

**TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA TEMERRÜT FAİZİNİ ve CEZA KOŞULUNU
AŞAN ZARAR**

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet İLARSLAN

Eskişehir 2022

**TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA TEMERRÜT FAİZİNİ ve CEZA
KOŞULUNU AŞAN ZARAR**

Mehmet İLARSLAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temmuz 2022

ÖZET

Mehmet İLARSLAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2022

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Birbirleri ile etkileşime girmek zorunda olan insanların bu toplu ya da bireysel etkileşimleri sonucunda zarar görmeleri toplumsal yaşamın doğası gereğidir. Bu nedenle, zarar, hukukun ortaya çıkmasından bu yana güncelliğini hiç yitirmeyecek biçimde tartışılan ve sürekli geliştirilen bir kavram olagelmıştır.

“Türk Borçlar Hukukunda Temerrüt Faizini ve Ceza Koşulunu Aşan Zarar” isimli çalışmamız içerisinde ilk olarak zarar kavramı ele alınmıştır. Zarar kavramının tanımı, zarar ile ilgili teoriler ve farklı farklı ihtiyaçlara cevap vermesi için ortaya çıkarılmış ayrımlar doğrultusunda oluşmuş zarar türleri ilk bölümde açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, para borçlarında borçlu temerrüdü ve zararın temerrüt faizini aşması durumunda gündeme gelen aşkın zararın tazmini konusu üzerinde durulmuştur. Konu bütünlüğünün sağlanması için para borcu, borçlu temerrüdü ve temerrüt faizi gibi ilişkili konular ele alındıktan sonra, aşkın zararın tespiti üzerinde durulmuş ve bazı sık rastlanılan aşkın zarar kalemleri ve tazminat hesabı anlatılmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise, ceza koşulunu aşan zarar ele alınmıştır. Ceza koşulunun tanımı, özellikleri, hukuki niteliği ve unsurları açıklanmaya çalışıldıktan sonra muaccel olması ve hükümleri üzerinde durulmuştur. Alacaklına ceza koşulu ile karşılanamayan bir zarara uğramış olması durumunda bu zararını tazmin ettirebilmesinin şartları ele alınarak çalışma neticelendirilmiştir.

Çalışmanın hazırlanma sürecinde doktrindeki görüşler ele alınmış ve özellikle aşkın zararın tespiti gibi birbiri ile farklılıklar gösteren hükümler kurulan konularda mahkeme kararlarına da olabildiğince geniş ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zarar kavramı, Aşkın zarar, Temerrüt faizini aşan zarar, Ceza koşulunu aşan zarar

ABSTRACT

Mehmet İLARSLAN

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, July 2022

Supervisor: Asst. Prof. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Human kind have to get into collective or individual interactions with each other. As a result of these interactions, which occurs as the nature of social life, that people who have to interact with each other suffer damages. For this reason, damages has been a concept that is constantly discussed and developed since the emergence of law.

Firstly, the concept of damages was discussed in this “Damages Exceeding Default Interest and Penalty Clauses in Turkish Law of Obligations” titled study. The definition and the theories about the damages and the types of damages that have been created in line with the distinctions that have been created to respond to different needs have been tried to be explained in the first section.

In the second part, the debtor's default in money debts and the compensation of the excess loss in case the loss exceeds the default interest are emphasized. In order to ensure the integrity of the subject, after dealing with related issues such as money debt, debtor default and default interest, the determination of excess loss was discoursed and some common excess loss types and the calculation of compensation were explained.

In the third and last part, the damage exceeding the penalty clause was discussed. After trying to explain the definition, characteristics, legal nature and elements of the penal clause, how it become due and its provisions are emphasized. The study has been concluded by explaining the conditions of compensation for the damages that occur in the event that the obligee has suffered and cannot be covered by the penalty.

In the process of preparing the study, the views in the doctrine were discussed and the court decisions -especially the decisions that differ from each other- were also tried to be included as widely as possible.

Keywords: Concept of damages, Further damages, Damages exceeding the default interest, Damages exceeding the penalty clause

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans tez çalışmam süresince mesai saatleri içinde ve dışında vaktini ayırıp bilgi ve tecrübeleri ile bana yol gösteren, tez konusunun bulunması, kaynak araştırması ve yazımı aşamasında sonsuz sabrı, ilgisi ve desteği için değerli danışman hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI'ya teşekkürlerimi sunuyorum.

Daha önceki lisans tecrübemde edindiğim akademi tanımını tamamen değiştiren ve akademisyen olma yoluna girmeme vesile olan tüm Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesine, yönlendirme ve önerileriyle çalışmamın son halini almasında çok önemli katkıları bulunan Dr. Öğr. Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ ve Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR'a çok teşekkür ederim.

Yetişmemde büyük emek ve destekleri olan sevgili babaannem, rahmetli dedem, annem ve babama; manevi desteğiyle hep yanımda olan kardeşime ve tez çalışmalarım devam etmekte iken hayatıma giren ve desteğini her daim yanımda hissettiğim nişanlıma ne kadar teşekkür etsem azdır.

KISALTMALAR

a.g.k.	: Adı geçen kaynak
Art.	: Artikel, madde
AYM	: Anayasa Mahkemesi
aş.	: Aşağıda
b.	: Bent
B.	: Başlık
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
dn.	: Dipnot
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
m.	: Madde
OR	: İsviçre Borçlar Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
ZGB	: İsviçre Medeni Kanunu

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
TEŞEKKÜR.....	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	vi
KISALTMALAR	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ZARAR KAVRAMI, ZARAR KAVRAMI İLE İLGİLİ TEORİLER ve ZARAR TÜRLERİ.....	1
1.1. Genel Olarak Zarar Kavramı.....	1
1.2. Zarar Kavramı ile İlgili Teoriler	5
1.2.1. Fark teorisi	5
1.2.2. Tabii zarar teorisi	7
1.2.3. Normatif zarar teorisi	9
1.3. Zarar Türleri	11
1.3.1. Maddi zarar – Manevi zarar	12
1.3.1.1. <i>Maddi zarar</i>	12
1.3.1.2. <i>Manevi zarar</i>	14
1.3.2. Şahısvarlığı zararı – Malvarlığı zararı – Diğer zararlar	17
1.3.2.1. <i>Şahısvarlığı zararı</i>	17
1.3.2.2. <i>Malvarlığı zararı</i>	18
1.3.2.3. <i>Diğer zararlar</i>	19

1.3.3. Mevcut zarar – Müstakbel zarar – Muhtemel zarar	20
1.3.3.1. <i>Mevcut zarar</i>	21
1.3.3.2. <i>Müstakbel zarar</i>	22
1.3.3.3. <i>Muhtemel zarar</i>	25
1.3.4. Olumlu zarar – Olumsuz zarar	25
1.3.4.1. <i>Olumlu zarar</i>	26
1.3.4.2. <i>Olumsuz zarar</i>	28
1.3.5. Doğrudan zarar – Dolaylı zarar – Yansıma zarar	31
1.3.5.1. <i>Doğrudan zarar</i>	32
1.3.5.2. <i>Dolaylı zarar</i>	34
1.3.5.3. <i>Yansıma zarar</i>	35
1.3.6. Fiili zarar – Yoksun kalınan kâr – Normatif zarar	37
1.3.6.1. <i>Fiili zarar</i>	38
1.3.6.2. <i>Yoksun kalınan kâr</i>	40
1.3.6.3. <i>Normatif zarar</i>	44

İKİNCİ BÖLÜM

2. PARA BORÇLARINDA BORÇLU TEMERRÜDÜ ve ZARARIN TEMERRÜT FAİZİNİ AŞMASI.....	47
2.1. Para Kavramı.....	47
2.2. Para Borcu Kavramı	48
2.3. Borçlu Temerrüdü.....	50
2.3.1. Borçlu temerrüdünün şartları.....	50
2.3.1.1. <i>Borcun muaccel olması</i>	51
2.3.1.2. <i>Edimin ifasının mümkün olması</i>	51
2.3.1.3. <i>İhtar yapılmış olması</i>	52

2.3.1.4. <i>Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesine engel hâllerden birinin bulunmaması</i>	53
2.3.1.5. <i>Borçlunun kusurunun şart olmaması</i>	53
2.3.2. Borçlu temerrüdünün genel sonuçları	54
2.3.2.1. <i>Gecikmeden doğan zararları giderme yükümlülüğü</i>	54
2.3.2.2. <i>Beklenmedik hâlden sorumluluk</i>	56
2.3.3. Temerrüt faizi	58
2.4. Temerrüt Faizini Aşan (Aşkın) Zarar	63
2.4.1. Aşkın zarar kavramı ve hukuki niteliği	63
2.4.2. Aşkın zararın tazmin edilmesinin koşulları	67
2.4.2.1. <i>Borçlunun bir para borcunda temerrüde düşürülmüş olması</i>	68
2.4.2.2. <i>Borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlayamamış olması</i>	68
2.4.2.3. <i>Alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olması</i>	70
2.4.2.4. <i>Borçlu temerrüdü ile aşkın zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması</i>	71
2.4.3. Aşkın zararın tespiti	72
2.4.3.1. <i>Soyut yöntem</i>	74
2.4.3.2. <i>Somut yöntem</i>	78
2.4.4. Sık rastlanılan aşkın zarar kalemleri	80
2.4.4.1. <i>Alacağın elde edilebilmesi için yapılan masraflar</i>	81
2.4.4.2. <i>Alacaklının alacağına zamanında kavuşamaması nedeniyle diğer hukuki ilişkilerinde ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu, tazminat ve uğradığı benzeri zararlar</i>	83
2.4.4.3. <i>Zamanında ödenmemiş olan paranın ikâmesi için yapılan masraflar</i>	85
2.4.4.4. <i>Kazanç kayıpları</i>	89

2.4.4.5. <i>Yabancı para borçlarında meydana gelen kur farkı</i>	92
2.4.5. <i>Aşkın zarar tazminatının hesaplanması</i>	95
2.4.6. <i>Aşkın zararın tazmini talebinde zamanaşımı</i>	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARAR	100
3.1. Ceza Koşulunun Tanımı Özellikleri Türleri ve Hukuki Niteliği	100
3.1.1. <i>Ceza koşulunun tanımı ve özellikleri</i>	100
3.1.2. <i>Ceza koşulu türleri</i>	104
3.1.2.1. <i>Seçimlik ceza koşulu</i>	104
3.1.2.2. <i>İfaya eklenen ceza koşulu</i>	107
3.1.2.3. <i>Dönme cezası</i>	111
3.1.3. <i>Ceza koşulunun hukuki niteliği</i>	113
3.2. Ceza Koşulunun Unsurları Muacceliyeti ve Hükümleri	116
3.2.1. <i>Ceza koşulunun unsurları</i>	116
3.2.1.1. <i>Asıl borcun bulunması</i>	116
3.2.1.2. <i>Asıl borçtan ayrı ancak ona bağlı mali değeri olan bir ceza koşulu ediminin bulunması</i>	119
3.2.1.3. <i>Hukuki bir işlemle belirlenmiş olması</i>	121
3.2.2. <i>Ceza Koşulunun Muacceliyeti</i>	121
3.2.2.1. <i>Asıl borcun muaccel olması</i>	122
3.2.2.2. <i>Asıl borcun ihlal edilmesi</i>	122
3.2.2.3. <i>İhlalin kural olarak borçlunun kusurundan kaynaklanması</i> ...	126
3.2.3. <i>Ceza koşulunun hükümleri</i>	128
3.2.3.1. <i>Seçimlik ceza koşulunun hükümleri</i>	128
3.2.3.2. <i>İfaya eklenen ceza koşulunun hükümleri</i>	130

3.3. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini.....	133
3.3.1. Ceza koşulunu aşan zarar kavramı	133
3.3.2. Ceza koşulunu aşan zarar tazmin koşulları.....	136
3.3.2.1. Bir zararın varlığı ve bunun alacaklı tarafından ispat edilmesi	136
3.3.2.2. Zarar ile borç ihlali arasında uygun illiyet bağının varlığı.....	138
3.3.2.3. Borçlunun kusuru	139
SONUÇ	142
KAYNAKÇA.....	147



BİRİNCİ BÖLÜM

1. ZARAR KAVRAMI, ZARAR İLE İLGİLİ TEORİLER ve ZARAR TÜRLERİ

1.1. Zarar Kavramı

Zarar kavramı, Alman Medeni Kanunu (BGB) ve İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) da tanımlanmış bir kavram değildir. Zarar kavramının tanımı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Kanun koyucunun zararın tanımını yapmaktan kaçınması temelde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin ve bununla paralel olarak hukukumuzun genel olarak konuları ele alış tarzıyla uyumludur.¹ Gerçekleşmesi muhtemel her türlü vakıayı kapsar nitelikte kanuni bir zarar tanımı yapmanın istenilmeyen yahut öngörülemeyen sonuçlar meydana getirmesi ihtimali oldukça yüksektir. Bununla birlikte, kanunun lafzının sürekli gelişen ve değişen yaşam şartlarına cevap verememesi riski de bu durumu açıklar niteliktedir. Bu gerekçelerle kanun koyucunun söz konusu tercihinin isabetli olduğu savunulmaktadır.² Buna karşın, yine Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil bir başka hukuk düzeni olan Avusturya'da bahsi geçen risklere rağmen zarar kavramı tanımlanmıştır.³

Zarar, niteliği gereği, tanımlanırken hukuki kaygıların yanı sıra ekonomik kaygıların da güdülmesi zorunlu olan bir kavramdır.⁴ Bu zorunluluğun temelinde yatan ilk sebep, bir olay sonucunda meydana gelen her türlü ekonomik kayıp ile zararın telafisi amacına matuf olan tazminatın miktarlarının birbirinden farklı olabilecek olmasıdır. İkinci sebep ise, her ekonomik kaybın hukuken zarar olarak

¹H. N. Nomer (1996). *Haksız fiil sorumluluğunda maddi tazminatın belirlenmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 6.

²Z. Zeytin (1999). Alman hukukunda zarar kavramı ve gelişimi – 1 maddi zarar olarak “özel kullanım kaybı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XX (2), s. 75.

³Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1293: “Bir kimseye mülkiyet, haklar veya şahsiyet yönünden getirilen herhangi bir kayba zarar adı verilir.”

⁴M. S. Ergüne (2008). *Olumsuz zarar*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 7.

nitelendirilemeyecek olmasıdır. Bir başka deyişle, her türlü ekonomik kayıp hukuken zarar olarak nitelendirilebilecek bir mahiyette tezahür etmeyebileceği gibi, ekonomik kayıp ile hukuken tazmin edilmesi öngörülmüş olan miktar da her zaman birbirine eşit olmayabilir.

Zararın günlük hayattaki kelime anlamı, bir şeyin yahut bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, ziyan olarak ortaya çıkmaktadır. Zarar kavramı, hukuki olarak ise, kişinin malvarlığında ve hukuken korunmuş değerlerinde isteği dışında meydana gelen azalmayı tasvir eder.⁵ Bu tanım⁶ gereğince hak sahibinin iradesine bağlı olarak ortaya çıkan eksilmeler yahut kayıplar zarar kavramına dâhil edilemez.⁷ Yine, bu tanıma göre, zarar kavramına dâhil edilemeyecek kalemlerden biri de zarara uğrayanın iradi olarak yapmış olduğu masraflardır. Ancak, farklı kanaatte olan bir görüşe⁸ göre, zarara uğrayanın iradesine bağlı olarak ortaya çıkmış olan eksilmeler hukuki olarak zarar kavramı kapsamına girmekle birlikte yalnızca tazminata konu edilemezler. Ayrıca belirtilmesi gerekmektedir ki, beklentinin boşa çıkması görüşüne⁹

⁵H. V. Velidedeoğlu (1944). Umumi bakımdan zarar ve tazminat. *Ebülu'la Mardin'e armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 743; M. R. Karahasan (2001). *Tazminat hukuku maddi tazminat*. (Genişletilmiş Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 53; P. Tercier, P. Pichonnaz ve M. Develioğlu (2020). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 638; A. M. Kılıçoğlu (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (25. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 389; O. G. Antalya (2019). *Marmara hukuk yorumu - borçlar hukuku genel hükümler cilt: V/1, 2*. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., s. 133 vd.; H. Hatemi ve E. Gökyayla (2017). *Borçlar hukuku genel bölüm* (4. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 130; B. Baysal (2012). *Zarar görenin kusuru (müterafik kusur)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.145; A. F. Gülerci (2018). *Borçlar hukuku dersleri (genel hükümler)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 276; Bu tanım bazı yazarlar tarafından geniş anlamda zarar tanımı olarak kabul edilmektedir. Aynı yazarlar, dar anlamda ve geniş anlamda zarar kavramı ayırımına giderek maddi zararı dar anlamda zarar kavramı olarak, maddi ve manevi zararın birlikte ele alınması durumunu ise geniş anlamda zarar kavramı olarak tanımlamaktadırlar Buna göre, geniş anlamda zarar hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların ve bunlara yapılan tecavüzün gerçekleşmesinden önceki ve sonraki halleri arasındaki farktır. F. Eren (2021). *Borçlar hukuku genel hükümler* (25. Baskı). Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş. s. 599; H. Tandoğan (1961). *Türk mes'uliyet hukuku (akıt dışı ve akdi mes'uliyet)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 63; M. K. Oğuzman ve M. T. Öz (2020). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt-1*. (Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 422 (2020a); M. K. Oğuzman ve M. T. Öz (2020). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt-2*. (Gözden Geçirilmiş 15. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 39 (2020b); H. N. Nomer (2020). *Borçlar hukuku genel hükümler*. (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 172; O. S. Aydos (2022). *Borçlar hukuku (genel hükümler) temel hukuk dizisi* (Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 88; M. Tiftik (1994). *Akıt dışı sorumlulukta maddi tazminatın kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 51.

⁶Zarar tanımının yerindeliğinin değerlendirilmesi için bkz. G. Petitpierre (2013). Maddi zarar – manevi zarar ayırımında yeni sınırlar. (Çev. K. Ali Sonat), *Legal Hukuk Dergisi*, 11 (129), s. 5 vd.

⁷Oğuzman ve Öz, 2021. **a.g.k.**, s. 40; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 604; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 134.

⁸Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 5.

⁹Beklentinin boşa çıkması görüşü ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. A. von Tuhr ve H. Peter (1974). *Allgemeiner teil des schweizerischen obligationenrechts* bd. I / Lieferung 1, 3. Auflage, Zürich, Schulthess s. 83-84; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s.21-22.

göre, kişinin iradesi ile yaptığı masrafların yapılma amaçlarına ulaşılmasına engel olunması halinde masraf yapan bakımından zarar teşkil etmesi mümkündür.

Zarar, tazminat hukuku açısından olmazsa olmaz ve bu nedenle en önemli kavram olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰ Bu nitelermeyi almasının nedeni, hem kusura dayalı hem de kusursuz sorumluluk açısından, tazminat borcunun doğması için bir zararın meydana gelmiş olması gerekmesidir. Tazminat borcunun doğması bakımından, zarar mefhumunun aksine, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilin gerçekleşmesi şartı her zaman aranmaz. Adam çalıştırmanın sorumluluğu örneğinde olduğu gibi, kusursuz sorumluluk bağlamında kusurlu bir fiilin mevcut olmaması durumunda da tazminat borcundan sorumluluk meydana gelir. Buna karşın, zarar, tazminat hukuku açısından önemini kanıtlar şekilde hem kusura dayalı hem de kusursuz sorumluluk açısından tazminat borcunu doğuran ve aynı zamanda içeriğinin ve miktarının belirlenmesinde de başat rol oynayan unsur olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹

Zarar tanımında yer verilmiş olan azalma, fiilî zarar ve kâr mahrumiyeti olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. Fiili zarar, kişinin malvarlığının aktifindeki azalmayı yahut pasifindeki artışı ifade eder. Kâr mahrumiyeti ise, kişinin malvarlığının aktifindeki bir artışın ya da pasifindeki bir azalmanın engellemesi şeklinde ortaya çıkar. Fiilî zarar ve kâr mahrumiyeti kalemlerinin toplamı bir kişinin malvarlığında ortaya çıkan azalmayı meydana getirmektedir. Nitekim UNIDROIT prensiplerinde de mağdur tarafın uğradığı zarar hem uğranılan herhangi bir kaybı hem de mahrum kalınan her türlü kazancı içerecek şekilde giderilmesi gereken bir kayıp olarak öngörülmüştür.¹²

Türk hukuku bakımından tazminatın fonksiyonu, dâhil olduğumuz diğer Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil hukuk düzenlerinde olduğu gibi, telafi edici bir nitelik arz etmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil hukuki düzenlemelerden farklı olarak, Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhil hukuki düzenlemelerde tazminatın cezalandırma ya da ibret verme işlevleri de söz konusu olabilmektedir.¹³ Türk hukuku

¹⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 599; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 130.

¹¹Zeytin, 1999, **a.g.k.**, s. 74.

¹²International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT] (2016). *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016*. Art. 7.4.2/1, s. 271 <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (Erişim Tarihi: 12.11. 2020).

¹³H. Koziol ve V. Wilcox (2009). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Viyana: Springer-Verlag Wien New York, s. 7; M. T. Gülerüz ve A. Zorluoğlu Yılmaz (2019). Bir Anglo –

bakımından genel kural zararın telafisi olmakla birlikte, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58/II’de öngörölmüş olan “...hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiğı veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.” düzenlemesinde olduğı gibi istisnaen cezalandırıcı tazminat hükümlerine de yer verildiğı gözlemlenebilmektedir.

Zararın telafi edici fonksiyonu ile birlikte Türk Borçlar Kanunu sistematığı içerisinde, “Zararın ve kusurun ispatı” başlıklı TBK m. 50 ve tazminatın belirlenmesi hususunu ele alan TBK m. 51’de getirilen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, borçlar hukukumuzda yalnızca parasal olarak ölçölebilen bir zarar algısının mevcut olduğı söylenebilir. İlgili hükümler her ne kadar haksız fiillere ilişkin düzenlemeler olsalar dahi TBK m. 114/II hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde sözleşmeler nezdinde de uygulama alanı bulacakları gözden kaçırılmamalıdır. Bahsedilen parasal olarak ölçölebilen zarar algısı nedeniyle hukuki açıdan zarar denince ilk akla gelen maddi zarar olmaktadır. Şahısvarlığı haklarının ihlal edilmesi sonucunda kişide oluşan acı, elem ve kederin oluşturduğu manevi zarar ise borçlar hukuku sistematığımız içinde tali bir görünümü haizdir. Bu bağlamda, doktrinde bazı yazarlar yapmış oldukları farklı bir tasnif ile zarar kavramını dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar şeklinde bir ayrıma tâbi tutmaktadırlar. Söz konusu ayrıma göre, dar anlamda zarar kavramından anlaşılması gereken maddi zarar iken, geniş anlamda zarar ile anlaşılması gereken maddi zararın yanı sıra manevi zarardır.¹⁴

Zarar kavramının tanımında geçen azalmadan bahsedilebilmesi, eşyanın doğası gereğı, bir karşılaştırma yapılmasını gerektirir. Söz konusu karşılaştırma, belli durumların meydana gelmesinin ardından ortaya çıkan son hâl (fiili durum) ile söz konusu durum ya da durumlar meydana gelmeseydi bulunulacak olan hâl (farazi durum) arasında yapılmaktadır. Malvarlığında bir azalma meydana geldiğinden bahsedilebilmesi için farazi durum ile fiili durum arasında bir fark olması gerekir. Bu

Amerikan hukuku müessesesi olarak cezalandırıcı tazminatın [punitive damages] bazı Türk hukuku müesseseleri ile mukayesesi, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, 31(141), s. 327.

¹⁴Ç. Özel (2001). Sözleşme dışı sorumlulukta yansıma zarar ve giderimine ilişkin bazı düşünceler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4), s. 85; Velidedeoğlu, 1944, **a.g.k.**, s. 743, A. N. İnan (1979). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 286; Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 54; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 599; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 40; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 63.

fark, uğranılan zarar olarak nitelendirilir.¹⁵ İşbu farkın belirlenmesinde ne gibi kriterler kullanılacağı aslında zarar ile ilgili görüşlerin de temelini oluşturmaktadır.

1.2. Zarar Kavramı ile İlgili Teoriler

Kanunda zarar kavramının tanımının yapılmasından kaçınılmış olması, zararın sorumluluk hukukunun temel konularından biri olması ve hukukun uygulanması bağlamında edindiği yer ile sahip olduğu önem nedeniyle zarar kavramı doktrinde oldukça tartışılan bir konu olagelmıştır. Zararın belirlenebilmesi için farazi durum ile fiili durumun karşılaştırılması bir gereklilik olarak genel kabul gören yaklaşımdır. Bununla birlikte, adı geçen fiili ve farazi durumların neye göre belirleneceği hususu etrafında farklı teoriler geliştirilmiştir. Ek olarak, bazı hukuk sistemlerinde fark teorisinin eksik yönlerinin tamamlaması yahut bazı açılardan yeniden tanımlanması gereksinimi duyulmuştur. Bu düşünceden hareket eden ve insan hayatının gelişmesi ve değişmesi nedeniyle farklı bakış açılarıyla yeni zarar türlerinin gerektiği temel savından hareket eden bazı zarar teorileri de ortaya atılmıştır.¹⁶ Çalışmanın kapsamını gereğinden fazla genişletmemek için bu teorilerden en önemlilerini kısaca ele almaya çalışacağız.

1.2.1. Fark teorisi

Fark teorisi doktrinde menfaat teorisi olarak da adlandırılmaktadır.¹⁷ Bunun sebebi işbu teorinin tarihsel temellerini modern dönemde *Friedrich Mommsen* tarafından ortaya konulan menfaat (*das Interesse*) kavramından alıyor olmasıdır.¹⁸ Ortaya konulan söz konusu görüşler *Mommsen*'in de belirttiği gibi ilk defa kendisi

¹⁵H. T. Gökcan (2008). *Haksız fiil hukuku ve maddi-manevi tazminat davaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.43; E. S. Özmen ve G. Vardar Hamamcıoğlu (2016). Evli kişiyle birlikte olan kadına/erkeğe yöneltilen manevi tazminat talebi ve özellikle konuya ilişkin Yargıtay kararları üzerine düşünceler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), s. 2368; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 6; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 40; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18.12.1984 Tarih ve 1984/9369 Esas ve 1984/9456 Karar sayılı kararı.

¹⁶Zeytin, 1999, **a.g.k.**, s. 77.

¹⁷M. Topuz (2011). *İsviçre ve Türk borçlar hukuku ile karşılaştırmalı olarak roma borçlar hukukunda maddi zarar ve bu zararın belirlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 160; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 173; Nomer, 1996 **a.g.k.**, s. 8; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 135.

¹⁸Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 14; Zeytin, 1999, **a.g.k.**, s. 77; T. Akunal (1977). *Haksız fiilden doğan zararlarda denkleştirme sorunu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 52; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 135.

tarafından ortaya atılmamış olup, menfaatin belirlenmesi için malvarlığından hareket edilmesi gerektiği ilk olarak *Hotman* tarafından ileri sürülmüştür.¹⁹

Bu teoride esas nazarı itibara alınan durum, zarar verici olay sonucunda sadece üzerinde zarar meydana gelen malvarlığına dâhil olan değerdeki olumsuz değişim değil; kişinin malvarlığında meydana gelen toplam eksilmedir. Bu teoriye göre zarar, malvarlığının zarar verici olayın meydana gelmesi neticesindeki fiili durumu ile söz konusu olay hiç meydana gelmemiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktan oluşmaktadır.²⁰

Bu teorinin genellikle fark teorisi olarak anılmasının nedeni malvarlığının fiili durumu ile farazi durumu arasındaki farkı esas almasıdır. Modern hukukta zararın tanımı olarak da kabul edilen fark teorisinin zararı açıklamak üzere yararlandığı formül, temelde, Alman ve İsviçre hukuk doktrininin yanı sıra Türk hukuk doktrininde de genel kabule mazhar olan görüş olarak ortaya çıkmıştır.²¹ Nitekim Yargıtay da birçok kararında hukukumuzda zararın tanımının yanı sıra hesaplanması hususlarında fark teorisinden yararlandığını belirterek hüküm kurmuştur.²²

Fark teorisine göre, zarar, malvarlığının fiili durumunda meydana gelmiş olan azalmalar (fiili zarar, *damnum emergens*) ile farazi olarak bulunacağı varsayılan durumda olması beklenen ancak zarar verici olayın meydana gelmesi nedeniyle engellenen artışların (yoksun kalınan kâr, *lucrum cessans*) toplamıdır.²³

Fiili zarar ile yoksun kalınan kârın hesaplanması hususunda kullanılan ölçütler birbirinden farklıdır. Şöyle ki, fiili zararın belirlenmesinde malvarlığının zararın

¹⁹Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 75, F. Karakaş ve Ö. Söğütü Erişgin (2006). Tarihsel açıdan malvarlığı zararı ve bu zararın belirlenmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXIII (3), s. 75.

²⁰Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 171; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 14; S. İ. Çakırca (2012). *Türk sorumluluk hukukunda yansıma zararı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 15; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 8; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 39; H. Deschenaux ve P. Tercier (1983). *Sorumluluk hukuku*. (Çev. Selim Özdemir), Ankara: Kadioğlu Matbaası, s. 20; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 135 vd.; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 276.

²¹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 218; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 16; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 276; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 14-15.

²²Örn. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 28.03.2016 Tarih ve 2015/17481 Esas ve 2016/3833 Karar sayılı kararı; Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 25.04.2014 Tarih ve 2012/7348 Esas ve 2014/8926 Karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 05.12.2013 Tarih ve 2013/15096 Esas ve 2013/17392 Karar sayılı kararı; Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 06.03.2007 Tarih ve 2006/4082 Esas ve 2007/762 Karar sayılı kararı.

²³Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 133; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 64; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 10; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 16.

meydana gelmesinden önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki fark dikkate alınırken; mahrum kalınan kârın hesabında zarar meydana gelmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum ile zarar meydana geldiği için oluşamayan durum dikkate alınır.²⁴ Diğer bir ifadeyle, fiili zararda eksilen, malvarlığının zarar verici olaydan önceki hali iken, mahrum kalınan kârda malvarlığının zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı varsayılan durumudur. Bu hesabın sonunda aslında zarar, zararın meydana gelmesinin ardından malvarlığının içinde bulunduğu durumdaki değeri ile zarar meydana gelmemiş olsaydı malvarlığının bulunacağı durumdaki değeri arasındaki fark olarak ortaya çıkar.

Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı üzere fark teorisi, zarar verici olayın, üzerinde meydana geldiği hak konusu varlığı değil, malvarlığındaki değişimi esas alır. Zararın hesabı noktasında yararlanılan farazi durum kavramı gereğince, bu teoriye göre zarar hesaplanırken, sadece ortaya çıkan olumsuz etkiler değil, olumlu etkiler de göz önünde bulundurulur. Sadece hak konusu varlık değil, malvarlığındaki değişim esas alındığı için de meydana gelen zarar bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle denkleştirme, bu teoriye göre zarar hesaplanırken zorunlu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.²⁵

1.2.2. Tabii zarar teorisi

Fark teorisinden farklı olarak zararın belirlenmesinde malvarlığı değil ihlale uğrayan hak konusu varlığın dikkate alınması gerektiğini öne süren tabii zarar teorisine göre zarar, bir kişinin hayattayken sahip olduğu maddî ve manevî varlıklarda meydana gelen eksilme veya değişiklikler sebebiyle ortaya çıkan somut kayıptır.²⁶ Somut kaybı

²⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 39; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 171; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 20; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 14; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. s. 15; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 135 vd.; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 8; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 276.

²⁵Akunal,1977. **a.g.k.**, s. 53; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 276; Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 06.05.2008 Tarih ve 2008/1366 Esas ve 2008/2014 Karar sayılı kararı.

²⁶Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 18, Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 7; Ş. D. Gündüz (2020). *Olumlu zarar*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:16. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 22; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 15.

esas alan bir zarar tanımına sahip olması nedeniyle bu teori “somut zarar teorisi” olarak da adlandırılmaktadır.²⁷

Bu teorinin temelinde yatan düşünceye göre, zararın tespiti için tüm malvarlığının göz önünde bulundurulması gibi geniş çaplı bir ölçüt kullanılması gerekmez. Sadece zarara uğrayan hak konusu varlığın kendisinde meydana gelen eksilme yahut başkaca değişikliklerin göz önünde tutulması gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla zarar verici durum meydana geldikten sonra hak konusu varlığın içinde bulunduğu fiili durum ile zarar verici durum meydana gelmeseydi hak konusu varlığın içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark, meydana gelen zararı oluşturmaktadır.²⁸

Görüldüğü üzere, zarar kavramının esasını oluşturan karşılaştırma zorunluluğu bu teoride de kendini göstermektedir. Ancak, fark teorisinden ayrıldığı noktalar tüm malvarlığı yerine ihlale uğrayan hak konusu varlıktaki eksilme ya da olumsuz değişikliklerin ele alınması ve bu teorinin maddi zararlarla birlikte manevi zararları da kapsamına dâhil ederek bir nevi fark teorisinin bu eksikliğini gidermesi olarak ortaya çıkmaktadır.²⁹

Alman kanun koyucusu tarafından § 249 BGB’nin 1. fıkrasında³⁰ yer verilen aynen tazmin kurumu, ancak tabii zarar teorisi ile anlamlı hale gelmektedir. Çünkü aynen tazmin para dışındaki yöntemlerle zararın giderilmesi olarak ortaya çıkan ve genellikle zarara uğrayan şeyin miktar ve cins olarak aynısının verilmesi ile sağlanan bir telafidir. Bu durumda zarara uğrayan, malvarlığı değil hak konusu varlıktır. Tazminatın konusunu da bu oluşturur.

²⁷ Akünel, 1977, **a.g.k.**, s. 53.

²⁸ Tabii zarar teorisi, denkleştirme kurumu bağlamında fark teorisine karşı yöneltilen eleştirilerin etkisi ile meydana gelmiştir. Söz konusu eleştirilerden en önemlisi fark teorisinin yalnızca malvarlığı zararını dikkate alıyor olmasıdır. Bu görüşteki yazarlara göre, fark teorisi, manevî varlıklarda meydana gelen eksilme ve değişiklikleri kapsam dışında bırakmaktadır. Akünel, 1977, **a.g.k.**, s. 53-60

²⁹ Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 20.

³⁰ BGB § 249/1: *Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.* “Zarardan sorumlu olan kişi, tazminat ödemesini zorunlu kılan durum hiç oluşmasaydı karşı taraf hangi durumda olacaksa o durumu sağlamalıdır.”

Ayrıca belirtmelidir ki, her ne kadar fark teorisine karşı olarak ortaya çıkmış olsa da Tabii Zarar Teorisi, mahrum kalınan kâr veya üçüncü kişilere karşı borç altına girme şeklinde meydana çıkan malvarlığı zararlarını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.³¹

1.2.3. Normatif zarar teorisi

§ 253 BGB'ye³² göre, maddi kayıp niteliği taşımayan zararlarda ancak kanunda belirtilen hallerde maddi tazminat talep edilebilir. Anılan hüküm gereğince manevi zararın nakden tazmininin ancak kanunun açıkça öngörmesi şartına bağlı olması, Alman hukuk öğretisi ve uygulamasını zarar kavramını daha farklı şekilde ele almasına ve bunun sonucunda da normatif zarar teorisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.³³

Fark teorisinin eksikliklerinin giderilmesi yahut yerine beklentileri karşılayabilecek bir teorinin konulması ile ilgili gayretin altında yatan etkenler toplumda meydana gelen ekonomik ve sosyal gelişmeler ile bilhassa refah düzeyinin yükselmesidir.³⁴ Bu bağlamda, insan hayatını kolaylaştıran mal ve hizmetlerin erişilebilir hale gelmesi ile söz konusu mal ve hizmetlerin, toplumdaki bu değişimlere paralel olarak, artık toplum hayatında vazgeçilemez ve korunması gereken değerler olarak görülmesi de etkin rol oynamaktadır.³⁵ Örneğin özel kullanıma tahsis edilmiş bir otomobil hayatı kolaylaştıran bir malvarlığı değeri olmasının yanı sıra artık toplumda bir sosyal statü sembolü haline de gelmiştir. Bu nedenle söz konusu otomobilde meydana gelen zarar malvarlığı üzerinde olduğu kadar belli bir süre kullanılamayacağından dolayı da sahibinin özel kullanım kaybına neden olmaktadır.³⁶

Normatif zarar teorisinin temelinde zarar kavramının içeriğinin hukuki bir değerlendirme ile belirleneceği; ekonomik açıdan malvarlığında herhangi bir eksilme olmasa dahi hukuki değerlendirme ile tazminata konu edilebilecek bir zararın mevcut

³¹ Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 20; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 15; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 23.

³² § 253 BGB: *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.* “Sadece kanunda öngörülen hallerde maddi kayıp olmayan zararın tazmini için para talep edilebilir.”

³³ Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 17.

³⁴ H. Burcuoğlu (1984). Haksız eylem sorumluluğu çerçevesinde bir nesnenin kullanım olanağından yoksun kalınmasının malvarlıksal zarar sayılması. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), s. 163 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213643> (Erişim Tarihi: 23.10.2020).

³⁵ Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 18; Burcuoğlu, **a.g.k.**, s. 163.

³⁶ Zeytin, 1999, **a.g.k.**, s. 77 vd.

olduğu sonucuna varılabileceği düşüncesi yatmaktadır.³⁷ Bu düşünce doğrultusunda hareket edilmesi ile birlikte normatif zarar teorisi ortaya atılana kadar malvarlığına dâhil olarak görülmeyen şeyler de, toplumsal gelişime paralel olarak, malvarlığı unsuru olarak kabul edilebilir.³⁸ Diğer bir deyişle, normatif zarar teorisi marifetiyle, malvarlığı kavramının kapsamı genişletilerek fark teorisinin katı bir biçimde uygulanması sonucunda ortaya çıkan sorunlar çözülmeye çalışılmaktadır.

Zarar görenin malvarlığı değerlerinde fark teorisi anlamında herhangi bir kayıp olmasa dahi normun ihdas edilme amacı doğrultusunda tazmin düşüncesi, normatif zarar teorisinin esasını oluşturur. Normatif zarara verilebilecek örnekler arasında, tatile çıkma olanağının ortadan kaldırılması nedeniyle oluşan zararlar, herhangi bir gösteriye bilet alınmış olmasına rağmen gösteriye katılmaya engel teşkil edecek bir zarara maruz kalınması, ev işlerini yerine getirmekte olan bir kadının ölümü yahut yaralanması sonucunda bu işleri yapamamasından doğan zararlar ve iş göremezlik halinde mevzuat gereği ödenmesine devam edilmesi gereken ücretten kaynaklanan zararlar sayılabilir.³⁹

Kullanım imkânından yoksun kalınması nedeniyle ortaya çıkan zararların açıklanması ile ilgili en önemli teorilerden ilki ticarileştirme teorisidir.⁴⁰ Bu teoriye göre, piyasadan söz konusu kullanım imkânının ikâme edilebilmesi durumunda bu mal ya da hizmet için ödenmesi gereken bedel kullanım imkânından yoksun kalınması nedeniyle uğranan zarara eşittir. Örneğin, motorlu bir aracın zarar uğraması nedeniyle kullanılamayacak olmasından doğan zarar, araç kiralanması yoluyla giderilebilir. Kullanımdan mahrum kalınan süre boyunca oluşan araç kiralama bedeli bu teoriye göre normatif zararı oluşturur. Bu konudaki bir diğer teori olan beklentinin boşa çıkması teorisinin⁴¹ temelinde ise kişinin bir masraf yaparak haklı bir beklentiye girmiş olması, ancak, meydana gelen zarar nedeniyle söz konusu beklentinin gerçekleşmemiş olması yatmaktadır. Zarar gören motorlu araç için vergi, sigorta gibi bazı masraflara katlanmış olan kişinin ortaya çıkan zarar nedeniyle aracı kullanamayacak olması durumunda bu teoriye göre zarar meydana gelir. Bir diğer teori olan ihtiyaç teorisi ise, doğan ihtiyaç nedeniyle henüz ortada malvarlığı bakımından herhangi bir eksilme olmasa dahi

³⁷G. Kocabaş (2014). Destekten yoksun kalma tazminatının unsurları. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(3), s. 279.

³⁸Burcuoğlu, 1984, **a.g.k.**, s. 164.

³⁹Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 27 vd.

⁴⁰Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 158; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 18.

⁴¹Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 158; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 20.

yapılması gereken harcamalar temeline dayanmaktadır. Bu teoriye göre zararı meydana getiren şey harcamanın fiilen meydana gelmesi değil, harcama ihtiyacının meydana gelmesidir.⁴²

Alman hukukundaki kanuni düzenlemeler nedeniyle adalet ve hakkaniyet düsturları çerçevesinde hüküm kurulabilmesi için gereklilik arz eden normatif zarar kavramı hukukumuzda pek taraftar toplayamamıştır. Çünkü hukukumuzda konu sınırlaması olmaksızın manevi zararların tazmini mümkündür ve bu nedenle manevi zararların maddi kayıp olarak ele alınması gerekmemektedir.⁴³ Ayrıca, normatif zarar görüşü, zenginleşme yasağına aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Şöyle ki, normatif zarar görüşüne göre, malvarlığı değerindeki azalmanın yanı sıra kullanım değeri de tazminatın hesaplanmasında göz önüne alınmalıdır. Bu durumda kişinin malvarlığındaki azalmanın üzerinde bir tazminata hak kazanması söz konusu olabilmektedir. Yine, ihlal edilen hak yahut zarar gören şeyin maddi değerinin yanında bir de kullanım değeri olduğu hukukumuzda kabul edilmemekte ve malvarlığına dâhil olan değerlerin bilinebilir olması hukuk güvenliği açısından vazgeçilemez nitelikte görülmektedir. Sayılan nedenler bağlamında Türk ve İsviçre hukuklarında normatif zarar teorisi genel kabul görememiştir.⁴⁴

1.3. Zarar Türleri

Tarihsel süreçte yaşam şartlarındaki değişiklikler, teknolojik ilerlemeler ve refah düzeyindeki artış gibi birçok farklı nedene bağlı olarak hukukun da zarar kavramını ele alış biçimi değişiklik göstermiştir. Zarar kavramının kanuni bir tanımı yoktur. Zarar ile anlaşılması gerekenin ne olduğu doktrin ve uygulama tarafından somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bunun sonucunda, temel bazı noktalarda birbirinden ayrılan birçok zarar

⁴²Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 21-22; F. T. Karakaş (2004). *Eleştirel bakış açısıyla normatif zarar kuramı*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 87 vd.; R. Korkmaz (2019). Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasının normatif zarar teorisi bağlamında değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2). s. 830 <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/12/RAMAZAN-KORKMAZ.pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2020); Burcuoğlu, 1984, **a.g.k.**, s. 164-165; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 18 vd.

⁴³Karakaş, 2004, **a.g.k.**, s. 125; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 42; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 34; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Burcuoğlu, 1984, **a.g.k.**, s. 166 vd.; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 92; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 23.

⁴⁴Korkmaz, 2019, **a.g.k.**, s. 822; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 22 vd.; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 22. Yöneltilen eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. Burcuoğlu, 1984, **a.g.k.**, s. 166 vd.

türü ortaya çıkmıştır. Hâlihazırda farklı esaslara dayanan birçok zarar türü ayırımına gidilmiştir.

1.3.1. Maddi zarar – Manevi zarar

Maddi zarar ile manevi zarar ayrımının temelinde zarar verici olay sonucunda meydana gelen eksilmenin para ile ölçülebilen bir değer olup olmadığı hususu yatmaktadır. Çalışmamızın ilerleyen safhalarında ele alınacak olan şahısvarlığı zararı – malvarlığı zararı ayırımından farklı olarak buradaki ayırımıda zararın üzerinde meydana geldiği değer değil, zarar verici olay sonucunda oluşan eksilmenin mahiyeti önem arz etmektedir.

1.3.1.1. Maddi zarar

Maddi zarar, kişinin malvarlığı unsurlarında meydana gelen eksilme olarak tanımlanır.⁴⁵ Söz konusu eksilme, malvarlığının aktifinin azalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, pasifinin artması şeklinde de gerçekleşebilir.⁴⁶

Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş olan fark teorisine göre⁴⁷, malvarlığının zarar meydana gelmeseydi bulunacağı farazi durum ile zarar meydana geldikten sonraki fiili durum arasındaki fark maddi zararı oluşturur.

Maddi zarar, Roma Hukuku'nda yapılmış ve günümüz hukuk sistemlerinde de geçerliliğini devam ettirmekte olan ayırma göre, malvarlığında meydana gelecek bir artışın engellenmesi veya bir azalmaya neden olunması olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir.⁴⁸

Sözleşme dışı sorumluluk alanında zarar doğuran fiil, hakka konu nesnenin yok olması veya maddi değerinin azalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; söz konusu hakkın kaybedilmesi ya da malvarlığının aktifinin azalması şeklinde ortaya çıkan fiili

⁴⁵Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 54; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 139; Tandoğan, 1961, **a.g.k.**, s. 61; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 88.

⁴⁶Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. s. 282.

⁴⁷Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 136.

⁴⁸Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 13; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 139.

zarar olarak da meydana gelebilir.⁴⁹ Örneğin, bir kişinin üzerinde mülkiyet hakkı bulunan bir eşyanın yok olması, yaralanan bir kimsenin tedavi masrafları⁵⁰ yahut vefat eden bir kişinin cenaze masrafları⁵¹ malvarlığında eksilmeye neden olan maddi zarar kalemleri olarak gösterilebilir.

Sözleşme sorumluluğu alanında ise, sözleşmenin akdedilmiş olmasına duyulan güvenin boşa çıkması sonucunda sözleşmenin matuf olduğu amaç gerçekleşmemiş ise malvarlığında azalmaya neden olmuş olan harcamalar fiili zarar oluşturur.⁵² Sözleşmenin akdedilebilmesi için yapılan harç ya da posta masrafları gibi harcamalar sözleşme sorumluluğu çerçevesinde meydana gelen fiili zarara örnek olarak gösterilebileceği gibi; sözleşme konusu edimin başka bir şekilde temin edilmesi nedeniyle ortaya çıkan giderler de bu kategoriye giren maddi zarar kalemleri olarak gösterilebilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere⁵³, maddi zarar sadece malvarlığının aktifinin azalması şeklinde değil bunun yanı sıra pasifinin artması olarak da ortaya çıkabilmektedir. Malvarlığının pasifinin artması tamamen yeni bir borcun doğması şeklinde gerçekleşebileceği gibi mevcut bir borcun artması olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, bir kişi adına sahte belge düzenlemek suretiyle kredi çekilmesi durumunda tamamen yeni bir borcun doğması şeklinde ortaya çıkan bir maddi zarar söz konusu iken, aynı şartlarda mevcut bir cari hesap kredisinde kullanılan kredi miktarına ek yeni bir kredi kullanılması mevcut borcun artması anlamına gelir.

Malvarlığının ne aktifinin azaldığı ne de pasifinin arttığı ancak maddi zarar oluşturan durumlar da mevcuttur. Kazanç kaybı ya da kâr mahrumiyeti olarak adlandırılan bu fiili zarar türünde aslında malvarlığında herhangi bir eksilme olmaz. Burada söz konusu olan, kişinin malvarlığının aktifindeki artışın ya da pasifindeki azalmanın engellenmesidir.⁵⁴ Örneğin bir dükkânın yıkılması durumunda dükkânın tekrar kullanılabilir hale getirilmesi için yapılan harcamalar ve yıkım nedeniyle yok

⁴⁹Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 26.

