinin ardından karar 06.06.2002 tarihinde Yargıtay'ın düzelterek onamasıyla kesinleşmiştir. İdare, borcunu 23.09.2002 günü alacaklıya temerrüt faiziyle birlikte ödemiştir.

Başvuru Ano İnşaat, 04.12.2002 günü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur²⁹¹. AİHM 07.10.2008 günlü kararıyla öncelikle BK m. 105 (TBK m.122) aşkın zarar istemine ilişkin dava yolunu göstererek iç hukuk yollarının tüketilmediğine hükmetmiş, 06.10.2009 günlü kararıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁹².

Başvuru Ano İnşaat, 16.03.1995 günü munzam zarar davası açmıştır. Buna ilişkin yargılama davacının somut delillerle zararını ispat edemediğinden bahisle 25.12.2012 günü onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi de 26.12.2013 günü reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia ederek 20.02.2014 günü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 21.12.2017 günü başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda özetle, yaklaşık 18 yıl 9 ay süren yargılama sürecinin makul olmadığına, başvurucunun enflasyon karşısında alacağının

²⁹⁰ R.G., T. 25.1.2018, S. 30312, AYM Bireysel Başvuru No 2014/2267, K. 21.12.2017, Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.

²⁹¹ “Naci Balkar (Baltutan) ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye (k.k.), B. No: 9522/03, 7/10/2008” AYM kararı 20. Paragraf.

²⁹² “Baltutan ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye, B. No: 9522/03, 6/10/2009” AYM kararı 21. Paragraf.

ciddi oranda değer kaybetmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine, mahkemelerin katı yorumda bulunduğu, başvurucuya aşırı külfet yüklendiğine değinmiştir²⁹³.

Kişi malvarlığına ait her türlü menkul ve gayrimenkul değerler, icrası kabil alacaklar, fikri haklar, sınırlı ayni haklar Anayasa m. 35 doğrultusunda mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilir²⁹⁴. AİHM ve AYM içtihatları paralel olarak bir kanun hükmüne veya yargı kararına dayanan alacak talepleri de meşru beklenti içerdiğinden mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir²⁹⁵. Şu halde aşkın zarar talepleri de evleviyetle mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilir. Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlenen kararında mahkeme uygulamalarının Anayasaya uygun olup olmadığını denetleyerek mülkiyet hakkı ihlalini tespit etmiştir. Bireysel başvuru kararının yol gösterici niteliği Yargıtay uygulamasını soyut metodu uygulamaya yönlendirmiştir. Bazı daireler karardan sonra somut metodu benimsemeye devam etse de²⁹⁶ genel eğilim soyut metot yönünde içtihat değişikliğine gidilmesi şeklinde olmuştur²⁹⁷.

²⁹³ AYM kararı paragraf 81-83.

²⁹⁴ Nebioğlu Öner, , **a.g.m.**, s. 125.

²⁹⁵ Özgür Duman, “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.6, S.12, 2018, s.416-418.

²⁹⁶ Yargıtay HGK, E. 2021/938, K. 2022/401, T. 29.03.2022. “Burada kanıtlanacak olgular; ekonomik şartlar sonucu ortaya çıkan olumsuzluklar gibi genel ve soyut hususlardan ziyade geç ödeme nedeniyle davacının kendisinin, şahsen ve somut olarak uğradığı zarardır. Ancak mahkemece yapılan yargılama sırasında, davacı tarafından yukarıda belirtildiği şekilde bir zarar olgusunun ileri sürülüp yasal çerçevede ispatlandığı söylenemez.”, (Lexpera, E.T. 22.09.2023); Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz: Yargıtay HGK, E. 2017/18-2800, K. 2021/1629, T. 09.12.2021, (Lexpera, E.T. 22.09.2023); Yargıtay 11. H.D., E. 2020/3860, K. 2021/2759, T. 23.03.2021, (Lexpera, E.T. 22.09.2023) ; Yargıtay 1. H.D., E. 2020/1472 , K. 2022/437 , T. 19.01.2022, (Lexpera, E.T. 22.09.2023) ; Yargıtay 3. H.D., E. 2020/5000 , K. 2021/381 , T. 25.01.2021. (Lexpera, E.T. 22.09.2023); Yargıtay 3. H.D. E. 2022/691, K. 2022/2136, T. 10.03.2022, (Lexpera, E.T. 22.09.2023) ; Yargıtay 19. H.D., E. 2018/1690, K. 2019/2185, T. 02.04.2019, (Lexpera, E.T. 22.09.2023); Yargıtay 5. HD., 21.01.2019 tarih, E. 2017/17121 , K. 2019/604, T. 21.01.2019, (Lexpera, E.T. 22.09.2023); Yargıtay 13. HD., 30.05.2019, E. 2016/10665, K. 2019/6982 , T. 30.05.2019, (Lexpera, E.T. 22.09.2023); İstanbul BAM 13. H.D. , E. 2019/319 , K. 2020/1260 , T. 12.11.2020, (Uyap Emsal Karar Arama E.T. 22.09.2023.); İstanbul BAM 14. H.D. , E. 2018/132 , K. 2018/742 , T. 11.07.2018, (Uyap Emsal Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 11. HD., E. 2021/5036, K. 2023/847, T. 15.02.2023, (Uyap Emsal Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 11. HD., E. 2019/4249, K. 2022/6439, T. 29.09.2022. (Uyap Emsal Karar Arama E.T. 22.09.2023.)

²⁹⁷ Yargıtay 15. H.D., E. 2018/3765, K. 2018/4907, T. 06.12.2018. “Dairemizce uzun yıllar munzam zararın varlığını davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilip uygulanmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu, 21.12.2017 gün ve 2014/2267 Sayılı başvuru numaralı kararına konu uyuşmazlıkta, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklendiği, bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında

Alacaklı nezdinde meydana gelen aşkın zararın boyutunun ne derece olduğu yargılamaya muhtaç bir konu olduğundan davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkündür. Yargıtay'ın belirsiz alacak davası olarak açılan aşkın zarar taleplerini temyiz kesinlik sınırı altında kaldığı için reddettiği kararlar bulunmaktadır²⁹⁸. Belirsiz alacak davasında tespit edilmesi beklenen alacağın bir

kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâlüne neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığının karene olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir..." , (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Dairenin benzer yöndeki kararları için bkz: Yargıtay 15. H.D. , E. 2017/2736 K. 2018/1742, T. 25.04.2018, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 15. H.D. , E. 2020/967 K. 2021/859, T. 15.03.2021, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 15. H.D., E. 2018/3499 K. 2018/4739 , T. 28.11.2018, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 15. H.D. , E. 2018/1494 K. 2019/932 , T. 04.03.2019, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 11. H.D. , E. 2016/12086 K. 2018/5488 , T. 20.09.2018. "Enflasyonist ortamda bireyin, parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması, en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşen bir karinedir. Enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüsünün doğal bir sonucudur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları kamuya az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu taktirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimi ile "maruf ve meşhur" vakıaların ispatına gerek yoktur." , (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.) ; Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz: Yargıtay 11. H.D., E. 2018/193 , K. 2019/4929 , T. 27.06.2019, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 3. H.D. , E. 2020/10700 K. 2021/10183 , T. 18.10.2021, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay, 4. HD., E. 2017/154, K. 2019/5415, T. 20.11.2019, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 11. H.D., E. 2018/4349, K. 2019/5760, T. 24.09.2019, (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.); Yargıtay 11. H.D., E. 2018/1512, K. 2019/3201, T. 29.04.2019. (Yargıtay Karar Arama E.T. 22.09.2023.)

²⁹⁸ Yargıtay, 11. HD., E. 2022/5273, K. 2022/5973, T. 19.09.2022: "Dava, fazlaya dair haklar saklı kalmak kaydı ile 1.000,00 TL munzam zarardan doğan alacak talebine ilişkindir. Karar tarihi olan 26.05.2022 itibariyle Bölge Adliye Mahkemesi temyiz kesinlik sınırı 107.090,00 TL olup bu meblağın altında kalan hükümlerin 6100 sayılı HMK'nın 362/1-a. bendi uyarınca kesin nitelikte olduğu, mahkemece davanın reddine karar verildiği, dosyada yaptırılan bilirkişi incelemesinde davacının munzam zararının 53.453,00 TL olduğunun belirlendiği, her ne kadar davacı tarafca bilirkişi raporları kabul edilmeyip zararının daha fazla olduğunu iddia edilmekte ise de bu konuda temyiz sınırının üzerinde bir bedel belirtmediği gibi, bu iddiasına dayanak olarak bir belge veya bilgi de ibraz etmediği, bu hali ile davacı taraf için reddedilen 1.000,00 TL'nin temyiz kesinlik sınırı altında kaldığı anlaşılmaktadır. 6100 sayılı HMK'nın 366. maddesi delaletiyle kıyasen uygulanması gereken aynı Kanun'un 346/2. maddesi hükmü uyarınca, kesin olan kararların temyiz istemleri hakkında Bölge Adliye Mahkemesince bir karar verilmesi gerekmektedir birlikte, Yargıtay tarafından da bu yolda karar verilebileceğinden, davacı vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir." (Lexpera, E.T. 03.01.2024.)

kısımının dava edildiği açık olduğu halde, tümten kesin olarak reddedilmiş gibi kararın kesin sayılması Yargıtay'ın diğer kararlarıyla da çelişki göstermektedir²⁹⁹.

4. Kanaatimiz

Aşkın zarar talepleri bakımından anılan AYM kararına rağmen Yargıtay nezdinde içtihat birliğine varılamaması hukuki yeknesaklığı zedelemektedir. Yargıtay kararlarının çelişkili olması yargılamanın temel yapıtaşı niteliğinde olan ilk derece mahkemelerinin kararlarını da adeta gölgelemektedir. Anayasa Mahkemesi yakın tarihli başka kararında³⁰⁰ TMSF'ye intikal edip ardından üçüncü kişiye devredilen banka nezdinde pay sahipliği bulunan paydaşların açtığı tazminat davasında payların enflasyon etkisinden arındırılarak değer kaybı telafi edilecek şekilde ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Anılan kararda mülkiyet hakkının korunması ve kamu yararının sağlanması, ancak yapılacak ödemelerin makul sürede ve değer kaybına uğratılmaksızın gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Ernst Hirsch 'nin deyiimiyle “bütün mevzuata Anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle bakılmalı”dır³⁰¹. Bu sebeple öncelikle yapılması gereken yargı kararlarının AYM kararıyla uyumlu hale getirilmesidir.

Örneğin geçersiz bir satış sözleşmesi sebebiyle alıcı satıcıya verdiği bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebilir (TBK m. 77). Yargı kararlarıyla verilenin iadesi sağlanırken alıcının ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması esas alınır. Eş deyişle denkleştirici adalet ilkesi çerçevesinde çeşitli ekonomik etkenlerin ortalaması alınarak hesaplanan bedelin tazmin edilmesi

²⁹⁹ Yargıtay, 11. HD., E. 2016/796, K. 2017/108, T. 09.01.2017: “Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgili olup, temyiz kesinlik sınırı belirlenirken dava konusu edilen alacağın değeri dikkate alınır. Alacağın bir kısmının dava edilmesi halinde kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir. Davacı vekili, işbu davada müvekkili adına 09/03/1981 tarihinde davalı bankaya yatırılan 1.500,00 TL'nin alım gücü üzerinden bugünkü karşılığını talep etmiştir. Bu haliyle dava, HMK'nın 107. Maddesinde belirtilen belirsiz alacak davası niteliğinde olup, belirsiz alacak davasında alacağın bir kısmının dava edilmesi ve mahkemece bu alacağa ilişkin davanın tümten reddedilmiş olması halinde davacı yönünden kararın kesin olduğundan söz edilemez. Bu durumda, mahkemenin 19/06/2015 tarihli davacı vekilinin temyiz isteminin reddine ilişkin ek kararının kaldırılarak esasa yönelik temyiz incelemesine geçilmesine karar vermek gerekmiştir.” (Yargıtay Karar Arama, E.T. 03.01.2024.)

³⁰⁰ R.G., T. 12.03.2020, S. 31066, AYM Bireysel başvuru No: 2017/26283, K. 15.01.2020, Alois Harrer ve diğerleri.

³⁰¹ Altan Fahri Gülerci, “Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikli Mülkiyet Hakkının Korunması”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, S.1, 2022, s.285.

amaçlanır³⁰². Oysa geçerli sözleşmeden doğan aşkın zarar istemi için zararın somutlaştırılmasının zorunlu tutulması, paranın değer kaybı karşısında lehine yararlanma sağlayan borçlu için ödüllendirici niteliktedir.

Öğretide soyut ispat metoduna alacaklının somut veri sunulmaksızın aşkın zarar alacaklısı olduğunu kabul etmenin hukuk tekniği açısından sakıncalı olduğu, yasal temerrüt faizi oranının enflasyon oranına çıkartılarak kanun koyucunun yerine geçildiği anlamına geleceğinden hareketle karşı çıkılmaktadır³⁰³. Bu görüşe göre temerrüt faizi oranının değiştirilmesi aşkın zarar sorununu büyük oranda çözecektir.

Bizim katıldığımız görüşe göre paranın değer kaybetmesi, alacaklının malvarlığına dahil olan alacak hakkında serbestçe tasarruf edememesi, kavuşulamayan alacak yüzünden çeşitli borç doğuran sözleşmeler akdedilmesi veya enflasyon,

³⁰² Yargıtay, 3. HD., E. 2017/13225, K. 2019/2601, T. 27.03.2019. “Somut olayda; taraflar arasında imzalanan 27.04.2013 tarihli satış sözleşmesi resmi biçimde yapılmadığından hukuken geçersizdir. (TMK m.706, BK m.213, TBK. md 237, T.Kanunu m.26 Noterlik Kanunu m.60). Bu nedenle, geçerli sözleşmelerde olduğu gibi taraflarına hak ve borç doğurmaz. Bu durumda alıcı; geçersiz sözleşme nedeniyle, satıcıya verdiği bedeli sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri isteyebilir. Sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin mal varlığının haklı bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin mal varlığı aleyhine çoğalması olup, sebepsiz zenginleşme gereğince verilenlerin iadesi sağlanırken, ödenen paranın ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması, başka bir deyişle denkleştirici adalet ilkesinin uygulanması gerekir. Denkleştirici adaleti ilkesi, haklı bir sebebe dayanmadan, başkasının mal varlığından istifade ederek, kendi mal varlığını artıran kişinin, elde ettiği kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğünü ifade eder. Denkleştirici adalet ilkesi gereğince güncelleme yapılırken, güncellemeye esas alınan somut veriler tek tek uygulanarak ödeme tarihinden ifanın imkânsız hale geldiği tarihe kadar paranın ulaştığı değer her bir dönem için hesaplanmalı, sonra bunların ortalaması alınmalıdır. Yukarıda açıklananlar ışığında; somut olayda mahkemece davacının yapmış olduğunu kanıtladığı ödemelerin denkleştirici adalet ilkesi gereğince güncellenmiş değerinin tespiti yönünden bilirkişi raporu alınmasında hukuka aykırılık yoktur. Ne var ki hükme esas alınan bilirkişi raporu az yukarıda açıklanan ilke ve esaslara uygun değildir. Zira; bilirkişi raporunda satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması için yapılan hesaplamada USD, EURO, külçe altın, TEFE endeksinin değerlendirmeye dahil edildiği görülmektedir. O halde mahkemece; Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre davacının ödediği satış bedelinin dava tarihinde ulaştığı alım gücü, enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın, döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs gibi ekonomik etkenlerin ortalamalarının alınarak uzman bilirkişi vasıtasıyla hesaplanmalı ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir.” (Kazancı, E.T. 27.12.2023.); Yargıtay, HGK, E. 2013/1117, K. 2014/745, T. 01.10.2014, “Geçersiz sözleşme gereğince, akdin düzenlendiği tarih itibariyle verilen paranın aynen iadesine karar verilmesi ise, enflasyonist etkilerin yoğun olarak yaşandığı ülkemizin ekonomik ortamında büyük adaletsizlikler doğurur. Bu da toplumsal barış ve huzuru engeller. Öyle ise, hukuken geçersiz sözleşmeler, haksız iktisap kuralları uyarınca tasfiye edilirken, denkleştirici adalet kuralı ve hakkaniyet gözetilerek, sözleşme tarihinde satış bedeli olarak verilen paranın, taşınmazın iadesinin talep edildiği dava tarihi itibariyle enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaşları ve işçi ücretlerindeki artışlar gibi çeşitli ekonomik etkenlerin ortalamaları alınmak sureti ile ulaşacağı alım gücü, paranın reel değeri tespit edilerek bu bedel, hapis hakkı (alikoyma) bedelinin tayininde hükme esas alınmalıdır.” (Lexpera, E.T. 27.12.2023.)