⁵⁰TBK m. 54/I b. 1.

⁵¹TBK m. 53/I b. 1.

⁵²E. Büyüksağış (2007). *Yeni sosyo-ekonomik boyutuyla maddi zarar kavramı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 85.

⁵³Bkz. yuk. I. Bölüm B. 1.1.

⁵⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605 vd.; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 398; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 417; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 41; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 47; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 134; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 21.

olan veya zarar gören ürünlerin değeri fiili zarardır. Ancak, söz konusu dükkânın yeniden işletmeye açılması için geçen süreçte kapalı kalması nedeniyle uğranılan zararlar maddi zarar başlığında ele alınan kazanç kaybı zararlarındandır. Bu örnekte kazanç kaybı kişi malvarlığının aktifinin artmasının engellenmesi olarak ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra, kazanç kaybı zararı, malvarlığı pasifinin azalmasının engellenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.

Kazanç kaybı zararının talep edilebilmesi temelde iki koşula bağlıdır. Bunlardan ilki, zarar verici olay meydana gelmeseydi elde edilebilecek olan muhtemel kazancın hukuka ve ahlaka uygun olması,⁵⁵ ikincisi ise, söz konusu muhtemel kazancın elde edilebilmesi olasılığının büyük bir ihtimal olarak nitelendirilebilecek bir mahiyette olmasıdır.⁵⁶ Hukuka ve ahlaka uygun olmayan bir kazancın elde edilebilmesi olasılığı ne kadar yüksek olursa olsun söz konusu muhtemel ya da müstakbel kazancın tazmini talep edilemez.

1.3.1.2. Manevi zarar

Manevi zarar, zarar verici olay sonucunda kişinin manevi değerlerinde meydana gelen kaybı ifade eder.⁵⁷ Bir başka tanıma göre ise, manevi zarar, malvarlığı haricindeki hukuki değerlere yahut manevi mevcudiyete yapılan saldırılar dolayısıyla meydana gelen kayıplardır.⁵⁸ Manevi zarar, maddi zararın aksine, kişinin kişilik haklarının korunması kapsamına dâhil olan değerlerinin ihlali ile ortaya çıkar. Zarar verici olay sonucunda kişinin duyduğu acı, ıstırap ve elem nedeniyle oluşan kayıplar, manevi zararı meydana getirir.⁵⁹

⁵⁵Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 418.

⁵⁶Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 87.

⁵⁷H. Altan (2015). *Manevi zararı tazmin yolları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 47; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 392; M. Kılıçoğlu (2014). *Tazminat hukuku*. Ankara: Bilge Yayınevi, s. 1171; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 207; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 88.

⁵⁸Karahasan, 2001, a **a.g.k.**, s. 63; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 207.

⁵⁹R. Serozan (1990). Manevi tazminat istemine değişik bir yaklaşım. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 70; K. T. Gürsoy (1973). Manevi zarar ve tazmini. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 (1), s. 9. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48240/3028.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 21.11.2020); Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 418; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 259-260; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 611; Kılıçoğlu, 2014, **a.g.k.**, s. 389.

Manevi zarar, ekseriyetle, zarar verici olayın kişinin şahısvarlığına yönelmesi durumunda ortaya çıkar. Bir kimsenin şahısvarlığı, maddi ve maddi olmayan varlıklarından oluşur. Maddi şahısvarlığı kategorisinde kişinin vücut bütünlüğü ele alınırken; maddi olmayan şahısvarlığı değerleri olarak kişinin şeref ve haysiyeti, özel yaşamı, ismi, resmi, özgürlükleri ele alınmaktadır. Bu ayrıma uygun olarak TBK’da da maddi kişisel varlığın ihlali durumunda m. 56’da; maddi olmayan kişisel varlığın ihlali durumunda ise m. 58’de hüküm altına alınmış olan kurallar doğrultusunda manevi tazminata hükmedileceği öngörülmüştür. Belirtilmelidir ki, bu iki durumda da somut olayın şartlarına göre manevi zararın yanı sıra maddi zarar da meydana gelmiş olabilir.

Manevi zarar, genellikle kişinin şahısvarlığı değerlerine yönelmiş bir haksız fiil sonucunda oluşmakla birlikte, malvarlığına yönelmiş bir haksız fiil sonucunda da meydana gelebilir. Şöyle ki, kişinin babasından yadigâr kalan kol saatinin parçalanması örneğinde olduğu gibi, kendi duygu dünyasında çok ehemmiyet verdiği bir eşyaya zarar verilmesi durumunda maddi zararın yanı sıra manevi bir zararın meydana geldiği hususunda herhangi bir duraksamaya mahal yoktur. Benzer şekilde, borca aykırı bir davranış nedeniyle de manevi zarar meydana gelebilir. Borca aykırı bir davranış sonucunda kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan manevi zararlar, işverenin işçinin sağlığını korumak üzere gereken tedbirleri almaması ya da doktorun mesleği nedeniyle öğrendiği sırrı ifşa etmesi örneklerinde olduğu gibi hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde sıklıkla meydana gelen borçlara aykırı davranılması biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁶⁰

Manevi zararın giderimini amaçlayan manevi tazminatın niteliği öğretide tartışmalıdır. Söz konusu tartışmalar temelde ceza görüşü, tatmin görüşü ve telafi görüşü olarak adlandırılan üç görüş etrafında şekillenmektedir.⁶¹ Ceza görüşü, manevi tazminatın asıl işlevini, mağdurun öç alma duygusunun tatmin edilmesi ve caydırıcılık esasına dayandırmaktadır.⁶² Ancak, belirtilmelidir ki, bu görüşün kusursuz sorumluluk

⁶⁰M. Şeker (2007). Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından (borca aykırı davranıştan) kaynaklanan maddi ve özellikle manevi zararın tazmini (BK. m. 96). *Legal Hukuk Dergisi*, 5 (60), s. 3773.

⁶¹Kılıçoğlu, 2014, **a.g.k.**, s. 1172; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 259 dn. 8.

⁶²Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 60; Anglo-Amerikan hukukunda cezalandırıcı (*punitive*) ya da ibret verici (*exemplary*) zararlar olarak adlandırılan, temeli 1763 yılında görülen *Wilkes v Wood* ve *Huckle v Money* davalarına dayanan ve bu davalarda gerekçesi “Tazminatlar, yalnızca zarar gören kişiyi tatmin etmek için değil, aynı şekilde faili cezalandırmak, gelecekte bu tür bir fiilden caydırmak ve jürinin eylemin kendisine yönelik tiksintisinin bir kanıtı olarak tasarlanmıştır.” olarak gösterilmiş olan zararlar bu görüşle uyum içerisindedir. J. Taliadoros (2018). Thirteenth-century origins of punitive or exemplary

hallerinde manevi tazminatı açıklayamaması kabul edilebilirliğini azaltan bir niteliktedir. Tatmin görüşü manevi tazminatın zarar gören kişide manevi bir tatmin sağlamak amacına matuf olduğu esasına dayanır. Bu görüş, manevi tazminatın hukuki niteliğini tek başına açıklayamasa da, denkleştirme işlevi ile birlikte benimsenebilir olduğu düşünülmektedir.⁶³ Telif görüşünün temelinde ise, manevi tazminatın insan eliyle tesis edilmek istenen adaletin sınır çizgisinde yer alan ve bu nedenle daha iyisi bulunamadığından başvurulacak bir kurum olduğu düşüncesi yatmaktadır.⁶⁴ Bu görüşe göre, manevi tazminatın amacı uğranılan manevi kaybın, bazı özel durumlarda aynen ancak kural olarak nakden giderilmesi olarak ifade etmektedir. Telif görüşünün savunucuları, manevi tazminatın şahısvarlığındaki objektif azalmanın nakdi olarak ifade edilerek giderimi olduğunu kabul etmektedirler.⁶⁵ Nitekim Yargıtay tarafından farklı davalarda hüküm kurulurken tatmin, telif ve hatta nadiren de olsa ceza görüşüne uygun kararlar verildiği görülmektedir.⁶⁶

Türk hukuku bakımından da manevi tazminat, özellikle TBK m. 56 ve m. 58/I'nin lafzının “bir miktar paranın ödenmesi” olarak düzenlenmiş olması göz önünde bulundurulduğunda, kural olarak nakdi bir giderim şeklinde öngörülmüştür. Ancak, TBK m.58/II'de öngörülmüş olan hükme binaen manevi tazminatın her zaman nakdi bir nitelikte olması şart değildir. Hâkim, nakdi bir tazminatın ödenmesi yerine yahut nakdi

damages: The Statute of Westminster I (1275) and Roman Law. *The Journal of Legal History*, 39(3), s. 278.

⁶³Ş. Ertaş (1990). Manevi tazminatın hukuki niteliği ve miktarının tesbiti, *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 82.

⁶⁴Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 61.

⁶⁵Manevi tazminatın yasal dayanakları, manevi zarara ilişkin yaklaşımlar, manevi tazminatın fonksiyonu ve bunların tazminatın belirlenmesindeki rolü ile manevi zararın belirlenmesine ilişkin sunulan yeni bir model önerisi için bkz. O. G. Antalya (2016). Manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanması - Türk Hukukuna manevi zararın iki aşamalı olarak belirlenmesine ilişkin bir model önerisi-. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 22 (3), s. 221-250.

⁶⁶Örn. Telif görüşü için: “...manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, bozulan ruhsal dengesini telif etmek, manevi değerlerindeki eksilmeyi karşılamaktır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04.11.2020 Tarih ve 2020/4761 Esas ve 2020/5358 Karar sayılı kararı; Ceza görüşü için: “...manevi tazminat miktarı, adalete uygun, ölçülülük ilkesine ve manevi tazminatın amacına uygun, uğranılan manevi zararlar orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletecek, zarara uğrayanda manevi huzur doğuracak ve aynı zamanda caydırıcılık uyandıracak miktarda olmalıdır.” Hukuk Genel Kurulunun 07.03.2019 Tarih ve 2015/2228 Esas ve 2019/256 Karar sayılı kararı; Tatmin görüşü için: “... davacıların çocuğu olan murislerinin ölümü nedeniyle duyulan acı ve elemi kısmen de olsa giderilmesi amacıyla manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.” Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 25.03.2019 Tarih ve 2016/8604 Esas ve 2019/3521 Karar sayılı kararı; “Manevi tazminatın amacı, faili bir cezaya çarptırmaktan ziyade, mağduru tatmindir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.02.2010 Tarih ve 2010/47 Esas ve 2010/74 Karar sayılı kararı.

tazminata ek olarak bir başka giderim biçimine karar verebilir, hatta saldırıyı kınayan bir karar vererek bu kararın yayımlanmasına dahi hükmedebilir.⁶⁷

1.3.2. Şahısvarlığı zararı – Malvarlığı zararı – Diğer zararlar

Şahısvarlığı, malvarlığı ve diğer zararlar şeklindeki ayırım, zarar verici olayın üzerinde gerçekleştiği varlığın türüne göre yapılan bir ayırımdır. Şöyle ki, zarar verici olay kişinin malvarlığı değerlerine dâhil olan bir varlık üzerinde gerçekleşmişse malvarlığı zararı, şahısvarlığı değerlerine dâhil olan bir varlık üzerinde gerçekleşmişse şahısvarlığı zararı ve bunların dışındaki varlıklar üzerinde gerçekleşmişse diğer zararlar söz konusu olur.⁶⁸

1.3.2.1. Şahısvarlığı zararı

Şahısvarlığı zararı kişinin maddi şahısvarlığı değerlerindeki bir kayıp olarak ortaya çıkabileceği gibi, maddi nitelikte olmayan şahısvarlığı değerlerindeki bir kayıp olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin bir trafik kazası sonucunda kişinin vefat etmesi yahut yaralanması maddi şahısvarlığı değerleri üzerinde meydana gelmiş bir zarar iken, gerçek dışı bir gazete haberi nedeniyle kişinin itibarının zedelenmesi kişinin maddi nitelikte olmayan şahısvarlığı değerleri üzerinde meydana gelmiş bir zarardır. Maddi şahısvarlığı değerleri kavramı ile kastedilen kişinin fiziksel sağlığı ve vücut bütünlüğü iken, maddi olmayan şahısvarlığı değerleri kavramı kapsamında kişinin şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim, duygu ve his yaşamı üzerindeki varlıklar ile fizikî ve mental sağlığı dâhildir. Bu noktada aşağıda⁶⁹ ele alınacak olan cismani zararları şahısvarlığı zararlarının yegâne kapsam alanı olarak gören bir görüşün olduğunu belirtmekte fayda vardır.⁷⁰ Ancak, kanaatimizce, şahısvarlığı değerleri içerisinde kişinin sağlığı ve vücut

⁶⁷ TBK m. 58/II.

⁶⁸ Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 390 vd.

⁶⁹ Bkz. I. Bölüm B. 1.3.2.3.

⁷⁰ Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 68; Tiftik, 1994, **a.g.k.**, s.52; Deschenaux ve Tercier burada şahısvarlığı zararı yerine bedensel zarar (*der Personenschäden*) kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir. Kanaatimizce, bu isimlendirme maddi olmayan şahısvarlığı değerlerindeki zararı şahısvarlığı üzerinde gerçekleşen yegâne zarar çeşidi olarak gören görüş için daha isabetli bir isimlendirme olacaktır. Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 61.

bütünlüğünün yanı sıra maddi olmayan ve yukarıda açıklanan değerlerin de dâhil olduğu görüşü daha isabetlidir.

Türk Borçlar Kanunu sistematigi içerisinde maddi şahısvarlığı zararları ayrı bir hükümle özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 53 hükmüne göre, kişinin ölümü durumunda uğranılan zararlar, özellikle, cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve vefat edenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. TBK m. 54 hükmüne göre ise, kişinin ölümü haricindeki durumlarda ortaya çıkan bedensel zararlar, özellikle, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak öngörülmüştür.

Yukarıda bahsi geçen düzenlemelerde şahısvarlığı zararlarından maddi nitelikte olanları düzenlenmişken, maddi nitelikte olmayan şahısvarlığı zararları ile ilgili düzenleme hayatın olağan akışı içerisinde ortaya çıkabilecek zararların farklı farklı olacağı gözetilerek TBK m. 58’de “Kişilik hakkının zedelenmesi” başlığı altında daha genel nitelikte bir düzenlemeye konu edilmiştir.

1.3.2.2. Malvarlığı zararı

Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, diğer bir deyişle para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütünlük olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Zarar verici olayın kişinin malvarlığı değerlerine dâhil olan bir unsurda kayba neden olması durumunda ortaya çıkan zarar malvarlığı zararıdır. Malvarlığı zararı, taşınır veya taşınmaz malların kaybı, tahribi veya hasara uğratılması neticesinde ortaya çıkan zarardır.⁷² Bu bağlamda malvarlığı zararının, doktrinde eşya zararları⁷³, nesnel zarar⁷⁴ yahut şeye ilişkin zarar⁷⁵ şeklinde adlandırıldığı da görülür.

Bir şeyin kaybı, hasara uğratılması yahut tahrip edilmesinden dolayı ortaya çıkan zararlar malvarlığı zararlarıdır. Üzerinde zarar meydana gelen malvarlığı değerinin

⁷¹Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 277; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 607.

⁷²Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 21; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 118; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 390.

⁷³Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 114; Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 388.

⁷⁴Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 21.

⁷⁵Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 68; Kılıçoğlu, 2014, **a.g.k.**, s. 53; Tiftik, **a.g.k.**, s. 52.

tamamen yok olmaması durumunda söz konusu olan zarara hasar adı verilir. Malvarlığı zararları, eşyanın iktisadi değerinde azalma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bu iktisadi değer in tamamen ortadan kalkması, bir diğer ifadeyle malın harap olması ya da tamir masraflarının üzerinde zarar meydana gelen eşyanın değerini aşacak şekilde malın telef olması biçimlerinde ortaya çıkabilir.⁷⁶

Türk hukukunda, en genel bakış açısıyla, zararın üzerinde meydana geldiği malvarlığı değeri tamirle eski haline getirilebiliyorsa, burada ortaya çıkan malvarlığı zararı tamir için yapılan yahut gelecekte yapılması gerekecek olan masraflardır. Buradaki masraflar nedeniyle meydana gelen eksilme kişinin malvarlığının aktifinde meydana gelen eksilme olarak ortaya çıkar. Tamir edilmekle birlikte eğer zarara uğramış olan malvarlığı değeri tam olarak eski haline getirilemiyorsa, tamir masraflarına ek olarak söz konusu eşyanın piyasa değerindeki azalma da malvarlığı zararlarına eklenir. Bu durumda ortaya çıkan azalmada da kişinin malvarlığının aktifindeki bir malın değeri düşmüş olacağından aktifte bir eksilme olarak ortaya çıkar. Bunların yanı sıra, zarar görenin, şeyin tamamen telef olmasını önlemek ya da değerinin daha fazla düşmesini engellemek amacıyla yahut şeyin tamiri süresince onu ikâme eden bir başka eşya kiralamak için yaptığı masraflar ile şeyin kullanılamaması nedeniyle uğradığı kazanç mahrumiyetleri de tazmini gereken malvarlığı zararı kalemleri arasında yerini alır.⁷⁷

Malvarlığı zararı – şahısvarlığı zararı ayrımını, maddi zarar – manevi zarar ayrımı ile karıştırmamak gerekir. Bir kişinin malvarlığı değerleri üzerinde meydana gelen zarar, maddi zararın yanı sıra manevi zarara da neden olabileceği gibi, bu durum şahısvarlığı değerleri üzerinde meydana gelen zarar için de geçerlidir.

1.3.2.3. Diğer zararlar

Zarar verici olayın konusuna göre yapılan ayırım gereği malvarlığı ve şahısvarlığı zararları dışında kalan tüm zararlar bu kategoriye dâhil edilmektedir. Sadece maddi nitelikteki değerler üzerinde meydana gelen zararlar olan cismani zararları şahısvarlığı zararı olarak kabul eden görüşe göre maddi nitelikte olmayan, bir kişinin saygınlığına

⁷⁶Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 118.

⁷⁷Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 74.

yahut ününe verilen zararlar gibi, şahısvarlığı zararları da diğer zararlar başlığı altında ele alınmaktadır.⁷⁸ Ancak, kanaatimizce, yukarıda da açıklandığı üzere bu zararlar şahısvarlığı zararı olarak görülmelidir.⁷⁹

Diğer zararlar başlığı altında inceleyebilecek olan zararlar bir eşyaya hasar verilmesi ya da eşyanın tahrip edilmesi nedeniyle doğan zararlar değil; ekonomik yaşamdaki eylemler neticesinde meydana gelen fikri ya da sınai hakların ihlal edilmesinden veya haksız rekabet gibi durumlardan kaynaklanan zararlardır.⁸⁰ Fikri ya da sınai hakların ihlalinin eşya üzerinde doğan zarar olarak görülmemesinin temelinde fikri ürünler üzerindeki mülkiyet hakkının bir eşya üzerinde cisimleşmediği, fikir üzerinde mülkiyet hakkı sağladığı için aynî bir hak olduğundan bahsedilememesi ve bu hakkın maddi nitelikte olmayan malvarlıksal bir mutlak hak olarak görülmesi yatmaktadır.⁸¹ Haksız rekabet sonucunda oluşan zararlar ise, aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların sonucunda meydana gelen zararlardır, Bu durumda zararın üzerinde doğduğu değer ne malvarlığı ne de şahısvarlığı değerleri kapsamına giren varlıklardan olduğundan diğer zararlar başlığı altında incelenmektedirler. Diğer zararlar kategorisi, herhangi bir nedenle malvarlığı yahut şahısvarlığı kategorilerine girmeyen zararlar için öngörülmüş bir kategori olarak ortaya çıkmıştır.

1.3.3. Mevcut zarar – Müstakbel zarar – Muhtemel zarar

Mevcut, müstakbel ve muhtemel zarar şeklindeki ayrımın temelinde zararın hesaplanma anındaki durumu göz önünde bulundurulur. Bu ayrıma göre, zararın hesaplanma anında ortaya çıkmış olan bir diğer deyişle hazırda bulunan ve var olan zarar mevcut zararı oluşturur. Adı geçen zararın hesaplan anından daha ileri bir tarihte ortaya çıkacak olan zarar müstakbel zarar, daha sonra ortaya çıkması ihtimal dâhilinde olan zarar ise muhtemel zarar olarak adlandırılmaktadır.

⁷⁸Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 21.

⁷⁹ Bkz. yuk. I. Bölüm B. 1.3.2.1.

⁸⁰Kılıçoğlu, 2016, **a.g.k.**, s. 312.

⁸¹F. Öztan (2008). *Fikir ve sanat eserleri hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 8; Ö. Tüzüner (2007). *Marka rehni sözleşmesi ve uygulanacak hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 4 vd.

1.3.3.1. Mevcut zarar

Zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarara mevcut zarar denir.⁸² Bir zararın bu kategoriye dâhil edilebilmesi için, zararın hesaplanmasında kullanılacak olan olguların, diğer bir deyişle, zarar verici olay ya da olayların dayandığı neden yahut bu nedenlerin meydana getirdiği sonuçların herhangi bir varsayıma dayanmıyor olması gerekir.

Öğretideki baskın görüşe⁸³ göre, zararın tazmin edilmesini amaçlayan bir hukuk davası ekseninde düşünüldüğünde, karar tarihi mevcut zararın hesaplanmasında dikkate alınacak tarih olarak kabul edilir. Ancak, zarar bir malvarlığı zararıysa ve zarar verici olayın gerçekleştiği tarih ile karar tarihi arasında zarara uğrayan şeyin değeri önce yükselmiş ve daha sonra düşmüşse bu süreçte şeyin en yüksek değeri göz önünde bulundurulmalıdır.⁸⁴ Bu düşüncenin temelinde maliki olduğu malı en yüksek değerine ulaştığı zamanda elinden çıkarabilecek olan malvarlığı zararına uğramış olan kişinin bu olanaktan, meydana gelen zarar nedeniyle mahrum kaldığı fikri yatmaktadır.

Eğer zarar, hükümden önceki bir tarih esas alınarak belirlenmişse, söz konusu tarih ile karar tarihi arasındaki süreç için söz konusu zarar miktarına faiz işletilerek bu miktarın zarara ilave edilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay uygulamasında da ortaya çıkan zararın eksiksiz olarak ödenmiş sayılması için tazminatın zarar görene zararın doğduğu anda ödenmiş olması gerektiği yönünde kararlar verilmektedir. Temyiz mercii, vermiş olduğu kararlarda, zarar verici olayın meydana geldiği tarihte tazminat alacağının muaccel olduğu, dolayısıyla borçlunun temerrüde düştüğü ve salt meydana gelen zarar miktarıyla sınırlı olarak gerçekleştirilen ödemenin zararı tam karşılamış olmayacağı hususları üzerinde durmaktadır.⁸⁵ Burada işletilen faiz oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğince belirlenmektedir. Söz konusu faizle karşılanamayan enflasyon gibi faktörler nedeniyle oluşacak farkların, çalışma konumuz olan munzam zarar düzenlemelerinden biri ve TBK m. 122’de öngörülmüş olan

⁸²Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 44.

⁸³Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 77; Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 89; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 835; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 87. Zararın hesap edileceği an olarak zararın meydana geldiği anı esas alan görüş için bkz. Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 523 vd.

⁸⁴Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 265; Akunal, 1977, **a.g.k.**, s. 148; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 88.

⁸⁵Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 07.03.1979 Tarih ve 1978/11151 Esas ve 1979/2990 Karar sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.04.1981 Tarih ve 1981/4161 Esas ve 1981/5335 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.04.2004 Tarih ve 2004/200 Esas ve 2004/227 Karar sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 12.11.2020 Tarih ve 2019/1964 Esas ve 2020/6988 Karar sayılı kararı.

temerrüt faizini aşan zarar olarak tazminatın kapsamına dâhil edilip edilemeyeceği sorunu da doğar.⁸⁶

Ayrıca, mahkemelerin gerçekleşen zararı bilirkişi marifetiyle tayin ettirdikleri göz önünde bulundurulduğunda mevcut zararın ve buna bağlı olarak müstakbel zararın hesaplanmasında hüküm tarihinin esas alınması pratikte pek de kullanışlı görünmemektedir.⁸⁷ Bununla birlikte, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre zarar ve buna bağlı olarak tazminat hesaplamalarında hükme en yakın tarihli verilerin göz önünde bulundurulması gerekir.⁸⁸

Hangi tarihin esas alınması gerektiği tartışmalarından bağımsız olarak, mevcut zarar, esas alınan tarih itibarıyla ortaya çıkmış olan zararı ifade eder. Mevcut zararda, zararın varlığı ve belirlenmesi hususunda, kural olarak, herhangi bir duraksamaya mahal yoktur. Bir diğer anlatımla, mevcut zararın kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğu için zararın hesaplanması ve tazmini -tazminatın Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki işlevi olarak görülen- telafi işlevine uygun şekilde gerçekleşir.

1.3.3.2. *Müstakbel zarar*

Zararın hesap edildiği tarihte henüz gerçekleşmemiş bulunan ancak başkaca bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın gerçekleşmesi hayatın olağan akışına göre kesin olarak beklenen zarara müstakbel zarar adı verilir.⁸⁹ Müstakbel zarar gelecekte gerçekleşecek bir kazançtan yoksun kalma şeklinde de karşımıza çıkabilir. Müstakbel zarar ile ilgili en önemli örneklerden biri, mehz kanunda düzenlenmiş ve hukukumuzda da TBK m. 53/III'te hüküm altına alınmış bulunan, ölüm hâlinde uğranılan zararlar arasında sayılan ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Benzer şekilde uzuvlarından birini ya da birkaçını kaybetmiş olan kişinin

⁸⁶Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 88.

⁸⁷İ. Gül (2019). Zararın birliği ilkesi ve sonuçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 31(140). s. 222 dn. 2. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1821> (Erişim tarihi: 02.12.2020).

⁸⁸Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.06.1995 Tarih ve 1994/9-777 Esas ve 1995/688 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.06.2011 Tarih ve 2011/17-351 Esas ve 2011/386 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.11.2019 Tarih ve 2016/1528 Esas ve 2019/1169 Karar sayılı kararı.

⁸⁹Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 44.

ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle uğradığı zarar da müstakbel zarar kalemleri arasındadır.⁹⁰

Müstakbel zararın belirlenmesi için, mevcut zararın aksine, farazî birtakım yaklaşımlarda bulunulması zorunluluk arz etmektedir. Örneğin, yukarıda bahsedilmiş olan uzuvlarından birini ya da birkaçını kaybetmiş olan kişinin ekonomik geleceğinin bu olay yaşanmış olmasaydı nasıl olabileceğinin tespiti ancak farazî olarak belirlenebilir. Bu nedenle müstakbel zararın miktarının belirlenmesi, oldukça güçtür.⁹¹ Bu noktada, TBK m. 50/II hükmü gereğince uğranılan zararın miktarı, hâkim tarafından, olayların olağan akışı göz önünde tutularak ve hakkaniyete uygun olarak belirlenir.

Çağdaş hukuk sistemlerinde kural olan, gerçekleşmiş zararların tazminidir.⁹² Henüz gerçekleşmemiş olan müstakbel zarar kalemleri ilk etapta dikkate alınmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle bazı müstakbel zararların hakkaniyet ve gelişen yaşam koşulları nedeniyle telafi edilmesi gerekir. Kanun koyucular da buna uygun olarak getirilen kanuni düzenlemeler marifetiyle bazı müstakbel zararların telafisini öngörmüşlerdir.⁹³ Bu bağlamda, hukukumuzda da müstakbel zararların tazmini ile ilgili TBK m.53/I b.3 ve m. 54/I b.4'te düzenlenmiş olan ölüm ve bedensel zararlarda, vefat edenin desteğinden yoksun kalan kişilerin ve bedensel zarar durumunda bu nedenle ekonomik geleceği sarsılan kişinin zararları tazmin edilmesi gereken zararlar olarak hükme bağlanmıştır.

Müstakbel zarar ile ilgili tartışmalı olan bir diğer husus ise bu zararların tazmininde dava zamanaşımının ne zaman başlamış sayılacağıdır. Bilindiği üzere, tazminat yükümlüsü ile zararın miktar ve kapsamının öğrenilmesi ile dava zamanaşımı

⁹⁰Yargıtay ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararların müstakbel zarar olduğu ve bu zararların çalışma gücünde bir azalma olmasa dahi meydana geldiği yönünde istikrarlı kararlar vermektedir. Örneğin bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 22.05.2014 Tarih ve 2013/3735 Esas ve 2014/8073 Karar sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 24.04.2017 Tarih ve 2014/22584 Esas ve 2017/4410 Karar sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 04.12.2018 Tarih ve 2015/19042 Esas ve 2018/11667 Karar sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 02.07.2020 Tarih ve 2019/4863 Esas ve 2020/4292 Karar sayılı kararı.

⁹¹M. Topuz (2016). İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) genel hükümlerine ilişkin 2020 tasarısında haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin düzenleniş biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile karşılaştırılması. İstanbul: *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, 22(3), s. 2702.

⁹²Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 179.

⁹³Topuz, 2012, **a.g.k.**, s. 108.

işlemeye başlar. Zararın öğrenilmesi, kapsamının değil varlığının öğrenilmesidir.⁹⁴ Nitekim Yargıtay uygulamasına göre zarar görenin zararı öğrenmesi, “zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında, bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hâl ve şartları öğrenmiş olması” anlamına gelir.⁹⁵ Zaman içerisinde niteliğinde herhangi bir değişim olmayan, diğer bir anlatımla ilk doğduğu şekliyle varlığını sürdüren nitelikteki bir zararın zarar gören tarafından öğrenilmesi, zarar gören bakımından söz konusu zararın tazminata konu edilebilmesi için yeterli olur.⁹⁶ Zararın kapsamında değişiklik yaratacak bir ya da birden fazla unsurun gelişmekte olan bir durum olması da mümkündür. Bu durumda, söz konusu gelişme sona ermediği müddetçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı, bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığıının öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlar.⁹⁷

⁹⁴Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 89.

⁹⁵Örn. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.11.1972 Tarih ve 1970/4-454 Esas ve 951 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.12.2019 Tarih ve 2017/2180 Esas ve 2019/1275 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.07.2020 Tarih ve 2017/1593 Esas ve 2020/535 Karar sayılı kararı.

⁹⁶Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 31; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.04.2004 Tarih ve 2004/200 Esas ve 2004/227 Karar sayılı kararı.

⁹⁷E. Büyüksağış (2017). Sonradan ortaya çıkan zarar davalarında zamanaşımının durması (TBK m. 153/I b. 6). *Yargıtay Dergisi*, 43(3), s. 503; Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 89; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.03.2017 Tarih ve 2014/21-2372 Esas ve 2017/379 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.06.2015 Tarih ve 2014/21-282 Esas ve 2015/1548 Karar sayılı kararı. Buna karşın Yargıtay, sezaryen ameliyatı sırasında verilen AIDS virüslü kanın nakledilmesi sonucu doğan çocuğuyla birlikte AIDS hastalığına yakalanan davacının, devam eden bir zarara uğramadığını belirtmiştir. Kanaatimizce isabetli olan karşı oy yazısında “Kural olarak haksız eylemin meydana geldiği günde, zarar da gerçekleşmiş olur. Ancak, haksız eylem nedeniyle zararın zaman içinde arttığı, gelişen bir durumun var olduğu hallerde, ilk eylemden sonra gerçekleşen zarardan gelişen duruma göre ayrı bir zararın da var olduğu ve istenebileceği kabul edilmek gerekir. Bunun içinde her somut olayda, zarar arttırıcı gelişen bir durumun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut olay ve olgular birlikte değerlendirildiğinde, davacıların almış bulundukları bu ölümcül mikrop nedeniyle vücut ve ruh bütünlüklerinin zaman içinde ve giderek artmak suretiyle bozulduğu düşünüldüğünde, olayın seyrinde gelişen durumun var olduğu kabul edilmelidir. Bu hastalık veya vücuttaki zayıflık, ilk mikrobun alınması üzerine tüm sonuçları ile meydana gelmemiştir. Zamanın geçmesi ile hastalık ilerlemekte içinde yaşanılan ortam itibarıyla boyutları ağırlaşmakta ve kişi giderek güçsüzleşmektedir. İlk zamanlarda, az da olsa gelir getirecek bir iş yapabilme olanağına sahip iken, giderek, kendi zorunlu gereksinmelerini dahi karşılayamaz, hatta başkalarının yardımına gereksinme duyacak konuma gelebilmektedir. Bu bakımdan hukuka aykırı eylem nedeniyle zararın zaman içinde giderek artacağı ve kısa sürede öldürücü noktaya götüreceği hastalığın doğal bir sonucudur. Olayda böyle olmuştur. İlk davanın açıldığı tarihte, toplum tarafından dışlansalar ve iş yaşamını kaybetse de, kendi işlerinde çalışabilecek konumda iken, geçen zaman içinde zorunlu gereksinmelerini dahi karşılayamaz hale gelmişler ve çocuklarından birini kaybetmişlerdir. Bu yeni bir olgudur ve yavaş yavaş sıranın kendilerine de geldiğinin habercisidir. Ayrıca hiçbir davacı, sağlıkları ve vücut dirençleri bakımından, ilk davayı açtıkları gün ile ikinci davayı açtıkları güne göre aynı konumda olmadıkları da hastalık türünün bir sonucudur. Davacıların vekili, tüm bu olgular itibarıyla, gelişen duruma göre sağ kalanlar için artan maddi zararını istemiştir. Dilekçenin hiçbir yerinde, küçük Rukiye'nin destekten yoksun kalma tazminatı istememiştir. İstek, küçüğün ölümü ile zararın varlığının daha da belirginleştiği ve arttığı kolayca kanıtlanacak bir hale geldiği ifade edilmek istenmiştir. Bu bakımdan davacıların somut olayın özelliği itibarıyla yeni gelişen duruma göre önceki

1.3.3.3. Muhtemel zarar

Müstakbel zararda olduğu gibi zararın hesap edildiği tarihte henüz ortaya çıkmamış olmakla birlikte, ondan farklı olarak ancak başkaca bir unsurun eklenmesi hâlinde ortaya çıkma ihtimali olan zarara muhtemel zarar adı verilir.⁹⁸ Örneğin haksız bir fiile uğrayarak yaralanmış olan bir kimsenin bu nedenle ameliyata alınması gerekmiş olabilir. Söz konusu ameliyatta bu kişinin doktor hatası sonucu vefat etmesi örneğinde olduğu gibi doğması olası zararlar muhtemel zarar kavramıyla açıklanmaktadır.⁹⁹ Tanımda ek unsur olarak nitelenen risk gerçekleşip de muhtemel zarar belirlenebilir hale gelmediği müddetçe muhtemel zararın tazmini söz konusu olmaz.¹⁰⁰ Söz konusu riskin gerçekleşmesi durumunda zarar artık mevcut ya da müstakbel zarar kategorilerinden birine dâhil olur.

Öğretide savunulan bir görüşe¹⁰¹ göre ise, mevcut zarar ve müstakbel zarar birlikte, belirli ve belirlenebilir zarar kalemleri olarak kesin zararı meydana getirirken bunun karşılığı, yani belirli ya da belirlenebilir olmayan zararlar muhtemel zarar kavramı kapsamına dâhildir. Son tahlilde söz konusu görüşe göre de belirli veya belirlenebilir bir zarar olmaması sebebiyle muhtemel zararın tazmini söz konusu olmaz.

1.3.4. Olumlu zarar – Olumsuz zarar

Olumlu – olumsuz zarar ayrımının temelinde zararın oluşum biçimi yatmaktadır. Esasında bu iki zarar türü de, sözleşmeler alanında ortaya çıkar. Olumlu zarar kategorisine dâhil edilen zarar kalemleri, bir borcun gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde oluşan zarar kalemleri iken; olumsuz zarar olarak adlandırılan zarar türünün

miktara ilave olarak maddi tazminat isteminde bulunabileceklerini kabul eden mahkeme kararının doğru olduğu kanısındayım.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 23.10.2001 Tarih ve 2001/7908 Esas ve 2001/10071 Karar sayılı kararı.

⁹⁸Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 44; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 33; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 84; Gül, 2019, **a.g.k.**, s. 229-230.

⁹⁹Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 44.

¹⁰⁰Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 33; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 44; Gül, 2019, **a.g.k.**, s. 230; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 84; Şeker, 2007, **a.g.k.**, s. 3766.

¹⁰¹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 616.

kapsamına dâhil olan zarar kalemleri sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkarılması nedeniyle ortaya çıkan zarar kalemleridir.¹⁰²

1.3.4.1. Olumlu zarar

Olumlu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarardır.¹⁰³ Borcun ifa edilmesinden alacaklının elde edeceği menfaat olarak tanımlanan ifa menfaati kavramı da olumlu zarar ile aynı anlama gelmektedir.¹⁰⁴ Doktrindeki bir diğer tanıma¹⁰⁵ göre, alacaklının malvarlığının, borcun ifası halinde bulunacağı durum ile borcun ifa edilmemesi, diğer bir ifadeyle, alacaklının ifa menfaatinin ihlâl edilmesi halinde bulunacağı durum arasındaki fark olumlu zararı oluşturmaktadır

Bir zararın olumlu zarar olarak adlandırılmasının temelinde yatan neden söz konusu zararın olumlu bir soru bağlamında ele alınıyor olmasıdır. Bahsi geçen olumlu soru: “Eğer borçlu sözleşmeden doğan borcunu gerektiği gibi yerine getir miş olsaydı zarara uğrayan alacaklı tarafın şu anki malvarlığı durumu ne olurdu?” şeklindedir.¹⁰⁶ Bir başka deyişle, olumlu zarar kavramı, sözleşmenin hükümsüzlüğüne dayanan olumsuz zararın aksine, olumlu bir çağrışım ve bakış açısı gerektiren sözleşmenin geçerli olmasına dayanması sebebiyle bu isimle anılmaktadır. Ek olarak, olumlu zararın tazmininde de olumlu bir amaç güdülür. Şöyle ki, hiç ya da gereği gibi yapılmamış ifa sebebiyle gerçekleşmemiş olan ve ifa gereği gibi gerçekleşseydi alacaklının içinde bulunacağı varsayımına dayanan durum olumlu zararın tazminidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, olumlu zarar, borcun ifasının alacaklı nezdinde oluşturacağı menfaate

¹⁰²Olumsuz zarar hakkındaki bu kullanışlı ancak dar içeriğinden kaynaklanabilecek sorunları da bünyesinde bulunduran tanım hakkındaki açıklamalar için bkz. aş. I. Bölüm B. 2.4.2.

¹⁰³Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 27; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 412; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1195; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 932; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 286; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 89; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 543; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 55; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 34; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 91.

¹⁰⁴A. Havutçu (1995). *Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ve müsbet zararın tazmini*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 68; B. Akıncı (2014). *Ticari satımda satıcının temerrüdü ve müsbet zarar*. Konya: Sayram Yayınları, s. 87.

¹⁰⁵Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 412.

¹⁰⁶Velidedeoğlu, 1944, **a.g.k.**, s. 743.

tekabül etmektedir ve bundan dolayı olumlu zararın tazmini, *ifanın surrogatı* (kaim değeri) olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁷

Olumlu zarar, tanımı gereği, sadece sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında kendini gösteren bir yapıyı haizdir. Özen yükümlülüğünün veya sözleşmenin müspet ihlâli örneklerinde olduğu gibi sözleşmenin her türlü ihlâli olumlu zarar meydana getirmez. Bununla birlikte, ortaya çıkmış bir olumlu zarardan bahsedilebilmesi için bu zararın sözleşmenin ihlâli neticesinde oluşmuş bir zarar olması gerekir.¹⁰⁸

Olumlu zararın konusunu, alacaklının, sözleşmenin kurulması esnasında borçlunun açıklamış olduğu edim taahhüdünü gereği gibi yerine getireceğine ilişkin haklı beklentisi oluşturur. Bu bağlamda, olumlu zarardan söz edilebilmesi için, kural olarak, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir. Geçerli bir sözleşmenin olmasa da olumlu zarar meydana gelebilir. Buna örnek olarak, sürekli borç ilişkilerinin feshi hâlinde sözleşmenin sona erdirilmesi verilebilir. Yine başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık hâlinde söz konusu imkânsızlığın borçlu tarafından önceden biliniyor veya borçluya kusur yüklenebiliyor olması durumunda da ortada geçerli bir sözleşme olmadığı hâlde olumlu zarar oluşabilir. Bu duruma ayrıca, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk çerçevesinde sözleşmenin hükümsüz kılındığı durumlarda olumsuz zararı aşan bir zararın meydana gelmiş olması da örnek olarak gösterilebilir.¹⁰⁹

Türk Borçlar Kanunu m. 112 gereğince, bir borcun hiç ifa edilmemesinin yanı sıra gereği gibi ifa edilmemesi durumu da olumlu zararın oluşmasına sebep olabilir. Gereği gibi ifa edilmeme kavramı kapsamında ifa imkânsızlığı, kötü ifa ile özellikle kötü ifa başlığı altında ele alınan borçlu temerrüdü gibi durumların tümü ile edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri ele alınmaktadır.¹¹⁰ Olumlu zararı meydana getiren olayın sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumu olması bağlamında aslında bu zarar türünde de geniş anlamda bir güven ihlalinin söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, burada bahsi geçen

¹⁰⁷Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 57.

¹⁰⁸Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 27.

¹⁰⁹M. S. Ergüne (2010). Culpa in contrahendo sorumluluğunda olumlu zararın tazmini, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 918; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 166; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 326 vd.

¹¹⁰Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 30.

ihlâl borçlunun şahsına duyulan bir güven değil; sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifa edileceğine, bir diğer deyişle, sözleşmeye duyulan güvendir. Bu nedenle, olumlu zararın unsurlarından biri olan geçerli bir sözleşmenin varlığı alacaklının borçluya güven duymuş olduğunu ispat etmesi gerekliliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucunda alacaklı gerçekte borçluya hiçbir şekilde güven duymamış olsa dâhi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan geçerli bir sözleşmenin varlığı –bir sonraki başlıkta ele alınacak olan olumsuz zararın aksine- olumlu zararın oluşumu bakımından yeterlidir.¹¹¹

Son olarak, sorumluluk hukukunun temel ilkesi olan kusur ilkesi olumlu zararın oluşup oluşmadığının belirlenmesi noktasında da geçerlidir. Olumlu zararda zarar verenin kusuru sözleşmenin ifa edileceğine dair bir güven uyandırdığı halde söz konusu güveni boşa çıkarmasıdır. Bu bağlamda, zarar verenin kusur derecesi, tazminatın belirlenmesinin aksine, olumlu zararın oluşumu bakımından önem arz etmez ve zarar veren her türlü kusurundan sorumludur.¹¹²

1.3.4.2. Olumsuz zarar

Olumsuz zarar, geçerli olarak kurulduğuna ve bu nedenle hüküm doğurduğuna inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi yahut kurulacağına inanılan bir sözleşmenin kurulmaması neticesinde ve bu nedenle uğranılan zarardır.¹¹³ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, olumsuz zarar kavramının temelinde sözleşmenin akdedilmesine, geçerliliğine veya ifasına ilişkin olarak zarara uğrayan kişide uyandırılan güvenin boşa çıkarılması yatmaktadır. Bu bağlamda, olumsuz zarar belirlenirken ancak söz konusu güvenin boşa çıkarılmasıyla aralarında nedensellik bağı bulunan zararların bu kapsama dâhil edilebileceğini; aksi halde sözleşmenin akdedilmesi esnasında ortaya çıkan bütün zararların olumsuz zarara has olan güven karakteriyle bağdaşmayacak şekilde onun kapsamına dâhil edilemeyeceğini belirtmek gerekir.

¹¹¹Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 58; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 32.

¹¹²Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 33.

¹¹³Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 40; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1196; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 286; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 413; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 34; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 544; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 90.

Olumsuz zararın, sözleşmenin geçerliliğine yönelik güvenden doğan zarar olarak nitelendirildiği görülmektedir.¹¹⁴ Ancak, bu tanım, sadece geçerli olarak akdedilmiş gibi gözüken mevcut bir sözleşmeye duyulan güven sebebiyle uğranılan kayıpların olumsuz zarar olarak nitelenebileceği izlenimi oluşturmaktadır. Oysa ki, olumsuz zararın en bilinen örneklerinden olan noter masrafları, önceden ödenen vergi ve harçlar gibi güvenilen sözleşmeden önce yapılan masraflar da sözleşmenin mevcut olup olmadığından bağımsız olarak olumsuz zarar kapsamındadır.¹¹⁵

Olumsuz zarar ile korunan menfaat, olumlu zararın aksine, ifa menfaati değil; bir sözleşmenin geçerli olduğu, geçerli olarak kurulacağı ya da geçersizliğine rağmen ifa edileceğine ilişkin uyandırılan güvendir. Söz konusu güven, gerek yapılan masrafların gerekse de bir başka sözleşme akdetme fırsatından istifade etmemenin oluşturacağı kayıpların fayda sağlayacağı yönünde oluşturulan güvendir. Her ne kadar olumlu zarar için de geniş anlamda bir güven ihlali söz konusu olmaktaysa¹¹⁶ da olumsuz zarar ekseninde ihlal edilen güven, sözleşmenin geçerliliğine yahut geçerli bir sözleşmeymiş gibi hüküm doğuracağına ilişkin meydana getirilen güven olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedendir ki, olumlu zararın aksine olumsuz zarardan sorumlulukta alacaklı söz konusu sözleşmenin hüküm doğuracağı yönünde kendisinde bir güven uyandırıldığını ispatlamakla yükümlüdür.¹¹⁷

Olumsuz zarar durumunda alacaklı, en genel ifadeyle, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağına hiç güvenmeseydi bulunacağı farz edilen durumun geri getirilmesini talep etmektedir. Bu bağlamda ortaya çıkan zarar kalemleri, söz konusu sözleşmenin akdedilmesi amacına matuf olarak yapılan masraflar ve hüküm ve sonuçlarını doğuracağı düşünülen sözleşme yerine bir başka sözleşme akdedilmemiş olması nedeniyle uğranılmış olan kazanç kayıpları olarak ortaya çıkmaktadır. Vurgulamak gerekir ki, olumsuz zararda ortaya çıkan kazanç kayıpları, hüküm ve sonuç doğuracağına güvenilen sözleşmeden doğrudan doğruya elde edilecek olan kazanç değil; bir başka sözleşme akdetme fırsatının değerlendirilmemiş olması nedeniyle oluşan kazanç kayıplarıdır.

¹¹⁴Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 933.

¹¹⁵Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 41.

¹¹⁶Bkz. yuk. I. Bölüm B. 2.4.1.

¹¹⁷Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 58.

Olumsuz zarar, sözleşmeden dönmeye ilişkin durumlar haricinde, herhangi bir edim borcu içermeyen ve yalnızca davranış yükümlülüklerinden meydana gelen borç ilişkisi ihlalden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda olumsuz zararın oluşumu bakımından edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve sözleşmeden dönmeye özgü borca aykırılık olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Nitekim TBK m. 9/II, 35/I, 37/II, 47/I, 512/I c.2 ve 564/I c.2 hükümlerinde öngörülmüş olan olumsuz zarardan sorumluluk durumları edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi esasına dayanmaktayken; TBK m. 125/II'de öngörülmüş olan olumsuz zarardan sorumluluğun temelinde sözleşmeden dönme vakası yatmaktadır.¹¹⁸

Müşterek hukukta olumsuz zararın tazminine ilişkin olarak culpa in contrahendo teorisi, sebebiyet verme teorisi, sözleşme teorisi, garanti sözleşmesi teorisi, vekâlet sözleşmesi teorisi, sözleşme dışı sorumluluk teorisi, dürüstlük kuralı teorisi olmak üzere birçok görüş ortaya atılmıştır. Müşterek hukuktan günümüze kadar olan süreçte de olumsuz zarardan sorumluluk gerektiren durumların büyük bir bölümünün, culpa in contrahendo teorisiyle açıklandığı üzere, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan kaynaklandığı düşünülmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğunu açıklamak üzere doktrinde haksız fiil teorisi, sözleşme teorisi, bağımsız sebeplerden doğan (kendine özgü) sorumluluk teorisi ve karma teoriler ileri sürülmüştür.¹¹⁹ Ayrıca, önemine binaen belirtmek gerekmektedir ki, bu ayrımın sonucunda olumlu zarar ile olumsuz zararın kümülatif olarak talep edilebilmesi mümkün değildir.¹²⁰ Çünkü alacaklının hem ifa menfaatini hem de ifa edilmeyen sözleşme için yapmış olduğu masraflar ile bu sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı kaçırmayacağı fırsatların tazminini birlikte istemesi isabetli değildir. Olumlu ya da olumsuz zararlardan sadece birinin talep edilebilmesi karşısında kural olarak alacaklıya hangisini tercih ettiğini belirleme hakkı verilmelidir.¹²¹ Borçlu temerrüdü gibi bazı borca aykırılık durumlarında alacaklıya seçme hakkı tanınmıştır; ancak imkânsızlık gibi diğer bazı borca aykırılık durumları için sadece olumlu zararın tazmininin talep edilebileceği düzenlenmiştir. Olumlu zararın olumsuz zarara nazaran daha yüksek bir miktarda gerçekleşeceği ön kabulünden hareketle ihdas edilmiş olan bu tip hükümler karşısında, sadece olumlu zararın

¹¹⁸Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 108 vd.

¹¹⁹İleri sürülen teorilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 77-108.

¹²⁰Oğuzman ve Öz, 2020a. **a.g.k.**, s. 414.

¹²¹Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 35.

tazmininin talep edilebileceği şeklindeki düzenlemeler yönünden olumsuz zararın tazmininin talep edilebilmesinin de mümkün kılınması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur.¹²² Türk hukuk uygulaması bakımından olumlu – olumsuz zarar ayırımında içtihat edilen kıstas sözleşmenin geçerliliği olduğundan, alacaklıya herhangi bir seçme hakkı tanınmamaktadır.

1.3.5. Doğrudan zarar – Dolaylı zarar – Yansıma zarar

Hukukumuzda zarar verici bir olayın neden olduğu bütün zararların değil zarar veren hukuka aykırı fiil ile uygun illiyet ve hukuka aykırılık bağı çerçevesinde hukuki bağlantı içerisinde bulunan zararların tazmini gerekir.¹²³ Doğrudan zarar – dolaylı zarar ayırımının temelinde zarara neden olan hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı yatar.¹²⁴ Uygun illiyet bağının varlığı halinde de tazmin edilecek zararları sınırlandıran normun koruma amacı teorisi geliştirilmiştir. Normun koruma amacı teorisi, aralarındaki hukuka aykırılık bağlantısı bulunmasına rağmen, bazı zararların tazmin sorumluluğuna dâhil edilmesinin hakkaniyetsiz sonuçlar ortaya çıkarması ihtimalini bertaraf etmek üzere ortaya atılmıştır. Söz konusu teoriye göre, sorumluluğu doğuran fiil ile uygun illiyet bağı içinde olan zararlar, ancak ihlâl edilen normun koruma alanına giriyorsa fail açısından tazmin borcu doğar. Diğer bir ifadeyle, ortaya çıkan zararlar ihlâl edilen norm ile korunmak istenen şahıs ya da hukuki değer bağdaşmıyorsa fail açısından tazmin borcu doğmaz.¹²⁵ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi¹²⁶ ve Yargıtay¹²⁷ uygulamaları da bu yöndedir.

¹²²A. Koller (2006). *Schweizerisches obligationenrecht, allgemeiner teil, grundriss des allgemeinen schuldrechts ohne deliktsrecht, band II*. Bern: Stämpfli Verlag AG s. 145, N. 24'ten aktaran Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 67.

¹²³Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 93; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 72.

¹²⁴Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 71; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 67; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 22; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 393; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 608.

¹²⁵Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 95; F. Eren (1975). Hukuka aykırılık bağı veya normun koruma amacı teorisi, *Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 367, s. 461 vd. (1975a).

¹²⁶Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 30 II 571/72 kararına konu edilen olay, hukuken korunması amaçlanan değerden başka bir değer ihlâlinin klasik bir örneğini teşkil etmektedir. Bu olayda, bir Komün, orman zabıtasıyla alâkalı bir hüküm gereğince bizzat kesmesi gereken ağaçları keresteyi satın alacak olan müteahhide kestirmiş ve kesim esnasında bir işçi yaralanmıştır. Federal Mahkeme, Komünün ihlâl ettiği normun ormanları korumak için öngörülmüş olduğundan bahisle, kişilerin hayat ve sıhhatini korumakla alâkalı olmadığını ileri sürerek Komüne karşı açılan tazminat

Doktrinde savunulan doğrudan zarar – dolaylı zarar ayrımında, borçlu yahut zarar verenin, zarara uğrayanın hukukten korunan bir varlığına yönelik ihlal edici fiilinden doğan ilk zarar genellikle doğrudan zararı oluştururken söz konusu ilk zarara bağılı olarak ortaya çıkan diğerk zararlar dolaylı zararı meydana getirir.¹²⁸ Yansıma zarar ise, söz konusu hukuka aykırı fiilden dolayı doğrudan ya da dolaylı olarak bizzat söz konusu hukuka aykırı fiile maruz kalan kişi haricinde kalan bir şahsın bu fiil sebebiyle uğradığı zarardır. Bu bağlamda yansıma zarar ile doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayrım, zararın kimin malvarlığı yahut şahısvarlığı değerkleri üzerinde meydana geldiğı göz önünde tutularak yapılan bir ayrımdır.

1.3.5.1. Doğrudan zarar

Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiilin ilave herhangi bir sebep araya girmeksizin bizzat söz konusu fiile maruz kalan kişinin malvarlığı ya da şahısvarlığı değerkleri üzerinde meydana getirdiğı zarardır.¹²⁹ Bu zarar türünde, zarar gören, zarar verici fiil nedeniyle hukukten korunan değerkleri bizzat ihlal edilen kişi olarak ortaya çıkmaktadır. Doğrudan zarar sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında meydana gelebileceğı gibi, sözleşme dışı sorumluluk alanında da meydana gelebilir.

Doğrudan zarara uğrayan, sözleşmesel sorumluluk kapsamında sözleşmenin tarafı olarak ortaya çıkarken; haksız fiil sorumluluğı kapsamında ise söz konusu haksız fiile doğrudan maruz kalan ve bu fiil nedeniyle zarara uğrayan kişi olarak ortaya çıkmaktadır. Bahsi geçen kişilerin uğradıkları zarar ilave herhangi bir durum araya

dâvasını reddetmiştir. H. Tandoğan (1963). *Mukayeseli hukuk, hususiyle Türk – İsviçre ve Alman hukuku bakımından üçüncü şahsın zararının tazmini*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, s. 13.

¹²⁷Örneğın bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 08.01.1979 Tarih ve 1978/13144 Esas ve 1979/38 Karar sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 23.5.1995 Tarih ve 1994/7123 Esas 1995/4356 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.04.2006 Tarih ve 2005/4361 Esas ve 2006/4140 Karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26.05.2015 Tarih ve 2015/3587 Esas ve 2015/9501 Karar sayılı kararı.

¹²⁸Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 393; Bu ayrımı doğrudan zarara neden olan olaya eklenen bir sebep ile dolaylı zararın ortaya çıktığı görüşü çerçevesinde yapan görüş için bkz. Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 43; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 67; Örneğın satın alının bir hayvanın hasta olması ve bu nedenle satın alan kişinin hayvanlarını da hasta ederek ölmelerine sebep olunmasını dolaylı zarar değıl “takip eden” zarar olarak gören aynı zarar verici olayın sonucunda birden çok zararın meydana gelmesi durumunu dolaylı zarar olarak görmeyen görüş için bkz. Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 608; Zarar verici olaya maruz kalan kişinin uğradığı tüm zararları doğrudan zarar, bizim yansıma zarar olarak ele alacağımız zararları ise dolaylı zarar olarak gören görüş için bkz. Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 22.

¹²⁹Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 393; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 71; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 43; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 608; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 278; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 67; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 90.

girmeksizin direkt olarak hukuka aykırı fiil nedeniyle ve bu fiil sonucunda oluşmuşsa artık uğradıkları zarar doğrudan zarar olarak nitelendirilir.

Doğrudan zarar, maddi zarar olarak ortaya çıkabileceği gibi manevi zarar olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, bir trafik kazası sonucunda yaralanan kişinin tedavi masrafları doğrudan zararın maddi zarar kalemlerinden birini oluştururken; yine söz konusu yaralanma nedeniyle zarara uğrayan kişinin çekmiş olduğu ıstırap ve elem doğrudan zararın manevi zarar kalemlerinden birini oluşturur. Ancak, aynı kişinin kazandığı bir ihale için sözleşme yapmaya davet edildiğini, kaza tarihinin söz konusu davetin son günü olduğunu ve bu kaza nedeniyle bu sözleşmeyi imzalayamadığını farz edersek, bu nedenle oluşan zarar, her ne kadar zarara uğrayan haksız fiilden bizzat etkilenen kişi olsa da, doğrudan zarar olmaz.¹³⁰ Çünkü kişi direkt hukuka aykırı fiile maruz kalan kişi olsa dahi ortada kazanın direkt sonucu olmayan ve bu nedenle illiyet bağı daha zayıf bir zarar bulunmaktadır.

Doğrudan zarar, zarar verici olayın ilk ve en yakın sonucudur.¹³¹ Doğrudan – dolaylı zarar ayrımı ve hangi durumlarda sadece doğrudan zararın tazmin edilebileceği bazı hükümlerde kanun koyucu tarafından düzenlenmiş durumdadır. Buna örnek olarak satım sözleşmesinde satılanın tam zaptı halinde alıcının haklarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m. 127/I b.4 hükmü verilebilir. Söz konusu hükme göre, alıcı satıcıdan satılanın tamamen elinden alınması yüzünden oluşan diğer zararlardan ancak doğrudan doğruya olanları talep edebilir. TBK m. 127/II hükmü de göz önünde bulundurulduğunda satıcının kusuru olmasa dahi alıcının satım sözleşmesine konu malın elinden alınması durumunda talep edilebileceği zararlar bu nedenle doğrudan meydana gelmiş olan zararlardır. Satım sözleşmesinin konusunun çalıntı bir minibüs olması ve bu nedenle alıcının elinden alınması örneğinde eğer alıcı bu taşıt ile turistlere bir tur düzenlemiş ve araç elinden alındığı için söz konusu turu kiraladığı başka bir minibüsle gerçekleştirmek durumunda kalmışsa, söz konusu kira bedeli doğrudan zarar olarak talep konusu edilebilir.¹³²

¹³⁰Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 394.

¹³¹Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 77.

¹³²Benzer örnekler için bkz. Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 393-394.

1.3.5.2. Dolaylı zarar

Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin araya ilave bir sebep girmesi dolayısıyla bizzat söz konusu fiile maruz kalan kişinin malvarlığı ya da şahısvarlığı değerleri üzerinde meydana getirdiği zarardır.¹³³ Bu tanımda *bizzat fiile maruz kalan kişinin* şeklinde bir süje vurgulaması yapmamızın nedeni, dolaylı zarar ile yansıma zarar arasındaki en temel ayırt edici unsurun söz konusu süje unsuru olmasıdır. Bu bağlamda dolaylı zarar, zarar verici olayın yine doğrudan zararın mağduru olan kişi üzerinde gerçekleştiği ve onun uğradığı kaybı tasvir etmek üzere meydana getirilmiş olan zarar türüdür.

Doğrudan zararda zarar veren fiilin ilk ve en yakın neticesi olmasına nispetle ikincil ve görece daha uzak neticeler dolaylı zararı meydana getirir. Söz konusu uzaklık zaman olarak karşımıza çıkabileceği gibi başka olayların dâhil olması şeklinde de karşımıza çıkabilir. Yukarıda verilmiş olan bir kamu idaresince yapılan ihaleyi kazanmış ve sözleşmeye davet edilmiş olan kişinin bir trafik kazasında yaralanmış olması örneğinde¹³⁴ bu yaralanma dolayısıyla sözleşme imzalamaya gidememiş olan kişinin bundan dolayı uğradığı zarar dolaylı zarardır. Çünkü söz konusu zarar, bir trafik kazasında oluşması beklenen ilk ve en yakın zararlar olan kişinin vücut bütünlüğünün bozulması yahut kazaya karışan araçlarda hasar meydana gelmesi gibi bir zarar değil; araya sözleşmeye davetin son gününde söz konusu kazanın gerçekleşmesi durumunun girmesiyle oluşan bir zarardır. Dikkat edilmelidir ki, bu durumda da zarara uğrayan kişi yine haksız fiile maruz kalan kişidir.

Hukuka aykırı bir fiil sebebiyle zarar görenlerin doğrudan mağdur, yansıma yoluyla zarar görenlerin ise dolaylı mağdur olarak adlandırıldıkları da gözlemlenmektedir.¹³⁵ Buna benzer olarak, *Deschenaux ve Tercier*'e göre, doğrudan zarar ile saldırıdan doğrudan doğruya zarar görenin uğradığı –bizim kullandığımız anlamıyla hem doğrudan hem dolaylı– zarar kastedilirken, dolaylı zarar ile yansıma sonucu üçüncü kişilerin uğradığı zararlar kastedilir.¹³⁶ Ancak doğrudan zarar ve dolaylı zararın modern hukukumuzdaki kullanımına bakıldığında bu görüş isabetlidir denemez. Doğrudan mağdur ve dolaylı mağdur kullanımının da dolaylı zarar ve yansıma zarar

¹³³Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 393; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 71; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 43; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 608-609; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 68.

¹³⁴Bkz. yuk. I. Bölüm B. 2.5.1.

¹³⁵Özel, 2001, **a.g.k.**, s. 85; Büyüksağış, 2007, **a.g.k.**, s. 98.

¹³⁶Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 22.

arasında karışıklıklara sebebiyet vermesi mümkündür. Bunun önlenmesi için, bizim de katıldığımız görüş olan, yansıma yoluyla zarar uğrayan kişilere yansıma mağduru adı verilmesinin daha uygun olacağı doktrinde dile getirilmektedir.¹³⁷

Dolaylı zarar ile ilgili bilinen ve doktrindeki bazı yazarların vardıkları sonuçların farklı olması nedeniyle önem arz eden örneklerden biri de hukuka aykırı bir fiille, örneğin bir trafik kazası sonucunda, A'nın B'nin ayağının kırılmasına neden olması ve B'nin hastaneye kaldırılırken ya da hastanede tedavi sürecindeyken diğer ayağının da kırılması örneğidir. Benimsediğimiz ve yukarıda yapılmaya çalışılan dolaylı zarar ile ilgili açıklamalara göre, B'nin diğer ayağının hastanede kırılması, hukuka aykırı fiilden sonra araya ek bir sebep olan başkaca bir olayın (örneğin B'nin tedavi altına alındığı hastanede düşmesi, sedyeye bindirilirken düşürülmesi gibi) da dâhil olması nedeniyle dolaylı zarardır.¹³⁸ Ancak, bu zararın takip eden ikinci bir zarar olduğu ve ilk zarar veren olayla illiyet bağı içerisinde bulunması nedeniyle doğrudan doğruya zarar olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur.¹³⁹

1.3.5.3. Yansıma zarar

Yansıma zarar, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle ve bu fiil sonucunda doğrudan ya da dolaylı olarak bizzat maruz kalan kişi haricinde kalan bir kişinin uğradığı kazanç kaybı zarardır.¹⁴⁰ Yukarıda da bahsedildiği üzere, karıştırılabilecek olması nedeniyle bazı sakıncalara sebep olabilecek şekilde zarar verici olayın nezdinde gerçekleşen kişinin tüm zararlarını doğrudan zarar, diğer kişilerin uğradığı zararları ise dolaylı zarar olarak adlandıran bir görüş de mevcuttur.¹⁴¹

Bir fabrikada ustabaşı olarak görev yapan işçinin hukuka aykırı bir fiil sonucunda vefat etmesi durumunda eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradığı zarar, çalıştığı fabrikada işlerin aksamasından dolayı fabrika sahibinin uğradığı

¹³⁷Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 69.

¹³⁸Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 83; Bu örnekteki ikinci ayağın kırılması nedeniyle ortaya çıkan zarara dolaylı zarar yerine sonradan meydana gelen zarar (*dommage subséquent*) denilmesi gerektiği kanaatinde olan görüş için bkz. Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 22.

¹³⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 609.

¹⁴⁰Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 43; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 394; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 85; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 69; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 278; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 132; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 90.

¹⁴¹Bkz. yuk. I. Bölüm B. 2.5.2.

zararlar, müdavimi olduğu kuaförün uğradığı zarar, alacaklılarının terekenin borca batık olması durumunda alacaklarına kavuşamamaları nedeniyle uğradıkları zararlar, zarara uğrayan işçi haricindeki kişilerde oluşan zararlar olmaları nedeniyle yansıma zarara örnek teşkil ederler.

Belirtmek gerekir ki, modern hukuk sistemlerinin hemen hepsinde kural olan doğrudan ve dolaylı zararların tazmin edilmesi ancak yansıma zarardan sorumlu olunmamasıdır. Yukarıda örnek verilen bu zararların tümü yansıma zarar kategorisinde içinde ele alınabilecek olsa da zarar verenin bu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için hem fiil ile zarar arasında illiyet bağının hem de hukuka aykırılık bağının mevcut olması gerekmektedir.¹⁴² Hukuka aykırılık bağı açısından yansıma zararın mutlak ya da nispi bir hakkın ihlalinin kaynaklanmış olması önem taşır. Şöyle ki, yukarıda bahsi geçen örnekte, işçinin eşi ve çocuklarının uğramış olduğu ve vefat edenin desteğinden yoksun kalmaları nedeniyle ortaya çıkan zarar, Türk Borçlar Kanunu m. 53/b. 3'te açıkça hüküm altına alınmış bir zarardır. İşçinin çalıştığı fabrikanın sahibinin, kuaförünün ya da alacaklılarının uğradığı zararlar ile ilgili ise hukukumuzda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle işçinin ölümüne neden olan zarar verici olay ile fabrika sahibi, kuaför ya da vefat edenin alacağına kavuşamayan alacaklıları nezdinde ortaya çıkan zarar arasında bir illiyet bağının bulunduğu varsayılsa dahi hukuka aykırılık bağı bulunmadığı için zarar verenin bu zararlardan sorumlu tutulması mümkün olmaz. Mutlak bir hakkın ihlali uygun illiyet bağının varlığı halinde hukuka aykırılık bağı unsurunun oluşması için yeterli iken, yukarıda bahsi geçen örneklerde olduğu gibi nispi bir hakkın ihlali durumunda hukuka aykırılık bağı normun koruma amacına bağlı olarak tespit edilir.¹⁴³

Yansıma zarar, maddi zarar olarak ortaya çıkabileceği gibi manevi zarar olarak ve benzer şekilde haksız fiil sorumluluğu kapsamında ortaya çıkabilecek olmakla birlikte sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kapsamında da ortaya çıkabilir.

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk bakımından, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan malvarlığı

¹⁴²Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 85; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 69; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 43, Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 398 vd.; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 610.

¹⁴³Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 88; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 44; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 610; Eren, 1975a, **a.g.k.**, s. 471 vd.

zararının tazmin edilmesi, kural olarak, mümkün değildir. Bunun sebebi sözleşmeler hukukunun tümüne etki eden sözleşmenin nispiyeti ve sözleşme ilişkisinden doğan zararın tazmininde alacaklının menfaati ilkeleridir. Ancak, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi nedeniyle sözleşmenin tarafı olan alacaklının değil üçüncü bir kişinin zarara uğraması durumunda ortaya çıkan üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu söz konusu kuralın aşılması sonucunu doğurabilmektedir. Yine, sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen sözleşmenin taraflarıyla belli bir yakınlık içerisinde bulunan ve söz konusu sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin zararının sözleşme hükümleri çerçevesinde talep edebileceğinin öngörülmesi anlamına gelen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler de sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun kapsamına yansıma zararın girmeyeceği kuralının istisnasını oluşturur.¹⁴⁴ Bunların yanı sıra, sözleşme sorumluluğunda malvarlığı zararı şeklinde ortaya çıkan yansıma zararlarından kural olarak tazminat talebinde bulunma hakkı bulunmayan üçüncü kişinin dolaylı temsil ilişkisi bulunması, hasar riskinin yasal olarak taşınması yahut koruma ve yedimlilik ilişkileri çerçevesinde söz konusu zararların tazminini talep edebileceği savunulmaktadır.¹⁴⁵ Ayrıca, sayılanlar dışında söz konusu talebin sözleşmenin taraflarının sözleşme akdedilirken bu hususta anlaşmış olmaları durumunda da yansıma zararın karşılanması gerekeceği gözden kaçırılmamalıdır.

1.3.6. Fiili zarar – Yoksun kalınan kâr – Normatif zarar

Fiili zarar ile yoksun kalınan kâr ayrımı yapılırken zarara uğrayan kişinin malvarlığında meydana gelen azalmanın malvarlığının aktif ya da pasifinde gerçekleşen kaybın doğrudan olup olmadığı göz önünde tutulmaktadır. Bir diğer deyişle, fiili zarar ile yoksun kalınan kâr ayrımı, zarar verici olay meydana geldiği için malvarlığı değerlerinde oluşan kayıp ile yine zarar verici olay meydana geldiği için malvarlığı değerlerinin artışının engellenmesi üzerinden yapılmaktadır. Bu ayrımada ele alınan zarar türü maddi zarar olarak ortaya çıkmakta olup, fiili zararda meydana gelen azalma doğrudan zarar görenin malvarlığının aktifinde bir azalma yahut pasifinde bir artma

¹⁴⁴Sözleşme sorumluluğunda yansıma zararın tazmin edilmemesi kuralının aşılması, üçüncü kişinin zararının tazmini ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumları için bkz. Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 87-100.

¹⁴⁵Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 87-104 vd.

şeklinde meydana gelen kayıplar iken; yoksun kalınan kârda zarar görenin malvarlığının aktifinde meydana gelecek bir artışın yahut pasifinde meydana gelecek bir azalmanın engellenmesi söz konusudur. Normatif zarar kavramının açıklanmasında ise, ekonomik olarak malvarlığında bir azalma olmasa dahi hukukî bakımdan yapılan değerlendirme sonucunda tazmini gereken bir zararın ortaya çıktığının kabul edilebileceği düşüncesinden hareket edilmektedir.

1.3.6.1. *Fiili zarar*

Zarara uğrayan kişinin iradesi dışında ve doğrudan doğruya malvarlığı üzerinde meydana gelen zarar fiili zarardır.¹⁴⁶ Malvarlığında doğrudan azalma şeklinde ortaya çıkan söz konusu zarara Roma Hukuku'nda *damnum emergens* adı verilir.¹⁴⁷ Zarar görenin malvarlığının mevcut net miktarında meydana gelen fiili azalma olarak da tanımlanan fiili zararda zarar görenin mevcut malvarlığının miktar ve değeri kayba uğramaktadır.¹⁴⁸ Söz konusu kayıp malvarlığının aktif değerlerindeki bir azalma olarak ortaya çıkabileceği gibi, pasif değerlerindeki bir artış olarak da ortaya çıkabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, ileride ele alınacak olan kazanç kaybı zararının aksine, burada malvarlığına dâhil aktif değerlerde doğrudan bir azalma ya da pasif değerlerde doğrudan bir artış söz konusudur.

Doktrinde fiili zararı bir kişinin ekonomik değeri olan ya da olabilecek bütün malları anlamına gelen *patrimuanında*¹⁴⁹ gerçekleşen gerçek bir azalma olarak tanımlayan ancak bu zarara olumlu (müspet, pozitif) zarar adı veren bir görüş de mevcuttur.¹⁵⁰ Ancak, doktrinde de savunulmuş olduğu üzere, olumlu zarar, sadece sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında ortaya çıkabilecek bir zarar türü iken buna karşın fiili zarar sözleşme dışı sorumluluk alanında da ortaya çıkabilecek bir zarar

¹⁴⁶Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 41; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 397; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 25; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 41; Baysal, 2012, **a.g.k.**, s. 146; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 89.

¹⁴⁷Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 41; Ö. K. Çelebican (2019). *Roma hukuku tarihi giriş kaynakla genel kavramlar kişiler hukuku, hakların korunması*. (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 18. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 253.

¹⁴⁸Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605.

¹⁴⁹Bkz. Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 19.

¹⁵⁰Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 20.

türüdür.¹⁵¹ Bu nedenle adı geçen kullanımın karışıklıklara sebep olabileceği kanaatindeyiz.

Fiili zarar sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında ortaya çıkabileceği gibi sözleşme dışı sorumluluk alanında da ortaya çıkabilir. Aynı şekilde fiili zarar hem olumlu hem de olumsuz zarar görünümünde de karşımıza çıkabilir.¹⁵²

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında ve olumsuz zarar anlamında fiili zarar kalemlerine sözleşme kurma masrafları ve sözleşmenin ifası için yapılan masraflar örnek olarak gösterilebilir. Diğer sık rastlanılan bazı zarar kalemleri ise, hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi nedeniyle uğranılan zararlar, yerine getirilen edim ve ondan elde edilecek faydalardan mahrum kalınması, usûli işlemlere ilişkin masraflar ve üçüncü şahıslara ödenen tazminat ve ceza koşulları olarak sıralanabilir.¹⁵³ Yine sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında olumlu zarar anlamında fiili zarar kalemleri ise, ifa edilmeyen edimin değeri, edimin yerine getirileceği düşüncesiyle yapılan masraflar, alacaklının alacağını elde etmek amacıyla yaptığı masraflar, alacaklının taraf olduğu başka bir hukuki ilişkinin olumsuz etkilenmesi sebebiyle oluşan zararlar, ödenmeyen alacak yerine ikâme alımlar için yapılan masraflar, edimin değerinin düşmesi sebebiyle uğranılan zararlar ve zararın tespiti ile artmasını önlemek amacıyla yapılan masraflar olarak ortaya çıkar.¹⁵⁴

Haksız fiil sorumluluğu kapsamında ise, zarar görenin malının harap edilmesi ya da söz konusu mala hasar verilmesi sonucunda malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma fiili zarar oluşturabilir. Bunun yanı sıra, fiili zarar, bir kişinin emrinde çalışan işçinin başkasına verdiği zararı tazmin etmesi ya da hasar gören şeyin ikâmesi yahut tamir edilmesi için masraflara katlanması örneklerinde olduğu gibi malvarlığının pasifinin artması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Fiili zararın varlığı durumunda hem malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma hem de malvarlığının pasifinde meydana gelen artış zarar görenin net

¹⁵¹Müşpet (olumlu) zararın ekseriyetle sözleşmeler alanında kullanılması nedeniyle sözleşme dışı sorumlulukla karışıklığa neden olması ihtimali bulunduğundan bu kavramın fiili zarar anlamında kullanmayı uygun bulmayan görüş için bkz. Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605.

¹⁵²Oğuzman ve Öz, 2020a. **a.g.k.**, s. 418; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 41; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605; Baysal, 2012, **a.g.k.**, s. 147.

¹⁵³Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 289-298.

¹⁵⁴Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 319 vd.

malvarlığında bir azalma meydana getirmektedir. Fiili zarar, fark teorisine göre yapılan zarar tanımına uygun olarak ve en genel anlamda malvarlığının zarar verici olayın meydana gelmesinden önce bulunduğu gerçek durumu ile bu olay meydana geldikten sonra içinde bulunduğu durum arasındaki değer farkıdır.¹⁵⁵ Zarara neden olan fiil para ile ölçülebilen bir malvarlığı değerinin telef olması ya da değerinin azalmasına sebebiyet verilmiş olması durumunda aynı haklar, alacak hakları ve fikri ve sınai haklar gibi maddi olmayan mallar üzerindeki haklardan oluşan malvarlığının aktifinin azalmasına neden olur. Bir borcun doğması ya da artmasına neden olmuş olması durumunda ise, malvarlığının pasifinin artmasına neden olur. Her iki durumda da fiili zarar oluşur.¹⁵⁶

1.3.6.2. *Yoksun kalınan kâr*

Yoksun kalınan kâr, hayatın olağan akışı içerisinde ve genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici eylem nedeniyle ve bu eylem sonucunda kısmen veya tamamen önlenmesi şeklinde meydana gelen zararı ifade eder.¹⁵⁷ Roma Hukuku'nda da bir zarar türü olarak kabul edilmiş olan mahrum kalınan kâr *lucrum cessans* olarak adlandırılmıştır.¹⁵⁸ Doktrinde bu zarar türünün kâr mahrumiyeti¹⁵⁹, yoksun kalınmış kazanç¹⁶⁰, yoksun kalınan kâr¹⁶¹, kazanç kaybı zararı¹⁶² gibi farklı şekillerde isimlendirildiği görülmektedir. Her ne kadar farklı şekillerde isimlendirilmiş olsa da doktrinde genel olarak yoksun kalınan kâr, ortaya çıkabilecek olan kazancın zarar verici olay nedeniyle ve bu olayın sonucunda engellenmesi olarak tanımlanmaktadır.

¹⁵⁵Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 171; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 14; Çakırca, 2012, s. 15; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 8; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 41; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 20; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 135 vd.; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 276.

¹⁵⁶Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 42 vd.; M. R. Karahasan (2003). *Sorumluluk hukuku sözleşmeden doğan sorumluluk, öğreti ve Yargıtay kararları* (Genişletilmiş 6. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 77.

¹⁵⁷Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605 vd.; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 397; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 41; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 417; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 47; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 134; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 21; Baysal, 2012, **a.g.k.**, s. 147; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 89.

¹⁵⁸Çelebican, 2019, **a.g.k.**, s. 253.

¹⁵⁹Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 47.

¹⁶⁰Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 21.

¹⁶¹Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 417; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 605.

¹⁶²Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 397.

Yoksun kalınan kâr malvarlığının aktifinde meydana gelebilecek bir artışın önlenmesi olarak ortaya çıkabileceği gibi; pasifindeki bir azalmanın engellenmesi olarak da ortaya çıkabilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, fiili zararın aksine, yoksun kalınan kârda malvarlığına dâhil aktif değerlerde doğrudan bir azalma ya da pasif değerlerde doğrudan bir artış değil; söz konusu aktif değerlerde bir artışın engellenmesi veya pasif değerlerde bir eksilmenin önlenmesi mevzu bahistir.

Yoksun kalınan kâr için, fark teorisine göre, malvarlığının zarar verici olayın meydana gelmesi neticesindeki fiili durumu ile söz konusu olay hiç meydana gelmiş olmasaydı malvarlığının bulunacağı farazi durum arasındaki fark olarak formüle edilen¹⁶³ zarar mefhumu açısından aslında malvarlığının içinde bulunduğu son halde direkt bir eksilme mevcut değildir. Bir başka deyişle, malvarlığındaki kayıp direkt olarak ortaya çıkmamaktadır. Ancak, burada, kişinin malvarlığı değerlerinde hayatın olağan akışı içerisinde meydana gelmesi beklenen bir artışın engellenmesi söz konusudur. Bu nedenle fiili durum malvarlığının zarar verici fiilin meydana gelmesinden öncekine nazaran artış gösterememiş olan sonraki durumu; farazi durum ise bu olay nedeniyle malvarlığının pasifindeki azalma yahut aktifindeki artma göz önünde bulundurulduğunda ortaya çıkması beklenen hâli tasvir etmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da sözleşmenin kusurlu feshi ile ilgili vermiş olduğu bir kararında¹⁶⁴ “...kâr kaybı açısından kârdan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kârdan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden malvarlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır.” tespitinde bulunmuştur.

Fiili zararda bir kimsenin malvarlığında hali hazırda bulunan değerlerde bir azalma meydana gelirken, yoksun kalınan kârda söz konusu değerlere eklenebilecek şeyler azalmaktadır.¹⁶⁵ Belirtilmelidir ki, aynı zarar verici fiil sonucunda hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kâr türünde zararın meydana gelmesi mümkündür. Örneğin, gündelikçi olarak çalışan bir kişinin yaralanması durumunda söz konusu yaralanmadan kaynaklanan tedavi giderleri fiili zarar kalemlerinden birini oluştururken; yine

¹⁶³Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 171; Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 14; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 15; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 8; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 41; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. 20; Antalya, 2019, **a.g.k.**, s. 135 vd.; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 276.

¹⁶⁴Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.05.2010 Tarih ve 2010/14-244 Esas ve 2010/260 Karar sayılı kararı.

¹⁶⁵Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 606.

yaralanmış olmasından dolayı çalışamaması nedeniyle yaralanan kimsenin uğradığı ücret kaybı ise yoksun kalınan kâr kalemlerinden birini oluşturur. Benzer şekilde bir trafik kazası sonucunda taksicilik yapan A'nın aracına B'nin kendi aracıyla çarpmış olması örneğinde A'nın arabasında oluşan hasarın tamiri için gereken masraflar ve arabanın değer kaybı fiili zararı; tamir sürecinde çalışamaması nedeniyle A'nın uğradığı gelir kaybı ise yoksun kalınan kârı meydana getirir.

Yoksun kalınan kâr da, fiili zarar gibi, sözleşmesel sorumluluk alanında ortaya çıkabileceği gibi sözleşme dışı sorumluluk alanında da ortaya çıkabilir. Yine fiili zarar gibi yoksun kalınan kâr kategorisine dâhil edilen zararlar da hem olumlu hem de olumsuz zarar kapsamında sayılan zarar kalemleri arasında yer alabilmektedir.

Olumsuz zarardan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde yoksun kalınan kârın bu zarar türüyle birlikte talep edilemeyeceğine dair uygulamada zaman zaman rastlanan ve kanaatimizce isabetli olmayan bir görüş bulunmaktadır.¹⁶⁶ Sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güveni boşa çıkan tarafın malvarlığında oluşacak artışların meydana gelmemesi söz konusu ise burada ortaya yoksun kalınan kâr türünde bir zarar çıkmış demektir. Söz konusu görüşe katılamamamızın sebebi, bu bağlamda olumsuz zararın kapsamı içerisinde fiili zarar kalemleri ile birlikte yoksun kalınan kâr kalemlerinin de bulunduğu hususunda herhangi bir duraksamaya mahal olmadığı yönündeki görüşe katılmamızdır.¹⁶⁷ Kanımızca bu hatanın temelinde yoksun kalınan kâr ile olumsuz zararın bünyesiyle uyuşmayacak olan ifa menfaati yani sözleşmenin ifa edilmesi durumunda elde edilecek kâr kavramlarının karıştırılması yatmaktadır. Türk hukuk uygulayıcılarının da zaman zaman bu hataya düşerek olumsuz zararın tespiti noktasında yoksun kalınan kârı bu kapsama dâhil etmedikleri ve olumsuz zararın sadece fiili zarardan ibaret olduğu yönünde hüküm kurdukları

¹⁶⁶Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 02.04.2013 Tarih ve 2013/329 Esas ve 2013/2078 Karar sayılı kararı: "...kâr kaybı müspet zarar kapsamındaki alacak kalemlerindendir."; Yargıtay 15 Hukuk Dairesinin 02.03.2005 Tarih ve 2004/1338 Esas ve 2005/1165 Karar sayılı kararı: "Mahkemece, pastane olarak işletilen işyerinin geç açılmasından doğan kâr mahrumiyeti olarak ... liranın da davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Oysa kâr kaybı müspet zarar kavramı içindedir. Sözleşme iş sahibi davacı tarafından feshedildiğine göre sözleşmeyi fesheden taraf, (verdiği dışında) ancak menfi zararını isteyebilir. Bu durumda, kâr kaybına dair istemin reddine karar verilmesi gerekir."; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.05.2016 Tarih ve 2016/72 Esas ve 2016/2540 Karar sayılı kararı: "6098 sayılı TBK'nın 125/son maddesi uyarınca sözleşmeyi haklı olarak fesheden taraf ancak olumsuz zararını isteyebilir, olumlu zararını isteyemez. Bu nedenle davacının kâr kaybı isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabul edilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

¹⁶⁷Ergüne, 2008, **a.g.k.**, s. 299.

gözlemlenmiştir.¹⁶⁸ Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın isabetli bir şekilde yoksun kalınan kârı olumsuz zarar kalemlerinden biri olarak gördüğü ve bu şekilde hüküm kurmuş olduğu kararları da mevcuttur. Örneğin, olumsuz zararın yoksun kalınan kâr kalemlerinden biri olan kaçırılan fırsatlar ile ilgili Yargıtay Özel Hukuk Dairelerince de, özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1990 yılında vermiş olduğu bir kararın¹⁶⁹ sonrasında, verilen kararlarda bu isabetsiz görüşün terk edildiği görülmektedir.¹⁷⁰

Olumlu zarar kapsamında yer alabilecek olan yoksun kalınan kâr kalemleri, her bir somut olayda ortaya çıkabilecek farklı zararlar bulunması nedeniyle, sınırsız sayıdadır. Bu kapsamda sıkça karşılaşılan zarar kalemlerine, sözleşme ihlâli sonucunda kaçırılan fırsattan kaynaklanan kayıplar, alacaklının işletmesindeki imalatın durması nedeniyle uğranılan zararlar ya da çalışmamızın konularından birini oluşturan para borçlarında temerrüt faiziyle karşılanamayan zararı ifade eden aşkın zarar örnek olarak gösterilebilir.

Haksız fiil sorumluluğu kapsamında da yoksun kalınan kâr başlığı altında ele alınabilecek birçok farklı zarar ortaya çıkabilir. Örneğin, yukarıda verilmiş olan olaylarda, aracına hasar verilmiş olması nedeniyle tamir süresi boyunca taksicinin çalışmaması nedeniyle mahrum kaldığı geliri yahut yaralanan kişinin işe gidemediği için yoksun kaldığı ücreti haksız fiil sorumluluğu kapsamındaki yoksun kalınan kâr türünden zararlardır.

Yoksun kalınan kâr, doğası gereği, farazi bir kazanç hesaplaması gerektirmekte ve bu gereklilik zarar miktarının belirlenmesi hususunda bazı zorluklar barındırması anlamına gelmektedir. Söz konusu miktar belirlenirken farazi bir kazanç sürecinin göz

¹⁶⁸Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.03.2005 Tarih ve 2004/4363 Esas ve 2005/1376 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.05.2016 Tarih ve:2016/72 Esas ve 2016/2540 Karar sayılı kararı.

¹⁶⁹Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.01.1990 Tarih ve 1989/13-392 Esas ve 1990/1 Karar sayılı kararı: "... Davacı iş sahibi, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla işi yerine getirmediğini, aynı işi üçüncü bir kişiye yaptırdığını, her iki işin fiyatı arasındaki farkı, yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından 4.9.2000 tarihinde feshedilmiştir. Feshedilen sözleşmeye tekrar dönülerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın istenme olanağı yoktur. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesine güvenilerek kaçırılan elverişli fırsatlara göre değerlendirilip bulunacak zarardır. Başka bir anlatımla davacı sözleşmeye konu işi davalıya yaptırmayıp da başka bir kişiye yaptırma olanağı varken (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle aynı iş için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını talep edebilir. Zira davacı davalı yükleniciye güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır..."

¹⁷⁰Örneğin bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 22.01.2004 Tarih ve 2003/3335 Esas ve 2004/334 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.03.2007 Tarih ve 2006/182 Esas ve 2007/1541 Karar sayılı kararı.

önünde bulundurulması gerekir. Bu süreç ile ilgili ispatın gereğinden fazla kolaylaştırılması yahut gereğinden fazla zorlaştırılması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir, Bu bağlamda, zarar gören tarafın alması gereken tazminat miktarından çok daha az ya da çok daha fazla miktarlarda tazminata hak kazanması ihtimal dâhilindedir.¹⁷¹ İlliyyet bağının tatbiki ile alakalı olan bu sorun aynı zamanda kâr kaybına uğrayan tarafın yürüteceği ispat faaliyeti açısından da sorunludur. Bu sorunların çözümü noktasında Alman Hukuku'nda BGB § 252'de yoksun kalınan kârın tazmin edilmesi gereken bir zarar olduğu belirtildikten sonra olayların olağan akışına veya somut durumun gerekliliklerine, özellikle de alınan tedbirler ve yapılan hazırlıklar göz önünde bulundurulduğunda elde edilmesi beklenen muhtemel kazancın yoksun kalınan kârı oluşturacağı öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme ile olayların alışılmış akışı çerçevesinde beklenen kârın başkaca bir delile gerek duyulmaksızın yoksun kalınan kâr olarak ortaya çıkacağı hususu hüküm altına alınmıştır.¹⁷²

1.3.6.3. *Normatif zarar*

Normatif zarar teorisi ele alınırken bahsedildiği üzere,¹⁷³ Alman hukukunda maddi zarar kapsamı dâhilinde yer alan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr türündeki zararların tazmini için bazı kısıtlamalar mevcuttur. Bu kısıtlamaların başında, § 253 BGB'de öngörülmüş olan ve maddi kayıp niteliği taşımayan zararlarda ancak kanunda belirtilen hallerde maddi tazminat talep edilebileceği hükmü gelmektedir. Mezkûr hüküm karşısında, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr kalemlerinden mütevellit zarar türlerinin yetersiz kaldığı düşüncesinden hareketle bir başka zarar türüne daha ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacı karşılamak gayesiyle ortaya atılan görüşlerden biri olan normatif zarar düşüncesine göre iktisadi anlamda bir kayıp yanında hukuki olarak yapılacak bir niteleme ile de tazmini gereken bir zararın ortaya çıktığının kabulü gerekir.

Normatif zarar kavramı ilk olarak *Neuner* tarafından ortaya atılmıştır ve bu kavrama göre, ekonomik olarak malvarlığın değerlerinde herhangi bir azalma olmasa da

¹⁷¹A. von Tuhr (1983). *Borçlar hukukunun umumi kısmı, cilt: 1-2*. (Çev: Cevat Edege). Ankara: Yargıtay Yayınları No: 15, s. 92.

¹⁷²Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 50.

¹⁷³Bkz. yuk. I. Bölüm B. 1.2.3.

hukukî olarak ortaya konulan bir değerlendirme ile bir zararın meydana geldiği ve bu zararın tazmininin gerektiği kabul edilebilir.¹⁷⁴ Bu bağlamda, normatif zarar, gerçek malvarlığı ile farazi malvarlığı arasındaki farkın tespiti ile belirlenemeyen nitelikteki menfaat ihlalleri anlamına gelmektedir. Ancak, bu durum, zarar kavramının hâlihazırda akla gelen ilk anlamıyla zaten doğal bir durumun görünüş biçimi olmadığı ve belirli bir eksilmenin zarar olup olmadığının belirlenmesinde her zaman normatif bir değer yargısının rol oynadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.¹⁷⁵

Normatif zarar ile ilgili Alman uygulamasında bilhassa taşıt araçlarının hasara uğraması halinde söz konusu olan kullanım imkânının kaybı nedeniyle ortaya çıkan yararlanma kayıpları, işçinin iş göremez hale gelmesi durumunda mevzuat gereği ücret ödemeye devam eden işverenin işçiyi iş göremez hale getiren kişiye rücu imkânı olmamasından doğan zararlar, ev işlerinin görülmesi için herhangi bir harcama yapılmamış ya da yapılan harcama zarar gören evli kadın tarafından yapılmamış olsa dahi münhasıran onun tarafından talep edilebilecek olan evli kadının ev işlerini göremeyecek hale gelmesinden doğan zararlar ve tatil süresi yahut seyahatin bekleneni karşılamamasından doğan zararlar örnek olarak verilebilir.¹⁷⁶ Bu örneklerden tatil süresi ile ilgili olarak hukukumuzda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) m. 51/8 hükmüyle paket tur düzenleyicisinin sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle tüketicinin mahrum kaldığı tatil zamanı için uygun bir tazminat talep edebileceği öngörülmüştür. Bu hüküm, ne her türlü tatil süresi için ne de tüm zarar görenler bakımından öngörülmüş bir hüküm olmakla birlikte, normatif zararların hukukumuzda da etkin hale gelmekte olduklarını gösterir mahiyette kabul edilebilir.

TKHK m.51/8 gibi münferit hükümler ayırık tutulacak olursa, normatif zarar, Türk Hukuku'nda genel olarak kabul görmemiştir. Bunun temelinde Alman Medeni Kanunu'nun aksine Türk Borçlar Kanunu'nda zarara uğrayan kişilerin manevi zarar talebinde bulunabilmesinin sınırlandırılmamış olmasının yattığı söylenebilir. Örneğin,

¹⁷⁴R. Neuner (1931). *Interesse und Vermögensschaden*. Archiv für die civilistische Praxis 133. Bd. H. 3 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, s. 277. <https://www.jstor.org/stable/pdf/40999136.pdf> (Erişim Tarihi: 10.01.2021); Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 17; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 32; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 41.

¹⁷⁵Ö. Çelebi (2018). Şans kaybının tazmini. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXIV(2), s. 181.

¹⁷⁶Sayılan normatif zarar örnekleri ile ilgili geniş açıklama için bkz. Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 17-32; Ayrıca kadının ev işlerini göremeyecek hale gelmesinden doğan zararlar ile ilgili bkz. F. T. Karakaş (2006). Bedensel bütünlüğü ihlâl edilen ev kadınının çalışma gücünün kaybı nedeniyle tazmin talebi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2) , s. 144 vd.; (2015). L. M. Kurt (2015). Zarar görenin zararı azaltma külfeti. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (3), s. 793.

yukarıda bahsedilmiş olan örneklerden bir taşıtın kullanım imkânının kaybı neticesinde oluşan zararların diğer şartları da sağlamaları kaydıyla manevi tazminat istemine konu edilebilir olduğu dile getirilmektedir.¹⁷⁷ Yine evli kadının ev işlerini göremez hale getirilmesinden kaynaklanan zarar konusunda, Türk Medeni Kanunu m. 185/III ve m. 322’de düzenlenmiş olan eşler ile ana, baba ve çocuğun birbirine yardım etmekle yükümlü olmaları karşısında bu kişilerce iş göremez hale gelen evli kadına edilen yardımlar neticesinde zarar görenin zararının giderildiği ve giderilmiş olan bir zarar için tazmin talep edilemeyeceği hususuna binaen normatif zarar gibi bir zarar türüne ihtiyaç bulunmadığı savunulmaktadır.¹⁷⁸ Benzer şekilde, Alman hukukunun aksine Türk Borçlar Hukuku’nda haksız fiil ile işçinin iş göremez hale gelmesi durumunda mevzuat gereği ücret ödemeye devam eden işverenin işçiyi iş göremez hale getiren kişiye rücu imkânı verilmiş olması da bu örnek bakımından normatif zarar kavramına olan gereksinimi ortadan kaldırır niteliktedir.

Benzer nedenlerle ve temelde gerçek bir zarar meydana gelmediği halde tazminat talebine olanak sağladığı gerekçesi ve hukuk güvenliği bakımından malvarlığına nelerin dâhil olduğunun bilinmesi gerekliliğine aykırı olması sebebiyle normatif zarar gerek İsviçre gerekse de Türk Hukuku’nda pek fazla taraftar toplayamamıştır.¹⁷⁹

¹⁷⁷Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 42.