³⁰³ Buz, **a.g.m.**, s. 404-405; Akçaal, **a.g.m.**, s.1089; Altaş, **a.g.m.**, 126.

devalüasyon, deprem, pandemi, savaş gibi ekonomiyi etkileyen türlü hadiselerin olması başlı başına zarar doğurucu sebepler olduğundan soyut metot yoluyla ispata ağırlık verilmelidir. Bir tacirin, parasını değerlendirme şeklini somut verilerle ispat edebilmesi gayet mümkündür. Ticari faaliyet alanı, bu zamana kadar parayı değerlendirme şekli, iştirak ettiği sektördeki emtia değerleri ile aşkın zarar tespit olunabilecektir. Ancak alelade kişiler bakımından bu durum o kadar kolay değildir. Hiç yatırım bilmeyen biri ülkemizde yastık altında altın birikimi yapmaktadır veya parasını döviz olarak tutmaktadır. Temerrüt sebebiyle alacaklı kelepir gayrimenkul edinme fırsatını kaçırabilmektedir. Dar gelirli birisi ömür boyu biriktirdiği parasıyla ancak ev veya araç sahibi olabileceksen, aşkın zarara uğraması sebebiyle bu hayalini gerçekleştirememektedir. Prensip itibarıyla hayatını hiç borca girmeden yaşayan birinin alacağına geç kavuşmasından ötürü somut metot ile ispata mahkum edilmesi vaktinde elde edilebilecek paranın sağlayacağı değeri alacaklı mağdur açısından hiçe saymak anlamına gelir. Tüm bu örnekler hayatın içinden ve çevremizde sıklıkla karşılaşılabileceğimiz mağduriyetler iken katı bir yorumla somut metodu zorunlu tutmak adaletle bağdaşmaz.

Temerrüt faizi oranının iyileştirilmesi bir çözüm olarak makul gözükse de yeterli değildir. Zira temerrüt faizi oranının artırılması birçok denklem bakımından aşkın zarar bedelinin daha düşük belirlenmesine yarar. Ayrıca aşkın zarar hükmü normal ekonomik seyrinde değil bilakis olağanüstü dönemlerde imdada yetişen bir düzenlemedir. Dolayısıyla her iddia, endişe edildiği üzere aşkın zarar kapsamında zaten değerlendirilemez. Ayrıca belirtilmelidir ki alacaklının yanlış ekonomik tercihlerinden ötürü zarara uğramasının aşkın zarar kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Öte yandan soyut metodu somut verilerden bağımsız olarak ele almak borçlunun alacaklının iddia ettiği kadar aşkın zarara uğramadığı yönündeki savunma hakkını elinden almak anlamına gelir. Örneğin aşkın zararı olduğunu iddia eden alacaklı dar gelirliyse ve parasını ikinci el düşük model bir araçla değerlendireceği iddiası yerine üst segment yüksel model araç alarak değerlendireceğini iddia etmesi durumunda zararını ispat edememiş sayılmalıdır. Şu halde alacaklının olağan ekonomik ömründe harcama ve biriktirme tasarrufunu hangi alanlarda yönettiğinin belirlenmesi somut ve soyut metotların efektif kullanılmasına

katkı sağlar. Son olarak somut olay bazında hakim TBK m. 51-52 düzenlemeleri doğrultusunda takdir yetkisini kullanarak zararı belirleme yetkisine sahiptir. Öte yandan alacaklının temerrüt ile ifa arasında gerçekleşen paranın değer kaybı sebebiyle oluşan zararının önüne geçmek için kanun koyucu, aradaki değer kaybının asıl borca eklenmesi yönünde yeni bir kanun maddesi ihdas ederek borçlunun gevşek davranışını engelleyebilir³⁰⁴.

II. Aşkın Zararı Ortaya Çıkaran Durumlar

A. Enflasyon

Enflasyon ortamında fiyatlamalar genel düzeyde sürekli olarak artış gösterir³⁰⁵. Bu durum paranın alım gücünün düşmesine neden olur. Paranın değer kaybetmesi zararı doğurur³⁰⁶. Toplumda genel eğilim eldeki paranın döviz, altın, taşınmaz alımı gibi değer artırıcı biriktirme yollarıyla değerlendirilmesi yönündedir. Enflasyonist ortamlarda kişinin nakit paraya sahip olması fırsat maliyetini artırarak para talebini azaltma işlevi de görebilir³⁰⁷. Neticede elinde parası olan kişi, içinde bulunduğu konjonktürel duruma göre parasını dilediği ölçüde değerlendirme özgürlüğüne sahiptir. Ne yazık ki borçlu temerrüdü sebebiyle alacağına kavuşamayan alacaklı bu imkandan temerrüt sona erene kadar yoksundur. Dolayısıyla alacaklı, malvarlığında oluşan zararı, temerrüt faizini aşarsa enflasyon sebebiyle aşkın zararını talep edebilir. Ancak enflasyon sebebiyle meydana gelen değer kaybı henüz borcun vadesi gelmeden gerçekleşmişse eş deyişle borçlu temerrüde henüz düşmemişse bu sefer alacaklının değer kaybına katlanması gerekir. Zira aşkın zararın tazmin koşulu temerrüt faizini aşan bir zararın olmasıdır. Öte yandan enflasyonun normal seyrinde ilerlemesi

³⁰⁴ Ahmet Battal, “Para Borçlarının Gecikmiş İfası İle İlgili Bir Uygulamanın Tenkidi” , **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.6, 1993, s.358.

³⁰⁵ Sadi Uzunoglu, Gökhan Sönmezler, İsmail Orçun Gündüz, “**Güncel Ekonomik Sorunlar, Enflasyon Çıkmazı**”, Literatür Yayınları, 1. Basım, 2022, s.1.

³⁰⁶ Yargıtay 3. HD, E. 2018/7123, K. 2018/12156, T. 28.11.2018 “...Satım bedelinin iade tarihindeki ulaştığı bedel belirlenirken ödenen paranın çeşitli ekonomik etkenler nedeniyle azalan alım gücünün enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın, işçi ücretlerindeki artış ve döviz kurlarındaki artış ortalamaları göz önünde tutulmalıdır...” (E.T. 18.09.2023, Yargıtay Karar Arama)

³⁰⁷ Koray Yıldırım, “Enflasyon İle Enflasyon Dinamikleri Arasındaki Asimetrik İlişkiler: Türkiye Örneği “ , **Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi**, S.38, 2023, s. 146; Sektörel bazda fiyatlarda düşme olursa elinde nakit parası olanın satın alma gücü artar. Şevki Özbilen, “**Para Teorisi**”, Gazi Kitabevi, 1. Basım, 2015, s.86; Ayrancı, **a.g.e.**, s.173.

durumunda aşkın zarar istemi de çoğunlukla gündeme gelmez. Normal enflasyon dönemlerinde temerrüt faizi paranın kullanılmadığı dönemlerde oluşan zarar için kafi gelecektir.

Alacaklı, borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle meydana geldiğini ispat ederek aşkın zararın tazminini isteyebilir. Borçlu, parayı vaktinde ödeseydi de alacaklının paranın değer kaybetmesini engelleyemeyeceğini ileri sürerek karşı ispat hakkını kullanabilir. Çünkü alacaklının her durumda malvarlığını doğru ve zarara mahal vermeksizin yönetmesi mümkün olmayabilir. Ayrıca alacaklının temerrüt konusu ülke parasını elde ettiğinde herhangi bir yatırım aracına dönüştürmeyeceği ispat edilirse zarar tazmini söz konusu olmaz³⁰⁸. Örneğin parasının büyük çoğunluğu Türk lirası mevduat hesabında bulunan alacaklının banka hesap hareketleri incelendiğinde enflasyondan kaynaklı zarara uğramadığı kabul edilmelidir.

Enflasyonun bir başka etkisi, uzun süren yargılamalar bakımından etkisini göstermektedir. Yargıtay yargılama sürecinin uzamış olmasının aşkın zarara sebebiyet vermeyeceğine hükmetmiştir³⁰⁹. Öğretide bazı yazarlar da benzer görüştedir³¹⁰. Yargıdaki iş yükü sebebiyle davaların geç sonuçlanması yargıya olan güveni sarsmaktadır. Üstüne mahkeme kararlarının icrası için de uzun bir tahsil etme süreci gerekebilmektedir. Bu durum ekonomik kaybın yanında kamu düzeni ve toplum güvenliğinin yara almasına sebebiyet vermektedir. Kötü niyetli borçluların alacağın tahsilini engellemek üzere yaptığı girişimlerin sonuçsuz kalmasını sağlamak da

³⁰⁸ Ayrancı, **a.g.e.**, s.173.

³⁰⁹ Yargıtay 13. HD, E. 1994/8904, K. 1994/10313, T. 22.11.1994, Altaş, **a.g.m.**, s. 129.; Aksi yönde karar için bkz. İzmir BAM, 14. HD. E. 2021/603, K. 2022/1147, T. 21.09.2022: "...İzmir 23. İcra Müdürlüğü'nün 2017/11440 E. Sayılı icra dosyasının incelenmesinde; Mahkememiz davacısı tarafından davalılar aleyhine 75.000,00 TL asıl alacak, 1.215.000,00 TL asıl alacak, 62.650,00 TL ilam vekalet ücreti, 3.991,00 TL yargılama gideri, 24.512,20 TL peşin harç, 01/12/2019-22/08/2017 tarihleri arası 77.373,80 TL işlemiş faiz, 15/12/2012-22/08/2017 tarihleri arası 337.770,00 TL işlemiş faiz, 14/07/2017-22/08/2017 tarihleri arası 602,47 TL işlemiş faiz, 14/07/2017-22/08/2017 tarihleri arası 38,38 TL işlemiş faiz ve 14/07/2017-22/08/2017 tarihleri arası 235,72 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 1.797.173,57 TL alacak üzerinden ilamlı icra takibine başlanıldığı, icra takibine konu ilamın İzmir 1. ATM'nin 2009/722 E. ve 2017/6664 K. Sayılı ilamı olduğu, söz konusu ilamlı icra takibi nedeni ile icra dosya borcunun tamamının ödenmesi üzerine 20/02/2020 tarihinde infaz olarak kapatıldığı.... davacı Türk Borçlar Kanunu'nun 122/1. maddesinde düzenlenen aşkın zarara ilişkin olup, İzmir 1. ATM'nin 2009/722 E. sayılı dosyası ile açılan ilk tazminat (alacak ve faiziyle) davasında karşılanmayan zararları talep etmiştir. Bu da her yatırım araçları ile ilgili getiri bilgilerinin resmi kurumlardan sorulup tesbit edildikten sonra, munzam zarar hesabı konusunda uzman bilirkişi kurulundan, ...", (Lexpera, E.T. 25.09.2023.)

³¹⁰ Zeytinoğlu, **a.g.m.**, s.260; Akçaal, **a.g.m.**, s.1079; Nebioğlu Öner, **a.g.m.**, s.120.

adaletin tecelli ettirilmesine yarar³¹¹. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda uzun süren yargılama süresi nedeniyle paranın enflasyon sonucunda değer kaybetmesini mülkiyet ihlali saymaktadır³¹². Dolayısıyla biz de bu görüşe katılmaktayız.

Son olarak değinilmesi gereken husus aşkın zararın aşkın zararının olup olmayacağıdır³¹³. Bilindiği üzere aşkın zarar davasının sonuçlanması zararın hemen tahsil edilmesini garanti etmemektedir. Cebri icra sürecinin uzaması ayrıca bir aşkın zararın doğmasına sebebiyet verebilecektir. Sayısız aşkın zarar davası döngüsünün engellenmesi için kanun koyucu TBK m. 122/2 ile hakime yetki vermiştir. Buna göre zarar miktarı dava esnasında belirlenebiliyorsa hakim bu zarar hakkında da karar verebilir. Bu hüküm sayesinde hakim, ekonomik veriler dahilinde bilirkişi marifetiyle tanzim edilecek rapor doğrultusunda hüküm sonrasında alacaklının temerrüt faizini aşan zararı tespit edilebilirse bu zarar hakkında da hüküm kurabilecektir. Olağanüstü bir ekonomik sapma olmadığı müddetçe hüküm tarihinden sonraki sürece ilişkin zararın tespiti kolaylıkla yapılabilecektir³¹⁴. Anılan düzenlemeden yararlanılmadığı takdirde mahkeme ile karara bağlanmış aşkın zarar kaleminin tahsil edilememesi

³¹¹ Albaş, **a.g.e.**, s.119.

³¹² “R.G., T. 25.1.2018, S. 30312, AYM B. No: 9522/03, 7/10/2008, Naci Balkar (Baltutan) ve Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti./Türkiye (k.k.),” AYM kararı; “R.G., T. 02.08.2017, S.30142, AYM B. No: 2014/7621, 25/7/2017, Ferda Yeşiltepe, AYM kararı”; “R.G., T. 07.01.2014, S. 28875, AYM B. No: 2013/817, 19/12/2013, Mehmet Akdoğan ve diğerleri AYM kararı”; Ali Şimşek ve diğerleri, B. No: 2014/2073, 6/7/2017, (Lexpera, E.T. 23.01.2024.) ; Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2013/28, 25/2/2015, (Lexpera, E.T. 23.01.2024); Abdulhalim Bozboğa, B. No: 2013/6880, 23/3/2016, (Lexpera, E.T. 23.01.2024.); Hüseyin Müjdecı, B. No: 2017/34445, 16/03/2023, (Lexpera, E.T. 23.01.2024.)

³¹³ Aşkın zararın aşkın zararının olmayacağı yönünde bkz: Yargıtay 11. HD., E. 2016/8347, K. 2018/2116, T. 20.03.2018: “ana para alacağı ve faiz alacağının tam olarak tahsil edilmesi halinde munzam zarar alacağına sadece bir kez hükmedilebileceği, bunun dışında sürekli olarak devam eden bir munzam zarar iddiasının dinlenmesinin mümkün olmadığı, davacının, davalıdan ... tahvilleri ve ... gelir ortaklığı senetlerinden kaynaklanan ana para alacağı ve faiz alacağını tahsil edemediği yönünde bir iddiasının bulunmadığı, davacı vekilinin 09.11.2015 tarihli dilekçesinde de, tahsil edilmeyen anapara alacağı ya da faiz alacağı olduğu yönünde bir beyanının bulunmadığı, aksine ilk dava tarihinden sonra doğmuş munzam zararının talep edildiği şeklindeki beyanlarının yinelenmesi, buna göre davacının ana para alacağı ve faiz alacağının bulunmadığı, ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 1994/1476 Esas sayılı dosyasında munzam zarar alacağının hüküm altına alındığı ve ... 14. İcra Müdürlüğü'nün 1999/6909 Esas sayılı dosyası ile anılan kararın icra edildiği, davacı tarafın ilk davadan sonra oluşan munzam zarar istemine ilişkin bu davanın yerinde olmadığı, zira munzam zararın, munzam zararının talep edilmesinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. (Yargıtay Karar Arama E.T. 27.09.2023.)

³¹⁴ Albaş, **a.g.e.**, s.121; Destekten yoksun kalma davalarında TBK m. 50 doğrultusunda yapılan aktüerya hesabı da benzer bir hesaplama içermektedir.

durumunda tekrar aşkın zarar davasıyla bu temerrüt faizini aşan zararın da istenebilmesi gerekir.

B. Devalüasyon

Paranın değer kaybından dolayı meydana gelen bir diğer zarar doğurucu sebep ise devalüasyondur. Sabit kur ortamında devlet tarafından ülke parasının diğer ülke paraları karşısında değer kaybettirilmesine devalüasyon denir³¹⁵. Devalüasyonun enflasyondan farkı devlet müdahalesinin olmasıdır. Devalüasyon sebebiyle ithal malların fiyatı artarken ihraç malların fiyatında düşüş yaşanır³¹⁶. Alacaklı ülke parasını vaktinde elde etseydi değer kaybına uğramayacak bir yatırım yapacağını ispat ettiği takdirde; temerrüt sonrası ile devalüasyon kararından önceki maliyet ile devalüasyon kararı sonrası oluşan maliyet farkı hesabı doğrultusunda alacaklının zararı tespit edilir³¹⁷. Alacaklı yine ülke parasını zamanında elde etseydi bu parayla ithalat yapacağını ispat ettiği takdirde; devalüasyon öncesi kullanılacak ülke parası ile devalüasyon sonrası kullanılacak ülke parası arasındaki fark zararı oluşturur³¹⁸.

Revalüasyon ise, devalüasyon kavramının zıddı olup devlet eliyle serbest ekonomiye müdahale edilerek vatandaşın alım satım gücünün artırılması amaçlanır³¹⁹. Revalüasyon uygulaması ile ülkenin para birimi yabancı para birimleri karşısında korunması amacı güdülür. Devlet eliyle piyasaya yapılan müdahaleler, artık gerçekleşmiş parasal değer kaybının ve ekonomik istikrarsızlığın önüne geçilmesi saikiyle yapıldığından, müdahale süreci boyunca ekonomide olumlu ve olumsuz sonuçların bir arada gerçekleşmesi mukadderdir. Burada yargıya düşen görev, herkes için açık olan dezavantajlı süreç içerisinde, alacaklıya katlanılması ek külfet doğurmasına neden olacak bir hükümden kaçınılması olacaktır.

³¹⁵ Halime Alkan, Emin Ertürk, “Bir İktisat Politikası Aracı Olarak Tağış ve Devalüasyon: Bir Nitelik Karşılaştırması”, *AÜSBD*, C. 22, S.2, 2022, s.449.

³¹⁶ Albaş, *a.g.e.*, s.56.

³¹⁷ Ayrancı, *a.g.e.*, s.174.

³¹⁸ Ayrancı, *a.g.e.*, s.175.

³¹⁹ <https://www.getmidas.com/borsa-terimleri/revaluasyon-nedir/>, E.T. 29.12.2023.

C. Kur Değişikliğinden Doğan Zarar

Ülke parasından başka bir para borcuyla borçlanılması durumunda temerrüt gerçekleşirse bu esnada yabancı para da meydana gelen değer kaybı aşkın zarara neden olabilir. TBK m. 99 hükmünün ödemeye ilişkin getirdiği seçimlik haklar nedeniyle kur kaybından doğan zararın ispatlanması güç olacaktır. Şöyle ki sözleşme konusu eğer yabancı para olarak kararlaştırılmışsa³²⁰ ve bu yabancı para borcu vaktinde ifa edilmezse alacaklı birtakım seçimlik haklara sahip olur. Alacaklı dilerse ödemenin yabancı para üzerinden yapılmasını dilerse aynen ifa kararlaştırılmamışsa Türk lirası üzerinden ödeme yapılmasını isteyebilir. Şayet alacaklı Türk lirası ile ödemeyi talep ederse bu ödemenin vade tarihi veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, kendisine kanunla tanınan bu seçimlik imkanlar sayesinde yabancı para borcundan bir zarar doğmasını engelleyebilir. Şayet alacaklının kullandığı seçim hakkı güncel ekonomik gelişmelerle uyumsuzsa bu sefer seçimin sonucuna yine kendisi katlanacaktır. Öte yandan yabancı para alacağı değer kazanırsa zaten bir zarardan bahsedilemeyecektir. Yabancı paranın aynen ödenmesi kararlaştırılmış ve bu yabancı paranın değeri düşmüşse elbette aşkın zarar gündeme gelebilecektir.

Bazen ülke parası üzerinden zarara uğranılmasa da çapraz yabancı para değerleri üzerinden zarara uğranabilir. Örneğin bir Türk ve bir Japon arasında akdedilen sözleşmenin konusu Japon Yeni ise ve Japon olan borçlu para borcunda temerrüde düşmüşse; Türk olan alacaklının başka bir sözleşme ile Dolar borcu olduğu

³²⁰ R.G., T. 13.09.2018, S. 30534, 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar ile kararın dördüncü maddesine g bendi eklenmiştir. “g bendi: Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.” Düzenleme kapsamında adı geçen sözleşme türleri Bakanlıkça belirlenen istisnalar hariç olmak üzere dövizle ödeme kısıtı içerisindedir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment Özkaraca, “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı” , **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 1, Haziran 2019, ss. 185–202.; Murat Kağıtçıoğlu, “Döviz Cinsinden veya Dövize Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlanması Sorunu”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S.3, Y. 2020, s. 265-303.

varsayıldığında ve Japon Yeni de dolar karşısında değer kaybetmişse Türk alacaklı bu kur kaybı sebebiyle aşkın zarara uğrayabilir³²¹.

Uluslararası kara taşıma hukukunun yeknesaklaştırılmasına yardımcı olan CMR Konvansiyonu³²² m. 27 uyarınca konvansiyon kapsamına giren taşımalardan doğan tazminat talepleri yönünden %5 temerrüt faizi uygulanması öngörülmüştür. Yargıtay, uluslararası nakliyat sektörünün ülke içi enflasyondan olumsuz etkilenmemesi için %5 olarak uygulanan temerrüt faizinin ancak yabancı para üzerinden kararlaştırılan ödemeler yönünden uygulanacağını, Türk lirası üzerinden kararlaştırılan ödemeler yönünden uygulanmayacağı kuralını getirmiştir³²³. Yargıtay, bu istikrar kazanan uygulamasıyla CMR'nin emredici hükmüyle çelişmekte olup; ülkemizde yukarı yönde seyreden kur değişiklikleri doğrultusunda uluslararası nakliyat sözleşmesi alacaklılarına alacak istemleri kapsamında adeta yön vermektedir.

Kur kaybindan doğan aşkın zarar istemi ilamsız icraya konu edilmişse alacak belirli ve likit olmadığından ötürü mahkemece icra inkar tazminatına hükmedilemez³²⁴.

Yabancı para alacaklısının alacağı konkordato tasdiki sebebiyle Türk Lirasına çevrilirse ve bu süreçte para alacağı değer kaybına uğrarsa aşkın zarar tazminatı yine

³²¹ Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, N.4653.

³²² Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Konvansiyonun orijinal metinlerinden İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html> ET: 23.12.2023, Onaylama Kararnamesi, RG, T. 04.01.1995, S. 22161.

³²³ Yargıtay, 11. HD, E. 2015/7325, K. 2016/1944, T. 24.02.2016.: "...davacı alacağını Türk Lirası olarak talep etmiş olup, TL cinsinden alacağına reeskont oranı üzerinden temerrüt faizi yürütülmesini istemiştir. Bu durumda, taleple bağlı kalınmak suretiyle hükmedilen alacağa reeskont faizi işletilmesi gerekirken, ... Konvansiyonu'nun 27. maddesi gereğince talep edilebilecek %5'lik faiz oranının ancak tazminatın yabancı para üzerinden hüküm altına alındığı hallerde uygulanabileceği hususu gözden kaçırılarak yıllık %5 temerrüt faizine hükmedilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiş ise de, anılan husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden ve temyiz edenin sıfatı da gözetilerek, kararın düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.", (Lexpera, E.T. 31.12.2023.)

³²⁴ Yargıtay 11. HD., E. 1997/8252, K. 1997/8926, T. 08.12.1997; "Kur farkı alacağı hukuki niteliği itibarıyla bir munzam zarar alacağıdır. Munzam zarar alacağı da bir tazminat alacağı olarak kabul edildiğine göre, İİK.nun 67.maddesi anlamında likit bir alacak sayılmayıp, muhasebeyi gerektirdiğinden bu alacak üzerinden icra inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği düşünülmeyen, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli bulunmamış ve kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir.", Atasoy Tanrıkulu, **a.g.t.**, s.63.

istenemeyecektir³²⁵. Ancak iflasın kapanmasından sonra meydana gelebilecek kur farkından doğan aşkın zarar isteminin ise kabul edilebileceği görüşü vardır³²⁶.

D. Yüksek Kredi Maliyetleri

Alacaklı, para alacağını zamanında elde edememesi sebebiyle ekonomik varlığını sürdürebilmek için kredi finansmanı kullanmak zorunda kalabilir veya daha önceden kendisine tahsis edilen kredi borcunu ödeme esnasında güçlük çekebilir. Banka tarafından temin edilen kredi faiz oranının temerrüt faizinden daha yüksek bir oran olması durumunda alacaklının aşkın zararı giderilmelidir³²⁷. Alacaklının kredi temini için yaptığı masraflar, komisyon tutarları da aşkın zarar kapsamında talep edilebilir. Ancak alacaklı kredi kullanmak zorunda kalmayıp ekonomik faaliyetlerinin devamını kendi kaynaklarıyla sağlamışsa böyle bir zarar söz konusu olmaz³²⁸. Alacaklının tavizkar bir hareketle kasten ölçsüz masraflar ve yüksek faizli kredi temin etmesi durumunda zararı aşan kısım borçludan talep edilemez³²⁹. Çünkü alacaklı böyle bir durumda kendi kusuruyla borçlunun durumunu ağırlaştırma amacı gütmektedir. Şüphesiz alacaklının zararı azaltma külfeti bulunmaktadır. Bunun yanında kredi sözleşme şartlarının genel işlem koşullarına aykırı olması, ahlaka aykırı hükümler içermesinden doğan zararlar da borçludan istenemez.

³²⁵ İstanbul BAM 17. HD. E. 2021/ 379, K. 2021/672, T. 03.06.2021. “Özellikle, konkordatonun kabulü için gerekli çoğunluğun tespiti yabancı para alacaklarının bir an önce Türk Lirasına çevrilmesine, yani alacakların miktarının tespitinde eşit para biriminin kabulünü gerektirmektedir. Bu çerçevede ve kayıt tarihlerindeki farklılıklardan doğacak eşitsizliği önlemek için yabancı para alacaklarının tüm alacaklılar için ortak bir tarihte Türk Lirasına çevrilmesi uygun olacaktır. Şu halde, yabancı para alacaklısı alacağını komiser yabancısı para olarak kaydettirecek ama komiser on beş günlük kayıt süresinin bitiminde bütün yabancı para alacaklarını o tarihteki kur üzerinden Türk Lirasına çevirecektir. Bu takdirde konkordato tasdik edilirse yabancı para alacaklısı alacağını artık tasdik edilen konkordato çerçevesinde ancak Türk Lirası olarak talep edebilecek ve çeviri nedeniyle maruz kaldığı zarar için munzam zarar davası açamayacaktır. (Yeni Konkordato Hukuku, Editör : Prof.Dr.Selçuk Özbek, 2. Baskı, s.468,469,470).Bu nedenlerle ve konkordato eşitlik ilkesi kapsamında istinaf eden alacaklının yabancı para alacağına dair istinaf nedenlerinin yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.” (Lexpera, E.T. 31.12.2023)

³²⁶ Tolga Akkaya, “Konkordatoda Yabancı Para Alacakları”, **İÜHFİM**, 80, (3), s.835.

³²⁷ Ayrancı, **a.g.e.**, s. 153.

³²⁸ Ayrancı, **a.g.e.**, s. 153.

³²⁹ Arslan/Kırmızı, **a.g.e.**, s. 850.

Yargıtay bir kararında³³⁰ bono ve tahvil yoluyla ödenmesi kararlaştırılan hak edişlerin vade tarihi beklenseydi getireceği geliri zarardan saymamış, ancak senetlerin nominal değeri ile elden çıkarma bedeli arasındaki fark kadar kredi kullanılmasının zarara sebebiyet verdiğini kabul etmiştir.

Yüksek kredi maliyetlerinden doğan zararın hesaplanması için Yargıtay'ın getirdiği ölçü şu şekildedir³³¹: *“Dosya kapsamında davacının zararının 89.267.647.943.-TL olduğu taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda mahkemece, sigorta tazminatının davacıya ödenmesi gereken tarihten (temerrüt) munzam zarar davasının açıldığı döneme kadar 89.267.647.943.-TL için kullandığı ve kanıtladığı krediler nedeniyle ödemiş olduğu faiz ve eklentilerinin belirlenmesi, şayet davacının bu dönemde hak kazanacağı temerrüt faiz tutarı, kullandığı krediler için ödediği faiz ve eklentilerinden fazla ise, davanın reddedilmesi, eğer az ise, aradaki farka munzam zarar olarak hükmedilmesi gerekir. Bu sonuca ulaşır iken, davalının temerrüde düştüğü tarihten, munzam zarar davasının açıldığı 21.12.2001 tarihine kadar 79.267.647.943.-TL için davacının tahsil edebileceği temerrüt faizi hesaplanmalı, bilahare 10.000.000.000. TL için de icra takibinde davacının tahsil ettiği faiz tutarı saptanmalı ve bu surette davacının toplam 89.267.647.943.-TL için tahsil ettiği ve edebileceği faiz miktarı bulunmalı ve davacının 89.267.647.943.-TL nedeniyle bankaya ödediği kredi faiz tutarından yukarıda gösterildiği şekilde hesaplanan temerrüt faizinin mahsubu ile bakiyesi munzam zarar olarak hüküm altına alınmalıdır.”*

Alacaklının kredi maliyetinden doğan zararını somut metot yoluyla ispat etmesi daha elverişlidir³³². Zira kullanılan kredi ile temerrüt arasında illiyet bağı kurulamazsa borçluya zarar isnat edilemez. Temerrüt konusu alacak tutarı ile kredi

³³⁰ Yargıtay, HGK, E. 1998/4335, K. 1999/1126, T. 23.03.1999, (Arslan/Kırmızı, **a.g.e.**, s. 854)

³³¹ Yargıtay, 11. HD, E. 2009/4715, K. 2009/8861, T. 21.07.2009, (Arslan/Kırmızı, **a.g.e.**, s. 856)

³³² Yargıtay 15. HD., E. 2014/1682, K. 2015/93, T. 14.01.2015: “...davacının alacağına geç kavuşması nedeniyle gerek, icra takipleri nedeniyle, gerekse SASKİ ve İZSU Genel Müdürlüğüne yapılamayan teslimatlar nedeniyle ve ayrıca, SGK ve Vergi Dairesine geç ödemeler ve yine taşınmazların elden çıkartılmak zorunda kalınması ve banka kredilerinin geç ödenmesi gibi hususlar üzerinde durularak, buna ilişkin tüm deliller tam olarak toplanıp, illiyet bağının varlığı da tartışılarak davacının munzam zararı varsa hesaplattırılmalı ve alınacak rapora itirazlar da değerlendirilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle ve yetersiz bilirkişi raporu ile hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması uygun bulunmuştur.” (Lexpera, E.T. 31.12.2023.)

kullanılan miktarın uyuşması çoğunlukla ispata elverişlidir. Fakat bazı durumlarda bu husus yeterli gelmeyebilir. Örneğin borçlu tacir, ticaret hayatında işlerini çoğunlukla kredi kullanarak idame ettiriyorsa yüksek kredi maliyetinden doğan zararını ispat etmesi zor olur³³³. Münferit olarak tacir temerrüt sebebiyle ek kredi kullanmak zorunda kaldığını ispat ederse zararını tazmin edebilir. Bir başka örnek olarak Yargıtay bir kararında³³⁴ alacaklı bankanın başka borçlu bir banka sebebiyle temerrüde uğramış alacağını zamanında tahsil etseydi onunla ticari kredi kullandırarak kâr elde edeceği iddiası somut olarak ispat edilemediğinden reddedilmiştir.

Yüksek kredi maliyetlerinden doğan zarar istisnai olarak soyut metot yoluyla da ispat edilebilir. Bunun için kullanılan kredinin geri ödeme süresinin uzun vadeli değil kısa vadeli olması gerekir³³⁵. Zira uzun vadeli kredi çoğu zaman enflasyona karşı da kazandırıcı bir işlev görür. Ancak kısa vadeli kredi ile o anki temerrütten doğan yoksunluğun giderilmesinin amaçlandığının ispatı hayatın olağan akışına daha uygundur.