¹⁷⁸Nomer, 1996, **a.g.k.**, s. 30.

¹⁷⁹Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 42; Topuz, 2011, **a.g.k.**, s. 34; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 602; Burcuoğlu, 1984, **a.g.k.**, s. 166 vd.; Gündüz, 2020, **a.g.k.**, s. 92; Çakırca, 2012, **a.g.k.**, s. 23.

İKİNCİ BÖLÜM

2. PARA BORÇLARINDA BORÇLU TEMERRÜDÜ ve ZARARIN TEMERRÜT FAİZİNİ AŞMASI

2.1. Para Kavramı

Para, mal veya hizmetlerinin fiyatları ile borçların değerlerinin belirlenmesi işlevini görmesi bakımından bir hesap birimi, yine mal ve hizmetlerin satın alınmasında bir değiş tokuş vasıtası olması bakımından bir mübadele aracı ve tasarruf amaçlı kullanılması bakımından bir değer saklama aracı olarak kullanılan menkul şeylere verilen isimdir.¹⁸⁰ Daha ayrıntılı bir tanıma göre para, kendisine bu konuda yetki verilmiş bir kurum tarafından ihracı gerçekleştirilip kâğıt ya da metal gibi bir varlık üzerinde soyut değeri cismanileştirilen ve devletin sınırları içerisinde bir para değerinin sağlanması amacıyla gerçekleştirilen mübadeleler ile yürütülen faaliyetlerde kullanılması zorunlu olan birimdir.¹⁸¹ Hukuki açıdan para, geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamda para ile kastedilen ülke parası ya da milli para iken; geniş anlamda para ile kastedilen milli paranın yanı sıra yabancı paraları da içeren bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁸²

Tarihsel açıdan incelediğimizde, paraya niteliğini kazandıran hususun ne olduğu konusunda iki görüş ön plana çıkmaktadır.¹⁸³ Bunlardan ilki, devleti öne çıkaran ve hukukun yarattığı bir taşınıra para olma vasfını egemen otorite olan devletin bahsettiğini

¹⁸⁰von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 58; A. Y. Yalta (2020). *Para teorisi ve politikası ders notları*. Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi UADMK, s. 1 [http://yunus.hacettepe.edu.tr/~yyalta/files/para-teorisi-kitap-surumu-\(s1,1\).pdf](http://yunus.hacettepe.edu.tr/~yyalta/files/para-teorisi-kitap-surumu-(s1,1).pdf) (Erişim Tarihi: 13.01.2021); Ş. Özbilen (2016). *Para'nın kitabı*. Ankara: Gazi Kitabevi s. 1; M. Hiç (1982). *Para teorisi*. İstanbul: Ar Yayın Dağıtım, s.1-2; H. N. Nomer. (1999). *Para borcu kavramı ve para borçlarının Bk 118/1 anlamında aynı cinsten kabul edilip birbirleriyle takas edilebilirliği problemi*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (1-2) , s.241 vd.; Ç. Arslan ve M. Kırmızı (2004). *Türk hukukunda faiz ve munzam zarar*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, s. 8.

¹⁸¹Özbilen, 2016, **a.g.k.**, s. 1; Yalta, 2020, **a.g.k.**, s.1.

¹⁸²H. Albaş (2004). *Paranın değer kaybından doğan zararların tazmin edilebilirliği (BK. m. 105)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 26; O. R. Günver (2017). *Çağımızda hukuksal açıdan para kavramı. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXIII (2), s. 144; Z. Ş. Ceylan (2020). *Para borçlarının ifasında faiz*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 8.

¹⁸³P. J. Eder (1934). Legal theories of money, *Cornell Law Review*, 20, s. 53 vd. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1360&context=clr> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

savunan devlet teorisidir. Bu teoride, temel olarak, para sisteminin kurulmasında ve paranın ihracında bizzat devletin tüm yetkiyi haiz olması; bir diğer deyişle, paraya atfedilen vasfın kazandırılmasındaki vazgeçilmez etkenin devlet olması üzerinde durulmaktadır.¹⁸⁴ Öne çıkan diğer teori olan Toplum Teorisi'ne¹⁸⁵ göre ise, bir nesneye para vasfını kazandıran şey devlete rağmen toplumun o nesnenin para olduğu hususundaki genel kabulüdür.¹⁸⁶ Söz konusu teoriye göre, bir topluma mensup olan kişiler, üyesi oldukları toplumun diğer üyelerinin de aynı şekilde davranacağından emin oldukları için para cinsinden sözleşmeler yapacak ve mübadeleyi kabul edeceklerdir. Belirtilmelidir ki, 20. yüzyılın son çeyreği itibariyle her iki teori de toplumsal gelişim ve değişimin ortaya çıkardığı sonuçlara cevap verecek nitelikte değildir. Günümüzde, hem fiziki ve kaydî para ihtiyacını karşılaması hem de bu fiziki ve kaydî paranın kullanımını için gereken finansal ortamı hazırlayan ve siyasi otoriteden bağımsız merkez bankalarının yetkilendirilmesine dayanan kurumsal para teorisinin daha güncel ve kapsayıcı olduğu dile getirilmektedir.¹⁸⁷

2.2. Para Borcu Kavramı

Para borcu, borçlunun alacaklıya belirli yahut belirlenebilir bir para tutarı olarak ifade edilen soyut mali gücü sağlama yükümlülüğünü ifade eder.¹⁸⁸ Ancak belirtmek gerekir ki, öğretide, borçlanılan tutar, borcun doğumu esnasında sabit bir sayısal değer (nominal) olarak belirlenmişse bir para meblağı borcu; yabancı para yahut altın gibi bir

¹⁸⁴Söz konusu teori, 1905'te Georg Friedrich Knapp tarafından ortaya atılmıştır. İsmi "paranın devlet teorisi" olarak çevrilebilecek olan kitabında paranın bir hukuk yarattığı olduğu ve bazı içsel yollarla metallere bağlı olmadığı iddiası temeline dayanan görüşlerini yayınlamıştır. D. H. Ehnts (2019): *Knapp's 'State Theory of Money' and its reception in German academic discourse*, Working Paper, No. 115/2019, Berlin: Institute for International Political Economy (IPE), s. 2 <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/193141/1/1049602048.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2021); C. Proctor (2012). *Mann on the legal aspect of money (7th Edition)*, Oxford: Oxford University Press, s. 15 vd. https://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/13/9780199609178_chapter1.pdf (Erişim Tarihi: 23.12.2021); H. Timur (2011). Paranın hukuki mahiyeti. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (1-2) , s. 309. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9136/114439> (Erişim Tarihi: 12.12.2021).

¹⁸⁵Tullo Ascarelli ve Arthur Nussbaum tarafından 20. yüzyılın başlarında geliştirilen teoridir.

¹⁸⁶F. C. James (1941). Money in the law by Arthur Nussbaum. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 89(4), s. 538. <https://www.jstor.org/stable/3308840> Erişim Tarihi: 22.12.2021; Proctor, **a.g.k.**, s. 23 vd.

¹⁸⁷Günver, 2017, **a.g.k.**, s. 146.

¹⁸⁸M. Helvacı (2000). *Borçlar ve Ticaret Kanunu bakımından para borçlarında faiz kavramı*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 45; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 36.

başka değer unsuruna bağlanarak ve ödeme anında belirleniyorsa bir para değeri borcu söz konusu olacağı şeklinde bir görüş de mevcuttur.¹⁸⁹

Paranın piyasadan temininin her zaman mümkün olması ve çok sayıda bulunduğu göz önünde bulundurarak bir cins borcu olduğunu savunan¹⁹⁰ yazarlar olmakla birlikte, özel nitelikli bir cins borcu olduğu¹⁹¹ ve bir değer borcu olması nedeniyle cins borcu – parça borcu şeklindeki ayırmada yeri olmadığı¹⁹² şeklindeki görüşler de doktrinde yer almaktadır. Para borcunun bir cins borcu olduğu düşünülse dahi, onu diğer cins borçlarından ayrılan bazı hususları haiz olması nedeniyle kendine özgü bir cins borcu olduğunu savunan görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Adı geçen özelliklere örnek olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 86’da öngörülmüş olan, borçlunun cins borcunu ifa ederken seçeceği edimin ortalama nitelikten daha düşük olamayacağını konu alan düzenlemenin para borçlarının ifası bakımından uygulanmasının söz konusu olamayacağı gösterilebilir.¹⁹³

Para borçlarında ifa Türk Borçlar Kanunu m. 99/I’de öngörülmüş olan hükme göre ülke parasıyla yapılır. Ülkemiz açısından ülke parası, T.C Merkez Bankası tarafından ihraç edilen ve piyasaya sürülen değişim aracı olan Türk Lirası’dır. Türk Borçlar Kanunu sistematığı içerisinde bahsi geçen hüküm ile bir borcun konusunun yabancı para olabileceği fakat bu durumda dahi ifanın, kural olarak, yabancı para ile değil ülke parası olan Türk Lirası ile ifa edileceği hükmü getirilmiştir.

Sözleşmeden kaynaklanan borçlarda tarafların anlaşmaları ile ülke parası ile ifa kuralının aksi kararlaştırılabilir.¹⁹⁴ Bu tür anlaşmaların nedeninin, ülke parasının yabancı para karşısında değer kaybetmesi olasılığına karşı önlem alınması ve para borcunun alacaklısı olan tarafın kendisini korumak istemesi olduğu bilinmektedir. Bu durumda konusu para olan borcun değer kaydı bir yabancı para üzerinden yapılmaktadır. Örneğin bir tüketim ödünçü sözleşmesinde, ödünç alanın, verilen bir miktar parayı Euro yahut Amerikan Doları karşılığı olarak ödemesi kararlaştırılabilir.

¹⁸⁹N. Barlas (1992). *Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü ve bu temerrüt açısından düzenlenen genel sonuçlar*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., s. 13.

¹⁹⁰Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 10.

¹⁹¹Tuhr ve Peter, 1974, **a.g.k.**, s. 61.

¹⁹²Nomer, 1999, **a.g.k.**, s. 243.

¹⁹³Helvacı, 2000, **a.g.k.**, s. 45; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 10; Kırmızı ve Arslan, 2004, **a.g.k.**, s. 9.

¹⁹⁴Nomer, 1999, **a.g.k.**, s. 244; S. Ayan (2013). Yabancı para borçlarının ifası. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel), s. 516. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179441> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

Bu durumda ödünç alanın borcu Euro ya da Amerikan Doları değil; miktarı bu para birimlerinin ödeme tarihindeki değerleri üzerinden hesaplanacak olan Türk Lirası'dır.¹⁹⁵ Benzer şekilde, değer kaydının sadece bir para birimi olarak öngörülmüş olması da gerekmez. Taraflar dilerse söz konusu değer kaydını altın, gümüş ya da borsada rayici bulunan bir başka emtianın rayiç değeri üzerinden de belirleyebilir.

TBK m. 99/I ile getirilen hükmün aksi kararlaştırılarak aynen ifa klozu konulmak suretiyle sözleşmeden kaynaklanan bir para borcunun ancak yabancı para ile ifa edilebilecek bir borç olarak ortaya çıkması da mümkündür. Aynen ifa yahut bu anlama gelecek başka bir ifade sözleşmede bulunmuyorsa borçlunun TBK m. 99/II gereğince bir seçim hakkı mevcuttur. Bu imkân sayesinde borçlu, yabancı para ya da Türk Lirası ile ifa edebilme serbestisinden yararlanmaktadır.¹⁹⁶

2.3. Borçlu Temerrüdü

Borçlunun ifası mümkün ve muacceliyet kesbetmiş olmasına rağmen borcunu ifa etmemesi üzerine Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş olan (TBK m. 117 vd.) yaptırımların uygulanabilir hâle gelmesi borçlu temerrüdünün oluştuğu anlamına gelmektedir.

2.3.1. Borçlu temerrüdünün şartları

Borçlu temerrüdünün oluşması için gereken şartlar borcun muaccel ve ifasının mümkün olması, ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşmesine neden olan ayrık durumlardan birinin bulunmaması durumunda ihtarın yerine getirilmiş olması ve borçlu temerrüdünün gerçekleşmesine engel hâllerden birinin bulunmamasıdır. Bu şartlara ek olarak borçlu temerrüdünün oluşması için ayrıca bir kusur bulunmasına gerek olmaması da gösterdiği öneme binaen bu başlık altında ele alınacaktır.

¹⁹⁵Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 393.

¹⁹⁶Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 313; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 771; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 335.

2.3.1.1. *Borcun muaccel olması*

Borçlunun temerrüdü başlıklı TBK m. 117/I hükmü “Muaccel bir borcun...” şeklinde başlamaktadır. Bu bağlamda borçlu temerrüdünün oluşabilmesi açısından adı geçen hükümde açıkça borçlu temerrüdünün ancak muacceliyet kesbetmiş bir borç söz konusu olduğunda gerçekleşebileceği düzenlenmiştir. Muacceliyet ile neyin kastedildiği konusunda ise kanuni herhangi bir tanım yapılmış değildir. Doktrinde yapılan tanıma göre, muacceliyet, borcun ifasının talep ve dava edilebilmesi yetkisini ifade eder.¹⁹⁷ Borcun ne zaman muaccel hale geleceği tarafların bu konudaki anlaşmalarına, ihbarın yapıldığı tarihe, hakkında kanunda yapılmış bir düzenleme olması durumunda kanun hükmüne yahut hukuki işlemin dayandığı işin mahiyetine göre belirlenir. Bunların haricinde, borç, TBK m. 90 hükmü gereğince doğduğu anda muaccel olur.

Arz ettiği önem nedeniyle ayrıca belirtilmelidir ki, borcun muacceliyet kesbetmesi bakımından borçlunun elinde herhangi bir def'i imkânı bulunmasına değil söz konusu def'i ileri sürmesine sonuç bağlanmıştır. Başka bir deyişle, borçlunun bazı def'ilere sahip olması muacceliyeti engellemez. Ancak, borçlu söz konusu def'i ileri sürmekle temerrüdün sonuçlarının şahsı üzerinde doğmasını engelleyebilir. Muaccel olduğu iddiasında bulunulan borç, örneğin, zamanaşımına uğramışsa bu durum muacceliyete engel değildir; ancak zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ile birlikte, borçlu, temerrüdün aleyhine doğuracağı sonuçları engelleyebilir.

2.3.1.2. *Edimin ifasının mümkün olması*

Her ne kadar TBK'nın ilgili hükmünde açıkça öngörülmüş olmasa da, temerrüdün yapısı gereği, edimin ifasının mümkün olması borçlu temerrüdünün şartlarından biridir.¹⁹⁸ Borcun muacceliyet kesbetmesinden önce imkânsız hale gelmesi durumunda ise borçlu temerrüdünden bahsedilemez. Bu durumda temerrüt hükümleri değil, TBK m. 136'da düzenlenmiş olan ifa imkânsızlığı başlıklı madde hükmünün uygulanması gerekir. Bilindiği üzere, borcun konusu olan edimin ifasının borçlu dâhil hiç kimseden

¹⁹⁷H. V. Velidedeoğlu ve R. Özdemir, (1987). *Türk Borçlar Kanunu şerhi (genel-özel)*. Ankara: Yargıtay Yayınları No: 19, s. 191; M. Kızır (2012). *Borçlu temerrüdünün sona ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 70; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1236; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 491; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 347; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 506; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 691; Havutçu, 1995, **a.g.k.**, s. 24; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 517.

¹⁹⁸Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1236; Havutçu, 1995, **a.g.k.**, s. 24; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 469.

istenmesinin mümkün olmadığı hallerde meydana gelen imkânsızlığa objektif; edimin ifasının sadece borçlu için ve kendi ya da işletmesi çevresindeki olaylardan dolayı imkânsızlaşması haline ortaya çıkan imkânsızlığa ise sübjektif imkânsızlık adı verilir. Burada bahsedilen imkânsızlık objektif imkânsızlık olup, sübjektif imkânsızlık durumunda temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde tartışmalıdır.¹⁹⁹

2.3.1.3. İhtar yapılmış olması

TBK m. 117 hükmüyle açıkça “...borçlunun, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği” öngörülmüştür. TBK m. 90 hükmü gereğince her borç, ifası için bir vade belirlenmemişse, borcun doğumu anında muaccel olur. Bu bağlamda, kural olarak, borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için, borcun ne zaman ifa edileceği taraflarca kararlaştırılmamışsa, alacaklı tarafından borçluya temerrüt ihtar yapılmış olması gerekir.²⁰⁰ İhtar, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır.²⁰¹ Bu sebeple söz konusu temerrüt ihtarında, ihtara uyulmaması sonucunda borçlunun nelerle karşılaşacağını belirtilmesi ya da alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmez; sadece borcun ifasının talep edildiğinin belirtilmesi yeterlidir.²⁰² İhtar, alacaklı tarafından yapılabileceği gibi temsilcisi tarafından da yapılabilir. Benzer şekilde, ihtar, borçluya yapılabileceği gibi onun ihtarı kabul etmeye yetkili temsilcisine de yapılabilir. Şayet borçlu tam ehliyetli değilse, ihtarın onun kanuni temsilcisine yapılması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu sistematigi içerisinde borçlunun temerrüde düşürülmesi için ihtar şartının öngörülmüş olması, ifa zamanının belirli ya da belirlenebilir olmadığı durumlarda borçlunun doğrudan doğruya borçlu temerrüdünün sonuçları ile karşı

¹⁹⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. M. G. Yıldız (2020). *Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre borçlu temerrüdünün şartları ve sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 68 vd.

²⁰⁰V. Buz (1998b). *Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., s. 102. Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1237 vd.; Kizir, 2012, **a.g.k.**, s. 73 vd.; Velidedeoğlu ve Özdemir, 1987, **a.g.k.**, 235; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 606; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 276; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 492 vd.; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 872; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 289; Havutçu, 1995, **a.g.k.**, s. 25; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 518.

²⁰¹Buz, 1998b, **a.g.k.**, s. 128; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 36; Aydos, 2022, **a.g.k.**, s. 40; Antalya, 2019, Cilt III, **a.g.k.**, s. 538; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 389; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 493; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 276; Gülerci, **a.g.k.**, s. 518.

²⁰²Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1237; Kizir, 2012, **a.g.k.**, s. 76; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 493; Yıldız, 2020, **a.g.k.**, s. 13-14.

karşıya kalmasını engellemek amacına matuftur.²⁰³ Bu amaçtan hareketle bazı durumlarda ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşürülebilir.²⁰⁴ Bu durumlar; borçlu ile alacaklının aralarındaki anlaşmada ihtar şartından vazgeçmiş olmaları veya bu konuda özel bir kanun hükmünün varlığı, ifanın ne zaman yapılacağının taraflarca açıkça belirlenmiş olması ya da belirlenmesi hususundaki yetkinin taraflardan birine verilmiş olması, ihtarın gereksiz ya da yararsız olması ile borcun haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması olarak sıralanabilir.²⁰⁵

2.3.1.4. Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesine engel hâllerden birinin bulunmaması

Borçlu temerrüdüne engel hâllerden ilki yukarıda ele alınmış olan borcun ifasının imkânsız olmasıdır. Bunun yanı sıra; borçlu tarafından edimin ifa edilmemesini haklı gösterecek herhangi bir def'i ileri sürülmemiş olması, alacaklı temerrüdünün bulunmaması ve bu bağlamda alacaklıya usulüne uygun bir ifa teklifinde bulunulmamış olması olarak sıralanabilir.

2.3.1.5. Borçlunun kusurunun şart olmaması

Borçlu temerrüdünün oluşumu bakımından borçlunun kusurlu olması şart değildir.²⁰⁶ Bir diğer deyişle, borçlu, kusuru bulunmasa dahi yukarıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda temerrüde düşer. Bu durum, İsviçre ve Türk Hukuklarında objektif temerrüt teorisi ya da bir diğer adıyla objektif borca aykırı gecikme teorisinin²⁰⁷

²⁰³Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 34; Kizir, 2012, **a.g.k.**, s. 75.

²⁰⁴Borçlu temerrüdünün oluşması için ihtara gerek olmayan hallerle ilgili geniş açıklama için bkz. Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1239 vd.; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 391 vd.; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 875 vd.

²⁰⁵Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1239 vd.; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 876 vd.; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 496 vd.; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 277; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 608 vd.; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 519; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 391 vd.; Kizir, 2012, **a.g.k.**, s. 95 vd.

²⁰⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1243; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 882; E. Zeytinoğlu (2005). Para borçlarında temerrüt hallerinde munzam zarar. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005 (2). s. 257. <https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00130.pdf> (Erişim Tarihi: 12.12.2021).

²⁰⁷Bu teoriye göre, borçlu temerrüdünün oluşması için borçlunun kusurlu olması koşulu aranmaz. Borcun varlığından haberdar olmayan ya da ihtar uhdesine varmasına rağmen ihtarın içeriğini öğrenemeyen borçlu adı geçen durumların meydana gelmesi mazur görülebilecek olsa dahi prensip olarak temerrüde düşebilir. Yıldız, 2020, **a.g.k.**, s. 52; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 480.

benimsenmesinin bir sonucudur.²⁰⁸ Ancak, her ne kadar borçlunun temerrüde düşüp düşmemesi açısından kusurun herhangi bir rolü bulunmuyor olsa da, borçlu temerrüdünün birtakım sonuçları üzerinde etkisi mevcuttur. TBK m. 118’de düzenlenmiş olan hükme göre, temerrüde düşen borçlu aynı zamanda temerrüde kusuruyla düşmüşse borcun geç ifa edilmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermek mecburiyetindedir. Benzer şekilde, TBK m. 119/II hükmü gereğince, borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle ortaya çıkan zarardan ancak temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek sorumlu olmaktan kurtulabilir.

2.3.2. Borçlu temerrüdünün genel sonuçları

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları Türk Borçlar Kanunu’nda m. 118 ve m. 119’da düzenlenmiştir. “Gecikme faizi” başlığını taşıyan TBK m. 118 hükmünde borçlunun temerrüde düşmesi ve bu nedenle ifayı geciktirmesinden dolayı alacaklının uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. “Beklenmedik hâlden sorumluluk” başlığını taşıyan TBK m. 119 hükmünde ise, beklenmedik hâl sebebiyle alacaklının uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olduğu hususu düzenlenmiştir. Adı geçen iki maddede düzenlenmiş olan sorumluluklardan borçlunun kusurlu olmadığını ispat ederek kurtulması mümkündür.

2.3.2.1. Gecikmeden doğan zararları giderme yükümlülüğü

Borçlu temerrüde düşmüş olsa dahi, alacaklı, ondan aynen ifada talebinde bulunabilir. Alacaklının, aynen ifanın yanında ayrıca borçlunun temerrüde düşmüş olması nedeniyle oluşan zararlarının tazmin edilmesini istemesi TBK m. 118 ile hüküm altına alınmıştır. Anılan hüküm gereğince, borçlu temerrüdünün şartlarının oluşması ile birlikte borçlunun borcu genişlemektedir. Bu sayede alacaklının borcun gecikmeden ifa edilmesindeki menfaati korunmuş olur.

Gecikmeden doğan zararların giderilmesi aynen ifa ile birlikte talep edilebileceği gibi -ileride ele alınacak olan temerrüt faizinin aksine- gecikmiş ifa kabul edilirken herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmüş olmasa dahi sonradan talep ve dava

²⁰⁸Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1243; Yıldız, 2020, **a.g.k.**, s. 52.

edilebilir.²⁰⁹ Gecikmeden kaynaklanan zararların giderimi, bir eda davası marifetiyle sadece aynen ifanın talep edilmesi durumunda ayrıca da istenebilir.

Gecikmeden doğan zararlar, zarar türleri içerisinde olumlu zarar kategorisinde yer alır.²¹⁰ Burada meydana gelen zarar, fark teorisine uygun biçimde, alacaklının malvarlığının borç temerrüde düşülmeksizin ifa edilmiş olsaydı bulunacağı farazi durum ile geciken ifadan sonra içinde bulunduğu fiili durum arasındaki fark olarak ortaya çıkar. Burada farazi durum değerlendirilirken göz önünde bulundurulan zaman borcun muacceliyet kesbetmiş olduğu zaman değil; borçlunun temerrüde düştüğü zamandır.²¹¹ Örneğin, borcun 15 Şubat 2021’de talep ve dava edilebilir hale geldiğini ancak ihtar şartı nedeniyle ancak 15 Mayıs 2021’de borçlunun temerrüde düşmüş olduğu bir olayda, ifa 15 Eylül 2021’de gerçekleştirilmişse Mart ve Nisan ayları gecikme faizinin hesabında dikkate alınmaz. Bu örnekte borçlunun gidermekle mükellef olduğu gecikmiş ifadan kaynaklanan zarar, eğer ifa 15 Mayıs 2021’de gerçekleşseydi alacaklının malvarlığının bulunacağı durum ile ifanın 15 Eylül 2021’de gerçekleşmesi sonucunda bulunduğu durum arasındaki farktır.

TBK m. 114/II hükmü gereğince sözleşmeye aykırılık hâllerinde giderim borcunun kapsamı belirlenirken kıyas yoluyla haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu hükmün bir sonucu olarak, alacaklının, gecikme faizine hak kazanabilmesi için borçlunun temerrüde düştüğünü, borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle bir zarara uğradığını ve bu iki durum arasında uygun bir illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesi gerekir.²¹²

Zararın ve bu sayede tazminatın belirlenmesi için yukarıda da belirtildiği üzere TBK m. 114/II’nin yollamasıyla TBK m. 50 ila m. 52 hükümleri göz önünde bulundurulur. Gecikmeden kaynaklanan ve tazmin edilmesi gereken zararlar borçlunun temerrüdü ile uygun illiyet bağı içinde bulunan zararlardır. Bu kapsama, örneğin, alacaklının borçlunun temerrüde düşmeden ifada bulunacağına güvenerek yapmış

²⁰⁹Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 520; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 402; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.04.2018 tarih ve 2018/403 Esas ve 2018/1727 Karar sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 06.12.2012 tarih ve 2012/5327 Esas ve 2012/7205 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 01.05.2008 Tarih ve 2007/5163 Esas ve 2008/2893 Karar sayılı kararı.

²¹⁰Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 520; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1248; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 615; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 402.

²¹¹Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 893; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 521; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 402.

²¹²Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1249; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 524 vd.

olduğu harcamalar, ihtar ve takip giderleri, geciken edimi ikâme etmek amacıyla kiraladığı ya da satın aldığı şeyler nedeniyle yapmış olduğu harcamalar dâhildir.²¹³ Yine, borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle borcun konusu olan şeyi üçüncü kişilere vermeyi ya da onların işlerinde kullanmayı taahhüt etmesi durumunda geç ifa nedeniyle kendi taahhütlerini ihlal etmesi durumunda ödemek durumunda kaldığı ceza koşulları ve tazminatlar²¹⁴ da gecikme tazminatı kapsamında talep edilebilecek zararlara örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde alacaklının yoksun kaldığı kâr kategorisine giren durumlara, alacaklının borç temerrüde düşülmeksizin ifa edilmiş olsaydı daha avantajlı bir bedel karşılığında satabileceği ya da kiralayarak kira geliri elde edebileceği bir edim söz konusuysa bu sebeple elde edemediği kazançlar örnek olarak gösterilebilir. Yoksun kalınan kâr kategorisine giren bir diğer gecikme zararı örneği ise, borçlunun yabancı bir para borcunun borçlu temerrüdü nedeniyle geç ifası durumunda -borçlu tarafından alacaklının yabancı parayı döviz olarak tutacağı ispat edilmedikçe- kurda gerçekleşen düşüş nedeniyle uğranılan zarardır.²¹⁵

TBK m. 118’de düzenlenmiş olan gecikme tazminatı borçlunun kusurlu olması durumunda sorumlu olacağı bir tazminattır. Bu bağlamda, alacaklı, borçlu temerrüdünü, söz konusu temerrüt nedeniyle bir zarara uğradığını ve uğramış olduğu zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağı olduğunu ispatlamış olsa dahi; borçlu temerrüde düşmekte herhangi bir kusurunun olmadığını ispat ederek gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilir. Bir diğer deyişle, kanun koyucu tarafından TBK m. 118/II’de borçlu aleyhine bir adi karine öngörülmüştür.²¹⁶

2.3.2.2. Beklenmedik hâlden sorumluluk

Borçlu temerrüdünün bütün borç ilişkilerinde kendisine uygulama alanı bulabilecek genel sonuçlarından ikincisi beklenmedik hâlden sorumluluktur. Beklenmedik hâlden sorumluluk bağlamında temerrüde düşen borçlunun sorumluluğu ağırlaşır. Söz konusu düzenleme TBK m. 119’da öngörülmüş olup ilk fıkrası aynen

²¹³Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 893; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 402; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 524.

²¹⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1248; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 893; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 525.

²¹⁵von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 616.

²¹⁶Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 893; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1249; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 522; Kizir, 2012, **a.g.k.**, s. 171.

“Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur.” şeklindedir. Bu hükme göre, beklenmedik hâl öngörülemez bir mahiyette ve üstün bir kuvvetin etkisi ile ortaya çıkmış olsa bile, söz konusu beklenmedik hâl nedeniyle meydana gelen hasar temerrüdün bir sonucudur ve borçlu kusuruyla temerrüde düşmüş olması nedeniyle bu hasardan sorumlu tutulmuştur. Buradan çıkan sonuca göre, beklenmedik hâlden doğan zarar ile borçlu temerrüdü arasında bir illiyet bağı ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle beklenmedik hâlden sorumluluk, temerrütten itibaren hasarın borçluya ait olması şeklinde de ifade edilmektedir.²¹⁷ Beklenmedik hâlden sorumlulukta da, gecikme tazminatı müessesinde olduğu gibi, kanun koyucu tarafından korunan menfaat alacaklının zamanında ifa menfaatidir.²¹⁸

TBK m. 119/I’de düzenlenmiş olan beklenmedik hâl kavramı hem umulmayan olay hem de mücbir sebebi ihtiva eden bir kavramdır.²¹⁹ Beklenmedik hâlden sorumluluk, borçlu temerrüdünün devamı sırasında edim konusunun yok olması yahut değerinin azalması nedeniyle ortaya çıkan sorumluluktur.²²⁰

Kanun koyucu TBK m.119/II’de temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hâlden dolayı sorumluluktan kurtulabileceği hâlleri belirlemiştir. Bu fıkra göre, borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya beklenmedik hâlin kaçınılmaz olduğunu ispatlayarak söz konusu sorumluluktan kurtulabilir.

Beklenmedik hâlden sorumluluktan kurtulabilmek için borçlu tarafından ispatlanması gereken kusursuzluk edim konusuna gelen zarar ile ilgili kusursuzluğu olmayıp; temerrüde düşme hususundaki kusursuzluktur. Bir diğer deyişle, borçlu, edimin beklenmedik hâl nedeniyle hasara uğraması yahut yok olması nedeniyle meydana gelen hasar veya telefin vuku bulduğu kaza ile ilgili kusurunun olmadığını ispatlayarak söz konusu sorumluluktan kurtulamaz. Gecikme tazminatı bahsinde de ele

²¹⁷C. Pekmez (2015). Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde borca aykırılıktan doğan kusursuz sorumluluğa genel bakış, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(21), s. 501; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 483.

²¹⁸Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 894; Kızır, 2012, **a.g.k.**, s. 172.

²¹⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1249; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 403.

²²⁰Becker, H. (1967a). *İsviçre Medeni Kanunu şerhi VI. cilt borçlar kanunu I. kısım genel hükümler III. faskül.* (Çev. Osman Tolun). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, Sayı: 8, s. 609; Tunçomağ, K. (1972). *Borçlar hukuku I. cild genel hükümler.* İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 550; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1250; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 894.

alındığı gibi temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını kanıtlamakla beklenmedik hâlden kaynaklanan sorumluluktan kurtulabilir.²²¹

Temerrüde düşmüş olan borçlunun beklenmedik hâl nedeniyle oluşan sorumluluğundan kurtulabilme imkânlarından ikincisi ise, TBK m. 119/II hükmünde aynen “... borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek...” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin, alacaklının satın almış olduğu hayvanlar bir deprem sonucunda ahırın yıkılması ile telef olmuşlar ve söz konusu depremde alacaklının ahırını yıkılarak içindeki hayvanlar da telef olmuşlarsa, borçlu, bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

2.3.3. Temerrüt faizi

Para borçları haricinde kalan borçlarda borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından olan ve yukarıda ele almış olduğumuz gecikme tazminatının yerini, para borçlarında, temerrüt faizi alır. Bir diğer anlatımla, temerrüt faizi, edim konusu para olan bir borç söz konusu olduğunda gecikme nedeniyle ödenmesi gereken faizdir. Eski Borçlar Kanunu m. 103’te hüküm altına alınmış olan temerrüt faizi, yaşanan yüksek enflasyona bağlı olarak ortaya çıkan faiz konusundaki özel ihtiyacın karşılanabilmesi amacıyla²²² ihdas edilen 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 2. maddesinin ilk fıkrasında aynen “Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.” hükmü düzenlenmiştir.

Para borcu ile nominal olarak belirlenmiş bir miktar paranın ödenmesini gerektiren bir borç kastedildiği gibi, değer kaydı ya da endekse göre ayarlama kaydı içeren borçlar ve yabancı para borçları da kastedilmektedir.²²³ Yabancı para kaydı, altın, gümüş, vs. gibi emtia değer kaydı veya endekse göre ayarlama kaydı ihtiva eden borçlar da yine para borcudur. Adı geçen kayıt ihtiva eden borçlar, para borcunun farklı türleri

²²¹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1250; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 896; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 529.

²²²Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 896.

²²³Ayrıntılı açıklama için bkz. yuk. II. Bölüm B. 1.2.

olarak değil; borçlanılan para miktarının belirlenmesi hususunda farklı yöntemler izlenecek borçlar olarak ortaya çıkmaktadır.²²⁴

Para borcu haricinde kalan borçlarda borcun konusunun iktisadi değeri para olarak belirlenmiş olsa dahi temerrüt faizi söz konusu olmaz. Bu bağlamda, örneğin, kapalı bir zarf içerisinde bir miktar paranın iadesi edimini ihtiva eden bir borcun mevcudiyeti durumunda²²⁵ olduğu gibi, borcun konusunun üzerinde ünlü bir sanatçının imzası bulunan bir banknotu vermek olması durumunda²²⁶ da borçlu temerrüdü sonrası temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden bahsedilemez. Borcun kaynağının sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya başkaca bir kaynak olması temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü açısından herhangi bir önem arz etmez.²²⁷

Borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün oluşmasında borcun konusunun bir para borcu olmasının yanında aranan yegâne şart borçlu temerrüdünün meydana gelmiş olmasıdır. Bu bağlamda, kusur temerrüdün şartları arasında bulunmadığından, borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altına girmesi için kusurlu olması gerekmez.²²⁸ Borçlu, temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu kanıtlasa dahi temerrüt faizi ödemek durumundadır. Bu hususun temelinde, temerrüt faizinin, hem alacaklının parasının borçlunun uhdesinde olması nedeniyle onu kullanamamış olmasından kaynaklanan zararın giderilmesi hem de herhangi bir karşılık vermeksizin kredi sağlamış pozisyonda olan ve bu sebeple sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi geri vermesi fikrine dayanması yatar.²²⁹ Belirtilmelidir ki, borçlunun, borçlu temerrüdünün diğer borçlardaki genel sonuçlarından olan gecikme tazminatı ödemekten kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak kurtulması mümkün iken; borcun para borcu olması durumunda temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü açısından böyle bir imkânı bulunmamaktadır.

Kusur şartının gerekmemesine benzer şekilde ve temerrüt faizinin amacına uygun olarak alacaklının borçlu temerrüdü nedeniyle zarara uğramış olması da temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü açısından herhangi bir önem arz etmez. Çünkü yukarıda bahsi

²²⁴Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 392; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 238.

²²⁵Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 137.

²²⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1245.

²²⁷Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 898.

²²⁸Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1244; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 898.

²²⁹Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 898; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1244.

geçen nedenlerle, bir para borcunda borçlunun temerrüde düşmesi halinde kanun koyucu tarafından bir kesin karine ile alacaklının zarara uğradığı hükme bağlanmıştır ve kanuni temerrüt faizi ancak bu zararın götürü bir giderimi olup, asgari ölçüsünü belirlemektedir.²³⁰

Temerrüt faizi, borçlunun temerrüde düşmesi ile birlikte işlemeye başlar. İhtar gereken hallerde bu ihtarın borçluya vardığı tarihten itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar. Belirli vadeli alacaklarda ise temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı tarih, kural olarak, söz konusu belirli vadenin isabet ettiği tarihtir. Belirtilmelidir ki, ihtara gerek olan hallerde eğer alacaklı tarafından borçluya yapılan ihtar da para borcunu ifa etmesi için bir süre verilmişse, temerrüt faizi, tayin edilen sürenin son gününü takip eden günden itibaren işlemeye başlar.²³¹ Ayrıca, istisnaen, TBK m. 121/I hükmü gereğince faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemede temerrüde düşen borçlu için temerrüt faizi icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden itibaren işlemeye başlar. Takip eden fıkra olan TBK m. 121/II’de bu istisnanın aksine yapılan anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tâbi olduğu öngörülmüştür. Bu hükmün bir sonucu olarak, örneğin, TBK m. 182/III’te ihdas edilmiş olan “Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.” hükmü uygulama alanı bulur.²³²

Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü ancak alacaklının bu yönde bir talebi varsa doğar. Bir diğer anlatımla, temerrüt faizinin şartları olan borcun bir para borcu olması ve borçlunun temerrüde düşmüş olması şartları gerçekleşmiş olsa dahi, borçlu, ancak alacaklının temerrüt faizi talep etmesi halinde bu faizi ödemek mecburiyetinde kalır. Söz konusu talep, asıl alacağın talebiyle birlikte gerçekleştirilebileceği gibi, asıl alacağın sona ermemiş olması şartıyla zamanaşımı süresi içerisinde bağımsız olarak da yapılabilir.²³³

TBK m. 120/I gereğince, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede aksine herhangi bir anlaşma bulunmuyorsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Bu oran, 01.01.2021 tarihinden itibaren ticari

²³⁰Ayrancı, H. (2006). *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 71; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 526.

²³¹Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 173; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 531.

²³²Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 531.

²³³Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1246.

olmayan işlerde yıllık %9 olarak belirlenmiştir.²³⁴ TBK m. 120/II'ye göre, sözleşmede belirlenecek olan temerrüt faiz oranı ilk fıkra gereğince mevzuat hükümlerine göre belirlenmiş olan oranın iki katından fazla olamaz. Bu hüküm gereğince, 01.01.2021 tarihinden itibaren adi işlerde sözleşmede kararlaştırılabilecek en yüksek temerrüt faizi oranı %18'dir. Ayrıca, sözleşmede temerrüt faizi oranı belirlenmemiş olmakla birlikte anapara faiz oranı belirlenmiş ise, söz konusu sözleşmeden doğan para borçlarında uygulanacak olan temerrüt faizi tarafların üzerinde anlaştıkları bu faiz oranından düşük olamaz. Örneğin, temerrüt faizi oranı ile ilgili herhangi bir anlaşma bulunmamakla birlikte, sözleşmede anapara faiz oranı %11 olarak belirlenmiş olan adi bir iş için borçlunun temerrüde düşmesi halinde uygulanacak olan temerrüt faizi oranı %11 olacaktır. Belirtilmelidir ki, sözleşmede belirlenen anapara faizi yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenmiş temerrüt faizi oranından düşük ise, sözleşmede kararlaştırılan anapara faiz oranı değil daha yüksek olan kanuni faiz oranı temerrüt faiz oranı olarak alınır.²³⁵ Örneğin, 01.01.2021 tarihinden sonra işletilecek anapara faiz oranının sözleşmede %5 olarak belirlenmiş olması durumunda temerrüt faiz oranı %9 olarak uygulanır.

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1 hükmü ile ticari işlerde kanuni faiz oranı belirlenmiştir. Adı geçen maddede belirlenmiş olan oran %12'dir. Ancak, adı geçen Kanun m. 2/II hükmü gereğince Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, belirlenmiş olan %12'lik miktardan fazla ise ticari işlerde kanuni temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilmektedir. 02 Ocak 2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "Reeskont İşlemlerinde Uygulanacak İskonto Faiz Oranlarının Tespitine İlişkin Tebliğ" ile avans işlemlerinde uygulanacak faiz oranı yıllık %15,75 olarak belirlenmiştir. Akabinde, 03.01.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası yazısı ile söz konusu yeni oranın yürürlük tarihi 31.12.2021 olarak düzeltilmiştir. Buna göre, 31 Aralık 2021 tarihi itibarıyla kanuni faiz oranı olan %12'nin üzerinde olduğundan, 01 Ocak 2022 tarihinden itibaren ticari işlere

²³⁴03 Mart 2021 Tarih ve 31412 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (Sıra No:67) (Parasal Sınırlar ve Oranlar).

²³⁵Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 528.

yönelik temerrüt faiz oranı %15,75 olarak uygulanır.²³⁶ 3095 sayılı Kanun m.2/II c. 2 gereğince, avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise de yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Bu durumda 30 Haziran 2022 günü avans faiz oranı %20.75 ve daha yüksek ya da %10.75 ve daha düşük olursa ortaya çıkan faiz oranı ticari işlerde kanuni temerrüt faizi olarak kullanılır. Diğer yandan, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde geç ödemenin sonuçları Türk Ticaret Kanunu m. 1530'da düzenlenmiştir. Adı geçen işletmeler arasında yapılan işlemlerde bu maddenin göz önünde bulundurulması gerekir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, yukarıda belirtilen düzenleme kapsamında 02 Ocak 2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımladığı tebliğ ile mal ve hizmet tedarikinde alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hallerde uygulanacak faiz oranını yıllık %17,25 olarak belirlemiştir.²³⁷ Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da temerrüt faizi talebinde özel olarak ticari temerrüt faizi işletilmesinin talep edilmesi gerekliliğidir. Şöyle ki, hâkim, eğer alacaklının alacağı ticari temerrüt faizi oranı işletilmesi yönünde bir talebi bulunmuyorsa, kendiliğinden ticari temerrüt faizi oranı üzerinden faiz işletilmesine hükmedemez.²³⁸

Ticari olmayan işlerde olduğu gibi ticari işlerde de alacaklı ve borçlu temerrüt faizi oranının bahsi geçen orandan farklı bir oran olması hususunu aralarında kararlaştırabilirler. Yine, taraflar temerrüt faizi oranını kararlaştırmamış olmakla birlikte, anapara faizi olarak ticari işlerde uygulanacak kanuni faiz oranından daha yüksek bir oran belirlemişse, temerrüt faizi oranı olarak bu oran uygulanır. Ticari olmayan işlerde uygulanabilecek en yüksek temerrüt faizi oranını kanuni faiz oranının iki katı ile sınırlandıran TBK m. 121/II hükmü, TTK m. 8/I'de düzenlenmiş olan "Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir." hükmü gereğince ticari işlerde kendisine uygulama alanı bulamaz. Ancak, katıldığımız görüşe göre²³⁹, fahiş temerrüt faizi

²³⁶02 Ocak 2022 Tarih ve 31707 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Tebliği <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220102-7.pdf>

²³⁷ 02 Ocak 2022 Tarih ve 31707 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Tebliği <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220102-6.pdf>

²³⁸Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 529; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 155.

²³⁹K. Yağcı (2014). 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), s. 432. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9189/115254> (Erişim Tarihi: 11.12.2021); Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 529.

oranları TBK m. 182/III’te düzenlenmiş olan ceza koşulunun indirilmesi ile ilgili hükme kıyasen indirilebilir, ahlâka veya kişilik haklarına aykırılık sebebiyle kısmen geçersiz sayılabilir.

2.4. Temerrüt Faizini Aşan (Aşkın) Zarar

2.4.1. Aşkın zarar kavramı ve hukuki niteliği

Aşkın zarar, kanun koyucu tarafından TBK m. 122’nin kenar başlığı olarak kullanılmış olan kavramdır. Söz konusu düzenleme aynen şu şekildedir:

“Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder.”

İfa edilmesi gereken para borcunun borçlusunun temerrüde düşmesi sonucunda alacaklının bu sebeple uğramış olduğu zararın temerrüt faizi ile karşılanamamış olması durumunda söz konusu karşılanamayan zarar, aşkın zarar; söz konusu zararın giderimi için gereken tazminat ise, aşkın zarar tazminatı olarak isimlendirilir.²⁴⁰ Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda,²⁴¹ aşkın zararın, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile borçlu temerrüdü

²⁴⁰Becker, H. (1967b). *İsviçre Medeni Kanunu şerhi VI. cilt borçlar kanunu I. kısım genel hükümler IV. fasikül*. (Çev. Saim Özkök). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, Sayı: 20, s. 9; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1251-1252; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 900; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 534; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 283; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 531; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 419; Tunçomağ, 1972, **a.g.k.**, s. 550; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 111; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 654. Ayrıca, 881 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 105’te, TBK’da aşkın zarar olarak adlandırılan kavram, munzam zarar olarak adlandırılmıştır. Munzam kelimesi bir şeye sonradan katılan, üstüne veya sonuna eklenen, ek anlamlarına gelmektedir. Zararın bir bütün olması nedeniyle, temerrüt faizini aşan zararın, munzam, bir diğer ifadeyle ek zarar olarak adlandırılması, doktrinde eleştirilmiş olan hususlardan biridir. Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 190.

²⁴¹Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 19.10.2004 Tarih ve 2004/5998 Esas ve 2004/14915 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.02.2001 Tarih ve 2000/18-1843 Esas ve 2001/150 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2012 Tarih ve 2011/18-730 Esas ve 2012/373 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.11.2012 Tarih ve 2012/11-418 Esas ve 2012/874 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.03.2021Tarih ve 2020/967 Esas ve 2021/859 Karar sayılı kararı.

sonucunda ortaya çıkan durumu arasındaki fark olduğu üzerinde durmaktadır. Söz konusu kararlarda aşkın zarar, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar olarak tanımlanmaktadır.

Kanun koyucu tarafından temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü getirilmiş olan hüküm, para borçlarında borçlu temerrüdü nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın götürü olarak tazmin edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.²⁴² Ancak, öngörülen bu götürü tazminat her zaman para borçlarında alacaklının borçlu temerrüdü nedeniyle uğramış olduğu zararı karşılamaya yetmez. Bu bağlamda, aşkın zarara ilişkin düzenlemenin amacı söz konusu karşılanamayan zararın giderimi olarak ortaya çıkmaktadır.

Borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından olan ve gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğü öngören TBK m. 118 düzenlemesi mevcutken TBK m. 122 hükmüne gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak, para borçları için TBK m. 121’de öngörülmüş olan temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün borçlunun temerrüde düşmüş olması nedeniyle alacaklının uğradığı zararı tamamen karşıladığı gibi hatalı bir varsayıma götürebilecek bir niteliği haizdir. Bu durum karşısında aşkın zararın tazminini öngören TBK m. 122 hükmünün gerekli bir düzenleme olduğu hususunda, kanaatimizce, herhangi bir duraksamaya mahal yoktur.²⁴³ Kaldı ki, para borcu olmayan borçlarda, alacaklı, borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle tüm zararını tazmin edebilme imkânına sahip olmasına rağmen sırf borcun bir para borcu olması nedeniyle benzer durumda olan alacaklının tüm zararlarını tazmin edemeyecek olması hakkaniyet ile de bağdaşmaz.

Aşkın zararın olumlu zarar mı yoksa olumsuz zarar mı olduğu hususunda doktrinde ve uygulamada farklı görüşler mevcuttur. Para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle oluşan ve temerrüt faiziyle karşılanamayan zararı ifade eden aşkın zararın türünü olumlu zarar olarak gören görüşe göre, aşkın zarar, borçlunun

²⁴²Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 526; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 187; Aşkın zarar müessesesinin öngörülmesi ve işletilmesinin faydaları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. H. Domaniç (1993). *Faizle karşılanamayan zararların giderilmesini sağlayan B.K. 105 ve diğer hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. XI ve XII.

²⁴³B. Kartal (1997). Faizi aşan zarar (munzam zarar). *Yargıtay Dergisi*, 23 (4), s. 506; G. Önderi (2013). Para borçlarında borçlu temerrüdü halinde alacaklının munzam zararının tazminini isteyebilmesi konusundaki Yargıtay uygulaması, *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(2), s. 277; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 188; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 111; Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 120.

sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle ortaya çıkan zarardır.²⁴⁴ Ancak, aşkın zararı, ifa edileceğine güvenilen bir para borcunun ifa edilmemesinden kaynaklanan bir zarar olması nedeniyle olumsuz zarar türünde bir zarar olarak gören kararlar da mevcuttur.²⁴⁵ Bir diğer görüş ise, yukarıda bahsedilmiş olan “zararın bütünlüğü” ilkesinden hareketle alacaklının tek ve bölünemez bir zararı olduğundan ve temerrüt faizinin bu zararı karşılayamaması durumunda uygulama alanı bulacak olan aşkın zarar müessesesi ile getirilen düzenlemenin bir zarar kalemi değil ancak ek bir tazminat olduğunu öne sürmektedir.²⁴⁶ Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, aşkın zararı olumlu ya da olumsuz zarar türlerinden birine dâhil etme zorunluluğu yoktur. Somut olayın şartları göz önünde bulundurularak para borçlarında borçlunun temerrüdünden kaynaklanan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın olumlu ya da olumsuz zarar olarak ortaya çıkabilmesi mümkündür.²⁴⁷

Aşkın zarar, borcun kaynağından bağımsız olarak konusu bir paranın ödenmesi olan tüm borçlarda kendisine uygulama alanı bulabilir. Diğer bir ifadeyle, borcun kaynağının sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya başkaca bir kaynak olması aşkın zararın oluşumu açısından herhangi bir önem arz etmez.²⁴⁸ Ancak, belirtilmelidir ki, aşkın zararın hangi hükümlere tâbi olacağı hususunda borcun kaynağı belirleyici niteliktedir. Şöyle ki, temerrüde düşülen borç, sözleşmeden kaynaklanan bir borç ise, aşkın zarar, sözleşmeye aykırılık hükümlerine; haksız fiilden kaynaklanan bir borç ise

²⁴⁴Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 507; Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 116; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.06.1996 Tarih ve 1996/5-144 Esas ve 1996/503 Karar sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 10.05.2010 Tarih ve 2010/28 Esas ve 2010/6526 Karar sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 03.05.2010 Tarih ve 2009/14780 Esas ve 2010/6034 Karar sayılı kararı: “Yasada geçmiş günler faizini aşan zararın türü ve niteliği konusunda bir açıklık yoksa da, buradaki zararın hukukumuzdaki müspet zarar tanımlamasıyla eşdeğer olduğu kuşkusuzdur.”

²⁴⁵Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.05.2002 Tarih ve 2001/15-1147 Esas ve 2002/364 Karar sayılı kararı: “...BK.nun 105.maddesi uyarınca, borçlu, temerrütte kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, borcun geç ifa edilmesinden dolayı, alacaklının menfi zarar kapsamındaki geçmiş günler faizini aşan zararını tazmin ile sorumludur.”

²⁴⁶A. Öçal (1967). Munzam zarar. *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 3 (1) , s. 148. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eitiad/issue/48365/612446> (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

²⁴⁷Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 901; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 656; Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 64.

²⁴⁸M. B. Kulaberoğlu (2020). Temerrüt faizi ve aşkın zarar. *İstanbul Barosu Dergisi*, 94 (2020/4), s. 166 <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/ibd20204.pdf> (Erişim Tarihi: 14.12.2021); Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 900; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 655; Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 64; Önderi, 2013, **a.g.k.**, s. 278; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16.05.2002 Tarih ve 2001/10695 Esas ve 2002/5690 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.03.2021 Tarih ve 2020/967 Esas ve 2021/859 Karar sayılı kararı.

haksız fiil hükümlerine; sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç ise de sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi olur.²⁴⁹

Doktrinde, aşkın zararın manevi tazminat alacaklarında uygulanamayacağı görüşü genel olarak kabul edilmektedir.²⁵⁰ Ancak, söz konusu kabulün sebepleri açısından farklı görüşler bulunmaktadır. Aşkın zararın sadece malvarlığı zararları için ihdas edilmiş bir müessese olduğu ve bu sebeple manevi zarar olarak ortaya çıkan zararların aşkın zarar kapsamında tazmin edilemeyeceği görüşü²⁵¹ kanaatimce isabetli değildir. Şöyle ki, aşkın zararın düzenlenmiş olduğu TBK m. 122 hükmünün ne lafzından ne de amacından sadece malvarlığı zararlarının giderimi için ihdas edilmiş olduğu sonucuna ulaşamamaktadır. Manevi tazminat alacaklarında aşkın zararın uygulanmayacağını savunan ve bunu temerrüt faiziyle karşılanan manevi zarardan daha fazla bir manevi zarara uğranılmış olmasının mümkün olmadığına dayandıran görüş, kanaatimizce, daha isabetlidir.²⁵² Diğer bir anlatımla, manevi tazminat, kişinin yaşamına, sağlığına, vücut ve ruh bütünlüğüne yahut üzüntü veya elem duymasına yol açan diğer duygusal, fiziki ve sosyal kişilik değerlerine yapılan müdahale nedeniyle hak kazanılan bir tazminattır ve bu nedenle de temerrüt faiziyle karşılanamamış bir vasıfta ortaya çıkması mümkün değildir.

Temerrüt faizi, para borcunda borçlunun temerrüde düşmesinin yasal bir sonucu olarak düzenlenmiş olup; asıl borca bağlı olan bir borç niteliği taşımaktadır. Bu açıdan, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün doğması bakımından ne alacaklının gerçekten bir zarara uğramış olması ne de borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir. Aşkın zarar ise, asıl borca bağlı olmayan tamamen bağımsız bir borç olarak ortaya çıkar. Yine, aşkın zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünün doğması için, temerrüt faizinin aksine, hem alacaklının borçlunun temerrüde düşmüş olması nedeniyle temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olması hem de borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun

²⁴⁹Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 113; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 900.

²⁵⁰M. Bilgen (2001). *İlmi ve kazai içtihatlar ışığında faiz hukuku ve munzam zarar (ilgili mevzuat ile birlikte)*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 295; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 902; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 655; Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 122. Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 177; Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 507.

²⁵¹Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 122.

²⁵²A. M. Kılıçoğlu (1998). Yargıtay kararları açısından munzam zarar. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XV*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 6; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 902; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 655.

bulunması gerekir.²⁵³ Nitekim borçlunun aşkın zararı giderim yükümlülüğü, Yargıtay kararlarında²⁵⁴ da “asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borç” şeklinde nitelenmektedir.

Kanun koyucu tarafından aşkın zarar müessesesinin düzenlenmiş olduğu TBK m. 122 hükmü hukuki nitelik olarak emredici bir hüküm değil; düzenleyici bir hükümdür. Bunun sonucu olarak, taraflar, borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zararın meydana gelmesinden sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler.²⁵⁵

Belirtilmelidir ki, temerrüt faizi ödemede borçlunun temerrüde düşmesi durumunda TBK m. 121/III gereğince temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü doğmayacağı şeklindeki düzenleme nedeniyle alacaklı bu durumda aşkın zararını da talep edemez.²⁵⁶ Benzer şekilde, aşkın zarar tazmininden kaynaklanan bir borçta, aşkın zararın tazmini talebi için gereken şartlar gerçekleşse dahi, alacaklının tekrar aşkın zararının tazminini talep edemeyeceği düşünülmektedir.²⁵⁷

2.4.2. Aşkın zararın tazmin edilmesinin koşulları

Para borçlarında borçlu temerrüdünün oluşması nedeniyle temerrüt faizi ödenmesi yükümlülüğü doğar. Aşkın zarar adı geçen temerrüt faizi ile karşılanamayan zararların karşılanması amacına yönelik olarak ihdas edilmiş bir hukuki müessesedir. Bu bağlamda, borçlunun aşkın zararı tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için her şeyden evvel borcun bir para borcu olması ve borçlunun temerrüde düşerek temerrüt faizi ödemek zorunda kalmış olması gerekir. Alacaklının aşkın zararın tazmini talebinde bulunabilmesi için söz konusu temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zarara uğramış

²⁵³Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 906 vd.; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 655; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 535.

²⁵⁴Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 29.04.2019 Tarih ve 2018/1512 Esas ve 2019/3201 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 04.03.2019 Tarih ve 2018/1494 Esas ve 2019/932 Karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18.10.2021 Tarih ve 2020/10700 Esas ve 2021/10183 Karar sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.11.2013 Tarih ve 2013/1105 Esas ve 2013/17804 Karar sayılı kararı.

²⁵⁵Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1254.

²⁵⁶A. Özdemir (2004). *Özel hukukta paranın değer kaybının giderimi*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 9; Önderi, **a.g.k.**, 2013, s. 278.

²⁵⁷Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 151; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 04.11.2003 Tarih ve 2003/5282 Esas ve 2003/10398 Karar sayılı kararı.

olması da şarttır. Bu koşullara ek olarak, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması ve adı geçen zarar ile kusur arasında uygun bir illiyet bağının bulunması da gerekir.

2.4.2.1. Borçlunun bir para borcunda temerrüde düşürülmüş olması

TBK m. 122’de “Aşkın zarar” başlığı altında öngörülmüş olan hüküm, sadece para borçları ile sınırlı bir uygulama alanını haizdir. Diğer bir ifadeyle, borçlunun temerrüde düştüğü borcun para borcu olması haricinde aşkın zararın istenebilmesi mümkün değildir. Çünkü aşkın zarar, tanımı gereği temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zararı gerektirmekte olup; borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün doğması için 3095 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşmüş olması gerekir.

Para, temel mübadele aracı olması nedeniyle birbirinden farklı ve öngörülemez kadar fazla sayıda kullanım alanına sahiptir. Tam da bu sebeple, alacağına zamanında kavuşamamış olan alacaklının götürü bir tazminat olarak belirlenmiş olan temerrüt faizi ile karşılanamamış zararlarının öngörülebilmesi mümkün değildir. Buna paralel olarak ve hakkaniyet gereği, alacaklının ifa edilmemiş olan para borcunda borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle uğramış olduğu zararını tespit ettirme ve taleplerinin kapsamını takdir etmekte çok geniş olanaklara sahip olması gerekir.²⁵⁸

2.4.2.2. Borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlayamamış olması

TBK m. 122’de öngörülmüş olan sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Nitekim kanun koyucu tarafından bahsi geçen maddenin lafzında da “...borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe...” şeklinde bir düzenleme getirilerek bu durum hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, yukarıda ele alınmış olan temerrüt faizi ile aşkın zarar arasındaki en temel fark ortaya konulmuş olmaktadır. Bir para borcunda borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün doğması için kendisine herhangi bir kusur

²⁵⁸“Şöyle ki; alacaklı parayı zamanında alamadığını ve bu suretle iflas durumuna girerek zarara duçar olduğunu, mallarının müzayede ile satıldığını ve hatta altın yüklü Pers donanmasının Salamin Denizi’nden çıkarılması teşebbüsüne iştirakine mani olunduğunu iddia edebilir!” G. Balis (1965). Para borçlarının ödenmesindeki gecikmeden doğan zarar ve ziyan (Çev: A. Öçal). *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1 (1) , s. 164. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eitiad/issue/48235/610565> (Erişim Tarihi: 20.12.2021); ; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 905-906.

atfedilmiş olması gerekmezken; aşkın zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir. Bunun sonucunda, borçlu, temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat etmesi durumunda aşkın zararın tazmininde sorumlu tutulamaz.²⁵⁹

Bilindiği üzere, kusura dayanan sorumlulukta genel kural kusurlu olduğu iddia edilen kişinin kusursuzluğunu değil; karşı tarafın kusurlu olduğunu iddia ettiği kişinin kusurunu ispat etmesidir. Ancak, kanun koyucu tarafından TBK m. 122’de öngörülen aşkın zararın tazmini yükümlülüğünde söz konusu genel kuralın hilafına bir düzenleme getirilmiştir. TBK m. 112’de düzenlenmiş olan giderim borcu hükmünde olduğu gibi, aşkın zararın tazmini talebi bakımından da, borçlunun söz konusu tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için kusursuzluğunu ispatla mükellef olduğu düzenlenmiştir.²⁶⁰

TBK m. 122’de düzenlenmiş olan aşkın zarar hükmünde borçlunun kendisinin hiçbir kusuru olmadığını ispatlaması halinde bu zararı ödeme yükümlülüğünden kurtulacağı öngörülmüştür. Hükmün lafzında geçen “...hiçbir kusurunun bulunmaması...” şeklindeki düzenleme, borçlunun, ağır ya da hafif olduğundan bağımsız olarak kusurlu olması durumunda aşkın zararın tazminiyle yükümlü olduğu anlamına gelir.²⁶¹ Bir başka ifadeyle, borçlu, kusurunun derecesi ne olursa olsun eğer temerrüde düşmekte herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispatlayamazsa aşkın zarardan sorumlu olur.

Borçlu, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan zararının meydana gelmesinde herhangi bir kusurunun olmadığını her türlü delille ispat edebilir.²⁶² Ancak, belirtilmelidir ki, kusursuzluğunu her türlü delille ispat edebilecek olmasına rağmen, borçlunun, konusu para olan borçlarda temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmesi para borçlarının kendisine özgü nitelikleri nedeniyle oldukça zordur.²⁶³ Örneğin, borçlu, kendisine atfedilebilecek herhangi bir kusur olmaksızın ödemedi acze düşmüş olsa dâhi, bu durum borçlunun aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için

²⁵⁹von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 619; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 536; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 909; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 419; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1254; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 283; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 532.

²⁶⁰Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 908; Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 509; Kırmızı ve Arslan, 2004, **a.g.k.**, s. 662; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 118.

²⁶¹Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 118; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 191; Kırmızı ve Arslan, 2004, **a.g.k.**, s. 662.

²⁶²Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 509.

²⁶³Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 191.

yeterli değildir.²⁶⁴ Çünkü paranın yokluğu kabul edilebilir bir mazeret değildir. Borçlu, temerrüde düşülen borcu temerrüde düşmeden eda etmek niyetiyle tahsis etmiş olduğu paranın da içinde bulunduğu evinin ya da arabasının başkası tarafından kundaklanması ya da yıldırım düşmesi neticesinde yanmış olduğunu;²⁶⁵ kendisine yüklenebilecek herhangi bir kusur olmaksızın söz konusu paranın çalındığını;²⁶⁶ göndermiş olduğu paranın yine kendi kusuru olmaksızın alacaklıya geç ulaştığını²⁶⁷ ispatlayarak kusursuzluğunu ispat ederek aşkın zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulabilir. Benzer şekilde, borcun ifası için ayırdığı paranın bulunduğu bankanın iflas etmesi²⁶⁸ ya da borcun varlığı yahut kapsamı hakkında bilgisinin olmadığını ve bu bilgisizliğinin mazur görülebilecek bir sebebinin olduğunu²⁶⁹ ispatlaması da borçlunun aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabileceği durumlara örnek olarak gösterilebilir.

2.4.2.3. Alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olması

Temerrüde düşmüş olan borçlunun aşkın zararı tazmin etme yükümlülüğü temerrüt nedeniyle alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olması durumunda söz konusu olur. Aşkın zararın talep edilebilmesi için alacaklının bir zarara uğramış olması ve uğramış olduğu bu zararın kanunen götürü bir tazminat şeklinde öngörülmüş olan temerrüt faizi ile karşılanamamış olması gerekmektedir. TBK m. 122’de öngörülmüş olan hüküm, temerrüt faizi oranının akdi ya da kanuni faiz oranı olarak uygulanmış olmasından bağımsız olarak öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle, borçlu ve alacaklının aralarında yapmış oldukları sözleşmede bir temerrüt faizi oranı kararlaştırmış olmaları aşkın zarar müessesesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususunda herhangi bir önem arz etmez. Bu bağlamda, aşkın zararın talep edilebilmesi açısından önem arz eden husus, alacaklının temerrüt faizi oranı ne olursa olsun bununla karşılanamamış bir zarara uğramış olmasıdır. Taraflarca kanuni faiz oranından daha yüksek bir temerrüt faizi oranı kararlaştırılmış olması ya da sözleşmede kararlaştırılmış olan anapara faizi oranının kanuni faiz oranından yüksek olması nedeniyle temerrüt

²⁶⁴von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 619, dn. 30; Öçal, 1967, **a.g.k.**, s. 156.

²⁶⁵Öçal, 1967, **a.g.k.**, s. 156; Kırmızı ve Arslan, 2004, **a.g.k.**, s. 662.

²⁶⁶Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 909.

²⁶⁷von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 619.

²⁶⁸Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 909.

²⁶⁹Özdemir, 2004, **a.g.k.**, s. 18; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 619.

faizi oranı olarak da uygulanmış olması aşkın zararın tazmini yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

TBK m. 122 hükmünde düzenlenmiş olan aşkın zarar bir maddi zarardır. Kanaatimizce, aşkın zararın olumlu ya da olumsuz zarar kategorilerinden herhangi birine dâhil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁷⁰ Benzer şekilde, aşkın zarar, fiili zarar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yoksun kalınan kazanç şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.

Belirtilmelidir ki, aşkın zarar ile kastedilen zarar, alacaklının, borçlunun temerrüde düştüğü tarihten başlayarak fiili ödemeyi gerçekleştirmiş olduğu tarihe kadar uğramış olduğu zarardır. Borçlu temerrüde düşmeden önce, alacaklı, örneğin taraflarca belirlenmiş olan anapara faizi ile karşılanamamış olan bir zarara uğramış olsa dâhi söz konusu zararının tazminini TBK m. 122’de düzenlenmiş olan aşkın zarar kapsamında talep edemez.

TBK m. 114/II’de öngörülmüş olan atıf dolayısıyla aşkın zararın ispatı ve kapsamı ile ilgili hususlarda haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulur. Bu sebeple, TBK m. 50’de öngörülmüş hüküm gereğince, borçlunun temerrüde düşmüş olması hâlinde temerrüt faizi ile karşılanamamış bir zarar meydana geldiğini ispat etmesi gereken taraf alacaklıdır.

2.4.2.4. Borçlu temerrüdü ile aşkın zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması

Gerçekleşen sonucu olayların normal akışı içerisinde ve hayat tecrübelerine göre mahiyeti ve vasfı itibarıyla genel olarak ortaya çıkarmaya elverişli ve sonucun ortaya çıkması olasılığını objektif olarak artırmış olan mecburi şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı adı verilir.²⁷¹ Uygun illiyet bağı, sorumluluğu hem kuran hem de sınırlayan bir niteliği haizdir. Uygun illiyet bağının varlığından

²⁷⁰Bkz. yuk. II. Bölüm B. 1.4.1.

²⁷¹F. Eren (1975). *Hukuki Sorumluluk Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 381, s. 52. (1975b)

bahsedilebilmesi için, söz konusu fiilin, gerek ortaya çıkan zararın zorunlu şartlarından biri gerekse de zararlı sonucun uygun sebebi olması gerekir.²⁷²

Aşkın zarar bakımından ise, zararın giderimi talebinin kabul edilebilmesi için, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamamış bir zarara uğramış olması ile borçlunun temerrüde düşmüş olması arasında uygun bir illiyet bağının bulunması ve bu durumun alacaklı tarafından ispatlanması gerekir.²⁷³ Alacaklının uğradığı aşkın zarar ile temerrüt arasında bir illiyet bağı kurulamıyorsa ve mantıki olsa dahi kurulabilen illiyet bağı, uygun illiyet bağı olarak nitelendirmeye uygun değilse yahut söz konusu uygun illiyet bağı alacaklı tarafından ispatlanamamışsa, alacaklının aşkın zararının giderilmesi talebinin kabul edilmesi mümkün değildir.²⁷⁴

Bahsi geçen ispat faaliyetinde, somut olayda ortaya çıkan zarar fiili zarar olarak nitelenen bir zarar ise, temerrüde düşülmesinden sonra ortaya çıkan gerçek durumu göz önünde bulunduran bir değerlendirmede bulunulması gerekir. Söz konusu zarar, doğasına uygun şekilde, yoksun kalınan kâr olarak nitelenen bir zarar ise de temerrüde düşülmesinden sonra ortaya çıkması beklenen farazi durumu göz önünde bulunduran bir yaklaşımda bulunulması gerekmektedir.²⁷⁵

İspat yükü alacaklının üzerinde olmakla birlikte borçlunun da aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için karşı ispat faaliyeti yürütmesi mümkündür. Şöyle ki, borçlu, ortaya çıkan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar ile temerrüde düşmüş olmasının arasında uygun bir illiyet bağının var olmadığını veya alacaklı tarafından öne sürülen zarar ile temerrüde düşmüş olmasının arasındaki illiyet bağını kesen bir durumun mevcudiyetini ispatlayarak söz konusu yükümlülüğünden kurtulabilir.

2.4.3. Aşkın zararın tespiti

Ülkemizde özellikle enflasyon ya da devalüasyon gibi nedenlerle paranın değer kaybına uğramasının süreklilik göstermesinden dolayı aşkın zararın tespiti hususu hem

²⁷²Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 623; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 175; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 400; Deschenaux ve Tercier, 1983, **a.g.k.**, s. s. 32; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 49-50.

²⁷³Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 908.

²⁷⁴Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 192; Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 11 vd.; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 184; Kırmızı ve Arslan, 2004, **a.g.k.**, s. 669.

²⁷⁵Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 139.

doktrinde hem de uygulamada çokça tartışılan bir husus olagelmıştır.²⁷⁶ Kanaatimizce, aşkın zararın tespiti için çok tartışılan bir konu olmasının sebeplerinden biri de mehz kanunun ait olduğu İsviçre’de ve hatta hukuk sistemi olarak Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dâhil olan ülkelerin genelinde ülkemizin aksine enflasyonist yahut hiperenflasyonist ekonomik koşulların pek yaşanmamasıdır. Yargıtay özel dairelerinin birbirlerinden farklılık gösteren kararlar vermelerinin de söz konusu tartışmaların süregelen bir mahiyet arz etmesinde etkisi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi’nin ele almış olduğu bir bireysel başvuru²⁷⁷ mülkiyet hakkının ihlal edildiği şeklinde karara bağlamış olması da söz konusu dairelerin içtihat değıştirmesine sebep olmuştur. Gelineen noktada mevcut durum hukuki öngörülebilirliği sarsıcı ve belirsizliklere neden olan bir nitelik arz etmektedir.

Aşkın zararın tespiti hususunda somut ve soyut yöntem olmak üzere iki yöntem bulunmaktadır. Aşkın zararı ispat faaliyeti noktasında söz konusu yöntemlerden hangisini tercih edeceği hususunda bağlayıcı herhangi bir hüküm yoktur. Bu konuda tercih tamamen zarar görene bırakılmıştır.²⁷⁸

Soyut yöntem, adı geçen Anayasa Mahkemesi kararında²⁷⁹ başvurucunun mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddiasının kabul edilebilir olduğu yönünde hüküm kurulmasına dayanak teşkil eden ve borçlunun borcunu ödememesi nedeniyle daha avantajlı duruma gelmesinin hukuk tarafından korunmasının mümkün olmadığı hususuna önem atfeden görüşün bir ürünüdür. Bu yöntemde aşkın zararın tazminine ilişkin talebin dayanağının, bir başka deyişle, borçlu temerrüdüne düşülmüş olması nedeniyle uğranılan zararın temerrüt faizi ile karşılanamayan kısmının ispatında somut vakıalara dayanılmasının bir zaruret olmadığı öne sürülmektedir. Soyut yöntemin kullanılması halinde, söz konusu zararın mevcudiyetinin başta enflasyon ve yaşanmış

²⁷⁶Keser, Y. (2020). Aşkın zararın ispatı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 11 (2) , s. 485; Kırmızı ve Arslan, 2004, **a.g.k.**, s. 740.

²⁷⁷Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu Anayasa Mahkemesi’nin 21.12.2017 Tarih ve 2014/2267 Başvuru numaralı kararı. Bir diğere bireysel başvuru olan Alois Harrer ve Diğere Başvurusu’nda ise Anayasa Mahkemesi şöyle bir değerdendirme bulunmuştur: “Ödenen tazminat veya diğere alacak tutarlarının enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi yani alacağa hak kazanıldığı tarih ile ödeme tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değere kaybını telafi edecek biçimde faiz uygulanması, mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağın enflasyon karşısında değere kaybetmesini önleyebilecek bir araçtır.” Anayasa Mahkemesi’nin 15.01.2020 Tarih ve 2017/26283 Başvuru numaralı kararı.

²⁷⁸Keser, **a.g.k.**, 2020, s. 492.

²⁷⁹Anayasa Mahkemesi’nin 21.12.2017 Tarih ve 2014/2267 Başvuru numaralı Ano İnşaat ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu.

olması halinde devalüasyon ile döviz kurları yahut altın fiyatlarındaki ya da tüketici yahut üretici fiyat endeksi gibi endekslerdeki artış veya asgari ücret artış oranı gibi herkesçe bilinen vakıalardan yola çıkarak ispat edilebilir.

Somut yöntem ise, alacaklının ispat yükü altında olmasının bir sonucu olarak ve temerrüde düşülmüş olması nedeniyle temerrüt faizi ile karşılanamayan zararının ne şekilde ortaya çıktığını somut delillerle kanıtlaması gerektiği temeline dayanmaktadır. Ortaya çıkan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın somut olarak ortaya konulması, tazminatın bir zenginleşme aracı olamayacağı ilkesinin görünür hale gelmesi amacına hizmet eder. Yine, borçlu temerrüdü nedeniyle alacağına zamanında kavuşamayan alacaklının zararının herhangi bir duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması da hukuki öngörülebilirlik açısından önemli bir amaçtır. Her iki amaç doğrultusunda somut delillere dayanarak zararın ispatlanması gerekir. Eğer somut delillerle uğranılan zararın ispat edilmesi hususu görmezden gelinerek başkaca bir faiz oranı dikkate alınacak olursa yargının fiilen temerrüt faizi oranını belirleme yetkisini haiz olan kanun koyucu gibi hareket etmesi anlamına geleceği de somut yöntemi savunanların gerekçeleri arasındadır. Söz konusu yetkiye münhasıran sahip olan yasamanın fiilen yetkisinin gaspı anlamına gelecek aksi uygulama kabul edilebilir değildir.

2.4.3.1. Soyut yöntem

Soyut yöntem, doktrinde ve yargı kararlarında, paranın değer kaybettiği ve söz konusu değer kaybının temerrüt faizi ile karşılanamıyor olduğu ekonomik şartların geçerli olması durumunda uygulanması gereken yöntem olarak savunulmaktadır.²⁸⁰ Söz konusu görüşe göre, değer kaybının temerrüt faizi ile karşılanabilir olmaktan uzak olması nedeniyle alacaklının temerrüde düşmüş olan borçludan karşılanamayan zararının tazminini talep edebilmesi gerekir. Bu zararın alacaklı tarafından somut olarak kanıtlanmasına gerek olmaksızın sırf paranın değer kaybı nedeniyle karşılanması

²⁸⁰Keser, **a.g.k.**, 2020, s. 484; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 04.03.2019 Tarih ve 2018/1494 Esas ve 2019/932 Karar sayılı kararı. Aksi yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2021 Tarih ve 2011/730 Esas ve 2012/373 Karar sayılı kararı: "...alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu somut olgulara dayanarak inanılır, kesin ve net bir biçimde kanıtlamak zorundadır. Genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez."

gerektiği temeline dayanan söz konusu görüşün çıkış noktalarından en önemlisi ise, borçlunun borcunu ödemeyerek kazanç sağlamasının hukuk düzeni tarafından korunabilecek bir mahiyette olmamasıdır.

Bu yöntem bir fiili karineye dayanmaktadır. Fiili karine kavramı doktrinde bilinen vakılardan bilinmeyenler hakkında kanunen değil aksine hâkim tarafından varılan sonuçlar olarak tanımlanmaktadır.²⁸¹ Bir başka ifadeyle, fiili karine, hâkimin bir hukuk kuralı ile direkt bir ilinti kurmaksızın olağan hayat tecrübelerinden yararlanarak belli olmayan vakılar hakkında sonuç çıkarmasıdır.²⁸² Aşkın zarar bakımından söz konusu fiili karine, enflasyonist bir piyasa ortamında fiyatlar genel düzeyi artarken eğer alacaklı borcun konusunu teşkil eden meblağa zamanında kavuşabilmiş olsaydı, paranın değer kaybından etkilenmemek yahut daha az etkilenmek için kazanç getirisi sağlama çabası içinde olacağı kabulüne dayanmaktadır. Belirtilmelidir ki, borçlu tarafından karşı ispat faaliyeti çerçevesinde aksi iddia ve ispat edilerek söz konusu fiili karinenin çürütülmesi imkânı mevcuttur.

Temerrüt faizini aşan zararın soyut yöntem kullanılarak hesaplanması alacaklıya ispat kolaylığı sağlamaktadır. Şöyle ki, aşkın zararın oluştuğu süreç içerisinde temerrüt faizi oranı ile örneğin döviz kurlarındaki artış oranı arasında döviz kurları lehine bir fark olması durumunda alacaklının borçlanılan parayı döviz yatırımı olarak değerlendirebilecek olduğu varsayılarak söz konusu farkın aşkın zarar oluşturacağı yönünde bir hüküm kurulabilmektedir. Örnek olarak verilen döviz kuru farkı yerine borçlunun temerrüde düşme anı ile alacaklının temerrüt faizi dâhil alacağına kavuşma anı arasındaki altın, gümüş gibi yatırım araçlarının fiyatlarında oluşan değişiklikler, Tüketici Fiyat Endeksi, Üretici Fiyat Endeksi, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan enflasyon oranı, asgari ücrette yapılan artış oranı gibi herkesçe bilinen vakıaların aşkın zararın hesabında kullanılması da mümkündür. Uygulamada, sayılanlar ve benzeri değişkenler bir araya getirilerek ya da artış oranlarının ortalaması alınarak söz konusu dönem için borcun konusu olan meblağ bakımından getireceği nema hesaplanıp bunun temerrüt faizini aşan kısmının aşkın zarar olarak tazmin edilmesi

²⁸¹N. Yavuz (1975). Adli İsbat. *Yargıtay Dergisi*, 1(2), s. 147.

²⁸²R. Arslan, E. Yılmaz ve S. Taşpınar Ayvaz (2017). *Medenî usul hukuku* (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 382; H. Pekcanitez, O. Atalay ve M. Özkes (2018). *Medenî usûl hukuku ders kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 329.

gerektiği yönünde, kanaatimizce de nısfet ve hakkaniyete daha uygun, bir hesaplama yöntemi uygulanmaktadır.²⁸³

Soyut yöntemin kullanılması gerektiğini savunan görüşün hukuki dayanaklarından en önemlisi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) "İspatın konusu" başlıklı m. 187/II'de yer alan herkesçe bilinen vakıaların çekişmeli sayılmayacağı hükmüdür. Buna göre, enflasyon, artan fiyatlar, döviz kurlarındaki artış ve benzeri vakıalar herkesçe bilinen vakılardır ve söz konusu vakıaların alacaklı tarafından somut olarak ispatlanmasına gerek yoktur. Bunun yanı sıra, alacağına zamanında kavuşabilmiş olsaydı alacaklının borcun konusunu teşkil eden meblağ ile aşkın zarar istemine konu olan süreçte yaşanan paranın değer kaybından etkilenmemek ya da asgari seviyede etkilenmek için bazı çarelere başvuracağı da bir fiili karine olarak görülmektedir.²⁸⁴ Belirtilmelidir ki, borcun konusunu teşkil eden paranın elde edilir edilmez değer kaybını önleyecek ya da söz konusu değer kaybından en az etkilenecek şekilde değerlendirileceğine dair bir hayat tecrübesi kuralının mevcut olmadığı ve bu nedenle böyle bir fiili karineye dayanılmasının isabetli olmayacağı da soyut yöntemin kullanılmaması gerektiği yönünde savunulmaktadır.²⁸⁵ Söz konusu fiili karinenin kullanılmasının isabetli olmadığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir hükümdeki karşı oy yazısında da belirtilmiştir.²⁸⁶

Bu hususta Yargıtay Özel Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu da ülke çapında yaşanan ve herkes tarafından bilinen enflasyon olgusu nedeniyle alacaklının zararının temerrüt faizi ile karşılanmasının her zaman mümkün olmayacağı, gecikme halinde faizle karşılanmayan zararın varlığı karine kabul edilip bu karinenin aksi davalı borçlu

²⁸³Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 28.11.2018 Tarih ve 2018/3499 Esas ve 2018/4739 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.06.2011 Tarih ve 2009/15074 Esas ve 2011/7765 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.03.2021 Tarih ve 2020/967 Esas ve 2021/859 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesinin 15.02.2018 Tarih ve 2017/534 Esas ve 2018/123 Karar sayılı kararı; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 31. Hukuk Dairesinin 25.05.2021 Tarih ve 2020/530 Esas ve 2021/514 Karar sayılı kararı; İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesinin 07.03.2019 Tarih ve 2015/612 Esas ve 2019/169 Karar sayılı kararı.

²⁸⁴Bkz. yuk. dn. 283'teki kararlar.

²⁸⁵Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 211.

²⁸⁶Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2012 Tarih ve 2011/18-730 Esas ve 2012/373 Karar sayılı kararı: "Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Alacaklının alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kulanacağı kanıtlanması gereken bir husustur. Maruf ve meşhur vakıaların ispatına gerek bulunmamakta ise de her alacaklının zamanında tahsil edeceği parayı, mevduat faizi, altın, yabancı para, serbest piyasada yüksek faiz karşılığı değerlendirmesi düşünülemeyeceğinden burada maruf ve meşhur bir vakıadan söz etmek mümkün değildir."

tarafından ileri sürölüp kanıtlanamadığından öncelikle temerrüt tarihleri ile tahsil tarihlerindeki enflasyon verilerini gösterir Toptan Eşya Fiyat Endeksi, Üretici Fiyat Endeksi oranları, bankaların mevduat faiz oranları, döviz kurları devlet tahvil faiz oranları, işçi ücretleri ve diğer yatırım araçları gibi olgular ile ilgili bir araştırma yapılarak hüküm kurulması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.²⁸⁷ Bu noktada yukarıda adı geçen Anayasa Mahkemesi kararının ardından bazı Yargıtay Özel Daireleri'nde içtihat değişikliğine gidildiğinin de belirtilmesi gerekir. Örneğin Yargıtay 15. Hukuk Dairesi söz konusu karardan önce somut yöntem ile aşkın zararının ispat edilmesi gerektiği şeklinde hüküm kurmakta iken, söz konusu karardan sonra verdiği kararlarda soyut yöntem ile aşkın zararın ispat edilebileceği içtihadıyla hareket etmeye başlamıştır.²⁸⁸

Her ne kadar aşkın zararın hesaplanması açısından fiili zarar – yoksun kalınan kâr ayrımı yapılmıyor olsa da soyut yöntemin kullanılmasıyla tespit edilen zarar yoksun kalınan kâr türünde bir zarar olarak ortaya çıkmaktadır.²⁸⁹ Hatta bu durum soyut

²⁸⁷Örn. Ticari hayatın içinde olan davacının eline geçen parayı değerlendireceği ve sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle bu tür getirilerin temerrüt faizinden fazla olduğunun bilinen bir vakıa olduğu yönünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 19.10.2004 Tarih ve 2004/5998 Esas ve 2004/14915 Karar sayılı kararı; Enflasyon oranları dikkate alındığında alacaklının ele geçen parayı bir an önce yatırıma dönüştüreceği ve bunu yapmadığı için yasal faiz oranı ile karşılanamayan bir zarara uğradığı yönünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.11.2003 Tarih ve 2003/13-657 Esas ve 2003/628 Karar sayılı kararı; Ülkemizde yaşanan ve herkes tarafından bilinen enflasyon olgusu nedeniyle her zaman alacaklının zararının temerrüt faizi ile karşılanması mümkün olmayacağı, gecikme halinde faizle karşılanmayan zararın varlığı karine kabul edilip bu karinenin aksi davalı borçlu tarafından ileri sürölüp kanıtlanamadığı için davacı lehine hüküm kurulması gerektiği yönünde Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 06.12.2018 Tarih ve 2018/3765 Esas ve 2018/4907 Karar sayılı kararı; Enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları herkesçe bilinen bir gerçek olduğu ve herkesin parasının değerini korumak için bir yatırım aracında değerlendireceğinin karine olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 20.04.2005 Tarih ve 2005/2294 Esas ve 2005/4706 Karar sayılı kararı.

²⁸⁸Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 06.12.2018 Tarih ve 2018/3765 Esas ve 2018/4907 Karar sayılı kararı: "...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 nolu 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 tesbite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesinin 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 karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir..."

²⁸⁹Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 144.

yöntemin doğası gereğidir çünkü paranın değerini kaybettiği anlamına gelen fiyat endeksleri yahut döviz kurlarındaki artışlar gibi göstergelerden yararlanılmakta ve bu nedenle alacaklının zararı uğramış olduğu fiili bir eksilme olarak değil bir kazanç fırsatını kaçırmaması olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtilmelidir ki, söz konusu kaçırılan kazanç fırsatı aslında alacaklının borcun konusu olan para alacağının değerini koruyabilmesi için gereken kazançtır. Aksi halde tazminatın telafi amacına aşılaraq değer kaybının üzerinde ve zenginleşme amacına hizmet eden bir kazancın tazminat olarak ödenmesi anlamına gelecektir ki, hukukumuzda kabul edilmiş olan tazminatın bir zenginleşme aracı olamayacağı prensibine aykırılık oluşturur.

2.4.3.2. Somut yöntem

Somut yöntem adı verilen aşkın zararın tespiti yönteminde alacaklı meydana gelen temerrüt faizini aşan zarar ile borçlunun temerrüde düşmesi arasındaki illiyet bağının varlığının yanı sıra söz konusu zararın mevcudiyetini de somut vakıalarla ispat etmelidir. Bir diğer deyişle, soyut yöntemin aksine somut yöntemde alacaklının girişmesi gereken ispat faaliyetini kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olan fiili karinelere dayanarak faydalanması mümkün değildir.²⁹⁰

Bilindiği üzere, kanun koyucu, TBK m. 120’de temerrüt faizine ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Aşkın zarar ise, adı geçen temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zarar olarak öngörülmüştür. Somut yöntemin kullanılması gerektiği yönündeki görüşe göre, soyut yöntemin kullanılması, yargının kanun koyucu rolüne bürünerek temerrüt faizi oranını fiili olarak belirlemesi anlamına gelir. Söz konusu durum uygulamada temerrüt faizi oranının enflasyon, bu enflasyonun tüketim ürünleri fiyatlarına yansımaları, banka mevduat oranları yahut işçi ücretlerinde yapılan artış ya da sayılanlar ve benzeri göstergelerin ortalaması gibi oranlara çıkarılması anlamına gelir. Bu bakımdan, somut yöntemin uygulanmasının gerektiğini savunanlara göre, yargının yasamanın yerini alması anlamına gelecek olan soyut yöntemin uygulanarak, temerrüt faizi oranı gibi bir aşkın zararın tazmini yoluna gidilmesi güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmaz.²⁹¹

²⁹⁰H. Altaş (2001). Munzam Zararda İspat Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(1), s.127 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629321> (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

²⁹¹V. Buz (1998a). Karşılaştırmalı hukukta munzam zararın ispatı, *Yargıtay Dergisi*, 24(3), s. 405.

Kanaatimizce soyut yöntemin uygulanması yargının kararları vasıtasıyla yasamanın yetki alanına girmesi anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, temerrüt faizi kusur ve zarar şartlarından bağımsız bir götürü tazminat işlevi görmektedir.²⁹² Bir başka deyişle, borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun olmadığına dayanarak temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi mümkün değildir. Ancak, borçlu, temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat ederek aşkın zararın tazmini yükümlülüğünden kurtulabilir. Ayrıca, her ne kadar fiili bir karineye dayanmak suretiyle alacaklı bakımından ispatı kolaylaşmış da olsa borçlunun söz konusu fiili karineyi çürüterek de söz konusu aşkın zararı tazmin etmekten kaçınabilmesi imkânı bulunmaktadır. Soyut yöntem uygulanarak fiili bir karinenin varlığı kabul edilse dahi borçluya -temerrüt faizi düzenlemesinin aksine- aşkın zararın tazmini yükümlülüğünden kurtulabilmesi için bu imkânların tanınmış olması mahkemelerin yasa koyucunun yetki alanına tecavüz ettiği iddiasını kabul edilebilir olmaktan çıkarmaktadır.

Aşkın zararın talep edilebilmesi bakımından zararın ne tür bir zarar olduğu önem arz etmemekle birlikte, doktrinde savunulmuş olan bir görüşe göre, somut yöntem, talep edilen aşkın zararın fiili zarar olarak nitelenebilir olması durumunda tercih edilmesi ve uygulanması gereken yöntemdir.²⁹³ Şöyle ki, fiili zarar tanımı gereği alacaklının alacağına kavuşamamış olması nedeniyle malvarlığının aktifinde meydana gelen fiili bir eksilme yahut pasifinde meydana gelen bir artma olduğu için bu durumun somut vakıalar ile ispat edilmesi mümkündür. Alacaklının borçlu temerrüdünün oluşması nedeniyle zamanında kavuşamadığı alacağı nedeniyle kendi alacaklısına ceza koşulu ifa etmek zorunda kalmış olması ve ifa ettiği ceza koşulunun temerrüt faizi ile karşılanamamış olması durumu bu duruma örnek olarak gösterilebilir.²⁹⁴ Alacağına zamanında kavuşamamış olması nedeniyle ceza koşulu ifa etmek zorunda kalan alacaklı bu durumu somut vakıalarla ispat ederek aşkın zararının tazminini talep edebilir. Yine, alacağın elde edilmesi için yapılan girişimlerden doğan masraflar, borçlunun temerrüde düşmüş olması nedeniyle ödenmeyen meblağı üçüncü kişilerden temin edebilmek için yapılan masraflar, alacaklının üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, temerrüde düşülen borcun bir yabancı para borcu olması durumunda kur kaybından kaynaklanan zararlar, makul ve ölçülü olması şartıyla alacaklının temerrütten

²⁹²Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 526; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 187.

²⁹³Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 144.

²⁹⁴Eren, 1975b, **a.g.k.**, s. 592; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 681; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 618.

kaynaklanabilecek zararları önlemek veya azaltmak için yaptığı masraflar gibi zarar kalemleri de somut yöntem ile ispat edilebilecek aşkın zarar kalemlerine örnek gösterilebilir.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda da adı geçen bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu ihlal kararından²⁹⁵ önceki dönemde, daha ziyade zararın somut olarak ispatlanması gerektiği yönünde kararlar verildiği görülmektedir.²⁹⁶ Ancak, belirtmek gerekir ki, söz konusu Anayasa Mahkemesi'nce verilen ihlal kararından sonra dâhi bazı Yargıtay özel dairelerince zararın somut olarak kanıtlanamadığı gerekçesiyle aşkın zarar talebinin reddedilmesi yönünde kararlar verilmektedir.²⁹⁷

2.4.4. Sık rastlanılan aşkın zarar kalemleri

Bilindiği üzere, Türk Borçlar Kanunu m. 122'de hangi zararların aşkın zarar kapsamına dâhil olacağı hususunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bundan dolayı aşkın zararın giderimi ile ilgili her bir talep hakkında, söz konusu talebin ortaya

²⁹⁵Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 Tarihli ve 2014/2267 Başvuru numaralı kararı.

²⁹⁶Uğranılan zarar, yetkili merciin belirlendiğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o merciin, zararın oranını belirlemek için kullandığı, dikkate aldığı, değerlendirdiği ölçülere ve bunların "maruf ve meşhur" oldukları olgusuna değil, davaya özgü, somut vakıalara dayanılması gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.11.2004 Tarih ve 2004/5-460 Esas ve 2004/614 Karar sayılı kararı; "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 11. Hukuk Dairesinin 10.12.2014 Tarih ve 2014/13418 Esas ve 2014/19400 Karar sayılı kararı; "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 17. Hukuk Dairesinin 18.03.2013 Tarih ve 2012/11411 Esas ve 2013/3535 Karar sayılı kararı. "Her ne kadar davacı, döviz faizini aşan bir zararı olduğu iddiasıyla davayı açmış ise de, zararın ne şekilde oluştuğunu somut olarak ispat etmiş değildir." Kamulaştırma Kanunu uyarınca belirlenen bedele faiz uygulanması şeklinde bir çözüm getirildiğinden, artık munzam zarar talebinin değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Aksi düşünülse bile munzam zarar hükmedilebilmesi için davacı alacaklının zararının faizle karşılanamadığını, bunun üstünde zararının oluştuğunu, maddi vakıalarla ve belgelerle kanıtlanması gerekir." Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 13.11.2014 Tarih ve 2014/10900 Esas ve 2014/26089 Karar sayılı kararı.

²⁹⁷Örn. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 21.01.2019 Tarih ve 2017/17121 Esas ve 2019/604 Karar sayılı kararı: "Davacı; para alacağını zamanında tahsil etmesi halinde ne şekilde kullanacağını, paranın zamanında verilmemesi nedeniyle faiz dışında ne gibi maddi zararlarının oluştuğunu; somut delillerle ispat edemediğinden munzam zarar istemine ilişkin davanın reddi yerine yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 20.11.2019 Tarih ve 2017/154 Esas ve 2019/5415 Karar sayılı kararı: "...dava konusu somut olayda, çözümlenmesi gereken hukuki sorun; temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır."

çıkmasında etkili olan koşulların gösterdiği mahiyete göre değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Bununla birlikte çok sık rastlanılan aşkın zarar kalemleri de mevcuttur. Bunları; alacağın elde edilebilmesi için yapılan masraflar, alacaklının alacağına zamanında kavuşamaması nedeniyle diğer hukuki ilişkilerinde ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu, tazminat ve benzeri zararlar, zamanında ödenmemiş olan paranın ikâmesi için yapılan masraflar, kazanç kayıpları ve yabancı para borçlarında meydana gelen kur farkı zararları olarak sıralamak mümkündür.

Belirtilmelidir ki aşkın zararın tazmini hususunda geçerliliği haiz olan genel kuralların tümü ve tazminat talebine ilişkin şartlar bu zarar kalemleri açısından da kümülatif olarak geçerliliğini korumaktadır. Bir diğer deyişle, yapılan masrafın yahut ortaya çıkan eksilmenin temerrüt faizi ile karşılanamamış olması ve karşılanamamış olan zararın borçlu temerrüdü ile uygun bir illiyet bağı içerisinde bulunması gerekir.