E. Alacaklının Ödemek Zorunda Kaldığı Zarar Kalemleri

Borçlunun temerrüdü ile illiyet bağı kurulması şartıyla, alacaklının kendi hukuki işlemlerinden dolayı kendi alacaklılarına ödemek zorunda kaldığı cezai şart ödemesi, cayma tazminatı, pey akçesi gibi kalemler aşkın zarar kapsamında talep edilebilir³³⁶. Yine alacaklının alacağını tahsil edemediği için borcunu ödeyememesi

³³³ Ankara BAM 27. HD., E. 2022/632, K. 2023/865, T. 19.07.2023: "...davacı vekilinin davalı tarafından davacının sözleşmeden kaynaklanan alacağının zamanından ödenmemesi ve teminat mektubunun da haksız yere irat kaydedilmesi üzerine davacıdan alacaklı olanların ve bankaların aşırı baskısı sebebiyle ... Şubesine ipotekli olan ve büro olarak kullanılan ...'deki taşınmazın şirket ortaklarından ...'ın eşine ait olan ... ipotekli olan evin satılmak zorunda kaldığını belirterek munzam zarar talep edilmiş ise de, davacı şirketin 2007 yılı kredi borç stokunun 155.607,24 TL, 2008 yıl sonu kredi borç stokunun ise 147.736,62 TL olduğu, dosyada bulunan 2007 yılı yevmiye defteri açılış kaydında ise 2006 yıl sonu kredi borç stoku ise 148.999,24 TL olarak kayıtlı olduğu, 2009 yılı kredi borç stokunun 26.873,26, 2010 yıl sonu kredi borç stokunun ise 0 TL olduğunun görüldüğü bu açıdan davacı şirketin inşaat-taahhut işleri ile iştigal ettiği, dava konusu işin yüklenim tarihi olan 26/10/2007 öncesinden gelmekte olan bir kredi borç stokunun bulunduğu, işin gereği olarak krediler için şirket ortak ve yakınlarının bankalara taşınmazlarını teminat olarak vermiş oldukları durumu karşısında bahse konu olan kredi borçlarının salt bu dava konusu işten kaynaklı olduğu, ya da bahse konu taşınmazların bu işden sebep satıldığı iddiasını kanıtlamak yeterli delile rastlanılmadığını..." (Lexpera, E.T. 02.01.2024.)

³³⁴ Yargıtay, 11. HD., E. 2008/5377, K. 2008/7512, T. 06.06.2008, (Arslan/Kırmızı, a.g.e., s. 850)

³³⁵ Ayrancı, a.g.e., s. 156.

³³⁶ Albaş, a.g.e., s. 204.

neticesinde haciz veya iflas yoluyla takibe maruz kalması, malvarlığının icra kanalıyla rayiç bedelin altında bir değerle satılması durumunda buradan kaynaklı zarar borçludan talep edilebilir³³⁷. Benzer şekilde alacaklının kendi alacaklısına aşkın zarar tazminatı ödemek zorunda kalması da bu başlık altında istenebilecek aşkın zarar kalemlerindendir.

Yargıtay'ın bir kararında³³⁸, alacaklı, borçludan vaktinde tahsil edemediği hak ediş ücretinin verdiği ekonomik açığı kapatmak için, borçludan olan alacağını bankaya alacağın devri sözleşmesi ile devrederek bankadan kredi kullanmıştır. Ancak davalı borçlunun vaktinde borcunu ödememesi sebebiyle, alacağını devreden alacaklı, alacağı devralan bankaya temerrüt faizi ve zararlar ödemek zorunda kalmasını somut olarak ispat ettiği için aşkın zarar talebi mahkemece kabul görmüştür.

Alacaklının kendi alacaklısına teminat ödemek zorunda kalması, kendi alacaklısının açtığı dava sonucu yargılama masrafları ile yükümlenmesi, vergi ödemek zorunda kalması, illiyet bağı kurulabildiği ölçüde aşkın zarar kapsamında istenebilecektir. Ancak alacaklı zaten kendi fiillerinden ötürü hacze veya iflasa sebebiyet vermişse, basiretli davranmadığı açıkça ispat ediliyorsa illiyet bağının varlığından söz edilemez.

Borçlu alacaklının kendi alacaklısına karşı savunma imkanı sunabilecekken bu imkandan yararlanmadığını ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilir³³⁹.

³³⁷ Albaş, a.g.e., s. 204; Domaniç, a.g.e., s. 65.

³³⁸ Yargıtay, 6. HD., E. 2021/6276, K. 2023/112, T. 18.01.2023. "...davacı davalı iş sahibinden olan iş bedeli alacağını 16.05.2018 tarihli kredi sözleşmesine dayalı olarak dava dışı Anadolu Bank A.Ş.'ye temlik etmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 189. maddesi hükmünce alacağın devri ile devreden kişinin özgülü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağıli haklar da devralana geçer. Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır. Bunun sonucu olarak temlik edilen alacağın aslı ile işlemiş faiz ve temerrütten sonra işleyecek faizleri devralana geçeceğinden devreden temlik ettiği asıl alacak ve faizlerini isteme hakkı bulunmamakta ise de, devreden somut olayda olduğu gibi devralandan aldığı kredi karşılığı alacağını temlik etmiş olması halinde ve iş sahibinin ödemede temerrüdünden sonra devralana ödemek zorunda kaldığı kredi faizi ile devralanın temerrüt faizinden itibaren tahsil tarihine kadar iş sahibinden isteyebileceği temerrüt faizi arasında kalan ve iş sahibinin temerrüdünden kaynaklanan zararını isteyebileceğinin kabulü gerekir." (Lexpera, E.T. 23.12.2023.)

³³⁹ Nami Barlas, **Para Borçlarının İflasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992. s.203.

F. Yapılan Masrafların Sebep Olduğu Zarar Kalemleri

Alacaklının alacağını gereği gibi tahsil etmesinde menfaati olduğu şüphesizdir. Bu sebeple alacağını elde etmek isteyen alacaklı birtakım masraflar yapmak zorunda kalacaktır. Makul ve ölçülü yapılan masraflar ile temerrüdü aşan zarar arasında illiyet bağı kurulabildiği ölçüde aşkın zarar kalemi kapsamında istenebilir. Ancak alacaklı aşkın zarara uğramasaydı da aynı masrafları yapmak zorunda kalacaktıysa bu sefer bu zarar kalemi istenemez³⁴⁰.

1. İhtar Masrafları

Borç, belirsiz vadenin söz konusu olduğu durumlarda ödeme günü gelmesine rağmen ödenmezse alacaklı borçluya öncelikle ihtar göndermek isteyecektir. İhtar PTT kanalıyla telgraf, -e tebligat veya telekomünikasyon yoluyla yapılabileceği gibi, keşide ve tebliğ masrafları ödenmek suretiyle noter kanalıyla da yapılabilir. Şüphesiz tüm bu tebligat, harç, kırtasiye giderleri alacaklı için ek külfet ve zarar doğurmaktadır. Öğretide bir görüş³⁴¹ borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan ihtar masrafı için alacaklının, temerrüdün kendi lehine doğan sonuçlarından yararlanmak adına bu masrafları her halde yapması gerekeceğinden hareketle aşkın zarar kalemi kapsamında istenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Öğretide bir başka görüş³⁴² ise ihtar masrafının yapılma sebebi borca aykırılık olduğundan aşkın zarar kalemi kapsamında istenebileceğini savunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre eğer ihtar gönderilmesi gerekli ise, bu zorunluluğu yerine getirmek de borçlunun ifa etmeme fiilinden ileri geldiğinden ihtar masrafı zarar kalemi olarak istenebilir.

Alacaklı bazen dava ve icra yoluna başvurmadan önce hatırlatıcı nitelikte birkaç kez borçluya ihtar göndermek isteyebilir. Bir görüş³⁴³, borçlunun bu hatırlatıcı ihtarlar sayesinde daha yüksek olan yargı giderlerinden kurtulabileceğinden hareketle hatırlatıcı ihtarların zarar kapsamında istenebileceğini savunmaktadır. Kanaatimizce hatırlatıcı ihtarların hukuki bir yaptırımı olmadığından gereksizdir ve alacaklıyı füzuli

³⁴⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 196.

³⁴¹ Albaş, **a.g.e.**, s. 197; Barlas, **a.g.e.**, s.199.

³⁴² Öçal, **a.g.m.**, s. 152; Ayrancı, **a.g.e.**, s.191.

³⁴³ Albaş, **a.g.e.**, s. 198.

masraf içinde bırakacaktır. Asıl olan dava ve icra yolu olduğundan bu masrafların zarar kalemi olarak istenmesini isabetli bulmuyoruz³⁴⁴.

2. Yargılama Giderleri

Yargılama giderleri HMK m. 323 ile düzenlenmiştir. Düzenlemede yer alan yargılama giderlerinin kapsamı şu şekildedir; “a) Başvurma, karar ve ilam harçları. b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri. c) Dosya ve sair evrak giderleri. ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler. d) Keşif giderleri. e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler. f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler. g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri. ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti. h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.”

Yargılama giderleri peşin olarak davacı tarafından ödenir ve yargılama sonunda haksız çıkan taraf davalı olursa ondan tahsil edilir. Davacı açtığı davada haksız ise yargılama giderleri kendi üzerinde bırakılır. Taraflar kısmen haklı kısmen haksız ise haksız çıkma oranlarına göre bu giderleri paylaşır. Öte yandan tarafların davayı kazanmak için özel olarak sundukları uzman raporu, bilimsel mütalaa giderleri yargılama gideri kapsamında haksız çıkan taraftan istenemez.

Bir başka yargılama gideri ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³⁴⁵ m. 18/A-13 fıkrasında ele alınmıştır. Düzenlemeye göre; “Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda

³⁴⁴ Bu yönde bkz: Barlas, **a.g.e.**, s.199.

³⁴⁵ RG, T. 22.06.2012, S.28331, Kabul Tarihi, 07.06.2012.

tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.”

Görüldüğü üzere bu yargılama giderlerinden kimin sorumlu olacağına HMK m. 332³⁴⁶ uyarınca hakim karar verdiğinden, aşkın zarar kalemi adı altında ayrıca istenmesine gerek bulunmamaktadır.

3. İcra Giderleri

Alacaklı ilamsız veya ilamlı icra yoluna başvurduğunda takip itiraza uğramadan kesinleşirse zaten tüm icra harç ve giderleri borçludan tahsil edilmektedir. Şayet icra takibi itiraza uğrayarak hakim denetiminden geçerse yine hakim doğrudan hangi kalemden kimin sorumlu olduğuna hükmedecektir. Dolayısıyla icra giderleri yönünden de ayrıca zarar kalemi gündeme gelmez.

4. Avukatlık Masrafları

Avukatlık ücreti iki kısımdır. Birincisi kanuni vekalet ücreti olup yargılama giderlerindendir. HMK m. 330 gereği avukat davanın tarafı olmadığından taraf lehine hükmedilir. Ancak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu³⁴⁷ m. 164/5 uyarınca bu vekalet ücreti vekile aittir. Dolayısıyla yukarıdaki başlıklarda izah edildiği üzere vekalet ücreti hakim tarafından hükmedilen yargılama gideri niteliğinde olduğundan ayrıca zarar kalemi kapsamında istenemez.

Bir diğer avukatlık ücreti akdi vekalet ücretidir. Bu vekalet ücreti vekalet veren ile vekil arasında asgari ücret tarifesinin altında belirlenmemek koşuluyla serbestçe tayin edilebilir. Akdi avukatlık ücretinin üst sınırı ise Avukatlık Kanunu m. 164/2 ile belirlenmiştir. Buna göre akdi vekalet ücreti dava konusu değer yüzde yirmi beşini aşamaz. Alacaklının borçluya karşı hukuki haklarını tam olarak bilebilmesi ve

³⁴⁶ HMK m. 332: “(1) Yargılama giderlerine, mahkemece resen hükmedilir. (2) Yargılama gideri, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümü hüküm altında gösterilir. (3) Hükümden sonraki yargılama giderlerini hangi tarafın ödeyeceği, miktarı ve dökümü ile bu giderlerin hangi tarafa yükletileceği, mahkemece ilamın altına yazılır.”

³⁴⁷ RG, T. 07.04.1969, S.13168, Kabul Tarihi, 19.03.1969.

kullanabilmesi avukat aracılığı ile mümkündür. Alacaklının avukatına ödediği akdi vekalet ücretinin borçludan aşkın zarar kapsamında istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁴⁸ akdi vekalet ücreti borçludan aşkın zarar kalemi altında istenebilirken, bir görüşe göre³⁴⁹ istenmesi isabetli değildir. Akdi vekalet ücreti; işin niteliği, avukatın yetkinliği gibi çeşitli parametreler doğrultusunda serbestçe belirlenmekte, diğer deyişle her ücret sözleşmesi kendine özgü bir bedel belirlemesi içermektedir. Bu anlamda alınan avukatlık hizmetinin aşkın zarar kalemi kapsamında istenmesi mümkün değildir.

Öte yandan somut olayın durum ve özellikleri itibariyle borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davrandığı tespit edilebiliyorsa borçlunun kötünietinden alacaklıyı korumak adına HMK m. 329³⁵⁰ düzenlemesinin işletilmesi isabetli olur. Örneğin borçlunun bilerek aşkın zarara sebep olması ve alacaklının zararının artmasına neden olmak için kötünietli olarak dava hakkını kullanması durumu böyledir.

5. Avukatın Vekalet Sözleşmelerinden Doğan Aşkın Zararı

Bu başlık altında öncelikle vekalet sözleşmesine³⁵¹ ilişkin kısa bir açıklama yapıp ardından avukatın hak ettiği ücretini vaktinde elde edememesi sebebiyle meydana gelen aşkın zararına ilişkin açıklama yapmayı uygun buluyoruz.

Vekalet sözleşmesi, TBK m. 502 uyarınca vekilin sözleşme kapsamında vekalet verenin işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekalet sözleşmesi, niteliği itibariyle iş veya işlem sonucunun gerçekleşmeme rizikosunu üstlenmeksizin yerine getirilmesiyle diğer sözleşme türlerinden ayrılır³⁵². Borcu sona

³⁴⁸ Öçal, **a.g.m.**, s.152.

³⁴⁹ Albaş, **a.g.e.**, s. 201; Barlas, **a.g.e.**, s. 201.

³⁵⁰ HMK m. 329: “(1) Kötünietli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur. (2) Kötü niyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır.”

³⁵¹ Hekimlerin, muhasebecilerin, mimarların iş görme borcu vekalet sözleşmesi kapsamında olup, şartların oluşması halinde aşkın zarar istenebilmesi mümkündür.

³⁵² Vehbi Umut Erkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”, **AÜHFD**, C. 62, S.2, s.442.

erdiren sebepleri geniş anlamda sıralayacak olursak; borcun ifası, fesih, dönme, sürenin sona ermesi, geri alma, iptal, bozma, ibra, yenileme, takas, birleşme, kusursuz ifa imkansızlığı, alacaklı- borçlu sıfatının birleşmesi biçiminde gerçekleşebilir³⁵³. Şüphesiz sona erme sebepleri bunlardan ibaret değildir. Vekalet sözleşmesinin de kendine has sona erme biçimleri vardır. Vekalet sözleşmeleri tek taraflı sona erdirmeye, ölüm, ehliyetin kaybedilmesi, iflas yoluyla sona erebilir (TBK m.512-514). Aksine hüküm yoksa, vekalet sözleşmesinden doğan ücret alacağı vekalet sözleşmesinin sona ermesiyle muaccel hale gelir³⁵⁴.

Avukatlık akdi vekalet ücreti bakımından; avukatlık ücret sözleşmesine özel hüküm konulmamışsa, Av. Kanunu'nda açık hüküm bulunmaması sebebiyle üstlenilen işin tamamlanmasıyla muaccel hale gelir. Şayet avukat, haklı istifa veya haksız azil sebebiyle üstlenilen işin takibini bıraktıysa; azil beyanının avukata ulaşması ile ya da istifa beyanının müvekkile ulaşması ile Av. Kanunu m. 174 uyarınca akdi vekalet ücreti muaccel hale gelir. Muaccel hale gelen vekalet ücreti, diğer şartların da mevcut olması halinde aşkın zarara konu olabilir.

Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi yoksa vekalet ücretinden doğan istem yargılamaya konu olur. Haksız azil veya haklı istifanın olduğu hallerde yazılı ücret sözleşmesi yoksa vekalet ücreti, Av. Kanunu m. 164 uyarınca dava değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında bir miktar olarak belirlenir³⁵⁵. Şüphesiz vekalet

³⁵³ Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, "Vekalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, S.3, 2014, Bahar, s.174.

³⁵⁴ Yargıtay, HGK, E. 2013/1913, K. 2015/1260, T. 22.04.2015. "...zira vekalet sözleşmesinde vekilin yani somut olayda serbest muhasebecinin ücret alacağının muaccel olduğu tarihin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacağı, bu tarih (2009 yılı üçüncü ayının sonu) dikkate alındığında davanın (26.01.2009 icra takip tarihi itibarıyla) yasal süresinde açıldığı, ayrıca vekilin müvekkiline hesap verme ilişkisi devam ettiği sürece zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı, bu durumu teyiden Hukuk Genel Kurulu'nun 04.05.2011 gün ve E:2011/13-161, K:2011/276 sayılı ilamında benimsenen kabul şekli itibarıyla direnme kararının alacağın henüz muaccel olmaması nedeniyle dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlamadığı nedenine dayalı olarak değişik gerekçeyle bozulması gerektiği azınlıkta kalan üyelerce ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğu yukarıda belirtilen gerekçelerle bu görüşü benimsememiştir." (Lexpera, E.T. 27.12.2023.)

³⁵⁵ Yargıtay, 13. HD., E. 2016/15090, K. 2017/12500, T.14.12.2017; "Taraflar arasında Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre nispi hesaplanacak ücretin altında olmamak üzere Avukatlık Kanunu'nun 164.maddesine göre %10'u ile % 20 arasında bir miktarın akdi vekalet ücreti olarak ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre yapılacak hesaplama göre karşı yan vekalet ücretleri de değerlendirilerek bu bedellerden davalının sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilerek davalının bilirkişi kurulundan taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık rapor aldınırlarak usulüne uygun karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.", (Lexpera, E.T. 01.10.2023.)

cretinden doğan dava bir eda davası olmasının yanında bu yönüyle tespit davası niteliği de taşıır. Alacaklı avukat, aynı zamanda alacağına süresinde kavuşamaması sebebiyle aşkın zarara uğradığını iddia ediyorsa bu davayla birlikte TBK m.122/2 hükmü uyarınca aşkın zarar talebinde bulunması mümkündür.

Kanuni vekalet ücretinin geç tahsil edilmesi sebebiyle meydana gelen zararın aşkın zarar kalemi bakımından karşımıza bazı engeller çıkacaktır. Örneğin bazı ilamlar kesinleşmeden icraya konulamaz³⁵⁶. Bu tür davalardan doğan kanuni vekalet ücretinin kesinleştiği tarih ile hükmedildiği tarih arasında meydana gelen zarar yönünden borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Yine kesinleşmesine gerek olmayan davalar kapsamında hükmedilen kanuni vekalet ücretinin teminat mektubu ile veya nakdi teminat sunmak suretiyle icranın geri bırakılması prosedürü uygulandığında da vekilin alacağına geç kavuşması kaçınılmazdır. Bu ihtimalde aşkın zarar istenilmesi kanaatimce ancak davalının yargılamanın uzamasından kötüniyetli olarak fayda sağladığının ispat edilmesi halinde mümkün olur. Aksi halde yargıda yapılması gerekli birtakım yapısal değişikliklerin yapılmaması sebebiyle meydana gelen zararın borçluya yükletilmesi söz konusu olur ki bu da hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.

Avukatın aşkın zararını somut veya soyut ispat yöntemlerinden birine göre ispatlaması gerekir. Avukatlık mesleği, kamu görevi ifa eden niteliği itibariyle bir tacir gibi değerlendirilemez. Eş deyişle avukatın verdiği hizmetin bir nevi soyut olması sebebiyle hak ettiği ücrete kavuşamadığı durumda, elde ettiği geliri tacir gibi herhangi bir mal alım satımında kullanacak olduğu iddiasında bulunamaz. Ancak hak ettiği ücrete vaktinde kavuşamadığı için çeşitli yatırım araçları ile değerlendiremediğinden bahisle soyut olarak zararını ispat edebilir. Paranın değer sağlama fonksiyonunun³⁵⁷ enflasyonist ortam sebebiyle aşağı yönlü işlemesi sebebiyle planlanan gayrimenkul

³⁵⁶ İİK m.72/4-5 bentleri uyarınca menfi tespit davaları kesinleşmeden icraya konulamaz. MÖHUK m.50 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için o devlet kanunlarında kesinleşmiş olma şartı aranır. HMK m. 367 uyarınca kişiler, aile hukuna ilişkin ve taşınmazın aynından doğan davalar yönünden kesinleşmeden icraya konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

³⁵⁷ Bkz. İkinci Bölüm, I-1.

veya menkul yatırımının gerçekleştirilememesi yalnızca soyut ispat metodu ile mümkün olacaktır³⁵⁸.

6. Seyahat Masrafları

Alacaklının alacağını tahsil etmek için yaptığı yol ve seyahat masraflarının aşkın zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna ilişkin olarak öğretide somut olayın özellikleri çerçevesinde dikkatle incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁹. Eğer borç aranılacak borç niteliğinde ise alacaklı zaten edimin ifası için borçlunun mukim olduğu yere gideceğinden burada yapılan masraf zarar kapsamında istenemez³⁶⁰. Ancak borçlu aynı edimin ifası için alacaklıyı birden fazla kez çağırmışsa bu kez yapılan seyahat masrafı aşkın zarar kapsamında talep edilebilir.

Alacağın tahsili için yapılan seyahatin haklı bir gerekçesi yoksa, örneğin borçlu açıkça borcunu ödemeyeceğini beyan etmişse veya borçlunun daveti söz konusu değilse bu masraf da istenmemelidir³⁶¹. Yapılan seyahat masrafları borç konusu değere oranla aşırı derecede yüksekse veya borç konusu ile bağdaşmıyorsa yine zarar kapsamında tazmin edilmesi mümkün değildir.

III. Tazminatın Hesaplanması

A. Zarar ve Tazminatın Denk Olması

Borca aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı aşkın zarar miktarının yukarıda açıklanan kaideler çerçevesinde tespitinin akabinde artık zararın tazmini için tazminatın belirlenmesi gerekir. Çünkü zarar ve tazminatın belirlenmesi farklı usul ve esaslara tabidir. Kural olarak tespit edilen zararın tamamını borçlu tazminle yükümlü olsa da borçlu bazı indirim imkanlarından yararlanarak belirlenen zarardan daha az

³⁵⁸ Bkz. dn.315; Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar uyarınca avukatlık ücret sözleşmeleri döviz kuru üzerinden yapılamaz. Kanun koyucu tarafından vekalet ücretlerine özel, koruyucu bir faiz oranı hükmü de getirilmemiştir. Verdiği hizmetle kamu görevi ifa eden avukatın, somut metot ile zararını ispat etmesi mesleğin doğasıyla uyusmamaktadır.

³⁵⁹ Albaş, **a.g.e.**, s. 200; Ayrancı, **a.g.e.**, s.196.

³⁶⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 197.

³⁶¹ Albaş, **a.g.e.**, s. 200.

tazminatla sorumlu tutulabilir³⁶². Bu durum aynı zamanda tazminatın telafi amacına hizmet eder. Borçlu tazminatla yükümlü tutularak alacaklı söz konusu zarara hiç uğramasaydı içinde bulunacağı halin sağlanmasını temin için bir miktar para ödemeye mecbur bırakılır³⁶³. Yani alacaklı sanki aşkın zarara hiç uğramamış gibi farazi malvarlığı korunmuş olur. Şu halde tazminatın en üst sınırı zarar miktarıdır³⁶⁴.

Aşkın zararın tespitinde kullanılan somut ve soyut yöntemler ancak zararın belirlenmesine katkı sağlayan hesap metotlarıdır. Aşkın zarar tazminatının belirlenmesi hakimın durumun özelliği ve niteliği çerçevesinde değerlendirme yapmasıyla mümkündür. TBK m. 51-52 düzenlemeleri kapsamında hakim takdir yetkisi çerçevesinde borçlunun ve alacaklının kusur durumlarını, alacaklının zararı azaltma külfetini, alacaklının zarara razı olup olmadığını, borçlunun tazminatı ödedikten sonra yoksulluğa düşüp düşmeyeceğini nazara alır³⁶⁵.

B. Tazminatın İndirilmesine Etki Eden Hususlar

TBK m. 114/2, “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*” düzenlemesi, bizi TBK m. 50 vd. hükümlerine yönlendirmektedir. Öğretide de ifade edildiği üzere haksız fiil hükümleri borca aykırılık yönünden de uygulama bulmaktadır³⁶⁶. Dolayısıyla aşkın zarar tazminatına hükmedilebilmesi için; alacaklının, borçlunun temerrüde düştüğünü, temerrüt sebebiyle temerrüdü aşan zarara uğradığını, bu zarar ile temerrüt arasında illiyet bağı olduğunu ispat etmesi gereklidir. Borçlu karine olarak kusurlu olduğundan alacaklı zarar ile temerrüt arasındaki illiyet bağına ispat etse dahi borçlu TBK m. 122 uyarınca kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanına sahiptir.

³⁶² Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 63.

³⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 581; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 252, 253; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 479; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 33.

³⁶⁴ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 63-64.

³⁶⁵ Hakim tazminat miktarından indirim yapacaksa açıkça hangi sebebi gözeterek indirime karar verdiğini belirtmelidir. Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 67, 94; Hakimın takdir yetkisi maddede sayılan sebeplerle sınırlı olmayıp somut olaya göre başka indirim sebeplerini de nazara alabilir. Ancak tüm bu takdir yetkisi Yargıtay denetimine tabidir: Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.95-98.

³⁶⁶ Oğuzman/Öz, **C.1**, N.1014.

TBK m. 50 vd. hükümleri uyarınca hakim, takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun bir tazminat belirlemesi yapar. Aşağıda ayrıntıları açıklandığı üzere hakim, kusurun ağırlığını ve durumun gereklerini değerlendirerek tazminatı indirerek veya kaldırarak hüküm verir.

1. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı

TBK m. 122 uyarınca borçlu, kusurunun derecesi sorgulanmaksızın doğrudan tazminle yükümlendirilmiştir. Borçlunun aşkın zarar tazmininden kurtulmasının tek imkanı hiçbir surette kusurunun bulunmadığını ispat etmesiyle mümkündür. Eş deyişle borçlu zaten temerrüde düşerek alacaklıya zarar verdiği için onun az kusurlu olması verilen zararın oranını değiştirmeyecektir³⁶⁷. Borçlunun borca aykırı davranmasıyla alacaklı salt temerrüt zararına uğramamış temerrüdü de aşan bir zarara uğrayarak ifa menfaatini³⁶⁸ elde etmekten oldukça uzaklaşmıştır. Artık sözleşmesel ilişkide borçlunun asli ediminin yerini aşkın zarar tazminatı almıştır ve ifa menfaati ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

Aşkın zarar tazminatı borçlunun kusurunun ağırlığına dayalı olarak indirilseydi bu sefer aşkın zarar borçlusu borcunu tam ve gereği gibi ifa eden borçlular karşısında avantajlı duruma gelmiş olurdu ki bu durum hakkaniyetli değildir. Aşkın zarar sorumluluğu çoğunlukla sözleşmesel ilişkiden meydana geldiğinden haksız fiillerden doğan sorumluluk kurallarının aksine kusurun ağır veya hafif olmasının zararın tazmininde etkisi olmamalıdır. Nitekim kanun koyucu TBK m. 114 ile borçlunun her türlü kusurundan mesul olduğunu açıkça düzenleme altına almıştır³⁶⁹.

2. Alacaklının Rızası

Alacaklı borcun zamanında ödenmemesine geçerli bir rıza göstermişse temerrüdün borca aykırılık unsuru ortadan kalkacağından temerrüt gerçekleşmemiş

³⁶⁷ Ayrancı, **a.g.e.**, s.227.

³⁶⁸ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s.56. İfa menfaatinden kasıt alacaklının gerçekleşmeyen ifadan ötürü uğradığı zarardır.

³⁶⁹ Ayrancı, **a.g.e.**, s.227.

olur³⁷⁰. Sonuç olarak borca aykırılık unsuru olmazsa ortada tazminat için sebep kalmaz. Ancak borca aykırılık gerçekleştikten sonra alacaklı bir rıza beyan ederse bu sefer verilen rıza tazminattan feragat anlamı taşır³⁷¹. Esasen tazminat, bir alacak hakkı olduğundan alacaklı alacağından tek taraflı olarak feragat etse de borçlunun kabul beyanı söz konusu olmadıkça bir ibra³⁷² gerçekleşmez ve alacak hakkı sona ermez³⁷³. Ancak alacaklının pasif kalarak hakkını kullanmama yönünde irade göstermesi, alacak hakkını sona erdirmese de fiili bir durum oluşturur³⁷⁴. Davadan feragat ise usul hukuku anlamında tek taraflı bir tasarruf işlemi olup alacağı sona erdirmese de davayı sona erdirir³⁷⁵.

3. Alacaklının Ortak Kusuru

Aşkın zararın doğmasına veya artmasına alacaklı da ortak kusuruyla neden olmuşsa hakim, duruma göre tazminatta indirim yapabilir³⁷⁶ ve tazminata hiç hükmetmeyebilir. Alacaklı kusuruyla borçlunun borca aykırı davranmasına sebep olmuşsa ve zarar ile borçlu davranışı arasında illiyet bağı kesilecek nitelikteyse hakim öncelikle bu durumu incelemelidir³⁷⁷. Örneğin alacaklı temerrüdü illiyet bağını kesen

³⁷⁰ Ayrancı, **a.g.e.**, s.228.

³⁷¹ Ayrancı, **a.g.e.**, s.228.

³⁷² Samsun BAM, 3. HD., E. 2022/224, K. 2022/686, T. 19.04.2022 “dosyada mevcut deliller ve ödeme belgeleri, dekontlar, 09/08/2019 tarihinde yapılan ödeme, 01/08/2019 tarihli protokol birlikte değerlendirildiğinde davacı tarafın icra takibine konu ettiği alacaklarını tazminat davasından kaynaklanan alacaklarını icra yoluyla davalıdan temerrüt faizi ile birlikte tahsil ettiği gibi, icra takibi ile yapılan tahsilatlar haricinde 01/08/2019 tarihinde düzenlenen protokole istinaden 09/08/2019 tarihli ödeme sonucunda davalı tarafı munzam zararlardan dahi tüm alacaklarından ibra etmesi karşısında, mahkemece verilen kararın dosyada mevcut deliller kapsamında usul ve yasaya uygun olması nedeniyle başvurunun esastan reddine karar vermek gerekmiş,” (Lexpera, E.T. 03.01.2024.)

³⁷³ Mustafa Aksu, “Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C.8, 2013, s.106.

³⁷⁴ Aksu, **a.g.m.**, s.108.

³⁷⁵ Aksu, **a.g.m.**, s.108.

³⁷⁶ Yargıtay, 11. HD., E. 2022/1328, K. 2023/2225, T. 11.04.2023: “Uyuşmazlık, haksız fiilden kaynaklanan alacağın tahsili ve munzam zararın tazmini istemine ilişkindir. ...zararın meydana gelmesinde davacının müterafik kusurunun bulunduğu ve bunun %50 oranında olduğu kabul edilerek bozmanın mahiyeti de nazara alınarak davalı yönünden bozma öncesi zarar miktarı olarak belirlenen toplam 31.967,06 TL'nin davacının müterafik kusuruna isabet eden %50'sinin düşümü ile 15.983,53 TL olduğu anlaşılmakla davalı ... yönünden davanın kısmen kabulüne, 63.934,12 TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,... (Lexpera, E.T. 02.01.2024.)

³⁷⁷ Daver, **a.g.e.**, s.190.

nitelikte bir davranıştır³⁷⁸. TBK m. 136 uyarınca ifa imkansızlığı alacaklının davranışından kaynaklanırsa da borçlu sorumluluktan kurtulur³⁷⁹. Eğer alacaklının kusuru illiyet bağıını kesecek nitelikte değilse bu sefer indirim gündeme gelebilir. Artık hakim alacaklı ve borçlunun kusurunu karşılaştırmalı ve oranları doğrultusunda paylaşmalıdır³⁸⁰.