2.4.4.1. Alacağın elde edilebilmesi için yapılan masraflar

Alacaklının alacağını elde edebilmek amacıyla takip masrafları ya da ihtar gibi hukuki işlem benzerleri için bazı harcamalar yapmak durumunda kalmış olması oldukça sık rastlanan durumlardan biridir. Söz konusu masraf kalemlerinden borçlu eğer borçlu olduğu tutarı zamanında ödemiş olsaydı alacaklının bu masraf kalemine katlanmak zorunda kalması gerekmeyecekti denilebiliyorsa bu masraf kalemleri aşkın zarar kapsamında talep edilebilecek bir zarar olarak ortaya çıkmış demektir. Burada borçlunun borcunu ödememesi yüzünden ortaya çıkan bir masraf söz konusudur. Doktrinde bu tür masraflar alacağın elde edilmesine yönelik mahkeme dışı masraflar ile mahkemeye başvurulmasından sonra ortaya çıkan masraflar şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutularak ele alınmaktadır.²⁹⁸

Alacağın elde edilebilmesi için yapılan masraflar kategorisine dâhil olan ve aşkın zarar kapsamında tazmini talep edilebilecek olan harcamaların borçlunun temerrüde düşmüş olması nedeniyle yapılmış olan harcamalar olması; masraflar ile borçlunun

²⁹⁸Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 196 vd.; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 197.

temerrüde düşmüş olması arasında uygun bir illiyet bağının bulunması ve son olarak tazmini talep edilen masrafların makul ve ölçülü olması şarttır.²⁹⁹

Burada hemen ilk akla gelen harcama kalemi borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan ihtar masrafı olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtilmelidir ki, borçluyu temerrüde düşürmek amacına matuf olarak çekilen ihtar için yapılan masraf aşkın zarar olarak değerlendirilmemektedir. Şöyle ki, borçlu temerrüdü ile uygun illiyet bağı içinde bulunmayan bu masraf kalemi bir aşkın zarar kalemi değildir. Nitekim borçlu temerrüdünün ortaya çıkmamış olduğu bir anda mantiken de alacaklının borçlu temerrüdünden kaynaklanan ve temerrüt faizi ile karşılanamamış olan bir zararın bulunması mümkün değildir.³⁰⁰ Burada, dava yerine borçlu için daha avantajlı olan yolu seçmesi nedeniyle borçluyu temerrüde düşüren ihtar masraflarının da aşkın zarar kapsamında talep edilebilecek masraf kalemleri arasında sayılması yönünde, kanaatimizce isabetli olmayan, bir görüş de mevcuttur.³⁰¹ Borçluyu temerrüde düşürme amacı gütmeksizin gönderilen ve doktrinde hatırlatıcı ihtar olarak nitelenen ihtar masrafları ise diğer şartların bulunması halinde aşkın zarar kalemlerinden biri olarak talep edilebilir.³⁰²

Alacağına kavuşamamış olan alacaklının oluşan borçlu temerrüdü sonucunda ne gibi haklara sahip olduğu yahut bu hakların kullanımı hususlarında bir avukattan yardım alması olağan bir durumdur. Alacaklının bu durumda ödemek zorunda kaldığı danışma ücreti gibi masraflar da alacağın elde edilmesi için yapılan masraflar başlığı altında ele alınır. Belirtilmelidir ki, avukatlık ücreti ve haklı, gerekli ve ölçülü olmayan diğer avukatlık masraflarının aşkın zarar olarak tazmini mümkün değildir.³⁰³ Avukatlık ücretinin tazmini istenemez çünkü bu husus hakkında yapılacak olan yargılamanın sonucunda bir karar verilir. Eğer alacaklının davası kabul edilirse, yargılama giderlerinden olan vekâlet ücreti borçlu üzerine bırakılır. Diğer bir anlatımla, alacaklı aşkın zararını talep ettiğini bir dava ile öne sürdüğünde vekâlet ücreti hakkında da hükümle birlikte bir ilam elde etmiş olur. Mahkeme tarafından takdir edilen ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 323'te yargılama giderleri arasında sayılan vekâlet ücretini

²⁹⁹Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 672-673; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 197 vd.

³⁰⁰Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 198; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 656.

³⁰¹Bilgen, 2001. **a.g.k.**, s. 313.

³⁰²Yıldız, 2020, **a.g.k.**, s. 160; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 200; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 199; Özdemir, 2004, **a.g.k.**, s. 22.

³⁰³Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 199.

aşan ve alacaklı ile avukatı arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olan vekâlet ücretinin de, HMK'da yargılama giderleri ile ilgili düzenlemenin TBK m. 122'deki düzenlemeye göre özel bir hüküm olması nedeniyle, aşkın zarar olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.³⁰⁴ Diğer masraf kalemleri olan danışma ücreti, vs. gibi avukatlık masrafları açısından ise haklı, gerekli ve ölçülü olması şartları aranmayacak olursa borçlunun sömürülmesi gibi bir duruma sebebiyet verilebileceğinden sadece bu kıstaslara uygun harcamalar aşkın zarar olarak talep edilebilir.³⁰⁵

Alacaklının alacağını elde edebilmesi için yaptığı harcama kalemlerinden bir diğerini ise seyahat masrafları oluşturur. Ancak, belirtmek gerekir ki her türlü yol masrafı aşkın zararın kapsamına dâhil edilemez. Örneğin, borcun taraflarının para borcunu aranacak borç haline getirmiş olmaları durumunda alacaklının borcu tahsil amacıyla borcun ifa edileceği yere varmak için yapması gereken seyahat harcamaları bu şekildedir. Söz konusu örnek bakımından dâhil edilememe sebebi aranacak borç haline getirilen para borcunun zamanında ifa edilseydi bile söz konusu seyahatin yapılacak olması ve bu nedenle yol masrafının aşkın zarar açısından temerrüt ile uygun bir illiyet bağı içerisinde olmamasıdır.³⁰⁶ Ölçülü, makul, haklı ve gerekli seyahat masrafları aşkın zarar talebi kapsamında istenebilir. Bu nitelikleri haiz olmayan seyahat masraflarının ise aşkın zarar kapsamına dâhil edilmesi borçlunun sömürülmesi anlamına gelir.

2.4.4.2. Alacaklının alacağına zamanında kavuşamaması nedeniyle diğer hukuki ilişkilerinde ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu, tazminat ve uğradığı benzeri zararlar

Alacaklı alacağı ile ilgili haklı olarak bir zamanında ifa beklentisi içerisinde bulunur. Söz konusu zamanında ifa beklentisinin doğal bir sonucu olarak da ödenecek meblağ ile ilgili bazı planlar yapmış yahut bazı taahhütler altına girmiş olabilir. Ancak adı geçen zamanında ifa beklentisinin borçlunun temerrüdü nedeniyle boşa çıkması halinde, bu planlar sekteye uğramış yahut söz konusu taahhütler alacaklı tarafından yerine getirilememiş olabilir. Alacaklının zamanında ifa beklentisi içinde olduğu ancak

³⁰⁴Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 201-202; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 201.

³⁰⁵Ş. Şirin (1996). *Hukukumuzda faizi aşan munzam zarar ve faiz*, İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, s. 11; Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 509; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 199; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 673.

³⁰⁶Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 197; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 199.

borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle zamanında kavuşamadığı alacağı mevcut bir borcu için kullanarak borçtan kurtulmayı planlamış olması ihtimal dâhilindedir. Yine, asıl borçlu ile aralarındaki sözleşme nedeniyle elde edeceğini düşündüğü parayı bir üçüncü kişi ile aralarında akdettikleri sözleşmede semen olarak kullanacak olabilir. İşte bu tip durumlarda alacaklının alacağına zamanında kavuşamaması nedeniyle diğer hukuki ilişkileri alacaklı açısından olumsuz olarak etkilenmiş olur. Bu olumsuz etkilerin en önemlileri alacağına zamanında kavuşamamış olan alacaklının ceza koşulu yahut tazminat ödemek zorunda kalması ya da kendisinin borçlu temerrüdüne düşmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu türden zararların aşkın zarar olarak talep edilebilmesi diğer şartların sağlanmış olması koşuluyla elbette mümkündür. Ancak, belirtilmelidir ki, adı geçen türde zararların aşkın zarar talebi kapsamında değerlendirilebilmesi için gereken uygun illiyet bağının varlığını kanıtlamak her zaman mümkün olmayabilmektedir.

Alacaklının kendi alacaklısına karşı mütemerrid duruma düşmesi sonucunda meydana gelen zarar ile borçlu temerrüdü arasında uygun bir illiyet bağının varlığının gerekmesi nedeniyle aşkın zarar talebinin kabulü yönünde hüküm kurulması özellikle kendine has bazı zorluklar içermektedir. Şöyle ki, alacaklının kendi alacaklısına olan para borcunu ödeyememesini haklı gösterecek ve temerrüt faizi ile varsa aşkın zarar ödemek zorunda kaldığının yanı sıra kendi ekonomik gücünün söz konusu borcu ödemeye yetmediğini ispatlamak durumundadır. Ek olarak söz konusu borcu ödemek için kredi kullanma imkânının da olmadığını da ispat yükü altındadır. Bir diğer anlatımla, başkaca herhangi bir çözüm yolu olmadığı için ve borçlu temerrüdü nedeniyle kavuşamadığı alacağını ikâme edemediğini ve bundan dolayı kendisinin borçlu temerrüdünü düşmüş olduğunu ispatlamak zorundadır. Aksi halde alacaklının borçlu temerrüdüne düşmüş olması ve bu sebeple uğradığı zararlar ile asıl borçtaki borçlunun temerrüde düşmüş olması arasında ancak mantıklı bir illiyet bağı kurulmuş olacağından aşkın zararının tazmini talebi kabul edilemez.³⁰⁷ Bu sonuç alacaklının kendi

³⁰⁷Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 203; Önderi, 2013, **a.g.k.**, s. 295; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.03.2008 Tarih ve 2007/6046 Esas ve 2008/1345 Karar sayılı kararı: “Davacı bu alacağının geç tahsili nedeniyle uğradığı munzam zararının ödenmesini istemektedir. Alacağına zamanında kavuşamadığından aleyhinde icra takipleri bulunduğunu, SSK primlerini zamanında ödeyemediği için icra takibatına maruz kaldığını yine vergi dairesine ve bankaya borçlarını ödeyemediği için cezalı duruma düştüğünü iddia etmiş ve bu konuda delillerini dosyaya sunmuştur. Kural olarak alacaklının düşer olduğu zarar geçmiş günlük faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararın tazmini ile yükümlüdür (BK.105/II.md.)... O halde mahkemece, davacının dosyaya sunduğu delilleri toplanmalı aleyhine yapılan takipler nedeniyle ve almış olduğu krediler için fazladan ödemek

alacaklısına ceza koşulu ya da tazminat ödemek zorunda kalması ile ilgili durumlarda da geçerlidir.

Aynı şartlar altında, alacaklının üçüncü bir kişiyle olan borç ilişkisinde kendi alacaklısına karşı olan taahhüdünü yerine getiremediğinden ceza koşulu veya tazminat ödemek zorunda kalmış olmasından kaynaklanan zararlarının yanı sıra bu anlamda hakkında bir icra veya iflas takibine girişilmiş olması durumunda da aşkın zararını talep edebilir. Söz konusu takip ya da takipler nedeniyle mallarının haczedilerek veya iflas etmesi sonucunda ederinden daha düşük bir bedelle satılmış olması sonucunda uğradığı zarar da aşkın zarar olarak tazmin ettirilebilir.³⁰⁸

Son olarak, belirtmelidir ki, bu alt başlık altında ele alınan zarar kalemleri açısından borçlunun aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için alacaklının ileri sürdüğü vakıalar çürütülebilir. Örneğin, alacaklı ile üçüncü kişi arasında ileri sürüldüğü gibi bir borç ilişkisinin var olmadığı yahut söz konusu borç ilişkisinin muvazaalı olduğu, alacaklının iddia ettiği gibi bir ceza koşulu yahut tazminat ödemek zorunda kalmadığı, bunlardan herhangi birini ödemiş olsa dahi ileri sürülen kapsam ve miktarda olmadığı iddia ve ispat edilebilir. Bunların yanı sıra, borçlu, alacaklının hiç borçlu temerrüdüne düşmediği yahut borçlu temerrüdüne düşmüş olmakla birlikte ödemek zorunda kaldığı temerrüt faizi yahut aşkın zarar tazminatının ileri sürülenden düşük bir meblağ olduğu gibi hususları da ispat edebilir. Borçlu bu ispat faaliyetinde başarılı olabilirse aşkın zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulabilir yahut ispatlayabildiği ölçüde daha düşük bir aşkın zarar tazminatı ödeyebilir.

2.4.4.3. Zamanında ödenmemiş olan paranın ikâmesi için yapılan masraflar

Borçlu temerrüdünün oluşması ile birlikte alacaklı tahsil edeceği beklentisinde olduğu belirli meblağda bir paranın tahsilini yine beklenti içerisinde olduğu zamanda tahsil edememiş ve bu sebeple de ihtiyaç duyduğu parayı üçüncü bir kaynaktan temin etmek durumunda kalmış olabilir. Söz konusu kaynak kredi kullandırma faaliyeti ile

durumunda kaldığı faiz, ceza gibi somut olarak uğradığı zararlar gerektiğinde davacının defter ve kayıtları da bilirkişiye incelettirilmek suretiyle varsa munzam zararı Yargıtay denetimine elverişli biçimde hesaplatılmalı, sonuca göre hüküm kurulmalıdır.”

³⁰⁸Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 203; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 204; Z. Gözütok (2010). *İlgili konularla birlikte açıklamalı – içtihatlı genel ve özel faiz hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 181.

iştİgal eden bir kurum olabileceği gibi özel bir kişi de olabilir. Kaynağından bağımsız olarak paranın temin edilmesi için alacaklının eğer alacağını zamanında tahsil edebilmiş olsaydı katlanmak zorunda kalmayacağı bazı masraflara katlanmak zorunda kalması söz konusu olur. Bu anlamda olmak üzere, kredi dosya masrafı, komisyon ve faiz gibi harcamalar alacaklının katlanmak zorunda kalacağı masraf kalemlerine örnek gösterilebilir.³⁰⁹ Alacaklı, karşılamak zorunda kaldığı bu masraf kalemleri dolayısıyla temerrüt faizi ile karşılanamayan zararını, eğer diğer şartlar da gerçekleşmiş işe, borçludan aşkın zararının tazmini kapsamında talep edebilir.³¹⁰

Alacaklının zamanında ödenmemiş olan paranın ikâmesi için yaptığı masrafların aşkın zarar talebine konu edilmesi bakımından aşkın zararın tazmini için aranan genel şartların yanı sıra bazı özel durumlara da dikkat çekilmelidir.

Genel şartlar bakımından, alacaklı, borçlunun temerrüde düşmüş olması nedeniyle başkaca bir kaynaktan borcun konusunu teşkil eden meblağı ikâme etmek zorunda kaldığını, ikâme edebilmek için faiz dâhil bir takım masraflara katlandığını, söz konusu masraflar nedeniyle malvarlığında bir eksilme meydana geldiğini, bu eksilmenin temerrüt faizi ile karşılanamamış olduğunu ve oluşan bu zarar ile borçlunun temerrüde düşmüş olması arasında uygun bir illiyet bağının varlığını ispat etmekle yükümlüdür.

Dikkat çekilmesi gereken özel durumlar, kullanılan kredi yahut alınan borç için alacaklı tarafından ödeme taahhüdü altına girilen faiz oranı, ikâme edilen meblağın temerrüde düşülmüş olan meblağdan fazla olması hâli ve ikâmenin yabancı para ile gerçekleştirilmiş olması olarak sıralanabilir.

İkame için alacaklının ödeme taahhüdü altına girdiği faiz oranının piyasa şartlarında mevcut en uygun faiz oranı olmaması durumunda borçlunun aşkın zarar kapsamındaki sorumluluğu tartışılmalıdır. Doktrinde, bir tefeciden alınan paranın dâhi aşkın zarar olarak tazmin edilmesi gerektiği yönünde, katılmadığımız bir görüş ileri sürülmüştür.³¹¹ Bizim de katıldığımız görüşe göre, alacaklının daha düşük faiz oranıyla kullanabileceği kredi kullanmaması hususunda haklı bir gerekçesi yoksa malvarlığında

³⁰⁹Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 204; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 677.

³¹⁰Albař, 2004, **a.g.k.**, s. 205; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 204; Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 65; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 619; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 419; Bilgen, 2001. **a.g.k.**, s. 314.

³¹¹Domani, 1993, **a.g.k.**, s. 65. Eleştirisi için bkz. Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 205, dn. 601.

meydana gelen eksilme kendi iradesi ile oluştuğu için zarar olarak değerlendirilemez.³¹² Örneğin %20 faiz oranı ile kredi kullanabilme imkânı bulunduğu halde %25 faiz oranı ile kredi veren bir bankanın tercih edilmesi durumunda alacaklının neden daha uygun şartlar sunan krediyi tercih etmediği irdelenmelidir. Eğer söz konusu tercih haklı bir gerekçeye dayanmıyorsa alacaklının kullanmış olduğu kredi için ödemek zorunda kaldığı faiz ile ilgili aşkın zarar talebinde fazla olan kısım indirilmelidir.

İkame edilen meblağın temerrüde düşölmüş olan meblağdan fazla olması hâlinde genellikle kullanılan kredi tutarı üzerinden belli bir yüzde şeklinde hesaplanan komisyon, dosya masrafı, vs. gibi kalemlerin de aşkın zararın talebi hâlinde irdelenmesi gerekir. Benzer şekilde, temerrüde düşölen den daha yüksek bir meblağda kredi kullanılması durumunda sadece temerrüde düşölen borcun konusu kadar bir tutarın ikâme edilmesi durumunda ödenmesi gerekenden daha yüksek bir tutar olarak ortaya çıkacak olan faizin aşkın zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de dikkat çekilmesi gereken bir diğer özel durumdur. Bu durumda da, sayılan masraf kalemlerinin, kanaatimce, alacaklının borçlunun ödemediğinden daha yüksek miktarda bir kredi kullanmış olmasının haklı bir gerekçesi yoksa aşkın zarar tazminine konu edilememesi gerekir. Bir diğer anlatımla, alacaklının elde edemediği miktar bakımından ve bunun ikâmesi için gereken masraflar kadar bir zarara uğramış olduğu kabul edilmelidir. Ancak, bizim de katıldığımız görüře³¹³ göre, alacaklı haklı bir gerekçeye dayanarak – örneğin kredi kuruluşlarının borcun konusu kadar düşük bir tutarda kredi kullandırmaması – daha yüksek bir meblağda kredi kullanmışsa, fazladan elde ettiği yararın masraf kalemlerinden düşölmesi sonucunda aşkın zarar tazminine konu edilebilecek miktara ulaşılır.

Son olarak değinilmesi gereken özel durum ise, ikâmenin yabancı para cinsinden gerçekleştirilmiş olması durumudur. Kural olarak ikâmenin sağlandığı kaynağın yabancı para yahut ülke parası cinsinden olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Ancak, alacaklının haklı bir gerekçesi olmaksızın ve en baştan belli olacak şekilde borçlu aleyhine bir durumun oluşmasına -bir başka deyişle masrafın artmasına- neden olacak bir tercihte bulunmuş olması durumunda, aksi tercih edilmiş olsaydı katlanılması gereken masraf kalemleri aşkın kısmın aşkın zarar olarak tazmin edilmesi mümkün

³¹²Albař, 2004, **a.g.k.**, s. 205.

³¹³Albař, 2004, **a.g.k.**, s. 206.

değildir. Çünkü burada da, yukarıda ele alınmış olan daha yüksek faiz oranıyla kredi kullanılmış olması durumunda olduğu gibi, seçim yapma hakkını elinde bulunduran alacaklının kendi iradesiyle malvarlığında bir eksilme yarattığı ve bu durumun zarar olarak nitelenemeyeceği görüşü geçerlilik kazanır.³¹⁴

Meydana gelen ve temerrüt faizini aşan zarar ile borçlunun temerrüde düşmüş olması arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekliliği hususu da zamanında ödenmemiş olan paranın ikâmesi için yapılan masraflar bakımından farklı bir özellik arz edebilir. Şöyle ki, alacaklının böyle bir ikâmeyi haklı göstermeyecek ölçüde mali gücünün bulunması, borçludan aşkın zarar olarak tazmin edebileceği düşüncesiyle hareket ederek kredi alması durumunda bunun için yapılan masraflar ile borçlunun temerrüde düşmüş olması arasındaki illiyet bağı kesilir. Nitekim uygulamada da aşkın zararın tazmini talebine konu edilen kredi kullanımı ile ilgili alacaklı tarafın gerçekten böyle bir kredi kullanımına ihtiyaç duyup duymadığı araştırılmadan tazmin talebinin kabul edilmesinin isabetli olmadığı yönünde kararlar verilmektedir.³¹⁵ Diğer bir deyişle, haklı bir menfaati bulunmadığı halde kredi kullanan alacaklının, kullandığı kredi için yapmış olduğu masrafları aşkın zarar kapsamında borçluya tazmin ettirmesi mümkün değildir. Yeri gelmişken belirtmelidir ki, hem zarar hem de ortaya çıkan zarar ile borçlunun temerrüde düşmüş olması arasındaki uygun illiyet bağı hususlarında ispat yükü alacaklı üzerinde olsa da; borçlunun da gerek zarar ve miktarı gerekse de uygun bir illiyet bağının var olmadığını göstermek amaçlarına matuf bir ispat faaliyeti yürütme imkânı bulunmaktadır.³¹⁶

Zamanında ödenmemiş olan paranın ikâmesi için yapılan masraflar ile ilgili uygulamada da alacaklının uğradığını iddia ettiği zarar ve kullanılan ikâme kaynağı arasında bir uygunluk araştırması yapılması gerektiği hususuna vurgu yapan ve böylelikle herhangi bir kredi kullanımı yahut ikâme kaynağından yararlanmak için yapılan masrafların değil gerçekten borçlunun temerrüde düşmesi ile uygun bir illiyet

³¹⁴Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 204, dn. 599.

³¹⁵Örn. bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin 12.11.2020 Tarih ve 2019/319 Esas ve 2020/1260 Karar sayılı kararı: "...dava dışı şirketin işletmesel sermaye miktarı itibarıyla kredi çekmesinin gerekmediği, gerekiyorsa hangi bankadan hangi tarihte, ne miktar kredi çekildiği, kredi için ne miktar kim tarafından ödeme yapıldığı, bunun sonucu temerrüt faiziyle karşılanmayan davacı zararının olup olmadığı açıklattırılıp..."

³¹⁶von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 619; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 207; Bilgen, 2001. **a.g.k.**, s. 314.

bağı içerisinde bulunan zararın tazmininin sağlanmaya çalışıldığı kararlar verilmektedir.³¹⁷

2.4.4.4. *Kazanç kayıpları*

Türk Borçlar Kanunu sistematigi içerisinde hangi zarar kalemlerinin aşkın zararın tazmini kapsamında talep edilebileceği ile ilgili herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumun bir sonucu olarak TBK m. 114/II’de öngörülmüş olan gönderme gereğince haksız fiillerden kaynaklanan zararlar kapsamında tazmin talebine konu edilebilecek her türlü zarar kalemi aşkın zarar kapsamında da söz konusu talebe konu edilebilir. Kazanç kayıpları da bu kapsama dâhildir.³¹⁸

Kazanç kayıpları çalışmamızın önceki bölümünde³¹⁹ de ele alındığı üzere malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici eylem sebebiyle ve bu eylem sonucunda kısmen yahut tamamen önlenmesi olarak ortaya çıkan eksilmeleri ifade eder. Aşkın zarar olarak ortaya çıkabilecek kazanç kayıpları açısından bu tanımda yer alan zarar verici eylem borçlunun temerrüde düşmüş olmasıdır. Aşkın zararın tazmin edilebilmesinin temel şartlarından olan, ortaya çıkan zararın temerrüt faizi ile karşılanamamış olduğunun ve söz konusu zararın miktarının ispat külfeti kazanç kaybı şeklinde ortaya çıkan zararlarda da alacaklının üzerindedir. Belirtilmelidir ki, kazanç kaybı şeklinde ortaya çıkan zararların doğası gereği, alacaklı, söz konusu zararın varlığı ve miktarı ile ilgili yürütülecek olan ispat faaliyetini ekseriyetle bir varsayıma dayandırmak zorundadır. Farklı bir anlatımla, alacaklı, uğramış olduğu zararın miktarı bakımından borçlu temerrüde düşmüş olmasaydı malvarlığının bulunacağı farazi durum

³¹⁷Örn. bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 14.02.2017 Tarih ve 2016/4327 Esas ve 2017/594 Karar sayılı kararı. “Davacı alacaklı bu hakedişlerdeki alacaklarını değişik banka ve firmalara teminat için temlik ederek kredi çektiği ve kredi faizi ödemek zorunda kaldığından ihtarnamelerde talep ettiği hakediş alacakları için temerrüt tarihlerinden bu hakedişlerin ödendiği tarihlere kadar ödemek zorunda kaldığı faizi aşan munzam zararına neden olduğu... kredi alınan banka ve kuruluşların defter ve kayıtları üzerinde inceleme yaptırılarak hakediş miktarları ile kullanılan kredi miktarları karşılaştırılıp hakediş miktarlarından fazla olmamak üzere, davacının aldığı krediler nedeniyle temerrüt tarihlerinden ödeme tarihlerine kadar banka ve kuruluşlara ödemek zorunda kaldığı kredi ve temerrüt faizi miktarı konusunda gerekçeli ve ... denetimine elverişli ek rapor alınarak değerlendirilmek suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan munzam zarar alacağının yazılı miktarda kabul edilmesi de usul ve yasaya aykırı olmuştur.”

³¹⁸Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 208; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 205; Bilgen, 2001, **a.g.k.**, s. 314; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 673; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 535; Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 509-510.

³¹⁹Bkz. yuk. I. Bölüm B. 2.6.2.

ile borçlu temerrüde düşmüş olduğu için içinde bulunduğu durum arasındaki olumsuz farkı ispat etmelidir. Bu nedenle alacaklıya yüklenen ispat külfeti zararın tazmini talebini güçleştirmektedir. İşte tam da bu noktada TBK m. 114/II'deki göndermenin bir sonucu olarak TBK m. 50/II'de öngörülmüş olan hüküm devreye girmektedir.³²⁰ Adı geçen düzenleme gereği, tam olarak ispat edilemeyen zararın miktarının hâkim tarafından olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemler de göz önünde tutularak ve hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Belirtilmelidir ki, çalışmamızın önceki bölümlerinde ele alınmış olan ve hem doktrinde hem de yargı mercileri nezdinde verilen kararlarda üzerinde tam olarak bir görüş birliği sağlanamamış olan somut yöntem – soyut yöntem tartışması burada da önem arz etmektedir.³²¹ Ancak kazanç kayıpları başlığı altında ele alınması gereken zarar kalemleri sadece paranın değer kaybından kaynaklanan zararlardan mütevellit değildir. Soyut yöntemin kullanılması durumunda başvuru fiili karinenin benzerleri sadece paranın değer kaybından kaynaklanan zarar kalemleri açısından değil hemen hemen tüm kazanç kaybı niteliğindeki zarar kalemleri açısından uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Alacaklının paranın değer kaybından etkilenmemek yahut daha az etkilenmek amacıyla yatırım yapacağı şeklindeki fiili karine, paranın değer kaybından kaynaklanan zararın ve miktarının ispatında kullanılmaktadır.³²² Alacaklının diğer kazanç kaybı zararlarının yahut bu zararların miktarının ispatı için bir mal ya da hizmet alımında kullanılamamış olması yahut söz konusu alımların borçlu temerrüde düşmeksizin para borcunu eda etmiş olsaydı daha yüksek miktarlarda yapılabileceği fiili karinelerine dayanması mümkündür. Bu fiili karinelerden örnek babında bahsedilmiş olup, kullanılacak olan fiili karinenin somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerekir. Bir diğer anlatımla, aşkın zararın tazmini konusunda alacaklının uğradığını iddia ettiği kazanç kaybı zararları açısından tüm olasılıkları karşılayabilecek genel geçer bir fiili karineden bahsedilemez.³²³

³²⁰Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 200; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 184; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 716; Özdemir, 2004, **a.g.k.**, s. 35 vd.

³²¹Bkz. yuk. II. Bölüm B. 1.4.3.1. ve 1.4.3.2.

³²²Zararın ispatlanması hususunda adı geçen karinenin kullanıldığı uyuşmazlıklarda meydana gelen zarar paranın değer kaybından kaynaklanan zarar olmayıp kazanç kaybı (yoksun kalınan kâr) nev'inden zararlar olduğu yönünde Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 211.

³²³Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 212.

Belirtilmelidir ki ispat yükü her halükârda öncelikle alacaklının üzerindedir. Bu şekilde fiili karinelere dayanma imkânına sahip olması ile kazanç kaybı şeklinde meydana gelmiş olan zararlar bakımından alacaklının uğramış olduğu zararı ve bu zararın miktarını ispatında içinde bulunduğu zor durum bertaraf edilmiş olmaktadır. Ancak, uyuşmazlığın çözümü için kullanılacak olan fiili karinenin belirlenmesinde somut olayın özellikleri olan hayatın olağan akışı, para borcunun kaynağı olan işlemin niteliği, borçlu ve alacaklının iştirak ettikleri meslekler, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu para borcunun miktarı ve ülke genelinde yaşanmakta olan ekonomik koşullar gibi pek çok kıstas göz önünde bulundurulmalıdır.³²⁴ Ayrıca, alacaklının uğramış olduğu gerçek kazanç kaybı eğer fiili karineler kullanılarak elde edilen miktardan daha düşük bir eksilme olarak ortaya çıkmışsa hakkaniyet gereği gerçek kazanç kaybı miktarınca bir tazminata hükmedilmesi gerekir.

Alacaklının fiili karinelere dayanma imkânına sahip olması ve bu imkândan faydalanması ile birlikte ispat yükü yer değiştirir. Şöyle ki, bu olasılıkta borçlunun fiili karineyi çürütmesi yahut meydana gelen zararın fiili karineye dayanılarak hesaplanandan daha düşük bir miktarda olduğunu ispatlaması gerekmektedir.

Kazanç kaybı niteliğindeki aşkın zararın belirlenmesi bakımından bazı hususların göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu hususlar, alacaklının sosyal durumu, iştirak ettiği meslek, ülke genelinde ve alacaklının dâhil olduğu sosyal çevrede olayların olağan akışı ve söz konusu zararın oluşmaması ya da sınırlandırılması hususlarında almış olduğu yahut alabileceği halde ihmal ettiği tedbirler olarak sıralanabilir. Diğer yandan, makul ölçüler haricinde kalan ve hayali kazançlar olarak nitelenebilecek kazanç kayıplarının tazminine ilişkin talepler kabul edilemez. Örneğin, alacaklının, borçlu temerrüde düşmeksizin para borcunu ödemiş olsaydı söz konusu parayla at yarışı, piyango, loto gibi şans oyunlarından yahut tefecilik, karaborsacılık gibi hukuka ve ahlaka aykırı yollardan elde edeceği kazancından mahrum kaldığı iddiaları bu minvaldendir.³²⁵

³²⁴Bilgen, 2001. **a.g.k.**, s. 314; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 212.

³²⁵Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 210; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 206; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 674.

2.4.4.5. *Yabancı para borçlarında meydana gelen kur farkı*

Borçlunun temerrüde düşmüş olduğu para borcu ülke parası haricinde bir para birimi ile ödenmesi gereken bir borç olabilir. Bu durumda temerrüt süresi içinde borcun konusu olan yabancı paranın piyasa değeri Türk Lirası karşısında temerrüt faizi ile karşılanamayacak ölçüde artmış ya da azalmışsa alacaklının aşkın zarar olarak talep edebileceği bir zarara uğramış olur.³²⁶ Burada hemen belirtilmelidir ki, aşkın zarar olarak talep edilebilecek söz konusu zararın kapsamına borcun doğduğu andan muaccel olup da borçlu temerrüdünün olduğu ana kadar olan kurdan kaynaklanan eksilmeler dâhil değildir. Bir diğer anlatımla, aşkın zarar olarak talep edilebilecek kur farkından kaynaklı zararlar sadece borçlunun temerrüdü sürecindeki kur değişikliklerinden kaynaklanan zararlardır.³²⁷

Yukarıdaki giriş cümlesinde yabancı paranın ülke parası karşısındaki değerinin hem artması hem de azalması durumlarında aşkın zararın doğabileceğinden bahsedilmiştir. 3678 sayılı Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine eklenmiş olan fıkraya kadar bu durum geçerliliği haizdir. İlk olasılık olan yabancı paranın Türk Lirası karşısında temerrüt süresince değer kaybetmiş olması, bir diğer anlatımla, yabancı para kurunun düşmüş olması durumunda eğer borçlu edayı yabancı para ile gerçekleştirmişse alacaklının eline Türk Lirası bazında daha düşük bir meblağ geçer. İkinci olasılık olan yabancı para kurunun yükselmiş olması durumunda -ki ülkemiz ekonomik şartları göz önünde bulundurulduğunda bu meydana gelmesi ihtimali çok daha yüksek olan olasılıktır³²⁸- ise, ödeme Türk Lirası ile gerçekleştirilmişse alacaklı elde ettiği Türk Lirası ile borçlanılan miktardan daha az bir yabancı para elde etmiş olur. İşte bu iki durumda da eğer alacaklının uğramış olduğu zarar temerrüt faizi ile karşılanamayacak bir miktara ulaşmışsa, alacaklı, kur kaybından kaynaklanan zararını aşkın zarar olarak talep edebilir. Adı geçen 3678 sayılı Kanun ile 818 sayılı

³²⁶H. Pekcanitez (1998). *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda yabancı para alacaklarının tahsili*. (3. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 119; E. Yanık (2020). *Yabancı para borçları*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., s.155; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 489; Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 66; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 214; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 213-214.

³²⁷Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 214; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 214; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.06.1988 Tarihli ve 1998/11-299 Esas ve 1998/380 Karar sayılı kararı: “Munzam zararın bir türü olan kur farkı davalarında, borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü, asıl borç ve temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur.”

³²⁸Pekcanitez, 1998, **a.g.k.**, s. 136; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 217.

Borçlar Kanunu'na eklenen fıkra kadar olan süreçte geçerli olan bu iki olasılık haricinde alacaklının kur kaybı nedeniyle aşkın bir zarara uğramış olması mümkün değildir. Şöyle ki, şayet yabancı para kurunun düşmüş olması ihtimalinde alacaklı borçlunun Türk Lirası ile yapacağı ödemede herhangi bir zarara uğramış olamaz. Aksi durum olan yabancı para kurunun yükselmiş olması ihtimalinde de eğer borçlu yabancı para ile ödeme yapmışsa, alacaklının uğradığı herhangi bir zarar yoktur. Çünkü her iki durumda da alacaklı kur kaybından kaynaklanması öngörülen zarara daha avantajlı olan seçenek ile kendisine yapılan tediye nedeniyle uğramamış olur.³²⁹

3678 sayılı Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 83'e eklenen "Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiilî ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir." hükmü ve 3095 sayılı Kanun'a eklenen "Sözleşmede daha yüksek akdî veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır." şeklindeki madde nedeniyle kur kaybından kaynaklanan aşkın zararın oluşmasının oldukça zor olduğu ifade edilmektedir.³³⁰ Nitekim bahsi geçen hükümler, günümüzde de 3095 sayılı Kanun'un 4/a maddesi olarak aynen; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 99/II'de ise konumuz bakımından aynı sonucu doğuracak şekilde yürürlüğünü sürdürmektedir. TBK m. 99/II'de öngörülmüş olan hüküm gereğince, alacaklının, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk Lirası ile ödenmesini isteyebilme yetkisi vardır. Kur kaybı nedeniyle aşkın zarar oluşmasının çok ender rastlanacak hale gelmiş olduğu savının temelinde alacaklının edayı aynen, vade günündeki kur üzerinden ya da fiili ödeme günündeki kur üzerinden talep edebilme hususunda sahip olduğu seçimlik hak yatmaktadır. Alacaklının söz konusu seçimlik hakkını kur kaybı zararına maruz kalmayacak şekilde yapması beklenen tercihidir. Bunun yanı sıra alacaklı, örneğin, yabancı para kurunun yükselmiş olması durumunda olur da daha düşük olan vade tarihindeki kuru tercih ederse de zararın ortaya çıkması kendi tercihinin bir sonucu olacağından bu zararı aşkın zarar kalemi olarak talep etmesi mümkün değildir. Belirtilmelidir ki, buradaki talep

³²⁹Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 216, dn. 635.

³³⁰C. Baygın (1997). *Yabancı para üzerinden borçlanmalar ve hukuki sonuçları*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., s. 135; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 218; Pekcanitez, 1998, **a.g.k.**, s. 213; Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 186; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 536.

edilememe sebebi ortaya çıkan zararda borçlunun kusurunun ortadan kalkması olmayıp; alacaklının yaptığı tercih nedeniyle kur değişiminden kaynaklanan zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağının kesilmesidir.³³¹

Yukarıda bahsi geçen kur kaybı zararının meydana gelmesinin çok ender rastlanılabilecek bir mahiyete kavuşmasında 4949 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 17.03.2003 tarihinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 58. maddesinde yapılan değişiklik de etkin olmuştur.³³² Şöyle ki, söz konusu değişiklikten önceki dönemde alacaklının kur kaybından kaynaklanan zararının ortaya çıkma ihtimalinin oldukça düşük olması ancak borçlunun herhangi bir takibe ihtiyaç kalmaksızın kendi rızası ile temerrüde düştüğü yabancı para borcunu ve temerrüt faizini eda etmesi durumu için geçerli idi. Bir diğer anlatımla, borçlu kendi rızasıyla yahut en azından mahkeme hükmünün yerine getirilmesi için ilamlı icraya girişilmesine gerek kalmaksızın ifayı gerçekleştirmiş olması durumunda kur kaybı zararı meydana gelmiyor ancak ilamlı ya da ilamsız bir takibe girişilmesi durumunda yine kur kaybından kaynaklanan ve temerrüt faizini aşan bir zarar meydana gelebiliyordu. Bunun sebebi ise, İcra ve İflas Kanunu m. 58/II b.3'teki adı geçen değişiklik öncesinde alacaklının takip talebinde bulunurken alacağını Türk Lirası'na çevirmek durumunda olması ve uygulanacak olan faizin de söz konusu Türk Lirası ile ifade edilen meblağa uygulanmakta olmasıydı. Eğer takip talebi ile tahsilat arasında geçen süreçte yabancı para kurundaki artış faiz ile karşılanamayacak bir tutara tekabül ederse bu durumda yine aşkın zarar olarak nitelenebilecek bir zarar meydana gelebilmekteydi. Ancak, 4949 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile İcra ve İflas Kanunu m. 58/II b.3'te öngörülmüş olan hükümde yapılan değişiklik ile alacaklı takip talebinde alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiğini gösterme hakkına sahip hale gelmiştir. Bu değişiklik ile birlikte Türk Borçlar Kanunu m. 99/III'te öngörülmüş olan düzenleme ile maddi hukuk anlamında getirilen değişiklik ile uyumlu bir şekli hukuk kuralı düzenlemesi meydana getirilmiştir. Dolayısıyla, borçlunun bir takip sonucunda yabancı

³³¹Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 219; Borçlu kusurunun alacaklı tarafından yapılan tercihle birlikte ortadan kalktığı ve borçlunun kusur sorumluluğuna dayanan aşkın zararın tazmini yükümlülüğünden bu sebeple kurtulacağı yönünde bkz. Pekcanitez, 1998, **a.g.k.**, s. 134.

³³²Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 692.

para borcunu ve temerrüt faizini ödemiş olması durumunda da kur kaybı zararının meydana gelme ihtimali ortadan kalkmıştır.³³³

2.4.5. Aşkın zarar tazminatının hesaplanması

Aşkın zararın ve buna bağlı olarak tazminatın hesaplanması hususunda Türk Borçlar Kanunu ya da başkaca herhangi bir kanunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu sebeple, zararın ve tazminatın hesaplanması için, TBK m. 114/II'nin yollaması ile TBK m.50-52'de düzenlenmiş olan haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanarak sonuca gidilir.³³⁴ Aşkın zararın tazmin edilmesine yönelik talep hakkı, temerrüt faizinin aksine fer'i değil asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız ve aslî nitelikte bir tazminat hakkı olarak ortaya çıkmaktadır.³³⁵ Bu durumun sonucu olarak, aşkın zararın tazmin edilmesi talebi borçlunun para borcunda temerrüde düştüğü asıl alacak ve temerrüt faizi ile ilgili olarak açılmış davalarda ileri sürülebileceği gibi ayrı bir davaya da konu edilebilir. Ek olarak, alacaklının, asıl davada yahut başkaca herhangi bir tahsilat söz konusu olmuşsa burada aşkın zararının tazmini hususunu saklı tutması da gerekli değildir.³³⁶ Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26'da öngörülmemiş olan taleple bağlılık ilkesi gereği asıl alacak ve temerrüt faizi talebinin konu edilmiş olduğu bir davada hâkimin kendiliğinden aşkın zarar olarak ortaya çıkmış bir zararın tazmini yönünde karar kurması mümkün değildir.³³⁷

Hukukumuzda, kural olarak, tazminatın üst sınırını zarar oluşturur.³³⁸ Bu nedenle, aşkın zarar tazminatının hesaplanabilmesi için ilk olarak zararın belirlenmesi gerekir. Bu noktada alacaklı malvarlığında meydana gelen ve meydana gelecek olan kayıpları ve söz konusu kayıpların miktarını ispat etmek durumundadır. Şayet alacaklı adı geçen

³³³Gözütok, 2010, **a.g.k.**, s. 185; Eren, 1975b, **a.g.k.**, s. 592; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 692; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 222.

³³⁴Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 200; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 184; Arslan ve Kırmızı, 2004, **a.g.k.**, s. 716; Özdemir, 2004, **a.g.k.**, s. 35 vd.

³³⁵Öçal, 1967, **a.g.k.**, s. 157; Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 255; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 216; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 233.

³³⁶Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 220; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 233; Öçal, 1967, **a.g.k.**, s. 156-157. Aksi yönde ve isabetli olmayan bir karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.10.1987 Tarihli ve 11-244 Esas ve 1987/752 Karar sayılı kararı.

³³⁷Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 255; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 220; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 234.

³³⁸G. Gönül Koşar (2020). Haksız fiil hukukunun amacı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(3), s. 1440; Kurt, 2015, **a.g.k.**, s. 801; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 533; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 113; Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 315.

kayıpları ispat etmiş olmakla birlikte miktarını ispat edemeyecek durumdaysa TBK m. 50/II gereğince zararın miktarını hâkim belirler.

Doktrinde baskın görüşe göre, zararın miktarının belirlenmesinde, aşkın zarar tazminatının herhangi bir gecikme nedeniyle değil de borçlunun temerrüde düşmüş olmasının bir sonucu olduğundan hareketle, kural olarak, temerrüt süresince ortaya çıkan zararların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.³³⁹ Bir diğer görüşe göre, süre bakımından getirilen adı geçen sınırlandırma ilk bakışta isabetli bir sınırlandırma olarak görünse de, borçlu temerrüdü ile uygun bir illiyet bağı içinde bulunan ancak temerrüdün sona ermesinden sonra meydana gelen yahut miktarı artan zararların tazminine engel olacağından böyle bir sınırlamaya gidilmesi uygun değildir.³⁴⁰

Zararın belirlenmesinin ardından tazminatın belirlenmesi aşamasına geçilir. Bu aşamada yapılması gereken ilk iş elde edilen zarar miktarından temerrüt faizinin düşülmesidir. Bu durum aşkın zararın, tanımı gereği, temerrüt faizini aşan bir zarar olarak öngörülmüş olmasının doğal bir sonucudur. Alacaklı kendi feragati yahut asıl alacağa ilişkin davada temerrüt faizi talebi hakkını saklı tutmamış olması gibi nedenlerle temerrüt faizi almamış olsa dahi bu durum değişmez. Aksinin kabulü halinde, TBK m. 131/II'de öngörülmüş olan işlemiş faizin ifasını isteme hakkının saklı tutulmuş olması ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğunun anlaşılıyor olması şartıyla söz konusu faizin istenebileceği hükmü isabetsiz bir şekilde daraltılmış olur.³⁴¹

Ortaya çıkan zarar miktarından temerrüt faizinin düşülmesinin ardından, alacaklı ile borçlu arasındaki para borcu bir sözleşmeden doğmuş ve söz konusu sözleşmede bir ceza koşulu öngörülmüş ise adı geçen ceza koşulu ediminin değerinin de belirlenen zarardan düşürülmesi gerekir. Çünkü ceza koşulu borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması durumunda alacaklının uğrayacağı zararı giderme amacına matuf olarak öngörülmüş olan götürü bir tazminat işlevi görmektedir.³⁴² Bilindiği üzere, temerrüt

³³⁹Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 256; Şirin, 1996, **a.g.k.**, s. 10; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 220-221.

³⁴⁰Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 234-235.

³⁴¹Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 226; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 222; Öçal, 1967, **a.g.k.**, s. 157; Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 235.

³⁴²K. Tunçomağ (1963). *Türk hukukunda cezai şart*. İstanbul: Baha Matbaası, s. 30; G. Dirican (2007). *Eser sözleşmesinde temerrüde dayalı cezai şart ve Yargıtay uygulaması*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 16; E. Tutar (2017). Cezai şartın hukuki niteliğini açıklayan görüşlerin dönme cezası bakımından değerlendirilmesi ve dönme cezasının benzer kurumlardan farkı, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(125), s. 32-33 <https://jurix.com.tr:2079/article/7467> (Erişim Tarihi: 21.01.2022).

faizi de kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan götürü bir tazminat niteliğindedir.³⁴³ Bu bağlamda kanun koyucu tarafından öngörülen bir götürü tazminat niteliğindeki temerrüt faizi zarar miktarından düşülürken; taraflarca öngörülmüş olan götürü tazminat niteliğindeki ceza koşulunun söz konusu miktardan düşülmemesi hukuk mantığı ile bağdaşmaz.³⁴⁴

Temerrüt faizi ve ceza koşulu ile ilgili uygulamanın aksine, Türk Ticaret Kanunu m. 783/III'te hüküm altına alınmış olan çek tazminatı ve İcra ve İflas Kanunu m. 67/II'de düzenlenmiş olan icra inkâr tazminatının zarar miktarından indirilip indirilmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Adı geçen tazminatların aşkın zarar miktarından indirilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, kanun koyucunun söz konusu tazminatları öngörmüş olmasının nedeni borçlunun temerrüde düşmüş olmasından bağımsız olarak çek tazminatında çekin karşılıksız çıkması, icra inkâr tazminatında ise borçlunun takibe haksız olarak itiraz etmesidir.³⁴⁵ Bizim de katıldığımız görüşe³⁴⁶ göre, çek tazminatı ve icra inkâr tazminatı kalemlerinin de aşkın zarardan indirilerek hüküm kurulması gerekir. Son tahlilde borçluyu temerrüde düşmüş olması nedeniyle cezalandırmak sonucuna varacak olan adı geçen tazminatların aşkın zarar miktarından indirilmemesi durumunda hukukumuzda tazminatın telafî amacına yönelik olarak kurgulanmış olmasının hilafına bir sonuç ortaya çıkar. Ayrıca, söz konusu tazminatların indirilmesi aşkın zararın ve tazminatın hesaplanması hususlarında kendisine uygulama alanı bulan haksız fiil hükümleri açısından da uygun olan yoldur.