Aşkın zarar yönünden değerlendirdiğimizde alacaklının borçluya uzun süre sessiz kalarak dava açmaması veya icra takibi yapmaması bir alacaklı kusuru olarak değerlendirilmeli ve indirim yapılmalıdır³⁸¹. Alacaklı olağanüstü bir zarar doğma riskini önceden borçluya haber vermemişse ve aşkın zarar bundan doğmuşsa tazminatta indirim yapılmalıdır³⁸². Ancak borçlunun zaten ödememe niyeti açıkça ortaya koyuluyorsa indirim yapılmasına yer olmaz. Sonuç olarak alacaklının denetleme, kontrol, ikaz yükümlülüklerini vaktinde yerine getirerek zarara ortak olmaması gerekir.

4. Alacaklının Zararı Azaltma Borcu

Alacaklının zararı azaltma külfeti TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralının bir gereğidir³⁸³. Alacaklı dürüst bir şekilde makul önlemler alarak zararın artmasını engellemelidir³⁸⁴. Zararı azaltma külfetinin ihlali zarar görenin hukuki sorumluluğuna yol açmasa da tazminatın miktarı yönünden onu dezavantajlı duruma sokar³⁸⁵. Sözleşmesel sorumluluklarda güvene dayalı ikili bir ilişki bulunduğu haksız fiilden doğan sorumluluklara nazaran – haksız fiillerin rastlantısal boyutu mevcuttur-makul önlemin kapsamı daha genişir³⁸⁶. Makul önlemler her somut olay bazında özel olarak belirleneceğinden alacaklı tarafından makul önlem alınmadığının ispatı borçlu

³⁷⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, § 12, N. 1.

³⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **İfa-İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme**, § 15, N. 3.

³⁸⁰ Eren, **Borçlar Genel**, N.2395 vd.

³⁸¹ Keser, **a.g.m.**, s.492.

³⁸² Ayrancı, **a.g.e.**, s.230.

³⁸³ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 40-41.

³⁸⁴ L. Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, **AÜHFD**, 64 (3) 2015, s.778.

³⁸⁵ Kurt, **a.g.m.**, s.779.

³⁸⁶ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 301.

üzerindedir. Makul önlemin kapsamı aynı mesleki faaliyet, kişisel durum, sosyal statüde bulunan ortalama birinden beklenen davranış seviyesine uygun tedbirler çerçevesinde değerlendirilir³⁸⁷. Zararı azaltma külfeti alacaklının makul önlem alma konumuna sahip olduğu anda doğar³⁸⁸.

Alacaklının ihtar yoluyla borçluyu uyarmaması, düşük oranlı faiz kullanarak kredi temin edebilecekken daha yüksek faizli kredi kullanması, ölçüsüz masraflar yapması gibi haller zararı azaltma külfetinin yerine getirilmemesi anlamı taşır ve TBK m. 52 uyarınca indirim sebebidir³⁸⁹. Alacaklıdan kişiliğe, ahlaka aykırı şekilde zararı artırmama külfeti beklenemez. Yine uzunca süre alacağına ilişkin icra takibinde bulunmaması ve temerrüt faizini aşan zarara alacaklının kendi kusuruyla sebep olması da mahkemece indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir.

5. Borçlunun Tazminatı Ödemekle Yoksulluğa Düşecek Olması

Yoksulluğa düşme diğer bir ifadeyle müzayakanın tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesinin hukuki dayanağı TBK m. 52 düzenlemesidir. Düzenlemenin amacı bir zararın ağır sonuçlarını bertaraf ederken başka ağır bir sonuca meydan vermeme gayretidir³⁹⁰. Borçlunun tazminatın tamamını ödeyerek adeta darboğaza düşmesi müzayaka anlamına gelir³⁹¹. Ancak salt ödemede güçlük, yaşam standardının gerilemesi yoksulluğa düşmenin kriterleri arasında sayılmaz³⁹². Devletin veya kamu tüzel kişilerinin yoksulluğa düşmesi mevzubahis değildir³⁹³. Yine tacirlerin veya ticari şirketlerin iflas veya konkordato ilan etmesi de tazminatın indirilme sebepleri arasında yer almaz³⁹⁴. Borçlunun rücu imkanı veya sorumluluk sigortası varsa yoksulluğa düşmeyeceği kabul edilir³⁹⁵.

³⁸⁷ Kurt, **a.g.m.**, s.808.

³⁸⁸ Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, s. 322.

³⁸⁹ Ayrancı, **a.g.e.**, s.230-231.

³⁹⁰ Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 326; Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 152.

³⁹¹ Ayrancı, **a.g.e.**, s.233.

³⁹² Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153.

³⁹³ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153; Eren, **Borçlar Genel**, N.2411.

³⁹⁴ Ayrancı, **a.g.e.**, s.233.

³⁹⁵ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 153; Eren, **Borçlar Genel**, N.2411.

Düzenlemede yoksulluğa düşecek olma kriterinin tazminatta indirim sebebi sayılabilmesi hafif kusur şartına bağlanmıştır. Diğer deyişle ağır ihmal veya kasıt hali indirimin önünde engeldir. Nihayetinde hakimin takdir yetkisine bağlı bir indirim sebebi olduğundan sıkı şartlar altında incelenmeli ve hakkaniyete uygunsa nadiren bu yönde bir indirime karar verilmelidir. Zira alacaklı da tazminata kavuşamaması sebebiyle ciddi bir ekonomik sıkıntı içine girebilir.

Öğretide bu indirim sebebinin sözleşmesel sorumluluklar yönünden de uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁹⁶. Düzenleme aşkın zarar yönünden incelendiğinde ise görüşümüz; örneğin bir tacir iflas ederek artık sokaklarda yaşar hale gelmediği müddetçe indirim yapılmaması yönündedir³⁹⁷.

6. Diğer Sebepler

TBK m. 51 düzenlemesinde tazminatın kapsamının durumun gereği çerçevesinde hakim tarafından belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Durumun gereğinden kasıt beklenmedik haller, zararın aşırı fazla olması, hatır işi yapılması, tehlikeye atılma gibi ihtimallerin hakimce göz önünde bulundurulmasıdır³⁹⁸. TBK m. 114 hükmü uyarınca sözleşmeye aykırı davranan borçlu kusuruyla verdiği zararı tam tazmin etmekle yükümlüdür. Şayet iş borçlu için yarar sağlamıyorsa sorumluluğun hafif olarak değerlendirilme ihtimali gündeme gelecektir. İşte aşkın zarar da daha çok sözleşmesel sorumluluk kapsamında gündeme geldiğinden TBK m. 51 ve m. 114 ‘ün birlikte ele alınmasıyla borçlu için bir indirim imkanı mevcut olabilir. Ancak kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre bu indirimin uygulaması noktasında hakim oldukça titiz ve çekinceli davranmalıdır³⁹⁹.

Aşkın zararın meydana gelmesinde etkili olan enflasyon, devalüasyon, kur kaybı gibi fiili zararlarda alacaklı vaktinde alacağına kavuşsa da zarara tamamıyla

³⁹⁶ Ayrancı, **a.g.e.**, s.233.

³⁹⁷ Hakimin indirim yetkisinin geniş değerlendirilmesi, borçlunun olası başka alacaklıları karşısında aşkın zarar alacaklısının korunmamasına sebebiyet verebilir ve daha az tazminatla yetinmesine neden olabilir.

³⁹⁸ Nomer, **Maddi Tazminat**, s. 66.

³⁹⁹ Eren, **Borçlar Genel**, N.2498.

engel olamayacağı kabul edilerek indirim yapılması mümkündür⁴⁰⁰. Hakimin, aşkın zararın tespiti bilirkişi raporu ile yapıldıktan sonra alacaklının kesin kâr etmeyeceğinden bahisle somut olayın özelliğine göre hakkaniyet indirimi uygulaması mümkündür⁴⁰¹. Diğer kabul edilen durum gerekleri aşkın zararın niteliği ile bağdaşmadığından indirim sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü temerrüdün varlığı ve bunun ötesinde temerrüdü aşan zararın varlığı borçlunun sorumluluğunu genişletmektedir. Ancak taraflar TBK m. 115 düzenlemesi çerçevesinde sorumsuzluk anlaşması akdederek aşkın zarar sorumluluğunu kaldırabilirler.

C. Aşkın Zarar Tazminatının Hesaplanma Anı

Zararın hesaplama anına yönelik öğreti farklı görüşler paylaşmaktadır. Bu görüşler, zararın gerçekleştiği gün, davanın açıldığı gün, temerrüdün gerçekleştiği gün, hüküm tarihi, fiili ödeme tarihi şeklindedir.

Aşkın zarar, nitelik itibarıyla alacaklının zararı tam anlamıyla karşılanmadığı müddetçe devam edeceğinden fiili ödeme günü baz alınarak hesaplama yapılması daha

⁴⁰⁰ Ayrancı, a.g.e., s.235.

⁴⁰¹ Yargıtay, 11. HD., E. 2020/6110, K. 2021/6116, T. 15.11.2021: “Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama ve bilirkişi raporu doğrultusunda, benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacının 145.445,04 TL munzam zararı bulunduğu ancak davacı yanca 37.370,78 TL talep edildiği, munzam zarar alacağının somut olaya uygulanması gereken mülga 818 sayılı BK'nın 42. ve 43.maddeleri uyarınca değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği, bilirkişi raporunda değerlendirme ölçütü olarak kabul edilen ekonomik veriler incelendiğinde en az getiri getiren ekonomik değer ile en fazla getiri getiren ekonomik değer arasında neredeyse 4 kat fark bulunduğu, ticari hayatta kâr ve zararın kardeş olması, dava konusu edilen paranın davacı tarafından bu ölçütlerden hangisinde değerlendirileceğinin bilinmesinin mümkün olmaması karşısında doğrudan bu ölçütlerin ortalamasına göre munzam zarar tespit edilmesinin hakkaniyetli ve adil olmayacağı, bu nedenle davacının ıslah ile bildirdiği talebi üzerinden %30 oranında indirim yapılması gerektiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, 9.000,00 TL tazminatın dava tarihi olan 11/02/2011 tarihinden, 17.159,54 TL tazminatın ıslah tarihi olan 05/06/2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline ve fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına karar verilmiştir.” ; Yargıtay 11. HD, E. 2020/5884, K. 2021/3972, T. 22.04.2021: “Mahkemece Dairemiz bozma ilamına uyularak, Yargıtay ilamında da belirtildiği üzere daha önce belirlenen ve Yargıtay Dairesince de kabul gören 22.159,51 TL munzam zarardan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 42.ve 43. maddeleri uyarınca Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihatları da göz önüne alınarak takdiren % 20 oranında hakkaniyet indirimi uygulanarak, asıl davanın kısmen kabulüne, talep edilen 6.100,00 TL munzam zarardan % 20 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak 4.900,00 TL'nin dava tarihinden itibaren avans faizi işletilerek davalıdan tahsiline,... “(Lexpera, E.T. 03.01.2024.)

yerindedir⁴⁰². Böylece enflasyon gibi ekonomik olarak alacaklı malvarlığında oluşan olumsuz etkiler mümkün olduğunca minimize edilecektir. Örneğin bir alacak davasında alınan hükümden sonra alacağı icra yoluyla tahsil etme süresi çok uzun olabilir. Bu süreçte aşkın zararın meydana gelmesi oldukça olasıdır. Bu durumda alacaklının halen tahsil edemediği veya geç tahsil ettiği alacağına istinaden ek dava ile aşkın zarar talebinde bulunması halinde fiili ödeme günü hesaplamada dikkate alınmalıdır. Yapılan bu hesaplamadan temerrüt faizi miktarı, cezai şart öngörülmüşse bu miktar düşülerek temerrüt faizini aşan zarar bulunur.

D. Dava Görülürken Hakimin Aşkın Zarara Hükmetmesi

TBK m. 122/2 düzenlemesi tıpkı TBK m. 51/2, m. 615-617 düzenlemelerinde olduğu gibi bir usul hükmü getirmiştir⁴⁰³. Anılan hüküm uyarınca hakim, görülmekte

⁴⁰² Ayrançı, **a.g.e.**, s.237; Albaş, **a.g.e.**, s.234; Bazı durumlarda temerrüt sona erdikten sonra zarar meydana gelebilir ve zarar miktarı tespit edilebilir hale gelebileceğinden hesaplamaya ilişkin herhangi bir sınır konulmaması gerekmektedir.

⁴⁰³ Yargıtay, HGK, E. 1990/11-289, K. 1990/558, T. 07.11.1990; “Her ne kadar usul hükümleri ve nafaka takdirine ilişkin 28.11.1956 gün ve 15-15 sayılı: Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına göre her dava açıldığı tarihteki maddi ve hukuki esaslar çerçevesinde karara bağlanmakta ise de bu kuralın bazı istisnalar da bulunmaktadır (M.K. 14. 148, 315, 316; B.K. 43/2, 515-517). İşte, bu istisnalardan biri de BK’nın 105/2. maddesidir. Anılan maddede munzam zarar derhal takdir olunabilirse hakimin esasa dair karar verirken bu zararın miktarını dahi tayin edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, Borçlar Kanunu’nda yer almakla beraber bir usul hükmüdür. İsviçre’de Federal bir usul yasası olmadığı için İsviçre Yasa Koyucusu önemli gördüğü bazı usul hükümlerini Medeni Kanun’a ve Borçlar Kanunu’na koymuştur ve bu hükümlerin önemli bir kısmı Türk Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’na alınmıştır. Bu kurallar Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nda yer almış olmalarına karşın, nitelikleri bakımından usul hükümleridir. Buna göre, BK’nın 105/2. maddesi uyarınca hakim esasa ilişkin bir karar verirken karar tarihine kadar gerçekleşmiş olan munzam zararın tahsiline hükmedilebilir. Bu kuralın ek davada da aynen uygulanabileceği de kuskusuzdur. Bu itibarla mahkemece kur farkından doğan zarar için karar tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına hükmedilmesinde de bir isabetsizlik yoktur. O halde usul ve yasaya uygun olan direnme kararı onanmalıdır.” Arslan/Kırmızı, **a.g.e.**, s.1023.

olan dava esnasında⁴⁰⁴ aşkın zararı belirleyebiliyorsa davacının talebi⁴⁰⁵ halinde esas hakkında verirken aşkın zarara ilişkin de hüküm kuracaktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile zararın hesabına ilişkin hüküm veya dava açılış tarihini değil, fiili ödeme tarihini esas alarak ileriye yönelik bir tazminata hükmedilmesine imkan tanımıştır⁴⁰⁶. Hüküm sayesinde hakim, alacaklının aşkın zarara uğrama ihtimalini değerlendirerek, artması yüksek ihtimal olan müstakbel zararın tazminine de karar verecektir⁴⁰⁷.

Bilindiği üzere yargılama hukuku kapsamında dava tarihine kadar gerçekleşmiş haklar talep edilebilmektedir. Dava tarihinden sonra talep edilebilecek bir hak varsa ancak yeni bir dava açılarak ya da mevcut davada ıslah yolu kullanılarak talepte bulunulması mümkündür. Ancak sürekli edime yönelik bir hak doğmuşsa - nafaka, kira, dava sonrası gerçekleşen faiz gibi- yine mahkemece ileriye dönük karar verilebilir. Aşkın zarar yönünden de dava tarihinden sonraki döneme ilişkin zararın tazminine karar verilebilmesi ile alacaklıya avantaj sağlanmıştır. Ne yazık ki uygulamada aşkın zarar talepleri yeterince değerlendirilmediği gibi TBK m.122/2 düzenlemesi de yeterince uygulama bulmamaktadır.

Düzenlemenin alacaklı ve usul ekonomisi yönünden birçok avantajı bulunmaktadır⁴⁰⁸. Düzenleme sayesinde alacaklı;

- Ek dava masraflarından kurtularak asıl davada karar alabilir,

⁴⁰⁴ Görülmekte olan dava şayet arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlıksa şüphesiz aşkın zarar talebinin de anlaşılma tutanağında yer alması gerekir. Ancak müstakil olarak aşkın zarar istemi ayrı bir davada talep edilmişse arabuluculuğa tabi olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Örnek karar için bkz: Antalya BAM, 11. HD., E. 2023/1621, K. 2023/1554, T. 27.09.2023: “Munzam zarara ilişkin dava bankacılık sözleşmesine değil bankacılık sözleşmesine dayanan ilk asıl dava sonunda hükmedilen ilama dayandığından mutlak ticari dava sayılmaz. Dairemiz önceki hükmünde mutlak ticari dava olduğundan söz edilen dava asıl dava olup, munzam zararın tahsiline ilişkin davanın asıl davaya bakan ticaret mahkemesinde görülmesi munzam zarara ilişkin davanın mutlak ticari dava olmasından dolayı değil TBK’nun 122. Maddesi gereğince asıl davanın görüldüğü mahkemede görülmesinin gerekmesindendir. Bu sebeple mahkemenin davanın mutlak ticari dava olduğuna ve davadan önce zorunlu arabuluculuk şartının yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmesi doğru değildir.” (Lexpera, E.T. 02.01.2024.)

⁴⁰⁵ HMK m. 26 taleple bağlılık ilkesine aykırı olmaması koşulu bu düzenleme bakımından da geçerlidir.

⁴⁰⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, N. 4721.

⁴⁰⁷ Gündüz, **a.g.e.**, s.165.

⁴⁰⁸ Domaniç, **a.g.e.** s. 85.

- Ek dava boyunca meydana gelebilecek muhtemel zararın artması engellenerek tazminat alacağına asıl dava itibariyle daha çabuk kavuşabilecektir,
- Mahkemeler yargı yükünden kurtulacaktır,
- Ek davanın zamanaşımına uğrama sakıncasından kurtulma imkanı söz konusu olacaktır.

Hakim toptan bir tazminat miktarına hükmedebileceği gibi ödenmeyen her gün için belli bir oranda öngörülmüş tazminata da hükmedebilir⁴⁰⁹. Öğretide bu düzenlemenin salt temerrüt faizini aşan zararlar yönünden değil, önden tespit edilebilen müstakbel zararlar için de uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴¹⁰. Şüphesiz hakim müstakbel zarar için karar verirken temerrüt ile illiyet bağı olan müstakbel zararlar yönünden hüküm kurmalıdır⁴¹¹.

Örneğin inşaat hukukundan kaynaklı bir uyuşmazlıkta 500.000 TL’lik hak ediş ödeme tarihi 09.12.2016 olsun. Borçlu bu tarihte borcunu ödemediği için temerrüde düşmüşse ve alacaklı 27.04.2018 gününde açtığı alacak davasıyla birlikte aşkın zarara ilişkin de karar verilmesini isteyebilir. Böyle bir davada temerrüt faizi 30.000 TL, alacaklının uğradığı zarar da 100.000 TL olarak belirlenirse asıl alacak olan 500.000 TL miktarın yanında $100.000 - 30.000 = 70.000$ TL aşkın zarar için de karar verilmesi gerekir.

E. Zamanaşımı

Aşkın zarar kalemine uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre haksız fiillere uygulanan zamanaşımı uygulanması gerekirken⁴¹², bir görüşe göre TBK m. 114/2 ‘nin yollamasıyla genel zamanaşımı TBK m. 146’nın uygulanması gerektiği savunulmakta⁴¹³, bir başka görüş ise aşkın zarara konu asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresinin uygulanması

⁴⁰⁹ Yıldız, **a.g.e.**, s.169.

⁴¹⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, N. 1634.

⁴¹¹ Yıldız, **a.g.e.**, s.170.

⁴¹² Kartal, **a.g.m.**, s.514.

⁴¹³ Ayrancı, **a.g.e.**, s.240; Barlas, **a.g.e.**, s. 226; Domaniç, **a.g.e.** s. 81.

gerektiği yönündedir⁴¹⁴. Buna göre aşkın zarar, haksız fiilden doğan sorumluluktan meydana gelmişse TBK m. 72, sözleşmesel sorumluluktan meydana gelmişse TBK m. 146-147, asıl alacağın konusunu sebepsiz zenginleşme teşkil ediyorsa TBK m. 82 uygulanmalıdır. Bu görüşe göre asıl alacak için kanun koyucu özel bir zamanaşımı süresi getirmişse bu sefer bu süre uygulanmalıdır.

Aşkın zarar asıl alaktan bağımsız ayrı bir talep hakkı doğuran alacak olduğundan bize göre aşkın zarar istemleri yönünden uygulanması gereken süre TBK m. 146 uyarınca genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süredir. Sürenin başlangıç tarihi de fiili ödeme günüdür⁴¹⁵. Öte yandan aşkın zarar istemleri alacaklının zamana yenilmiş ve elde edilememiş malvarlığına tam kavuşma ümidinden doğduğundan alacaklıyı çeşitli sürelerle kısıtlamak adil olmayacaktır. Dolayısıyla fiili ödeme günü⁴¹⁶ esas alınarak temerrüt faizini aşan zarar hesaplanmalı ve zamanaşımı süresi de bu tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır⁴¹⁷.

Fazlaya ilişkin hakların davada saklı tutulması zamanaşımını kesen bir durum değildir. Davacının talep konusu ettiği miktar yönünden sadece zamanaşımı kesilmiş olur. Alacağın talep edilen kısmı hangi anda muaccel olmuşsa bağlı olduğu borç kaynağının zamanaşımı süresi içerisinde fazla olduğu iddia edilen hakka ilişkin dava

⁴¹⁴ Şirin, **a.g.e.**, s.313; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, N.4700.

⁴¹⁵ Çelik Ahmet Çelik, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 73.

⁴¹⁶ Yargıtay, 11. HD., E. 1988/4444, K. 1989/202, T.24.01.1989: "... Davacı daha önce açtığı 984/160 esas sayılı davada kur farkından doğacak fazlaya ilişkin talep hakkını saklı tutarak 14.595,55 \$ mal bedelinin o davanın açıldığı tarihteki döviz kuru üzerinden karşılığı olan 4.560.000.-TL'nin tahsiline dair hüküm istihsal etmiş ve bu meblağı faiz ve masraflarla birlikte 6.6.1985 tarihinde icra yoluyla tahsil etmiştir. Davacı bu davada ise önceki davada esas alınan döviz kuru ile alacağı tahsil ettiği 6.6.1985 gününde cari olan döviz kuru arasındaki farktan kaynaklanan munzam zararının BK'nın 105/f.II maddesi hükmü uyarınca tahsilini istemektedir. Davacının tazminini istediği zarar önceki davada hükme bağlanan alacağın tahsil edildiği 6.06.1985 tarihinde doğmuş olduğu ve bu tarihte miktar olarak muayyen ve muaccel hale geldiği cihetle zamanaşımı da ancak mezkûr tarihten itibaren işlemeğe başlar. ..." , Yıldız, **a.g.e.**, s.171.

⁴¹⁷ Yargıtay, 11. HD., E. 2021/9183, K. 2023/88, T. 11.01.2023. "Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile munzam zarar davasının açıldığı tarihten geriye doğru on yıllık süre içerisinde gerçekleşen zarar bölümünün talep edilmesi mümkün olup bu süre dışında kalan zarar bölümünün ise zamanaşımına uğradığı, dolayısıyla eldeki munzam zarar davasının açıldığı tarihten geriye doğru on yıllık süre nazara alınarak bu dönem için davacı alacaklının maruz kaldığı zarar miktarından, elde ettiği faiz gelirinin mahsubu gerektiği, dosya içeriğine uygun 25.02.2015 günlü bilirkişi ek raporunda mütalaa edildiği üzere dava konusu dönemde davacının hesaplanan munzam zarar tutarının, aynı dönemde elde edilen temerrüt faizinden daha az olduğu, sonuç olarak davacının talep edebileceği munzam zarar bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir." Aynı yönde bkz: Yargıtay 11. H.D., E. 2017/1927, K. 2019/1658, T. 28.02.2019. (Lexpera, E.T. 23.12.2023.)

hakkının kullanılması gerekir⁴¹⁸. Aksi halde bu kısım borçlunun zamanaşımı def'i ileri sürmesi ihtimalinde elde edilemez.

SONUÇ

Kanun koyucunun gelişen ihtiyaçlar sebebiyle zararın tanımına yer vermemesi yeknesak bir zarar tanımı yapılamamasına neden olmaktadır. Öğretide kabul edilen görüşe göre zarar, kişinin malvarlığında rıza dışı meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Malvarlığı aktifinde meydana gelen zarar fiili zararı oluştururken, malvarlığı aktifinin artışına engel bir durum söz konusuysa yoksun kalınan kâr gündeme gelir. Kişinin manevi varlığına yönelen bir saldırı mevcutsa manevi zarar meydana gelir. Zarar giderimi tazminat ile mümkün olduğundan, zararın belirli, hesaplanabilir ve parayla ölçülebilir nitelikte olması önem taşımaktadır. Bu açıdan tazminatın hesaplanmasına yönelik çeşitli metotlar geliştirilmiştir.

TBK m. 122 ile düzenlenen aşkın zarar, temel anlamı itibariyle temerrüt faizini aşan zarardır. Öğretide ek zarar, artık zarar olarak da isimlendirilen bu zarar biçimi, eski kanuni metinde munzam zarar terimi kullanılmış ve halen uygulamada bu terim varlığını sürdürmektedir. Aşkın zarar, temerrüt tarihi ile fiili ödeme tarihi arasında meydana gelen zararı ifade etmektedir. TBK m.122 düzenlemesi, kaynağı ne olursa olsun her türlü zarar talebi için dayanak teşkil etmektedir. Dolayısıyla borcun kaynağı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, sözleşmeye aykırılık türlerinden hangisine dayanırsa dayansın ilgili hükümler çerçevesinde tazmini istenebilecektir. TBK m. 122 düzenlemesi hem maddi hem manevi zararı kapsayıcı niteliktedir. Öğretide hakim görüş aşkın zararın malvarlığı

⁴¹⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, N.4712.

zararları yönünden ihdas edildiğini ifade etmektedir. Manevi zarar ise kişilik haklarına yapılan saldırılardan ötürü doğmaktadır. Manevi zarar, faizle karşılanan zarar veya faizi aşan zarar olarak nitelendirilemeyeceğinden aşkın zarar talebine konu olmaz.

Aşkın zararın talep edilebilmesi için öncelikle bir para borcunun varlığı gerekir. Borçlunun bu para borcunun ödenmesinde temerrüde düşmesi gerekir. Zararın temerrüt faizini aşması gerekir. Bu zarar tazmini bakımından borçlunun kusuru aranmasa da borçlu kusursuzluğunu ispat ederse aşkın zarar tazminatı ödemekten kurtulabilir. Aşkın zarar, fer'i bir alacak veya dolaylı bir zarar kalemi olmayıp bağımsız bir alacaktır. Dolayısıyla ortada tek bir zarar olduğundan temerrütten doğan zararın ilk kademesi temerrüt faiziyle karşılanacak, ikinci kademesi ise şartların gerçekleşmesi halinde aşkın zarar tazminatı ile karşılanacaktır. Öğretide aşkın zararın hukuki niteliğine ilişkin bazı görüşler, olumlu zarar olarak kabul ederken, bazı görüşler olumsuz zararın bir türü olarak nitelendirmiştir. Öğretide bir başka görüş ise aşkın zararı olumlu veya olumsuz zarar türlerinden birinin içinde değerlendirmeyi uygun görmemektedir. Çünkü zarar kelimesi niteliği itibariyle maddi manevi, olumlu, olumsuz gibi tüm zarar türlerini kapsayıcı niteliktedir. Bizim görüşümüze göre aşkın zarar kalemi, borca aykırılık sebebiyle temerrüt faizini aşan zarara uğrayan alacaklının zararının telafi edilmesini amaçlayan özel bir tazminat biçimi olarak kabul edilmelidir.

Alacaklı, aşkın zararını dilerse asıl davada dilerse bağımsız bir davada talep edebilir. Aşkın zarar miktarının ne derecede olduğu hususu yargılamaya muhtaç bir konu olduğundan, ilamsız takibe konu edilse de borçlu tek başına aşkın zararını belirleyebilecek konumda değildir. Bu sebeple aşkın zarar likit bir alacak türü olmadığından ilamsız icra kanalıyla istenen aşkın zarar kalemi için icra inkar tazminatına hükmedilemez.

Cezai şart asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir alacaktır. Asıl alacak geçersizse cezai şart da geçersiz hale gelir ancak cezai şartın geçersiz olması asıl alacağın geçerliliğine halel getirmez. Muaccel olan asıl alacak hiç veya gereği gibi ifa edilmezse cezai şart istenebilir hale gelir. Alacaklının zarara uğraması veya zararını ispat etmesi şartı aranmaz. Bu yönüyle belirlenen cezai şart uğranılan zarardan fazla olabilir. Eğer uğranılan zarar cezai şart miktarını aşmışsa ceza koşulunu aşan zararın tazmin

edilebilmesi borçlunun kusurunun ispat edilmesine bağlıdır. Oysa aşkın zarar yönünden borçlu kusursuzluğunu ispat etmeye mecbur olup alacaklıya ispat külfeti yüklenmemiştir

Götürü tazminat, Anglo Sakson temelli, hukukumuzda sözleşme serbestiyeti sebebiyle yer bulan asıl sözleşmeye bağlı bir yan anlaşmadır. Götürü tazminat sözleşmesinde önden tahmini zarar belirlemesi yapılarak zarar giderimi öngörülür. Aşkın zararda ise zarar önden tahmin edilemez. Hem götürü tazminat hem de aşkın zarar yönünden hakimin tazminatı kaldırma yetkisi yoktur.

Yoksun kalınan kâr tipik bir aşkın zarar kalemidir. Paranın arzu edilen şekilde kullanılamaması hali kâr mahrumiyetinin en görülen şeklidir. Zararın belirlenmesi farklı olgulara dayandığından yoksun kalınan kar kalemi olumlu ve olumsuz zarar kalemleri yönünden de gündeme gelebilir. Yoksun kalınan karın hesabı farazi ihtimallere dayandığından hakimin takdir yetkisi önem taşımaktadır.

TBK m. 50/1 uyarınca zararın ispatı zarar görene aittir. TBK m. 50/2 düzenlemesiyle zararın tam olarak ispat edilemediği ancak yaklaşık olarak ispat edildiği durumlarda hakime zararın miktarını hakkaniyet çerçevesinde belirleme yetkisi verilmiştir. Zararın ispatında ele alınan kriterler hayatın olağan akışına uygun olmalıdır. Hayat tecrübesi, istatistiki veriler hakim tarafından serbestçe değerlendirilerek hükme varılır. TBK m. 50/2 devamında zarar görenin zarar görmemek için aldığı önlemlerin etkililiği de sorgulanarak hakkaniyete uygun karar verilmesi gerekliliğini düzenlemiştir. Bazı hallerde ise ispat yükü zarar gören üzerinde değil, zarar veren üzerindedir. Bazen de zarar görenin ispat faaliyetine girişmeden kanuni dayanağa uygun olarak zararını tazmin etmesi mümkündür.

Aşkın zararın ispatı somut ve soyut metotlar üzerinden yapılmaktadır. Somut metot yöntemine göre ispat yöntemi seçildiğinde davacıya özgü gerçekleşen somut olayın neden olduğu ekonomik zararın net olarak ispatı gerekir. Eş deyişle bu yöntemde zarar ile temerrüt arasındaki illiyet bağı şüphe götürmeyecek şekilde ortaya konulmalıdır. Soyut metot yönteminde ise herkesçe bilinen maruf ve meşhur vakıaların ispatına gerek duyulmayacağı düşüncesinden hareketle ülke genelinde herkes için paranın değer kaybı söz konusuysa ayrıca o somut olaya özgü ispat aranmaz. Böylece devlet tarafından açıklanan çeşitli ekonomik istatistikleri çerçevesinde bir sepet yapılarak zarar belirlenmesi

yapılır. Soyut metot, somut metota nazaran alacaklıya ispat kolaylığı sağlar. Yargıtay, 2017 tarihli AYM kararına kadar somut metot yöntemini uygularken, 2017 yılından sonra görüş değiştirerek soyut metot yöntemini daha fazla uygulamaya başlamıştır. Ancak gelinen aşamada içtihat birliği sağlanamadığından halen somut metot yöntemi ile ispat yargıda ağırlıklı olarak aranmaktadır. Yargı uygulamasının somut metot ispat yönteminde direktmesi tacir kişilere nazaran alelade kişiler bakımından daha fazla mağduriyete sebep olmaktadır. Hayatını prensip olarak borca girmeden yaşayan biri alacağına geç kavuştuğunda uğradığı zararı yüksek faizli kredi çekmedi diye ispat edememesi trajik bir sonuçtur. Şüphesiz bu durum hukuk güvenliğini zedelemektedir. Bizim katıldığımız görüşe göre paranın değer kaybetmesi, alacaklının mülkiyet hakkına dahil olan alacak hakkından serbestçe tasarruf edememesi, kavuşulamayan alacak yüzünden çeşitli borç doğuran sözleşmeler akdedilmesi veya enflasyon, devalüasyon, deprem, pandemi, savaş gibi ekonomiyi etkileyen türlü hadiselerin olması başlı başına zarar doğurucu sebepler olduğundan soyut metot yoluyla ispata ağırlık verilmelidir.