Alacaklının uğramış olduğu toplam zarardan indirilmesi gereken değerler indirildikten sonra ortaya çıkan miktar, aşkın zarar tazminatı olarak hükmedilebilecek azami miktardır. Bu aşamadan sonra TBK m. 52 hükmü devreye girer. TBK m. 52/I'e göre alacaklı, adı geçen maddenin lafzıyla “zararı doğuran fiile razı olmuş” veya “zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş” yahut borçlunun “durumunu ağırlaştırmış” ise tazminat indirilebilir veya tamamen kaldırılabilir. Yine TBK m. 52/II'ye göre borçlunun zarara hafif kusuruyla sebep olması durumunda, “tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse” tazminat indirilebilir.

³⁴³Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 526; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 187.

³⁴⁴Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 227; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 223.

³⁴⁵Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 223.

³⁴⁶Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 236; Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 66.

2.4.6. Aşkın zararın tazmini talebinde zamanaşımı

Aşkın zararın tazmini talebine hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı konusunda kanunumuzda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Doktrindeki ilk görüşe³⁴⁷ göre, bu hususta alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmalıdır. Bir başka deyişle, borçlunun temerrüde düştüğü para borcu eğer sözleşmeden kaynaklanmışsa TBK m. 146 ve m. 147’de öngörülmüş olan genel zamanaşımı sürelerine; eğer haksız fiilden kaynaklanmışsa TBK m. 72’de öngörülmüş olan zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıl, haksız fiilin meydana gelmesinden itibaren ise on yıllık; eğer sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmışsa da TBK m. 82’de öngörülmüş olan iki ve on yıllık ve son olarak temerrüde düşülen para borcu için kanunda herhangi bir özel sürenin bulunması halinde bu düzenleme için öngörülen zamanaşımı sürelerine tâbi olmalıdır. Diğer bir görüşe³⁴⁸ göre ise, aşkın zarar talebine uygulanması gereken zamanaşımı süresi haksız fiilden kaynaklanan zararlar için öngörülmüş olan zamanaşımı süresi olmalıdır. Kanaatimce de aşkın zararın bağımsız bir borç meydana getirme vasfına sahip olması nedeniyle daha isabetli olan ve doktrinde de baskın olarak savunulan görüşe³⁴⁹ göre ise, aşkın zarar talepleri hususunda uygulanması gereken zamanaşımı süresi TBK m. 146’da düzenlenmiş olan on yıllık genel zamanaşımı süresidir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu şekildedir.³⁵⁰

Doktrinde zamanaşımı süresinin başlangıcının hangi an olacağı hususundaki görüşler de, yukarıda bahsi geçen görüşlere paralel olarak farklılık göstermektedir. Aşkın zararın borçlu temerrüdünün olduğu para borcunun kaynağına göre belirlenecek bir zamanaşımı süresine tâbi olduğu yönündeki görüşü savunan yazarlara göre zamanaşımının başlangıç anı da adı geçen para borcunun kaynağına göre belirlenir.³⁵¹ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, aşkın zararın tazmini talebinde zamanaşımı süresi tazminat talebinin muaccel hale geldiği, bir diğer deyişle, aşkın zararın doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.³⁵² Belirtilmelidir ki, aşkın zarar talebinde zamanaşımı süresinin

³⁴⁷Şirin, 1996, **a.g.k.**, s. 313; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 922-923.

³⁴⁸Kartal, 1997, **a.g.k.**, s. 507.

³⁴⁹Albaş, 2004, **a.g.k.**, s. 195; Domaniç, 1993, **a.g.k.**, s. 80; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 226; Ayrancı, 2006, **a.g.k.**, s. 240; Zeytinoğlu, 2005, **a.g.k.**, s. 262.

³⁵⁰Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.03.2021 Tarih ve 2020/967 Esas ve 2021/859 Karar sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 23.01.2018 Tarih ve 2016/9487 Esas ve 2018/161 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.12.2018 Tarih ve 2017/2360 Esas ve 2018/8078 Karar sayılı kararı.

³⁵¹Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 923-924.

³⁵²Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 226; Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 416.

başlangıç tarihi olarak aşkın zararın önceki davada hükme bağlanan alacağın faiziyle birlikte tahsil edildiği tarihte doğacağını ve bu sebeple on yıllık sürenin paranın tahsil edildiği tarihten itibaren başlatılması gerektiğini savunan bir görüş³⁵³ de mevcuttur. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda³⁵⁴ zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak alacağın muaccel olduğu, bir başka deyişle, alacakla ilgili kararın kesinleşme tarihini esas alarak kararlar kurarken; bazı kararlarında³⁵⁵ önceki davada hükme bağlanan alacağın tahsilini başlangıç tarihi olarak kabul etmektedir.



³⁵³Ç. A. Çelik (2004). *Tazminat ve alacaklarda zamanaşımı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 73.

³⁵⁴Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 08.10.2019 Tarih ve 2016/5283 Esas ve 2019/4089 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.10.2018 Tarih ve 2016/14514 Esas ve 2018/6671 Karar sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 09.03.2015 Tarih ve 2014/6154 Esas ve 2015/3225 Karar sayılı kararı.

³⁵⁵Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 23.01.2018 Tarih ve 2016/9487 Esas ve 2018/161 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14.10.2015 Tarih ve 2015/3577 Esas ve 2015/10468 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 06.03.2006 Tarih ve 2005/7100 Esas ve 2006/1234 Karar sayılı kararı.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARAR

3.1. Ceza Koşulunun Tanımı Özellikleri Türleri ve Hukuki Niteliği

3.1.1. Ceza koşulunun tanımı ve özellikleri

Türk Borçlar Kanunu'nda, tıpkı mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, ceza koşulunun hukuki sonuçları düzenlenmiş olup³⁵⁶; ceza koşulu kavramının tanımına yer verilmemiştir. Doktrin ve Yargıtay kararlarında ceza koşulu ile ilgili yapılan tanımlar birbirleri ile benzerlikler göstermektedir. Söz konusu benzerlikler göz önünde bulundurularak ceza koşulu borçlunun borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödemeyi üstlendiği, ekonomik bir değeri haiz ve alacaklı ile borçlu arasında bir hukuki işlemle belirlenen edim olarak tanımlanabilir.³⁵⁷ Her ne kadar terim olarak adında “ceza” kelimesini bulundursa da, doktrinde, ceza koşulunu bir çeşit tazminat olarak gören ve bu şekilde tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır.³⁵⁸ Hatta uygulamada

³⁵⁶TBK m. 179-182; İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 160-163.

³⁵⁷N. Bilge (1958). Cezai şart, *Esat Arsebük'e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından: 124, s.39; Tunçomağ, 1963. **a.g.k.**, s. 6; C. İ. Günay (2001). *Cezai şart*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 5; S. Uçar (1993). *Hukukta cezai şart ve uygulaması*, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 12; H. A. Göktürk (1942). Cezai şart müessesesi. *İzmir Barosu Dergisi*, 7(2-26), s. 398 <http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/img/1942-226.pdf> (Erişim Tarihi: 03.04.2022); K. Kocağa (2003). *Türk özel hukukunda cezai şart*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., s. 33-34; H. Ekinci (2015). *Özel hukuk sözleşmelerinde ceza koşulu doktrin ve uygulama* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 30; V. Karagöz (2006). *İş sözleşmesinde cezai şart*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 23-24; B. Yağcıoğlu (2022). *Türk ve İsviçre hukuku'nda ceza koşulu (cezai şart)* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., s. 21; E. Uslu (2019). *Türk borçlar hukukunda ceza koşulu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., s. 26; Y. Kabaklıoğlu Arslanyürek (2018). *Ceza koşulu – özellikle zarar ve tazminatla ilişkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 9; E. Cansel ve Ç. Özer (2013). Türk borçlar hukukunda ceza koşulu. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel), s. 713-714 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179446> (Erişim Tarihi: 29.01.2022); O. Usta (2017). Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde cezai şart ve kira tazminatı. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 80; H. C. Aksoy (2018). Ceza koşulunun borçlunun borca aykırı davranıştaki kusuru ile ilişkisi nedir?. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), s.1000; H. Gülseven (2016). *Cezai şartın indirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 24; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 502; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 376; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 525; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1331; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 988 vd.; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 763; Tunçomağ, 1972, **a.g.k.**, s. 516; K. B. Kapancı (2016). Sözleşmesel sorumlulukta tazminat edimi ile sözleşme cezası arasındaki ilişki, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), s. 662; Gülerci, 2018, **a.g.k.**, s. 391; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.02.1971 tarih ve 1505/85 sayılı kararı: “Geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi, ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuki işlem ile belli edilen götürü bir edimdir.”

³⁵⁸A. Kudat (1949). Cezai şartın mahiyeti ve ceza ile münasebeti. *Ankara Barosu Dergisi*, 5(58-59), s. 29 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1949-2/5.pdf>. (Erişim Tarihi: 22.02.2022); T. Uygur (1975). Cezai şartın tenkisi. *Ankara Barosu Dergisi*, 6, s.816 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1975-6/3.pdf> (Erişim Tarihi: 22.02.2022).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nca verilen bir kararda³⁵⁹ ceza koşulu maktu bir tazminat olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, doktrinde ceza koşulunun götürü bir tazminat olarak tanımlanamayacağına dair görüşler de mevcuttur.³⁶⁰

Ceza koşulu asıl alacağa bağlıdır ve fer’i bir özellik arz eder.³⁶¹ Ceza koşulunun varlığı, tanımı gereği, hiç, gereği gibi, zamanında ya da anlaşılan yerde ifa edilmemiş bir asıl borcun varlığını gerektirir. Bu bağlamda, TBK m. 182/II’de öngörülmüş olan asıl borcun geçersizliği yahut sonradan ortadan kalkması durumunda ceza koşulunun da ortadan kalkacağı ve TBK m. 179/I’de öngörülmüş olan ceza koşulunun muacceliyet kesbetmesinin ancak asıl borcun ihlal edilmesi ile mümkün olduğu düzenlemelerinden anlaşılabileceği üzere, ceza koşulunun hukuki kaderi muaccel olana kadar asıl borcun hukuki kaderine bağlıdır.³⁶² Nitekim Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay da önlerine gelen birçok dosyada bu realite paralelinde hükümler kurmaktadır.³⁶³ Burada hemen belirtilmelidir ki ceza koşulu ile asıl borç arasındaki bağıllık tek yönlü bir bağıllıktır. Daha açık bir ifadeyle, ceza koşulu asıl borca bağlı bir nitelik arz ederken; asıl borç ceza koşuluna bağlı değildir. Bu durum TBK m. 182/II’de açıkça hüküm altına alınmıştır.³⁶⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda asıl borcun geçersizliği yahut

³⁵⁹Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 08.03.2019 Tarih ve 2017/10 Esas ve 2019/1 Karar sayılı kararı.

³⁶⁰T. Birinci Uzun (2015). Götürü tazminat. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., s. 137 vd.; K. B. Kapancı (2013). Götürü tazminat anlaşması ve bunun ceza koşulundan ayırt edilmesi. *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitapevi, s. 655 vd.; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 537-538.

³⁶¹Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 377; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 506; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 562; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 991; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1339; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 14.

³⁶²E. Arsebük (1936). Cezai şart mefhumu etrafında tahliller. *Adliye Ceridesi*, 10(16), s. 987 <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliyeceridesi/1936/sayi-16-nisan936-160sayfa-cilt10-eksik-veya-fazla.pdf> (Erişim Tarihi: 13.03.2022); A. Arkan (1997). Cezai şart. *İstanbul Barosu Dergisi*, 71(1-2-3) (Ayrı Basım), İstanbul: Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, s. 12; K. H. Gökçeoğlu (2007). *Cezai şart ve güncel içtihatlar*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, s. 38; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 721-722; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 991; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 60.

³⁶³İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesinin 05.02.2019 Tarih ve 2017/1841 Esas ve 2019/142 Karar sayılı kararı: “Cezai şart, asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer’i niteliktedir. Dolayısıyla, eserin teslimi ile asıl borç düşünce, fer’i borç olan gecikme cezası da düşer.”; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin 16.11.2020 Tarih ve 2017/6240 Esas ve 2020/1912 Karar sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 17.09.2012 Tarih ve 2012/3277 Esas ve 2012/5154 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.03.2021 Tarih ve 2017/1812 Esas ve 2021/185 Karar sayılı kararı: “Zira fer’i hak, faiz, gecikme tazminatı, cezai şart gibi doğumu ve sona ermesi bakımından asıl alacağı bağlı olan, asıl alacağı genişletmek ya da teminat altına almak amacı güden haklardır.”

³⁶⁴TBK m. 182/II: “Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.” 881 sayılı BK m. 161/II: “Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun

imkânsızlaşması durumları açıkça yer almıyorken, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ilgili hükümde anılan durumlar da ilgili fıkraya eklenmiştir. Doktrinde bu sayede borçlu lehine bir durum yaratıldığı ve borçlunun sorumluluktan kurtulabilmek için ihtiyaç duyduğu alanın genişletildiği ileri sürülmektedir.³⁶⁵ Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununu yürürlükte olduğu dönemde doktrinde savunulan ceza koşulunun geçersizliğinin eğer alacaklı ceza koşulunun varlığını asıl sözleşmeyi kurmak için olmazsa olmaz bir şart olarak görmüştür denilebiliyorsa asıl borcu da geçersiz hale getirebileceği şeklindeki görüş³⁶⁶ de kanun koyucunun yapmış olduğu değişiklik sonrası önemini yitirmiştir.

Ceza koşulunun fer'iliğinin bazı sonuçları vardır. Bu sonuçlardan en önemlisi ceza koşulunun doğumu, varlığı ve sona ermesinin asıl borcun doğumu, varlığı ve sona ermesine bağlı olmasıdır.³⁶⁷ Diğer sonuçlar ise, asıl alacağın ceza koşulu muaccel olmadan evvel devredilmesi durumunda ceza koşulunun da devredilmiş olacağı³⁶⁸; asıl borcun yine ceza koşulu muaccel olmadan evvel üstlenilmesi durumunda ceza koşulunun da yeni borçlu tarafından üstlenilmiş olacağı³⁶⁹ olarak sıralanabilir. Ek olarak, ifa yeri ve zamanı bakımından da, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadığı müddetçe, asıl borcun ifa yeri³⁷⁰ ve ifa zamanının³⁷¹ ceza koşulu için de geçerlilik arz etmesi de yine ceza koşulunun fer'iliğinin sonuçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza koşulu, asıl borcu doğuran kaynağın bir sözleşme olması durumunda somut olaydaki sözleşme bağlamında sübjektif bir esaslı unsur olarak da ortaya çıkar. Bilindiği üzere, sübjektif esaslı unsur, taraflarca esaslı unsur haline getirilen ve sözleşmenin

mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.”

³⁶⁵M. Demir (2012). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun borçlar hukuku alanında getirdiği yenilik ve değişiklikler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 39 vd.

³⁶⁶Arkan, 1997, **a.g.k.**, s. 8; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 85; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 45; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 137.

³⁶⁷Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 183; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 71.

³⁶⁸Bu durum TBK m. 189/I'de de açıkça hüküm altına alınmıştır: “Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.”; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 15; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 725.

³⁶⁹TBK m. 198/I: “Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır.”

³⁷⁰Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 74; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 16; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 377.

³⁷¹K. Kocaağa (2018). *Ceza koşulu (sözleşme cezası)* 2. Baskı. Ankara: Yetkin Basım Yayımları ve Dağıtım A.Ş., s. 162.

kurulmuş olması için hakkında irade uyuşmasının sağlanması şart olan unsurlardır.³⁷² Ceza koşulunun herhangi bir sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmadığı ile ilgili herhangi bir duraksamaya mahal yoktur.³⁷³ Doğası gereği, ceza koşulunun varlığından bahsedilebilmesi için taraflarca kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Ceza koşulu, tarafların sözleşme kurma iradelerinin zorunlu bir unsuru ve sözleşmede kararlaştırılan asıl edimler için bir güvence sağlama rolüne sahip olması nedenleriyle sözleşmenin sübjektif esaslı bir noktası olarak ortaya çıkar.³⁷⁴ Bir diğer ifade ile, asıl sözleşmenin kurulması için, akdedilen sözleşmede ceza koşulu öngörülecek ise, tarafların ceza koşulu hususunda da iradelerinin uyuşmuş olması şarttır.

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ceza koşuluna ilişkin hükümler tamamlayıcı niteliktedir. Şöyle ki, TBK m. 181/II, m. 182/II ve m. 182/III hükümleri haricinde kalan tüm ceza koşulu hükümleri açısından taraflarca aksine düzenleme yapılması mümkündür.³⁷⁵

Doktrinde ceza koşulunun şarta bağlı bir edim taahhüdü olduğuna dair görüş baskın görüştür. Söz konusu görüşe göre, asıl borcun hiç veya –geniş anlamda- gereği gibi ifa edilmemesi şartı oluşturur. Ceza koşulunun yerine getirilmesi mecburiyetinin bahsi geçen olaya bağlanmış olması ile birlikte söz konusu şartın geciktirici şart olarak nitelenmesi gerektiği sonucuna gidilmektedir.³⁷⁶ Ceza koşulunun tarafların iradeleriyle kararlaştırılmış olmasının gerekmesi sebebiyle de iradi geciktirici şarta bağlı bir nitelik arz ettiği savunulmaktadır. Borçlunun borcunu hiç veya –geniş anlamda- gereği gibi ifa etmemesi olgusu, ceza koşulunun iradi şarta bağlı bir edim taahhüdü olduğu yönündeki görüşü savunanlar tarafından, geciktirici bir şart olarak görülmektedir. Ancak, doktrinde, söz konusu olgunun hem objektif bir belirsizlik yaratacak hem de bir dış olay mahiyetinde gerçekleşecek nitelikte olmaması nedeniyle aksi de savunulmaktadır.³⁷⁷

³⁷²Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 87; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 32; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 80; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 51; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 277.

³⁷³Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.50.

³⁷⁴Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 478; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.50.

³⁷⁵Tunçomağ, 1962, **a.g.k.**, s. 21; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 558; TBK m. 182/II ve 183/II'nin de emredici nitelikte düzenlemeler olmadığına ilişkin bkz. Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 715.

³⁷⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1333; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 502; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 536; Kapancı, 2016, **a.g.k.**, s. 663. Geciktirici koşul olmayıp bozucu koşul olduğuna ve TBK'da özel hükümlerle düzenlendiği için koşula bağlı borçlara ilişkin hükümlerin ceza koşulu için uygulama alanı bulamayacağına dair bkz. Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 716.

³⁷⁷Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.51 vd.

3.1.2. Ceza koşulu türleri

Ceza koşulu, TBK m. 179-182’de düzenlenmiştir. TBK m.179/I’de yer alan seçimlik ceza koşulu ve hemen sonraki fıkrada yer alan ifaya eklenen ceza koşulu türlerinin yanı sıra aynı maddenin son fıkrasında öngörölmüş olan dönme cezasının da “Ceza koşulu” başlığı altında ele alındığı görölmektedir. Her ne kadar düzenleme yeri olarak kanun koyucu tarafından bu şekilde bir tercihte bulunulmuş olsa da dönme cezasının ceza koşulunun diğer türleri olan seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulu ile gösterdiği farklılıklar nedeniyle ceza koşulunun bir türü olarak ele alınmasının isabetli olmadığı yönünde bir görüş de doktrinde savunulmaktadır.³⁷⁸ Kanaatimizce, dönme cezasının diğer ceza koşulu türleri ile gösterdiği temel farklılıklara rağmen, kanun koyucunun yapmış olduğu tercihe uygun olarak ceza koşulunun türleri arasında incelenmesi gerekmektedir

3.1.2.1. Seçimlik ceza koşulu

TBK m. 179/I hükmü aynen: “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” şeklindedir. Söz konusu hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere alacaklı borçlu tarafından sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ya asıl borcun ya da cezanın ifasını isteme hakkına sahiptir.³⁷⁹ Bu sebeple ele alınan ceza koşulu türü de “seçimlik ceza koşulu” olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlamda, alacaklıya kanunen bir tercih yapma imkânı tanınmıştır. Alacaklı, aralarında yarışma bulunan iki seçenek olan borcun ya da cezanın ifası arasında söz konusu seçimi yapar. İşbu nedenle seçimlik ceza koşulunun alacaklıya borcun ifası yerine cezanın ifasını da talep edebilme yetkisi vermesi nedeniyle alternatif ceza koşulu ya da ifa yerine talep edilebilen ceza koşulu olarak da adlandırıldığı gözlemlenmektedir.³⁸⁰

Alacaklıya verilmiş olan seçme imkânının niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Seçimlik ceza koşulunun hukuki niteliği ile ilgili ilk görüşe göre

³⁷⁸Bu görüş ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.77 vd.

³⁷⁹Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 134; Kapancı, 2016, **a.g.k.**, s. 663-664.

³⁸⁰Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 477; Oğuzman ve Öz, 2020b. **a.g.k.**, s. 545; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 64; Kabaklıoğlu Arslanyürek, 2018, **a.g.k.**, s. 48.

seçimlik ceza koşulu seçimlik bir borç olmamakla birlikte hakkında kıyasen seçimlik borç hükümleri uygulanabilecek bir niteliği haiz olduğunu³⁸¹, bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise sadece alacaklıya tanınmış seçimlik ve kanundan doğan bir yetki olduğunu savunmaktadır.³⁸² Seçimlik borç, borcun konusunu teşkil eden birden fazla edimin varlığı ve bu edimler arasından borçlunun yapacağı bir seçim sonunda, edimlerden yalnız birini yerine getirmekle borcundan kurtulacak olması durumunda ortaya çıkan bir hukuki müessesedir.³⁸³ Birbirinden farklı edimlerden yalnızca birinin edası ile borçlunun borçtan kurtulacağı noktasında seçimlik borç ile seçimlik ceza koşulunun benzerlikler gösterdiği yadsınamaz. Ancak, doktrinde seçimlik borç hükümlerinin kıyasen seçimlik ceza koşulunun için uygulanamayacağı savunulmaktadır. Bunun sebebi ceza koşulunda temelde seçim hakkının borçluda değil alacaklıda bulunması ya da asıl borcun imkânsız hale gelmesi örneğinde ceza koşulunun da sona ereceği buna mukabil seçimlik borçlarda edimlerden birinin imkânsız hale gelmesi durumunda borcun sükût etmeyeceği gibi ceza koşulunun doğasına aykırı özellikleri olarak gösterilmektedir.³⁸⁴

Alacaklı seçme hakkını karşı taraf olan borçluya varması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile kullanır.³⁸⁵ Söz konusu irade beyanı borçlunun hâkimiyet alanına girmekle hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alacaklının seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran bir hak niteliğindedir.³⁸⁶ Bu nedenle de, tüm yenilik doğuran haklarda olduğu gibi, alacaklı yapmış olduğu seçimle bağlıdır. Bir diğer deyişle, alacaklı asıl borcun ya da ceza koşulunun hangisinin ifa edilmesini talep etmiş olursa olsun, bu seçimini söz konusu irade beyanı borçlunun hâkimiyet alanına girmesinden itibaren değiştiremez. Alacaklı, eğer asıl borcun değil ceza koşulunun ifasını talep edecekse bu talebini asıl borç ifa edilene kadar borçluya bildirmek durumundadır. Ceza koşulunun fer'iliğinin bir

³⁸¹Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 107; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 131.

³⁸²Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 28; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 380; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1334; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 97; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 64; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 510.

³⁸³M. Şengül (2011). Seçimlik borçlara ilişkin temel özellikler ve seçimlik borçların ifası. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV (2011), s. 208-209; A. Aras (2020). Seçimlik borcun ifa ve icrası. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (3) , s. 1115; Ö. Seliçi (1968). Seçimlik borçların ifası. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 34 (1-4) , s. 376 <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/96162> (Erişim Tarihi: 23.03.2022).

³⁸⁴von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 763; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.57.

³⁸⁵Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1335; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 17.

³⁸⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1335; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 28; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 107.

sonucu olarak asıl borcun ifa edilmesi ile birlikte alacaklının ceza koşulu talep edebilme imkânı ortadan kalkar.

Seçimlik ceza koşulunun düzenlenmiş olduğu TBK m. 179/I'de öngörülen hükme göre, TBK m. 179/II'de belirtilen "ifanın zamanında ve yerinde yapılmaması" şeklinde meydana gelen borç ihlalleri dışında, bütün borca aykırılık hallerinde alacaklı, ya borcun ifasını ya da ceza koşulunu talep edebilir. Alacaklı hem ceza koşulunun hem de asıl borcun ifa edilmesini isteyemez.³⁸⁷ Bu edimlerden birini tercih etmek zorundadır. Adı geçen TBK m. 179/I hükmü ifanın yerinde veya zamanında yapılmaması şeklindeki borç ihlalleri dışında kalan bütün borca aykırılık hallerini kapsamaktadır. Bir diğer anlatımla, ceza koşulu kural olarak seçimlik ceza koşulu olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur, meğerki meydana gelen borca aykırılık ifanın yerinde veya zamanında yapılmaması olsun. Bu bağlamda, seçimlik ceza koşulunun uygulama alanı bulacağı temel borca aykırılık halleri, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık halleridir. Son tahlilde borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hali için de seçimlik ceza koşulu hükmünün zaten imkânsız hale gelen asıl borcun ifasının mümkün olmaması nedeniyle pek bir anlam ifade etmeyeceği doktrinde belirtilmektedir.³⁸⁸

TBK m. 179/I düzenlemesi emredici bir hüküm değildir. Bu fıkranın lafzında açıkça yer almış olan “aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça” ifadesi gereği tarafların borcun yerine getirilmemesi durumunda hem borcun hem de ceza koşulunun ifasının talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür.³⁸⁹ Yine, aynı ifade gereği, tarafların yalnızca ceza koşulunun talep edilebileceği şeklinde bir anlaşma yapmaları da imkân dâhilindedir.³⁹⁰ Ancak, bu iki durumda da ceza koşulunun türünün seçimlik olmaktan çıkacağı, ilk durum olan hem asıl borcun hem ceza koşulunun ifasının talep edilebileceği kararlaştırılmışsa artık ifaya eklenen bir ceza koşulunun³⁹¹; ikinci durumda

³⁸⁷Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.58; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 133.

³⁸⁸H. S. Ozanoğlu (1999). İstisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde müteahhidin (yüklenicinin) eseri teslim zamanında gecikmesine bağlayan ifaya eklenen cezai şart (gecikme cezası) kayıtları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1-2), s. 95; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 723; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 134; Kabaklıoğlu Arslanyürek, 2018, **a.g.k.**, s. 49.

³⁸⁹Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 102; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 106; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 136; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 17; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 547; Kabaklıoğlu Arslanyürek, 2018, **a.g.k.**, s. 51.

³⁹⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1335; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 44.

³⁹¹Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.60.

ise ifa yerine ceza koşulunun kararlaştırılmış olacağı pratikte ortaya çıkan sonuç olmaktadır.

TBK m. 180/I gereğince, alacaklı herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir. Bilindiği üzere, TBK m. 112 vd. ile TBK m. 180 hükümlerinde borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararların tazmini hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Seçimlik bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması ve alacaklının kendisine kanunen tanınmış olan seçme hakkını kullanarak asıl borcun ya da ceza koşulunun kendisine ödenmesini istemiş ve söz konusu ödemenin yapılmış olması adı geçen hükümlerde düzenlenmiş olan zararının tazminini talep hakkına halel getirmez. Başka bir ifadeyle, sırf asıl borç için bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması alacaklının uğradığı zararları için tazminat talep edebilmesini engellemez.³⁹² Bu husus hakkında da tarafların aksine anlaşma yapmaları, bir diğer deyişle, alacaklının sadece ceza koşulunu talep edebileceği ancak uğramış olduğu zararları talep edemeyeceğini kararlaştırabilmeleri mümkündür.³⁹³ Böyle bir anlaşmanın olmaması durumunda, alacaklı eğer ceza koşulunu seçmişse TBK m. 180/II'deki düzenleme gereği borçlunun kusurunu ispatlayarak ceza koşulunu aşan zararını da talep edebilir.³⁹⁴

3.1.2.2. *İfaya eklenen ceza koşulu*

TBK m. 179/II hükmü aynen “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Hükmün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, borçlu borcunu belirlenen yerde ya da zamanda ifa etmemişse ve alacaklı gerek ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş gerekse de ceza koşulu isteme hakkından feragat etmiş olmadıkça asıl borcun yanı sıra ceza koşulunun ifasını da talep edebilir. Ek olarak, borcun belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemiş olması haricinde kalan borca aykırılık

³⁹²Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 98; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 136; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.59; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381.

³⁹³Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1335; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 995; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 512; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 136-137; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.59.

³⁹⁴Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 513; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1002; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 553-554; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 36; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 80.

durumlarında da taraflar asıl borcun ifasının yanında ceza koşulunun talep edilebileceğini de kararlaştırabilirler. İşte bu iki durumda hem ifanın hem de ceza koşulunun talep edilebileceği ceza koşulu türü ifaya eklenen ceza koşulu olarak adlandırılmaktadır. Doktrin ve uygulamada, ifaya eklenen ceza koşulu terimi yerine toplu veya ekli ceza³⁹⁵, ifayla birlikte istenebilecek sözleşme cezası³⁹⁶ ve ifaya ekli ceza³⁹⁷ kavramları da kullanılmaktadır.

Ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlamak yahut borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmemekten caydırılması amaçları bakımından ifaya eklenen ceza koşulu müessesesi seçimlik ceza koşuluna nazaran daha elverişlidir.³⁹⁸ Bununla birlikte, borçlu ile alacaklının bu yönde bir anlaşmaya varmış olmaları durumu göz ardı edilerek sadece kanunî düzenleme göz önüne alınacak olursa, ifanın belirlenen yer ve zamanda yapılmamış olması dışındaki borca aykırılık halleri için ifaya eklenen ceza koşulu değil; seçimlik ceza koşulu uygulama alanı bulur. Hemen belirtilmelidir ki, her ne kadar doktrinde aksini savunan bir görüş³⁹⁹ bulunsa da, kanaatimizce, burada sözleşme ile belirlenmiş bir ifa zamanı ve ifa yeri bulunması şart değildir.⁴⁰⁰ Şöyle ki, eğer taraflar ifaya eklenen bir ceza koşulu üzerinde anlaşmaya varmışlar ancak borcun ne zaman ve nerede ifa edileceği ile ilgili herhangi bir anlaşma yapmamışlarsa dahi ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilir. Bu durumda devreye TBK m. 89 ila m. 96 arasında düzenlenmiş olan tamamlayıcı hükümler girer ve ceza koşulu klozu üzerinde uyuşma sağlanmış olan borcun ifa yeri ve ifa zamanı belirli hale gelmiş olur. İşte borçlu tarafından bu hükümler doğrultusunda ortaya çıkan ifa yeri yahut ifa zamanına uyulmaması durumunda ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilir.

Tıpkı seçimlik ceza koşulunun düzenlenmiş olduğu TBK m. 179/I hükmü gibi ifaya eklenen ceza koşulunun düzenlenmiş olduğu TBK m. 179/II hükmü de emredici

³⁹⁵Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 104.

³⁹⁶Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 547.

³⁹⁷Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.10.2021 Tarih ve 2017/3083 Esas ve 2021/1225 Karar sayılı kararı; Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 22.12.2021 Tarih ve 2021/2752 Esas ve 2021/2513 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.12.2021 Tarih ve 2020/4535 Esas ve 2021/7110 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.03.2021 Tarih ve 2020/2512 Esas ve 2021/1196 Karar sayılı kararı.

³⁹⁸Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.61.

³⁹⁹Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 53; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381.

⁴⁰⁰O. F. Berki (1942). Pey akçesi, rücu tazminatı ve cezai şart (mukavele cezası) etrafında tetkikler, *İstanbul Barosu Mecmuası*, 5(XVII), s. 293-294; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 104; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 139-140.

bir hüküm değildir. Bu bağlamda tarafların ifa yeri ve ifa zamanı haricinde ortaya çıkabilecek borca aykırılık durumları için de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür.⁴⁰¹ Tarafların diğer borca aykırılık durumları için de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmaları herhangi bir şekle tâbi olmayıp; açık ya da zımnen yapılmış bir anlaşma şeklinde olabilir.⁴⁰² Diğer borca aykırılık durumları açısından da ifaya eklenen ceza koşulunun zımnen kararlaştırılmış olduğu sonucuna ceza koşulunun miktarı veya tarafların yapmış oldukları sözleşmenin konusu, işin niteliği ve somut durumun hal ve icabı gibi ölçütler vasıtasıyla ulaşılabilir.⁴⁰³

İfaya eklenen ceza koşulunun düzenlenmiş olduğu TBK m. 179/II hükmünün emredici bir hukuk kuralı olmamasının bir diğer sonucu da ifanın belirlenen yer ya da zamanda yapılmamış olması durumunda da aksinin kararlaştırılabilmesidir. Şöyle ki, taraflar aralarındaki anlaşmada ifa yeri veya ifa zamanına ilişkin bir borca aykırılık meydana gelmesi durumunda ifaya eklenen ceza koşulu haricindeki türlerde bir ceza koşulu da kararlaştırabilirler.⁴⁰⁴ Belirtilmelidir ki, bu durumda böyle bir anlaşmanın olduğunu ileri süren taraf iddiasını ispat yükü altındadır. Ayrıca, ifa yeri ve ifa zamanı haricindeki borca aykırılık durumlarında ceza koşulunun ifaya eklenen bir ceza koşulu mu yoksa seçimlik bir ceza koşulu mu olduğu hususunda açık ya da örtülü bir anlaşmanın varlığı hakkında tereddüde düşülmesi durumunda söz konusu ceza koşulunun seçimlik bir ceza koşulu olduğu kabul edilmelidir.⁴⁰⁵

İfaya eklenen ceza koşulu ile ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, TBK m. 179/II hükmünün lafzında geçen ve alacaklının “hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça” ceza koşulunu talep edebileceği hususudur. Kanundaki açık düzenleme sonucunda alacaklı eğer ifaya eklenen ceza koşulunu talep etme hakkından açıkça feragat etmiş ya da asıl borcun ifasını herhangi bir çekince ileri sürmeksizin kabul etmişse artık ceza koşulunun ifasını

⁴⁰¹Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 104; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 998; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 547.

⁴⁰²Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 62.

⁴⁰³Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 84; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 45-47; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 103; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; Örnekler için bkz. Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 62 vd.

⁴⁰⁴Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 66; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 31; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 998.

⁴⁰⁵Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 32; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336.

talep edemez.⁴⁰⁶ Asıl borcun ifasının kabul edilmesi durumu için, ihtirazi kayıt olarak da adlandırılan, söz konusu çekincenin en geç kabul etme anına kadar ileri sürülmesi gerekir.⁴⁰⁷ İhtirazi kayıt herhangi bir şekil şartına tâbi olmamakla⁴⁰⁸ birlikte ileri sürülmesinin açık şekilde olması⁴⁰⁹ gerekir. Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulunu talep edebilmesi için asıl borcun ifası anına kadar ihtirazi bir kayıt ileri sürmesi zorunluluğu onun açısından bir külfettir.⁴¹⁰ Alacaklı eğer söz konusu ihtirazi kaydı ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul ederse, bu durum, artık ceza koşulunun yerine getirilmesini talep etmekten vazgeçtiği anlamına gelir.⁴¹¹ Bu vazgeçme aksi kanıtlanabilir bir karine değil; kesin bir delil olarak ortaya çıkar.⁴¹² Nitekim doktrinde sıkça bahsi geçen Yargıtay kararlarında⁴¹³ da bayi sözleşmesinde dönemsel alım taahhüdünü önceki dönemde gerçekleştiremeyen bayiye sonraki dönemlerde mal sevkiyatına ihtar çekilmeksizin ya da çekince ileri sürülmezsizin devam edilmiş olmasının zımnen ceza koşulu talebinden vazgeçildiği ve ceza koşulu talebinin yerinde olmadığı yönünde kararlar kurulmuştur.⁴¹⁴ Bu yönde karara varılmasının gerekçesi ise, alacaklının sözleşme süresi içinde çekince koymadan uzun süre ifaya devam etmiş olması nedeniyle borçluda ceza koşulu istenmeyeceğine dair haklı bir güven oluşturulduğu temeline dayanmaktadır. Oluşturulan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi

⁴⁰⁶Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 511; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 996; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 382; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 548.

⁴⁰⁷Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 549. Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 731; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 207; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 118; D. Başar (2018). İfaya eklenen cezai şart. *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2(4), s. 68 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/686884> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

⁴⁰⁸H. Yılmaz (2006). İhtirazi kayıt iradesinin açıklanması (ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanılması), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 19(66), s. 319; H. Yılmaz (2015). *Borçların ifasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesi ve uygulaması* (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları, s. 119.

⁴⁰⁹Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 116.

⁴¹⁰Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 206; Ozanoğlu, 1999, **a.g.k.**, s. 50.

⁴¹¹Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 382; Ozanoğlu, 1999, **a.g.k.**, s. 50; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 996.

⁴¹²Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 287; A. Kocaman (2011). Bk m.158/II c. 2 hükmü gereğince ifaya ekli cezai şart talep etme hakkının düşmesi (sona ermesi) ve Bk m. 158/II c. 2'de hakkın korunması için öngörülen ihtirazi kayıt ileri sürme şartının sözleşme ile bertaraf edilip edilmeyeceği hususu, *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 571.

⁴¹³Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.01.2013 Tarih ve 2012/19-670 Esas ve 2013/171 Karar sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.09.2019 Tarih ve 2017/3732 Esas ve 2019/4342 Karar sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 27.01.2016 Tarih ve 2015/6502 Esas ve 2016/959 Karar sayılı kararı.

⁴¹⁴Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 508; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 996.

gereğince ifaya eklenen ceza koşulunun talebi mümkün olmaz ve aksinin kabulü çelişkili davranış yasağı ilkesinin ihlâli anlamına gelir.⁴¹⁵

Seçimlik ceza koşulunda olduğu gibi, ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmış olması durumunda da, şayet alacaklının uğramış olduğu zarar ifaya eklenen ceza koşulunu aşıyorsa, çalışmamızın da konusu olan ceza koşulunu aşan zarar hükmü işletilerek, zararının giderimini talep edebilmesi de mümkündür.⁴¹⁶

3.1.2.3. *Dönme cezası*

TBK m. 179/III hükmü gereğince “Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, dönme cezası, borçlunun hukuki işlemle önceden kararlaştırılan meblağı ödemek suretiyle sözleşmedeki asıl borcundan kurtulabilmesine imkân veren ceza koşulu olarak ortaya çıkmaktadır.⁴¹⁷ Bu hukuki müessesenin ismi her ne kadar dönme cezası olsa da, sözleşmeden dönmenin yanı sıra sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından fesih imkânı da verdiği hususunda herhangi bir duraksamaya mahal yoktur.⁴¹⁸ Biz de çalışmamızda “dönme cezası” terimini hem sözleşmeden dönme hem de sözleşmeyi fesih imkânı veren dönme ve fesih cezası anlamında kullanacağız. Dönme cezası, doktrinde, ifayı engelleyen cezai şart⁴¹⁹, ifa yerine cezai şart⁴²⁰; rücu-dönme kaydı⁴²¹ gibi farklı şekillerde ifade edilmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, dönme cezası her ne kadar TBK’da birlikte düzenlenmiş olsa da diğer ceza koşulları ile dayandığı esas bakımından ayrılmaktadır.⁴²² Şöyle ki,

⁴¹⁵397 nolu dipnotta künyesi verilen Yargıtay kararları.

⁴¹⁶Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 122; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 554; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1000; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 21.

⁴¹⁷Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 505; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 999; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 382; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 549; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 18; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 31; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 76.

⁴¹⁸Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 382; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 78.

⁴¹⁹Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 18; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 76; Arkan, 1997, **a.g.k.**, s. 13; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 33; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 85.

⁴²⁰Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 75.

⁴²¹Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 33.

⁴²²A. Pektaş (2021). *Eser sözleşmesinde ceza koşulu*. Ankara: Gazi Kitabevi, s. 59; M. Çakıroğlu (2019). *İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin cezai şart sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 87 vd.; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 721; Kapancı, 2013, **a.g.k.**, s. 249-251; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 31.

seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulu türleri alacaklıyı koruyan bir vasfı haizken; dönme cezası borçluyu koruyucu bir nitelik arz eder.⁴²³ Bu durum, diğer ceza türleri açısından borçlunun borcunu ihlal etmesi şartı aranırken, dönme cezasında borcun ihlal edilmesi şartı aranmaksızın borçluya borcun ifasından kurtulma imkânı verilmesi şeklinde somutlaşmaktadır. Kaldı ki, söz konusu dönme cezasının kararlaştırılmış olması durumunda borçlunun herhangi bir sebep göstermeksizin ve sadece alacaklı ile aralarındaki anlaşmada öngörülen dönme cezasını ifa etmesi ile borçtan kurtulması söz konusu olmaktadır. Bu sebeple ceza koşulunun en temel amacı olan borcun ifası olasılığını kuvvetlendirme ve borçlunun kötü bir ifadan caydırılması amacının hilafına bu olasılığı zayıflatıcı ve ifadan kaçınabilmesinin önünü açan bir niteliği haizdir.⁴²⁴ Ceza koşulu türleri ile dönme cezası arasındaki bir diğer fark da seçimlik ceza koşulu açısından ortaya çıkmaktadır. Seçimlik ceza koşulunun öngörülmüş olması durumunda alacaklıya tanınmış olan asıl borç ya da ceza koşulundan hangisinin talep edileceğini belirleme yetkisi; dönme cezası söz konusu olduğunda borçluya geçmiş olmaktadır.⁴²⁵

Kanunda kararlaştırılan miktarın dönme cezası mı yoksa ceza koşulu mu olduğu ile ilgili bir tereddüt yaşanması halinde söz konusu kararlaştırılan miktarın ceza koşulu olarak ele alınması gerektiği düzenlenmiştir.⁴²⁶ Ancak, dönme cezasının kararlaştırılmış olduğunun, bir başka deyişle, aralarında kararlaştırılmış olan tutarı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının mevcut olduğunun ispatı, böyle bir iddiada bulunan borçluya aittir.⁴²⁷

Dönme cezasının varlığı durumunda alacaklının talep edebileceği yegâne meblağ kararlaştırılmış olan dönme cezası olup; yukarıda ele alınmış olan ceza koşulu türleri olan seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşullarının aksine cezadan daha fazla bir zarara uğramış olsa dahi zararının tazminini talep edemez.⁴²⁸ Bunun sebebi, dönme cezasını diğer ceza koşullarından ayıran bir diğer nitelik olarak ortaya çıkar. Bu nitelik ise,

⁴²³Arkan, 1997, **a.g.k.**, s. 13; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 31; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 81; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 85; Pektaş, 2021, **a.g.k.**, s. 63.

⁴²⁴Arkan, 1997, **a.g.k.**, s. 13-14; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 81; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 105; Tutar, 2017, **a.g.k.**, s. 63; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 33; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 85,

⁴²⁵Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 18; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 75; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 81; Pektaş, 2021, **a.g.k.**, s. 63.

⁴²⁶Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 478.

⁴²⁷Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 47; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 81; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 106; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 34; Pektaş, 2021, **a.g.k.**, s. 64.

⁴²⁸Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 85; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 47.

dönme cezasının, borçlunun, kararlaştırılan ödemeyi yapmak suretiyle sözleşmede üstlenmiş olduğu borcu ortadan kaldırabilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Aksinin kabulü hâlinde borçluya ifadan kaçınma fırsatı sunmak amacına matuf olan dönme cezasının doğasına aykırı bir durum meydana getirilmiş olur.⁴²⁹ Kanun koyucu TBK m. 446'da getirmiş olduğu düzenleme ile bu duruma bir istisna öngörmüştür. Genel hizmet sözleşmesi ayırımında öngörülmüş olan söz konusu maddenin ikinci fıkrasında işçinin rekabet yasağına ilişkin borcundan dönme cezasını ifa ederek kurtulabileceği ancak dönme cezası olarak öngörülmüş olan miktarı aşan bir zararın meydana gelmiş olması durumunda bu zararı da gidermek zorunda olduğu düzenlenmiştir.⁴³⁰

Dönme cezasının kararlaştırılmış olduğu durumlarda artık alacaklının ceza koşulunu aşan bir zararı bulursa da söz konusu zararının tazminini talep edebilmesi mümkün değildir.⁴³¹ Bu durumun sebebi, dönme cezasının, borçlunun sadece taraflarca kararlaştırılmış olan cezayı ifa edip başkaca bir yükümlülük altına girmeksizin borcundan kurtulabilmesine imkân tanımak için getirilmiş bir düzenleme olmasıdır.⁴³² Aksinin kabulü, bir diğer ifadeyle, borçlunun dönme cezasını ifa ettikten sonra bir de alacaklının uğramış olduğu diğer zararlardan sorumlu tutulması hukuk mantığına aykırı bir durum oluşturur.

3.1.3. Ceza koşulunun hukuki niteliği

Tanımıyla ilgili farklı görüşlerin bulunması ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında da farklı görüşlerin mevcut olmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza koşulunun sırf bir ceza niteliğinde olduğunu savunan görüşler bulunduğu gibi, götürü bir tazminat olduğu hatta ceza ile tazminatın bir karışımı niteliğinde olduğu yönünde görüşler doktrinde savunulmuştur. Bunların haricinde ceza koşulunun bir sigorta niteliği arz ettiği doğrultusunda da görüşler bulunmaktadır.

⁴²⁹Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 82.

⁴³⁰TBK m. 446/II: "Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır." Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 122; Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 311; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 82; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 478.

⁴³¹Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 122; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 554; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1000; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 21.

⁴³²Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 554.

Ceza koşulunun yalnızca ceza niteliğini haiz olduğunu savunanlara göre, ceza koşuluna karakterini kazandıran asıl özellik borçlunun taahhüt ettiği edimini taahhüt ettiği biçimde yerine getirmesi için üzerinde oynayacağı psikolojik rol olarak ortaya çıkmaktadır.⁴³³ Söz konusu bağlamda, terimin isminde de “ceza” kelimesinin yer alması bakımından caydırıcılık sağlaması amacının ceza koşulunun hukuki niteliğini kazanmasında en büyük paya sahip olduğu üzerinde durulmaktadır.⁴³⁴

Doktrinde ceza koşulunun hukuki niteliğinin götürü bir tazminat olduğu yönündeki görüşü savunanlara göre ise, ceza koşulu borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sonucunda alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü olarak belirlenmesidir.⁴³⁵ Ceza koşulunun götürü bir tazminat niteliğinde olması hem TBK m. 179/I’de düzenlenmiş ve sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda uygulanan seçimlik ceza koşulu hem de TBK m. 179/II’de düzenlenmiş ve borcun gerekli zaman ve yerde ifa edilmemesi durumunda kendisine uygulama alanı bulan ifaya eklenen ceza koşulu açısından geçerliliği haizdir. Ancak, götürü tazminatın aksine ceza koşulunun amacının sadece alacaklıyı koruyacak şekilde tasarlanmış olması iki kavram arasında önemli bir fark olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü götürü tazminat anlaşması sonucunda ortaya çıkması beklenen amaç taraflardan birinin diğerine nazaran korunması değil, taraflar arasında bir risk paylaşımı yapılmasıdır.⁴³⁶ Ceza koşulunun hukuki niteliğinin götürü bir tazminat olamayacağını savunanlar tarafından ceza koşulu olarak taraflarca belirlenmiş olan edimde götürü tazminatın aksine hâkim tarafından indirim yapılabilecek olması da ileri sürülmektedir.⁴³⁷ Burada götürü bir tazminat niteliğini haiz olmasının bir sonucu olarak hâkim tarafından miktarında herhangi bir değişiklik yapılmasına imkân bulunmaması gerektiği hususu, kanun koyucunun koymuş

⁴³³K. Tunçomağ (1962). Cezai şartın hukuki mahiyeti, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1(4), s. 558-559.