Borçlunun temerrüdü ile illiyet bağı kurulması şartıyla alacaklının kendi hukuki işlemlerinden dolayı kendi alacaklılarına ödemek zorunda kaldığı cezai şart ödemesi, cayma tazminatı, pey akçesi gibi kalemler aşkın zarar kapsamında talep edilebilir. İhtar masraflarının aşkın zarar kapsamında istenip istenmeyeceği tartışmalı olup ihtarın gönderilmesinin hukuken gerekli olduğu haller için bize göre masraf talep edilmelidir. Yargılama giderleri ve karşı taraf vekalet ücretini hakim haksız çıkan tarafa yüklettiğinden ayrıca aşkın zarar kapsamında talep edilmesine gerek yoktur. Akdi vekalet ücretinin aşkın zarar kapsamında borçludan istenip istenemeyeceği de tartışmalıdır. Bize göre akdi vekalet ücreti serbestçe belirlenen bir miktar olduğundan aşkın zarar kapsamında istenmesi isabetli değildir. İlamsız ve ilamlı icra giderleri de takip kesinleştikten sonra borçludan tahsil edildiğinden ayrıca bir talepte bulunulması ihtiyacı yoktur. Seyahat masrafları yönünden hakim somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmalı ve sonucuna göre zarar tazmini kapsamına almalıdır.

TBK m. 114/2, “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır” düzenlemesi, bizi TBK m. 50 vd. hükümlerine yönlendirmektedir. TBK m. 51-52 düzenlemeleri kapsamında hakim takdir yetkisi çerçevesinde borçlunun ve alacaklının kusur durumlarını, alacaklının zararı

azaltma külfetini, alacaklının zarara razı olup olmadığını, borçlunun tazminatı ödedikten sonra yoksulluğa d   p d   meyeceğini nazara alır. Aşkın zarar sorumluluğu çoğunlukla s zle  mesel ilişkiden meydana geldiğinden haksız fiillerden doğan sorumluluk kurallarının aksine kusurun ağır veya hafif olmasının zararın tazmininde etkisi olmamalıdır. Aşkın zararın doğmasına veya artmasına alacaklı da ortak kusuruyla neden olmuşsa hakim, duruma göre tazminatta indirim yapabilir ve tazminata hiç hükmetmeyebilir. Alacaklı dürüst bir şekilde makul önlemler olarak zararın artmasını engellemelidir. Zararı azaltma külfetinin ihlali zarar görenin hukuki sorumluluğuuna yol açmasa da tazminatın miktarı yönünden dezavantajlı duruma sokar.

Aşkın zarar, nitelik itibariyle alacaklının zararı tam anlamıyla karşılanmadığı müddetçe devam edeceğinden fiili ödeme günü baz alınarak hesaplama yapılması daha yerindedir. Hesaplamada temerrüt faizi miktarı, cezai şart  ng r lm  se bu miktar düşülerek temerrüt faizini a an zarar bulunur. Aşkın zarar asıl alacaktan bağımsız ayrı bir talep hakkı doğuran alacak olduğundan bize göre aşkın zarar istemleri yönünden uygulanması gereken süre TBK m. 146 uyarınca genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süredir. S renin başlangıç tarihi de fiili ödeme günüdür.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet : “Güncel İctihatlar Işığında Munzam Zarar” , **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, 2022, s. 1069-1099.
- AKİL, Cenk : “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, **İnönü Üniversitesi H.F.D.**, C.3, S.1, 2012, s.317-338.
- AKKAYA, Tolga : “Konkordatoda Yabancı Para Alacakları”, **İÜHFM**, 80, (3), s.819-846.
- AKSU, Mustafa : “Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C.8, 2013, s.97-130.
- ALBAŞ, Hakan : **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği**

- (BK. m. 105) , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- ALKAN, Halime / ERTÜRK, Emin : “Bir İktisat Politikası Aracı Olarak Tağış ve Devalüasyon: Bir Nitelik Karşılaştırması” , **AÜSBD**, C. 22, S.2, 2022, s.435-468.
- ALTAŞ, Hüseyin : “Munzam Zararda İspat Sorunu” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 50(1), 2001, s.121-129.
- ALTOP Atilla : “Seminer Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler” **İzmir Barosu Dergisi**, 2012, S.2, s.16-17.
- ANTALYA, Osman Gökhan : “**Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, C.V/1,3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARAL, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- ARIDEMİR, GENÇ, Arzu : “Manevi Tazminatın Takas Edilip Edilemeyeceği Sorunu”, **İÜHFM**, C. 67, S. 1-2, 2011, s. 81-95.
- ARKAN, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 26. Basım, 2020.
- ARSLAN, Çetin / KIRMIZI, Mustafa : **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk : **İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, Ankara, 2023.

- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin : **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, 6. Basım, 2022.
- ATEŞ, Derya : “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları” , **TBB Dergisi**, 2007, S. 72, s.75-93.
- AYAN, Serkan : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü” , **DEÜHFD** , 2010, C.12, Özel sayı, s.717-793.
- AYDEMİR, Efrail : **“Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu”**, Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2013.
- AYDOĞDU, Murat / AYAN Serkan : **“Türk Borçlar Ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”** , Ankara, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2014.
- AYRANCI, Hasan : **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)** , Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- BALİS, Georges : "Para Borçlarının Ödenmesindeki Gecikmeden Doğan Zarar ve Ziyan". Çev., Akar Öçal. **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi** 1 (1965): s.163-169.
- BARLAS, Nami : **Para Borçlarının İflasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992.

- BAŞÖZEN, Ahmet : “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” Ve “İhtimal” Kavramı “ , **DEÜHF**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan , s.653-694.
- BATTAL, Ahmet : “Para Borçlarının Gecikmiş İfası İle İlgili Bir Uygulamanın Tenkidi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.6, 1993, s.339-361.
- BAYGIN , Cem : “Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII**, Ankara, 2007, s.45-65.
- BAYSAL, Başak : **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba : **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- BÖRÜ PARLAK, Şafak : “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **TBBD**, S. 129, 2017, s. 195-228.
- BURCUOĞLU, Haluk : “Seminer Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler” **İzmir Barosu Dergisi**, 2012, S.2, s.33-34.
- BUZ, Vedat : “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, **Yargıtay Dergisi**, 24(3), 1998, s. 369-410. (1998a)
- BÜYÜKSAGİŞ, Erdem : **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

- CANBOLAT, Talat / ERENER, Ebru : "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart" , **İş ve Hayat Dergisi**, 2017, C.3 , S. 5 , s. 228-255.
- ÇAKIRCA, Seda İrem : **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- ÇELİK, Ahmet Çelik : **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.
- DAVER, Hilal : **Zararın Ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- DOMANİÇ, Hayri : **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1993.
- DUMAN, Özgür : "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.6, S.12, 2018, s.401-462.
- ENGİN, Baki İlkey : "Fatura ve Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları", **İÜHFM**, C. LXI, S.1-2 , 2003, s. 257-276.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra : **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Güncellenmiş 5. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2023.
- EREN, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019.

- ERGÜNE, Mehmet Serkan : **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008.
- ERKAN, Vehbi Umut : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları” , **AÜHFD**, C. 62, S.2, s.441 – 472.
- EROĞLU, Orhan : **Şematik İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- FRANKO, Nisim, İ. : "Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, ss. 133-154, Eki. 1984.
- FURRER Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER Bilgehan : **“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2. Basım, 2022.
- GONNARD, Rene : “Paranın Fonksiyonları”, Çev. Refii Şükrü Suvla, **İÜHFM**, C. 4, S. 14, 2011, s. 346-360.
- GÖZÜTOK, Zeki : **“Faiz Hukuku Açıklamalı - İctihatlı - Yeni Kanunlara Göre Güncellenmiş”** , Ankara, 3. Bası, Bilge Yayınevi, 2015.
- GÜLERCİ, Altan Fahri : “Anayasa ve Özel Hukuk İlişkileri Bağlamında Ticari Nitelikli Mülkiyet Hakkının Korunması”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.12, S.1 , 2022, s.239-289.

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : “Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m.88)”, **MÜHF – HAD**, C. XVII, S. 1-2, s. 351- 375.
- GÜNDÜZ, Şefika Deren : **Olumlu Zarar** , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:16. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- HAVUTÇU, Ayşe : **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995.
- HELVACI, Mehmet : **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 2000.
- HELVACI, Mehmet / KAYA Arslan / ERTAN, Füsun N. : **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, 2019.
- KAĞITÇIOĞLU, Murat : “Döviz Cinsinden veya Dövizle Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S.3, Y. 2020, s. 265-303.
- KAPANCI, Kadir Berk : “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a**

- Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.655-683.
- KAPANCI, Kadir Berk : “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.2, s. 247-270.
- KARACABEY, Ömer Faruk : Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK. m.60), **Yargıtay Dergisi**, Y. 1978, C.4, Sa.4, s.477-502.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay / : “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem Bu Zararın Belirlenmesi” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, XXIII (3), 2006, s.157-184.
- KARATEKİN, Şahin / OKUR : Sanal Para Piyasası ve Türkiye DİNÇSOY, Meltem Ekonomisine Entegrasyonu . **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi** , 8 (3) , 2019, s. 120-138.
- KARMIŞ, Enver : **Uygulamalı Faiz ve Alacaklar Hesapları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. Basım, 2021.
- KARTAL, Bilal : “Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar)” , **Yargıtay Dergisi**, 23 (4), 1997, s.501-519.
- KAYA, Aslan : “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, **İÜHFİM**, 54(1-4), 1994, s.347-366.
- KAYIHAN, Şaban / ÜNLÜTEPE, : “ Vekalet Sözleşmesinin Kendine Mustafa Özgü Sona Erme Sebepleri”, **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum**

- Bilimleri Dergisi**, S.3, 2014,Bahar, s.171-212.
- KESER, Yıldırım : “Aşkın Zararın İspatı” , **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11 (2) , 2020, s.484-495.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : “Yargıtay Kararlar Açısından “Munzam Zarar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 15, Bildiriler ve Tartışmalar” , **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 5 Haziran 1998.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- KOCAAĞA, Köksal : **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdulkadir : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- KORKMAZ, SÜRER, Muazzez : **Uluslararası Para Hukuku. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**. 2005; 25(1-2), s.213-228.
- KURT, Müjde L. : “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti” , **AÜHFD**, 64 (3) 2015, s.775-814.
- KURU, Baki : **İcra İnkâr Tazminatı”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı**, Ankara 1968, s. 725-765.

- KURU, Baki : “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı”, **Adalet Dergisi**, 1961, S. 7-8, s. 676-694.
- NAMLI YAYVAK, İrem : **İş Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 1. Basım, 2019.
- NARTER, Sami : **Uygulamada Manevi Tazminat**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem : “Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar” , **TBB Dergisi**, S.165, 2023, s.105-135.
- NOMER, Haluk Nami : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta, 1996.
- NOMER, Haluk Nami : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021.
- NOMER, Haluk Nami : “Para Borcu Kavramı Ve Para Borçlarının Bk 118/1 Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi.” **Journal Of Istanbul University Law Faculty**. 1999; 57(1-2): 241-264.
- NOMER, Haluk Nami : “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 1303-1313.

- NOMER, Haluk Nami / ENGİN, Baki İlkay : **“Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri C.1 Satış Sözleşmesi”**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 7. Bası, 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1**, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2**, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- OKUMUŞ, Selmani : **Müspet Zarar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- ÖÇAL, Akar : **“Munzam Zarar”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, 3 (1), 1967, s.144-158.
- ÖNDERİ, Gökhan : **“Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, İstanbul Barosu Dergisi**, 87(2), 2013, s.274-299.
- ÖZBİLEN, Şevki : **“Para Teorisi”**, Gazi Kitapevi, 1. Basım, 2015.
- ÖZKARACA, Ercüment : **“Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”**, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 1, Haziran 2019, ss. 185–202.

- ÖZMEN, Ethem Saba / AKTAŞ, : “Türk Hukuku Açısından Para
Türkan
Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında
Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine
İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”
**Maltepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, 17(1), 2018, 39-54.
- POLAT ARSLAN, Aynur : **Uygulamada Sık Karşılaşılan İcra ve
İflas Davaları Uygulama Rehberi**,
Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- POROY, Reha / YASAMAN : **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş
Hamdi
ve Güncelleştirilmiş 18. bası., İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2019.
- SANLI, Kerem Cem : **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden
Sözleşme Hukuku ve Sözleşme
Yaptırımlarının Ekonomik
Analizi**, İstanbul, On İki Levha
Yayıncılık, 2. Basım, 2017.
- SEROZAN, Rona : " Para Alım Gücünün Düşmesine Bağlı
Kayıpların Karşılmasında
Eşitsizlikler.” **İstanbul Üniversitesi
Mukayeseli Hukuk Araştırmaları
Dergisi**. 1996; 20(0): 41-48.
- SEROZAN, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2007.
- SEZGİN, Gökmen : **Takibin ve Haczin Konusu
bakımından Kripto Paralar**,
İstanbul, Adalet Yayınevi, 2023.
- SUNGURBEY, İsmet : **Medeni Hukuk Sorunları**, C.1,
İstanbul Üniversitesi Yayınları No.
3259; Hukuk Fakültesi Yayınları
No.688, İstanbul 1984.

- ŞEN, Mustafa Serhat : "Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz Hükümleri ve Sınırları Adı İşlerde Faiz Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.35, Temmuz 2018, s. 469-516.
- ŞİMŞEK, Ayşenur : **"Para Borcunun İfa Edilmemesi Halinde Temerrüt Faizi"** Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023.
- ŞİRİN, Şerafettin : **Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz.** İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1996.
- TANDOĞAN, Haluk : **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası Yapılmıştır, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- TANRIKULU ATASOY, Umare : **Satış Vaadi Sözleşmesinde Munzam Zarar**, Selçuk Üniversitesi SBE, Özel Hukuk ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022.
- TEKİNAY, Selâhhattin Sulhi / : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. AKMAN, Servet/ BURCUOĞLU, Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
Hâluk / ALTOP, Atilla
- TOPUZ, Murat : **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- TORAMAN, Barış : "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit Ve

Değerlendirmeler” , **DEÜHF**, C. 16,
Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e
Armağan , s.1483-1523.

- TUNÇOMAĞ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- UZUNOĞLU, Sadi/ : **“Güncel Ekonomik Sorunlar, SÖNMEZLER, Gökhan/ Enflasyon Çıkmazı”,** Literatür GÜNDÜZ, İsmail Orçun Yayınları, 1. Basım, 2022.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa : **“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- YAĞCI, Kürşad : **“Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (2), 2014, s.421- 437.**
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar : **Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile Karşılaştırmalı olarak Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)” Hükümlerine İlişkin Açıklamalar,** Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- YAĞCIOĞLU, Burcu : **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu,** Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2. Basım, 2022.

- YAVAŞ, Murat : Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yüğü Kavramı” , **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21, S.2, 2015, s.741-762.
- YILDIRIM AKKAYAN, Ayça : “Cezai Şartın İşlevi Türk Ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **Journal of Istanbul University Law Faculty** , C. 61, S.1-2, s. 357-414.
- YILDIRIM, Koray : “Enflasyon İle Enflasyon Dinamikleri Arasındaki Asimetrik İlişkiler: Türkiye Örneği “ , **Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi**, S.38, 2023, s. 145-158.
- YILDIZ, Mustafa Göktürk : “**Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**” , Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YILMAZ, Halil : “Para Borçlarının İfasında Borçluya Yöneltilen Temerrüt İhtarı”, **Yargıtay Dergisi**, C.31, S.1-2, 2005, s.71-102.
- ZEYTİNOĞLU, Emin : “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2005 (2), s. 253-263.

Cevrimiçi Kaynaklar

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.legalbank.net>

<https://kazanci.com.tr/>

<https://www.getmidas.com>

<https://sozluk.gov.tr/> (TDK)

<http://lugatim.com/> (Kubbealtı Lugati)

<https://islamansiklopedisi.org.tr/vade-farki>

Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi

<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf>

Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Konvansiyonun orijinal metinlerinden İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi)
<https://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html>