⁴³⁴Arkan, 1997, **a.g.k.**, s. 4; Tunçomağ, 1962, **a.g.k.**, s. 559; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.27.

⁴³⁵Tunçomağ, 1962, **a.g.k.**, s. 566 vd.; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 16; Tutar, 2017, **a.g.k.**, s. 32-33.

⁴³⁶Y. M. Atamer (2018). Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi?, *Uluslararası inşaat sözleşmelerinde gecikme ve temerrüt - değişmeyen bir soruna yeni yaklaşımlar* (Ed. Y. M. Atamer, E. Baş Süzel, E. Geisinger), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. ; Ş. Parlak Börü (2017). Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017(129), s. 209-210 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1644> (Erişim Tarihi: 17.02.2022); Z. D. Taşkın (2020). Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), s. 1310 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1273506> (Erişim Tarihi: 17.04.2022); Kapancı, 2013, **a.g.k.**, s. 677.

⁴³⁷M. Erdem (2009). Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, s.122 https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf (Erişim Tarihi: 15.02.2022): s. 122; Parlak Börü, 2017, **a.g.k.**, 223; Kabaklıoğlu Arslanyürek, 2018, **a.g.k.**, s. 133-134.

olduğu kuralları istisna öngörerek yumuşatma yoluna gittiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁴³⁸ Son olarak, ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunan görüş ile aşağıda ele alınacak olan sigorta niteliğinde olduğunu savunan görüş arasındaki temel fark borçlunun salt kusuruna dayanan bir borca aykırılıktan sorumlu olması yönüyle ayrılması olarak ortaya çıkmaktadır.⁴³⁹

Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğunu savunan görüşün çıkış noktası ceza koşulu düzenlemesi ile korunması amaçlanan tarafın alacaklı ve korunan değer in ise alacaklının menfaati olduğu hususu olarak ortaya çıkmaktadır. Borçlu, kaza ya da mücbir sebepler nedeniyle taahhüt ettiği edimi taahhüt ettiği şekilde yerine getirememiş yahut taahhüdüne sadık kalmak için elinden gelen çabayı göstermiş de olabilir. İşte bu durumlarda dahi borçlunun ceza koşulundan sorumlu olması bu görüşü savunanlara göre ceza koşulunun niteliğini bir sigorta sözleşmesi olarak ortaya çıkarmaktadır.⁴⁴⁰ Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğuna dair görüş, doktrinde, borçlunun yıkımına neden olacak olsa dahi uygulanması gerektiği sonucunun oluşturacak olması ve rekabeti engelleyici bir nitelik arz edeceği cihetlerinden eleştirilmiştir.⁴⁴¹

Ceza koşulunun bir ceza-tazminat karışımı niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre ise, bu hukuki müessesenin doğası gereği hem bir ceza hem de bir tazminat mahiyetinde ortaya çıkması, bir başka deyişle bu iki niteliği aynı anda haiz olması mümkündür. Bu görüşü savunanlara göre, somut olayın şartları çerçevesinde ve söz konusu olay özelinde bazen ceza niteliğinin bazen de tazminat niteliğinin ağır basması da imkân dâhilindedir.⁴⁴² Doktrinde bu görüş, ceza ve tazminat kavramlarının

⁴³⁸Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 36; Tutar, 2017, **a.g.k.**, s. 6. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 18.09.2018 Tarih ve 2018/3747 Esas ve 2018/9363 Karar sayılı kararı: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.02.2005 Tarih ve 2004/759 Esas ve 2005/9 Karar sayılı kararı: “Kural olarak, taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir.”

⁴³⁹Ekinci, 2015, **a.g.k.**, s. 62.

⁴⁴⁰Aksoy, 2018, **a.g.k.**, s. 1013; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 22; Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğunun kabul edilemeyeceği ve sebepleri için bkz. Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 26-27.

⁴⁴¹Ekinci, 2015, **a.g.k.**, s. 48-49; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 23.

⁴⁴²Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 83; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 24; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 721; Karagöz, 2006, **a.g.k.**, s. 35.

birbirlerini tüketen kavramlar olduğundan, bir başka deyişle birinin varlığının diğerinin uzaklaşması sonucunu doğuracak olgular olmasından hareketle eleştirilmiştir.⁴⁴³

3.2. Ceza Koşulunun Unsurları Muacceliyeti ve Hükümleri

3.2.1. Ceza koşulunun unsurları

Ceza koşulu asıl borcun fer'isidir. Bu durum da göz önünde bulundurulduğunda, ceza koşulunun unsurları; mevcut olması gereken asıl bir borcun bulunması, bu asıl borçtan ayrı ancak aynı zamanda ona bağlı bir ceza koşulu ediminin bulunması ve söz konusu edimin bir hukuki işlemle belirlenmesidir.

3.2.1.1. Asıl borcun bulunması

Ceza koşulu genel olarak borçlunun borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hali ile ilişkilendirilerek tanımlanır. Bu bağlamda, borçluyu borçlandırdığı edimi olması gerektiği şekilde ifaya yöneltmek ceza koşulunun asıl amacını oluşturmaktadır. Bu durumun kaçınılmaz bir sonucu olarak da ceza koşulundan bahsedilebilmesi için her şeyden önce borçlunun olması gerektiği gibi bir ifaya sevk edilmesi hedeflenen asıl bir borcun mevcudiyeti gerekir.⁴⁴⁴

Ceza koşulu ile asıl borç arasında tek yönlü bir bağlılık vardır. Söz konusu tek yönlü bağlılık TBK'da asıl borcun geçersizliği durumunda ceza koşulunun da geçersiz olacağı; buna karşın, ceza koşulunun geçersizliğinin asıl borcun geçerliliğine herhangi bir hâle getiremeyeceği şeklinde öngörülmüştür.⁴⁴⁵

⁴⁴³G. P. Facio (1949). *Nature juridique de la clause pénale dans les droit Français et Latino-Américain*, revue internationale de droit compare, No: 1-2, Agen: Imprimeire Moderne, s.320-321'den aktaran Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 28.

⁴⁴⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 991; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 12; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 21; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 50; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 7; Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 93 vd.; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 764; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.111.

⁴⁴⁵TBK m. 182/II: "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."

Ceza koşulundan bahsedilebilmesi için ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun geçerli bir borç olması gerekir. Asıl borcun geçersiz olması ehliyetsizlik, şekle aykırılık, irade sakatlığı, muvazaa ya da kanundaki emredici kurallara, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık ve başlangıçtaki imkânsızlık gibi sebeplere dayanabilir. İşte asıl borcun geçersizliği sonucunu doğuracak sayılan sebeplerden herhangi birinin varlığı durumunda asıl borcun ifasını güvence altına almak için bir ceza koşulu üzerinde taraflarca anlaşmaya varılmış olsa dahi söz konusu ceza koşulu da asıl borç gibi geçersiz olur. Burada hemen belirtilmelidir ki, aksine bir anlaşma yapılmış olması, bir diğer deyişle, taraflarca asıl borç geçersiz olsa bile ceza koşulunun ifa edileceğine dair bir anlaşmaya varılmış olması da sonucu değiştirmez, böyle bir anlaşma da geçersizdir.⁴⁴⁶

Benzer şekilde, ceza koşulunun geçerli olabilmesi için asıl borcun geçerli bir borç olmasının yanı sıra mevcut bir borç olması da gerekir. Türk Borçlar Hukuku sistematigi içerisinde ceza koşulu ile borcun fer'ilerinden olması yönüyle benzerlik gösteren kefalet sözleşmesinin düzenlenmiş olduğu TBK m. 582'nin ilk cümlesinde geçen mevcut borç deyiminden anlaşılması gereken tam olarak meydana gelmiş bir borç olarak ortaya çıkmaktadır. Aksinin kabulü borçlunun taahhüt altına girmediği bir edim nedeniyle ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalması anlamına gelir ki bu durum hukuk düzenince kabul edilebilir değildir.⁴⁴⁷ Yine aynen kefalette olduğu gibi ceza koşulu için de borcun mevcut olmasından anlaşılması gereken⁴⁴⁸ ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda asıl borcun var olması değil; gelecekte doğacak yahut koşula bağlı bir borç için dahi ceza koşulunun kararlaştırılabilecek olması olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, ceza koşulu ancak borç tam ve kesin olarak meydana geldiği andan itibaren hüküm ifade eder.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, sözleşmeden doğan bir borç için ceza koşulu taraflarca asıl borcu meydana getiren sözleşmede bir kloz olarak öngörülebilir. Bunun yanı sıra asıl borcu meydana getiren sözleşmenin haricinde yapılacak bir sözleşme ile de ceza koşulu öngörülebileceği hususunda da herhangi bir duraksamaya mahal yoktur.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.112.

⁴⁴⁷Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.115-116.

⁴⁴⁸TBK m. 182/II c.2.

⁴⁴⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1333; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 502; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 537; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 15.

Ancak, asıl borcu meydana getiren sözleşme bir şekil şartına tâbiyse ceza koşulunun öngörülebileceği yan anlaşmanın da aynı şekil şartına uyularak öngörülmesi gerekir.⁴⁵⁰

Bu başlık altında ifade edilmesi gereken bir diğer husus da, ceza koşulu öngörülebilecek asıl borcun her türlü borç olabilmesidir.⁴⁵¹ Uygulamada ceza koşulu öngörülmüş olan borçların kaynağını her ne kadar çoğunlukla sözleşmeler oluştursa da borcun kaynağı ne olursa olsun tarafların ceza koşulu kararlaştırabilmeleri mümkündür. Bir diğer ifadeyle, mevzuatta ceza koşulu öngörülmüş olan asıl borcun sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da aile hukukundaki nafaka kurumu gibi kanundan doğan bir borç ilişkisi olmasına engel olacak herhangi bir hüküm yoktur.⁴⁵² Hatta evlenme tellallığı ile kumar ve bahisten kaynaklanan eksik borçlar ayrık kalmak şartıyla prensipte eksik borçlar için dahi ceza koşulu kararlaştırılabilir.⁴⁵³ Belirtilmelidir ki, ceza koşulu kural olarak her türlü borç için kararlaştırılabilir olmakla birlikte istisnaları da mevcuttur. Söz konusu istisnaların öngörülmesinin sebeplerinden ilki sözleşmelerinin niteliği gereği ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olmamasıdır.⁴⁵⁴ Söz konusu gerekçe ile getirilmiş olan istisnalara örnek olarak, TMK m. 119/II'de öngörülmüş olan nişanlanan tarafların evlenmeden kaçınma hâli için öngörmüş oldukları ceza koşulu verilebilir. Adı geçen istisnaların öngörülmüş olmasının bir diğer sebebi ise, sözleşmede zayıf olan tarafı korumaktır.⁴⁵⁵ Bu duruma örnek olarak TBK m. 346'da düzenlenmiş olan kira bedelinin ödenmemesi durumunda ceza koşulu ödeneceğine dair anlaşmaların geçersiz olacağı hükmü gösterilebilir. Zayıf olan tarafı korumak amacıyla ceza koşulunun kanunla tamamen yasaklanmayıp sınırlanmış olduğu durumlar da bulunmaktadır. TBK m. 260/II gereğince taksitle satış sözleşmelerinde ve TBK m. 271/III gereğince ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde satıcı tarafından istenebilecek ceza koşulunun satım bedelinin %10'unu aşamayacağı ve genel hizmet sözleşmelerinde TBK m. 420 gereğince sadece işçi aleyhine öngörülen ceza koşulunun geçersiz olduğu hükümleri bu şekildedir.

⁴⁵⁰Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1334; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 502; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 992; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 19; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 764.

⁴⁵¹Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 59; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 67; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 539; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 376.

⁴⁵²Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 539; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 717; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 60-61; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 37.

⁴⁵³Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 11-12; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 539; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.123-124.

⁴⁵⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1333; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 728; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 990.

⁴⁵⁵Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 728; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 990.

3.2.1.2. Asıl borçtan ayrı ancak ona bağlı mali değeri olan bir ceza koşulu ediminin bulunması

Ceza koşulu ediminin ifasının alacaklı tarafından talep edilebilmesi için göstermesi gereken bazı özellikler vardır. Bu özelliklerden ilki, ceza koşulu olarak kararlaştırılmış olan edimin mali bir değerinin olmasıdır. Alacaklı tarafından talep edilebilmesi için, ceza koşulunun, hukuki bir işlemle belirlenmiş olması da şarttır. Ek olarak, ceza koşulunun asıl borçtan ayrı ancak aynı zamanda ona bağlı bir nitelik arz etmesi ve ceza koşulu ediminin geçerli olması da gerekir.

Ceza koşulu olarak belirlenmiş olan edimin her şeyden önce mali bir değerinin olması gerekir.⁴⁵⁶ Bu durumun temel sebebi de ceza koşulunun amacının borçluyu düzgün ifaya yöneltmek olmasıdır. Mali yönden ifaya nazaran daha büyük bir yükümlülük altına girme rizikosuna altında olmayan borçlunun ceza koşulunun temel amacı doğrultusunda hareket edeceği varsayılmaz. Her ne kadar uygulamada çoğunlukla ceza koşulu olarak bir paranın tediyesi kararlaştırılıyor olsa da mali değeri haiz herhangi bir edimin de ceza koşulu olarak kararlaştırılması mümkündür.⁴⁵⁷

Ceza koşulunun mali değeri haiz bir edim olmasının yanı sıra geçerli bir edim olması da gerekir. Geçersizlik kanun koyucunun bu hususta getirdiği bazı özel nitelikteki yasaklamalara⁴⁵⁸ aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi; emredici hükümlere, kişilik haklarına, şekil kurallarına yahut ahlaka aykırılık veya ehliyetsizlik, imkânsızlık, irade sakatlığı gibi genel geçersizlik sebeplerinden de kaynaklanabilir.⁴⁵⁹

TBK m. 179/I'nin lafzında geçen “bir ceza kararlaştırılmışsa” ifadesi gereği, ceza koşulunun asıl borçtan ayrı bir edim olması da gerekir.⁴⁶⁰ TBK m.182/I hükmü, aynen “Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler” şeklindedir. Her ne kadar kanun koyucu tarafından miktarın serbestçe belirlenebileceği öngörülmüş olsa da, mevzuattan

⁴⁵⁶Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 68-69; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.138; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 541; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 12; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 23.

⁴⁵⁷Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 65; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 718; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.138; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332.

⁴⁵⁸TBK m. 346'da öngörülmüş olan konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine ilişkin yapılan anlaşmaların, TBK m. 420/I'de düzenlenmiş olan genel hizmet sözleşmesinde sadece işçi aleyhine öngörülmüş olan ceza koşulu anlaşmalarının ve TBK m. 589/IV'de düzenlenmiş olan kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olması.

⁴⁵⁹Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.129 vd.; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 18 vd.

⁴⁶⁰Göktürk, 1942, **a.g.k.**, s. 398; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 9-10; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 88.

doğan sınırlamalar bâki kalmak üzere, ceza koşulunun konusu kararlaştırılırken taraflar serbesttir. Aynı sonuca TBK m. 26'da düzenlenmiş olan tarafların bir sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebileceği hükmünden de varılabilir.⁴⁶¹

Ceza koşulu olarak belirlenmiş olan edimin asıl borçtan ayrı olması onun asıl borcun konusundan mutlaka farklı bir edim olarak öngörülmüş olması gerektiği anlamına gelmez. Bir başka deyişle, tarafların ceza koşulu olarak asıl borcun konusundan tamamen farklı bir edimi öngörebilmeleri mümkün olmakla birlikte asıl borcun konusunu çoğaltan bir edimi de öngörebilmeleri mümkündür. Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcının borcunu olması gerektiği gibi ifa etmemesi halinde sözleşme konusu maldan daha fazla vereceği şeklinde bir ceza koşulu kararlaştırılmış olmasında herhangi bir beis yoktur.⁴⁶² Yine konusu para olan bir tüketim ödöncü sözleşmesinde faiz öngörülmüş olması hâlinde şayet borçlu dönemsel edimleri zamanında yerine getirmezse uygulanacak faiz oranının yükseleceğine ilişkin anlaşma da asıl borcu artıran ancak konusu yine para olan bir niteliği haiz olmakla birlikte ceza koşulu mahiyetindedir. Belirtilmelidir ki, tarafların kanun gereği sahip oldukları hakların tekrarı niteliğinde bir anlaşmaya varmış olmaları durumunda ceza koşulu kararlaştırılmış olduğundan bahsedilemez. Kaldı ki, bu durumda zaten asıl borçtan ayrı bir edim de söz konusu olmamaktadır.⁴⁶³ Bu duruma örnek olarak, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borçlu temerrüdü halinde sözleşmeden dönülebileceği yahut belli sayıda taksitin ödenmemesi durumunda sonraki taksitlerin de muaccel olacağına dair anlaşmalar gösterilebilir. Bedelden indirim öngörülen anlaşmalar hususunda da, kanaatimizce, ayıptan sorumluluk hükümlerinde olduğu gibi tarafların kanunda tanınmış haklarının tekrarı niteliğinde olup olmamasından bağımsız olarak asıl borcun konusundan farklı olmayan bir edim söz konusu olmadığı için ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceğini savunan görüş isabetlidir.⁴⁶⁴

⁴⁶¹Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.127.

⁴⁶²Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 77; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 87-88.

⁴⁶³Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 13; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 15-16; Göktürk, 1942, **a.g.k.**, s. 398.

⁴⁶⁴Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 13; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.128-129. Aksi için bkz. Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 79; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 89 vd.; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 378. Bu durumda kıyasen ceza koşulu hükümlerinin uygulanacağına dair görüş için bkz. Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 542.

3.2.1.3. *Hukuki bir işlemle belirlenmiş olması*

Ceza koşulunun bu vasma sahip olabilmesi için bulunması gereken şartlardan sonuncusu ise, hukuki bir işlemle kararlaştırılmış olmasıdır.⁴⁶⁵ Burada ceza koşulunun kararlaştırılmış olmasından söz edilmesi ilk bakışta ceza koşulunun sözleşme gibi iki veya daha çok taraf arasında yapılacak bir hukuki işlemle belirleneceğini akla getirir de tek taraflı bir hukuki işlemle de ceza koşulu öngörülmesi mümkündür.⁴⁶⁶

Söz konusu hukuki işlem asıl borcun kaynağı olan sözleşmenin bir klozu olabileceği gibi ayrıca yapılmış bir yan anlaşma şeklinde de olabilir.⁴⁶⁷ Her ne kadar TTK m. 908 ve m. 914'te yolcu taşıyanın ödeyeceği öngörülmüş olan tazminat, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda öngörülmüş olan teminat ve 5941 sayılı Çek Kanunu m. 3'te öngörülmüş olan çek bedeli düzenlemeleri ceza koşulunu çağırırsa da, kanundan doğan herhangi bir yükümlülük ceza koşulu olamaz.⁴⁶⁸ Ceza koşulunun kaynağı ticari veya sınai bir işletmenin yönergesi de olabilir, buna karşılık ölüme bağlı bir tasarruf olamaz.⁴⁶⁹

3.2.2. *Ceza koşulunun muacceliyeti*

Ceza koşulunun muacceliyeti, muaccel kelimesinin tanımı gereği, ceza koşulunun alacaklı tarafından istenebilecek ve ödenmediği takdirde dava ve takip konusu yapılabilecek duruma gelmesini ifade eder. Ceza koşulu, bağlı bir yan haktır. Bu niteliği nedeniyle, ceza koşulunun muaccel olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Ceza koşulunun muacceliyet kesbedebilmesi için gereken şartlar; asıl borcun muaccel hale gelmiş olması ve ihlal edilmesi ile kural olarak borçlunun kusurlu olması olarak sıralanmaktadır.

⁴⁶⁵Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 378; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1331; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 16; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 16.

⁴⁶⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.155.

⁴⁶⁷Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 537; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 378; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 17; von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 764; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 62.

⁴⁶⁸Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 502; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 376; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 16. Adı geçen hukuki müesseselerin ceza koşulu olmadığı ile ilgili açıklamalar için bkz. Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.155-156.

⁴⁶⁹Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 47; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 380; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 16; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 722.

3.2.2.1. *Asıl borcun muaccel olması*

Fer'i bir niteliği haiz olan ceza koşulunun varlığı, asıl bir borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Bu duruma paralel bir şekilde, ceza koşulunun muaccel hale gelebilmesi için her şeyden önce varlığının bağlı olduğu asıl borcun muaccel hale gelmesi gerekir.⁴⁷⁰ Belirtilmelidir ki, asıl borcun muaccel hale gelmiş olması şartı ceza koşulunun tanımı gereği ortaya çıkmaktadır. Tanımında yer alan, “borçlunun borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde” ifadesi mevcut, geçerli ve aynı zamanda talep ve dava edilebilir bir asıl borcun varlığını mecbur kılmaktadır. Bu bağlamda talep ve dava edilebilir hale gelmemiş bir borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği sonucuna varılamayacağından ceza koşulunun muaccel hale gelebilmesi için öncelikle asıl borcun muaccel hale gelmiş olması icap eder.

Alacağın talep ve dava edilebilir hale gelmesi tarafların bu konudaki anlaşmaları yahut alacaklının borçluya yapacağı ihbar ile belirlenir. Bunların haricinde bir borcun muaccel olması bir kanun hükmüne dayanabileceği gibi borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden de anlaşılabilir. Eğer bu dört seçenekten hiçbir eldeki somut borç için geçerliliği haiz değilse de, TBK m. 90 gereğince borç doğduğu anda muaccel olur.⁴⁷¹

3.2.2.2. *Asıl borcun ihlal edilmesi*

Ceza koşulu mevcut bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda gündeme gelen bir hukuki müessesedir. Bu bakımdan asıl borcun ihlali, borcun hiç ifa edilmemesi olarak ortaya çıkabileceği gibi; gereği gibi ifa edilmemesi olarak da ortaya çıkabilir. Borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkan borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumları ile diğer gereği gibi ifanın gerçekleşmemesi hâlleri arasında kanun koyucu tarafından bir farklılık meydana getirilmiştir.

⁴⁷⁰Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 74; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.176; Arkan, 1997. **a.g.k.**, s. 15; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 162.

⁴⁷¹Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 53; Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 164; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 97.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de değinilmiş olduğu üzere⁴⁷² borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde TBK m. 179/II hükmü uygulama alanı bulacak ve alacaklı ifanın yanı sıra ceza koşulunu da talep edebilecekken, diğer ihlal durumlarında TBK m. 179/I gereği seçimlik ceza koşulu gündeme gelir.⁴⁷³ Belirtilmelidir ki, ceza koşulunun muacceliyeti bakımından gündeme gelecek ceza koşulu türünün hangisi olacağı herhangi bir farklılık meydana getirmez.⁴⁷⁴

Ceza koşulunun muaccel hale gelmesi bakımından alacaklının herhangi bir zarara uğramış olması gerekmediği⁴⁷⁵ gibi borçlunun temerrüde düşmüş olması da gerekmez.⁴⁷⁶ Ceza koşulunun alacaklı bakımından zararı ispat külfetini ortadan kaldıran bir niteliği haiz olmasının bir yansıması olarak, ortaya çıkan zarar, karşılaştırılan ceza koşulundan daha düşük bir miktarda olsa yahut hiç ortaya çıkmış olmasa dahi ceza koşulu asıl borcun ihlali ile muaccel olur. Nitekim bu durum, kanun koyucu tarafından TBK m. 180/I'de açıkça düzenleme altına da alınmıştır. Benzer şekilde, borçlu temerrüdünün koşullarıyla bağlı kalmamak ve borçlu temerrüdünün sonuçlarıyla yetinmek istemediği için ceza koşulu karşılaştırılması yolunu tercih etmiş olan alacaklının da ceza koşulunu talep edebilmesi için söz konusu koşullarla bağlı sayılması mümkün değildir.⁴⁷⁷

Hiç ifa etmeme şeklinde ortaya çıkan davranışlar bakımından iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimalde borçlu, ifası halen mümkün olan bir borcu ifa etmemiş olabilir. İkinci ihtimalde ise, borcun ifası mümkün olmayan bir borç olması nedeniyle de söz konusu borç ifa edilemiyor olabilir. İkinci durum olan ifa imkânsızlığı bakımından borçluya atfedilecek herhangi bir kusur yoksa TBK m. 182/II'deki anlatımla “asıl borç sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse” ve ceza koşulu ile ilgili yapılan anlaşmada aksi karşılaştırılmamışsa cezanın ifası istenemez. İfa imkânsızlığının borçlunun kusurundan kaynaklanması durumunda ise, bu kez, ceza koşulunun ifası talep edilebilir.

⁴⁷²Bkz. yuk. III. Bölüm B. 1.1.2.1. ve B. 1.1.2.2.

⁴⁷³Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 165; Uslu, 2019, **a.g.k.**, s. 118.

⁴⁷⁴Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.177; Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 165.

⁴⁷⁵Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 35; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 188; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 95; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 482-482; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 552.

⁴⁷⁶Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 378; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.188; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 89; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 95; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 729.

⁴⁷⁷Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 89; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 95; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.189.

Gereği gibi ifa etmeme durumunda gündeme gelen borç ihlalleri bakımından ise, artık ifa edilmemiş bir borç değil; ifası gerçekleşmiş bir borcun kararlaştırılan ifa yerine ya da konusunun niceliği yahut da niteliğine ilişkin kötü bir ifa söz konusudur.⁴⁷⁸ Bir diğer anlatımla, gereği gibi ifa etmeme, asli edim yükümlülüklerine riayet edilmeksizin gerçekleştirilmiş bir ifayı ifade etmesinin yanı sıra yan yükümlülüklerin ihlali hallerini de kapsayan bir üst kavramdır.⁴⁷⁹

Doktrinde, sadece gereği gibi ifa etmeme durumu için öngörölmüş bir ceza koşulunun varlığı halinde, asıl borcun hiç ifa edilmemesi durumunda söz konusu ceza koşulunun muaccel olacağını savunan bir görüş bulunmaktadır.⁴⁸⁰ Söz konusu görüşün temelinde yatan düşünce ise, gereği gibi ifa etmeme durumunda ceza koşulunun ifasını isteme hakkına sahip olacak olan alacaklının hiç ifa edilmeme durumunda daha sınırlı bir hakka sahip olmayacağıdır. Bizim de katıldığımız ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na verilmiş olan bir kararda⁴⁸¹ da kendisine yer bulmuş olan görüşe göre, borcun ihlal edilmiş sayılması ve bunun sonucunda ceza koşulunun muaccel olabilmesi için ceza koşuluna ilişkin anlaşmada ihlal olarak öngörölen durumların gerçekleşmiş olması gerekir.⁴⁸²

Borçlunun vade tarihi yaklaşmış olmasına rağmen asıl borcu ifa etmek için herhangi bir hazırlık hareketine girişmemiş olması hatta bu durumun artık vade tarihinde borcu ifa edemeyeceği kadar gecikmiş olduğunun anlaşılmış olması dahi ceza koşulunun muacceliyet kesbetmesi için yeterli değildir.⁴⁸³ Benzer şekilde, asıl borcun yapmama, kaçınma yahut katlanma borcu niteliğinde bir borç olması durumunda da sadece hazırlık hareketlerine girişilmiş olması durumunda da ceza koşulu muaccel hale gelmez.⁴⁸⁴ Yapmama, kaçınma yahut katlanma şeklinde bir edim içeren borçlarda söz konusu fiillerden birinin gerçekleşmesi ile ceza koşulu muaccel olur.⁴⁸⁵ Özellikle, belirli bir süre için öngörölmüş olan rekabet yasağı öngörölen borçlarda, sürenin sonuna doğru borçlu tarafından öngörölen yasakla ilişkili bir faaliyet girişmek için işyeri kurmak gibi

⁴⁷⁸Tandoğan, 1961. **a.g.k.**, s. 402; T. İnal (2009). *Borca aykırılık ve sonuçları* (2. Basım). İstanbul: Papatya Yayıncılık Eğitim, s.173; Oğuzman ve Öz, 2020a, **a.g.k.**, s. 395.

⁴⁷⁹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1166; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 382.

⁴⁸⁰Arsebük, 1936, **a.g.k.**, s. 992; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 97-98; Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 166.

⁴⁸¹Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.01.1959 Tarih ve 1958/3 Esas ve 1959/1 Karar sayılı kararı.

⁴⁸²Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 97; Arkan, 1997. **a.g.k.**, s. 15; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.177.

⁴⁸³Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 167; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 98; Arkan, 1997. **a.g.k.**, s. 16.

⁴⁸⁴Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 90; Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 169; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 99.

⁴⁸⁵Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 169; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 99.

hazırlıklara başlanmış olması ancak yasağın ihlal edilmemesi durumunda ceza koşulu muaccel olmaz. Aksinin kabulü, rekabet yasağı öngörölmüş olan sürenin fiilen uzatılması anlamına gelir.⁴⁸⁶ Son tahlilde, borcun olumlu ya da olumsuz bir edim yükleyen bir borç olmasından bağımsız olarak, tüm emareler borç ihlâlinin gerçekleşecek olduğı yönünde olsa dahi somut olarak ihlal ortaya çıkmadığı müddetçe ceza koşulu talep ve dava edilemez.

Borçlu tarafın birden fazla kişiden oluşması durumunda asıl borcun bölünebilir ya da bölünemez bir borç olması durumu ceza koşulu açısından da önem arz eder. Şöyle ki, birden fazla borçlu bölünebilir bir borcun borçlusu ise borç ihlali kısmi borçlulardan hangisi tarafından gerçekleştirilmişse ceza koşulu o borçlu için ve borcun ona düşen kısmı bakımından muaccel olur. Ancak, borç bölünemez bir nitelikte ise borçlulardan herhangi birinin gerçekleştireceğı ihlal ceza koşulunun tüm borçlular bakımından ve tamamen muaccel olması sonucunu doğurur. Müteselsil borçlulukta da ceza koşulunun muacceliyeti borçlu sayısı birden fazla olan bölünemez nitelikteki borçlarda olduğı gibidir. Tek fark, TBK m. 165 gereğı müteselsil borçlulardan herhangi biri diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağından, eğer ceza koşulunu müteselsil borçlulardan biri üstlenmişse yerine getirdiğı ceza koşulu için diğer müteselsil borçlulara rücu imkânından yoksun olmasıdır.⁴⁸⁷

Asıl borcun tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden kaynaklanması durumunda borçlunun ödemezlik def'ine dayanmış olması ceza koşulunu muaccel olmaktan alıkoyar. Bu bağlamda, kendi edimini ifa etmemiş olan yahut ifa etmeye hazır olmayan alacaklının, karşı edimi talep etmesi mümkün olmadığından, ceza koşulunu isteyebilmesi de mümkün değildir.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶Yağcıoğlu, 2022 **a.g.k.**, s.178; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 99; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 90; Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 169.

⁴⁸⁷Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 99; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 729.

⁴⁸⁸Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 480; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 98-99.

3.2.2.3. *İhlalin kural olarak borçlunun kusurundan kaynaklanması*

Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için gereken bir diğer şart da asıl borcun ihlalinin, kural olarak, borçlunun kusurlu bir davranışından kaynaklanmasıdır.⁴⁸⁹ Bizim de katıldığımız görüşe göre, Kanun tarafından bir kusursuz sorumluluk öngörülmemiş yahut taraflarca aksi kararlaştırmamışsa, borçlu sırf borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemiş olduğu için, TBK m. 112 hükmünde öngörülmüş olan kusur karinesi ile muhatap olur.⁴⁹⁰ Bir başka ifadeyle, borçlu sırf borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemiş olması nedeniyle kural olarak kusurludur; meğerki aksini ispatlayabilmiş olsun.

Doktrinde, ceza koşulunun kusurdan bağımsız olduğu yönünde bir görüşe de rastlanmaktadır.⁴⁹¹ Söz konusu aksi görüşün temelinde TBK m. 180/II'de öngörülmüş olan alacaklının ceza koşulu aşan bir zarara uğramış olması durumunda aşan miktarı ancak borçlunun kusurunu ispat ederek isteyebileceği hükmü yatmaktadır.⁴⁹² Ceza koşulunun fer'i olması niteliğine göz ardı eden ve belirtilen hükmün mefhumu muhalifinden hareket eden görüşü savunanlara göre, alacaklı, sadece ceza koşulunu aşan bir zarara uğradığını iddia ediyor ve bu zararının tazmin edilmesini istiyorsa kusur şartı aranır; sadece ceza koşulunun ödenmesi talep ediliyorsa kusur şartı değildir.⁴⁹³ Kanaatimizce, asıl borcun ihlal edilebilmesi için kusur şartı aranıyorsa ceza koşulunun ifasının istenebilmesi için de kusur şartı aranmalı; ancak asıl borcun ihlal edilmesi durumunda kanundan doğan yahut taraflarca bu yönde anlaşılmış olmasına bağlı bir kusursuz sorumluluk mevzu bahis ise bu durumda kusur şartı aranmamalıdır.⁴⁹⁴ Kanun koyucunun TBK m. 180/II hükmünü öngörmüş olma nedeni, ceza koşulunu aşan bir zararı olduğu iddiasındaki alacaklının TBK m. 112 hükmünde öngörülmüş olan

⁴⁸⁹H. Ekinci (2007). Cezaî şart ilişkisinde kusur sorunu. *Terazi Hukuk Dergisi*, 2(8), s. 22 <https://jurix.com.tr/article/120> (Erişim Tarihi: 21.03.2022); Arkan, 1997. **a.g.k.**, s. 16; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Arsebük, 1936, **a.g.k.**, s. 991; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 108-109; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1003; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 502; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 21; Usta, 2018, **a.g.k.**, s. 81; Ceza koşulunun muacceliyetinin kusurdan bağımsız olduğuna ilişkin bkz. Aksoy, 2018, **a.g.k.**, s. 1003 vd.; Ceza koşulunun kusurdan bağımsızlaştırmaya ihtiyaç olup olmadığına ilişkin bkz. Taşkın, 2020, **a.g.k.**, 1329 vd.

⁴⁹⁰TBK m. 112: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

⁴⁹¹Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 551, dn. 440.

⁴⁹²Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1337.

⁴⁹³Berki, 1942, **a.g.k.**, s. 291; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 726; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1337-1338.

⁴⁹⁴Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 551-552; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.178.

sözleşmesel kusur karinesinden faydalanmasını engellemek olup, ceza koşulu için kanuni bir kusursuz sorumluluk hâli öngörmek değildir.⁴⁹⁵

Belirtilmelidir ki, kural olarak kusur şartının aranması gerektiği yönünde görüş izhar etmekle birlikte bazı ceza koşullarında kusur aranmasının elzem olmadığı şeklinde düşünen yazarlar da vardır. Bu duruma örnek olarak, para borçlarında temerrüt faizinde nasıl ki kusur şartı aranmıyorsa, temerrüt faizinden daha yüksek bir faiz oranı şeklinde öngörülmüş olan ceza koşullarında da tıpkı temerrüt faizinde olduğu gibi kusur şartının aranmaması gerektiğini savunan görüş verilebilir.⁴⁹⁶ Bir diğer örnek ise, asıl borcun olumsuz bir borç niteliğinde olması durumunda borcun ihlal edilmesi anında ceza koşulunun talep edilebilir hâle geleceğini ve kusurun şart olmadığını savunan görüştür.⁴⁹⁷

Ceza koşulunu ifa etme zorunluluğunun doğması bakımından kural olarak kusurun varlığı kanaatimce şart olmakla birlikte, ağırlığı önem arz etmez. Bir başka ifadeyle, borçlunun kastı, ağır yahut hafif kusuru ceza koşulunun istenebilmesi bakımından farklı bir sonuç doğurmaz; her türlü kusur ceza koşulunu talep edilebilir kılar.⁴⁹⁸ Borçlunun kusurunun ağırlık derecesi sadece hâkimin ceza koşulunun indirilmesi hususunda göz önünde tutulacak hususlardan biri olabilir. Kanunun kusursuz sorumluluk öngördüğü hâllerden biri meydana gelmediği müddetçe borca aykırılık nedeniyle kusurun varlığının karine olarak kabul edildiği TBK m. 112 hükmü ceza koşulu bakımından da geçerliliği haizdir. Bu bağlamda, alacaklının ceza koşulu talep edebilmek için borçlunun kusurunu kanıtlaması gerekmez; aksine söz konusu ceza koşulunu ödemek zorunda kalmamak için borçlu kusursuzluğu ispatla mükelleftir.⁴⁹⁹ Ancak, hemen tüm ceza koşulu hükümleri için geçerli olduğu gibi, bu husus da emredici bir kural olarak öngörülmediğinden taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür.⁵⁰⁰

TBK m. 182/II gereğince borçludan ceza koşulunun fer'iliği nedeniyle sonraki imkânsızlık hallerinde ceza koşulu talep edilemez. Bu ihtimalin haricinde borçlunun

⁴⁹⁵Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.182.

⁴⁹⁶Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 555.

⁴⁹⁷Kocaağa, 2003, **a.g.k.**, s. 169; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 99. Aksi görüşte Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 108; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 62.

⁴⁹⁸Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 552; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1337; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 108.

⁴⁹⁹Ekinci, 2007, **a.g.k.**, s. 27-28; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 105; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 62; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.184.

⁵⁰⁰Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 109; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 56; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 240.

kusursuzluğunu iddia ve ispat edebileceği haller; borç ihlalinin alacaklının fiili, mücbir sebep ya da olağanüstü hâllerden birinin varlığı nedeniyle meydana geldiği durumlardır. Ayrıca, bahsi geçtiği üzere, kanunda ya da taraf iradelerinin uyuşması sonucunda kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olduğu durumlarda borçlunun ceza koşulunu ödemekten kurtulabilmesi için kusursuz olduğuna dayanması da mümkün değildir.

3.2.3. Ceza koşulunun hükümleri

Ceza koşulunun hükümleri öngörülmüş olan ceza koşulunun, seçimlik ceza koşulu ya da ifaya eklenen ceza koşulu türünden hangisi olduğuna göre değişiklik arz etmektedir. Asıl konumuz olan ceza koşulunu aşan zararın dönme cezası durumunda gündeme gelmeyecek olmasından⁵⁰¹ dolayı bu başlık altında dönme cezasının hükümleri ele alınmamış olup; sadece seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulu hükümleriyle iktifa edilmiştir.

3.2.3.1. Seçimlik ceza koşulunun hükümleri

Öngörülmüş olan ve muaccel hale gelmiş ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu niteliğinde olması hâlinde alacaklının asıl borcun yahut ceza koşulunun ifasını talep edebileceği bir durum gündeme gelir. Burada alacaklının seçimlik bir yetkisi doğmuş olur. Bir diğer deyişle, seçimlik ceza koşulunun muaccel olması ile birlikte, alacaklının adı geçen seçimlik yetki sayesinde irade beyanı ile hukuki bir sonuç meydana getirebilmesinin önü açılmış olur.

Ceza koşulu ya da asıl borcun ifasını seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır.⁵⁰² Tüm yenilik doğuran haklarda olduğu gibi seçim hakkının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için karşı tarafa varması gerekir.⁵⁰³ TBK m. 179/I hükmü gereğince alacaklıya bahsedilmiş olan seçim hakkı, hükmün emredici bir kural vazetmiyor olması

⁵⁰¹Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 122; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 554; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1000; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 21.

⁵⁰²Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 28; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 54; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 98-99; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1335; Ceza koşulu talep etme yetkisinin doğmasının borçlunun borca aykırı davranması şeklindeki geciktirici koşula bağlı olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 994.

⁵⁰³Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 99; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 139; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 108; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 722; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 52; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1335.

nedeniyle, tarafların anlaşmaları ile borçluya da bırakılabilir.⁵⁰⁴ Nitekim bu durum adı geçen kanun maddesinde de *aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça* ifadesi nedeniyle açıkça düzenleme altına alınmıştır. Seçim hakkı hangi tarafa tanınmış olursa olsun, yapılan seçime dair beyanın açık ya da örtülü olması da mümkündür.⁵⁰⁵

Yenilik doğuran hakların tüm özelliklerinin burada anılan seçim hakkı için de geçerli olmasının bir sonucu olarak ceza koşulu ya da asıl borcun ifası arasındaki tercih hakkı da kullanılmakla tükenir. Bir diğer anlatımla, seçim hakkı kullanıldıktan sonra yapılan bu seçimden dönülerek diğerinin istenmesi imkân dâhilinde olmaz.⁵⁰⁶ Eğer alacaklı ceza koşulunun ifasını talep etmişse artık asıl borç sona erer ve borçlu asıl borcu ifa etmekten kurtulmuş olur. Bu talep, alacaklının da asıl borcun ifasından vazgeçmiş olduğu anlamına gelir.⁵⁰⁷

Belirtilmelidir ki, ceza koşulunun seçilmesi ve alacaklının ceza koşulunu aşan bir zarara uğramış olması durumunda, TBK m. 180/II hükmü gereği, oluşan zararın borçlunun kusurundan kaynaklanmış olduğunun ispatlanması şartıyla, aynı zamanda çalışma konumuz da olan, ceza koşulunu aşan zarar talep edilebilir. Benzer şekilde gerçekleşen seçimin asıl borcun ifası olması durumunda da borçlunun TBK m. 112 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan borca aykırılık nedeniyle alacaklının meydana gelen zararlarından sorumlu olması söz konusu olabileceği gibi, borçlunun asıl borçta temerrüde düşmesi nedeniyle TBK m. 117 vd. hükümleri de işletilebilir. Belirtilmelidir ki, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklıya TBK m. 125 hükmüyle tanınmış olan seçimlik haklardan aynen ifa ve gecikme tazminatının veya sözleşmeden dönmenin tercih edilmiş olmasıyla seçimlik ceza koşulu ile ilgili tercih de gerçekleşmiş olur. Şöyle ki, eğer alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatını tercih etmişse, bu tercih seçimlik ceza koşulu bakımından da asıl borcun ifasını seçmiş olduğu, bir diğer anlatımla, ceza koşulunu seçmekten vazgeçtiği anlamına geleceğinden, artık ceza koşulunun ifasını talep edemez. Yine, TBK m. 125 hükmüyle alacaklıya bahsedilmiş olan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme tercih

⁵⁰⁴Aksi görüş için bkz. Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 722.

⁵⁰⁵Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 108; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.190.

⁵⁰⁶Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 994; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 546.

⁵⁰⁷Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 108; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 994; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 546.

edilmişse, klasik dönme teorisine⁵⁰⁸ göre asıl borç geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı ve borcun fer'isi olan ceza koşulunun da kaderi asıl borca bağlı olduğundan, artık asıl borcun ifası talep edilemez.⁵⁰⁹ Ancak, sözleşmeden dönmenin asıl borcu geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmayacağı görüşü kabul edilirse bu durumda ceza koşulu istenebilir.⁵¹⁰

Kanunda yapılan seçime ilişkin beyanın hangi süre içerisinde yapılması gerektiği ile ilgili herhangi bir hüküm mevcut değildir. Taraflar söz konusu beyanın süresi ile ilgili aralarında bir anlaşma yapabilecekleri gibi; eğer böyle bir anlaşma yoksa seçim hakkının dürüstlük kuralı gereği makul bir sürede ileri sürülmesi gerekir.⁵¹¹

3.2.3.2. İfaya eklenen ceza koşulunun hükümleri

Kanundan doğan ya da kararlaştırılmış olan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu türünde olması ve ceza koşulunun muaccel hale gelmiş olması durumunda alacaklı ifanın yanı sıra ceza koşulunu da isteyebilir. Kanundan doğan ifaya eklenen ceza koşulu ile kastedilen durumlar, TBK m. 179/II hükmündeki ifadeyle, borcun belirlenen zamanda ya da belirlenen yerde ifa edilmemiş olmasıdır. Ek olarak, tarafların diğer borç ihlalleri bakımından da ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmış olmaları mümkündür.⁵¹² Hemen belirtilmelidir ki, ceza koşulunun seçimlik ya da ifaya eklenen ceza koşulu olduğu hususunda herhangi bir tereddüt olması durumunda somut olaydaki ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu türünde olduğu kabul edilir.⁵¹³

⁵⁰⁸M. T. Öz (1996). Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin bu sözleşme gereğince kazanılmış aynı haklara etkisi ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırmalı eleştirisi. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13(16), s. 138 vd.; G. Anık (2005). Borçlunun temerrüdünden dolayı sözleşmeden dönme. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (59), s. 225; Buz, 1998b, **a.g.k.**, s. 118 vd.

⁵⁰⁹Buz, 1998b, **a.g.k.**, s. 134; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 992; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 546; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 382; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 30.

⁵¹⁰R. Serozan (2007). *Sözleşmeden dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.565; Yeni dönme teorisi ile ilgili açıklamalar için bkz. Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 73 vd.; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1418-1419; Buz, 1998b, **a.g.k.**, s. 123.

⁵¹¹Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; İfanın imkansız olmaması durumunda alacaklının seçim hakkını kullanabilmesi için kendisine usulüne uygun şekilde bir ifa teklifi yapılana kadar süresi olduğu yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 546.

⁵¹²Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 66; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 998; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 31.

⁵¹³Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 32; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 381; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336.

Asıl borç belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi yahut taraflarca hakkında ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılan diğer borç ihlallerinden birinin gerçekleşmesinden sonra borç imkânsız hale gelirse alacaklının ceza koşulunun ifasını talep hakkı devam eder.⁵¹⁴ Bu durumda alacaklı ceza koşulunun yanı sıra asıl borcun ifa edilmemiş olması nedeniyle uğradığı zararları da talep edebilir.⁵¹⁵

Asıl borcun bir para borcu niteliğinde olması durumunda borçlunun temerrüde düşmesi üzerine ceza koşulunun yanı sıra temerrüt faizinin de talep edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki ilk görüş,⁵¹⁶ temerrüt faizinin doğrudan doğruya kanundan doğan ve kusur şartı gerektirmeyen bir borç olması nedeniyle her zaman talep edilebileceğini, ancak ifaya eklenen ceza koşulunun muaccel olması için gereken borç ihlalinde borçlunun kusursuzluğunu ispat ederek ceza koşulunu ödemekten kurtulabileceğini savunmaktadır. Bir diğer görüşe⁵¹⁷ göre, temerrüt faizi ancak ceza koşuluyla karşılanamayan bir zarar meydana gelmiş olması durumunda istenebilir. Diğer bir görüş⁵¹⁸ ise, temerrüt faizi ve ceza koşulunun birlikte talep edilebilmesi için taraflarca bu hususta bir anlaşma olması yahut taraf iradelerinin yorumlanması ile bu sonuca ulaşılmış olması gerektiğini ileri sürmektedir. Son olarak, hem temerrüt faizi ve ceza koşulunun birlikte talebinin mümkün olduğu ancak bu iki kurumdan elde edilecek toplam miktarın temerrüt faizine üst sınır getiren TBK m. 120/II hükmüne tâbi olduğuna ilişkin bir görüş⁵¹⁹ de izhar edilmiştir. Doktrindeki durum böyle olmakla birlikte, ele aldığımız konu bakımından hem temerrüt faizinin hem de ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceği kabul edilse dahi bazı durumlarda alacaklının bu hukuki müesseseleri işletmesi ile karşılanamamış bir zarara uğramış olması da imkân dâhilindedir. Alacaklının söz konusu aşan zararını hem TBK m. 122 hem de TBK m. 180/II hükümleri doğrultusunda talep edebileceği hususunda herhangi bir duraksamaya mahal yoktur.⁵²⁰ Bu iki hükümden TBK m. 122’de düzenlenmiş olan aşkın zarar hükümlerine dayanması alacaklı için daha avantajlıdır. Çünkü TBK m.122

⁵¹⁴Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 549; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 203; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 724; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 05.10.1987 Tarih ve 1987/892 Esas ve 1987/3421 Karar sayılı kararı.

⁵¹⁵Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 724.

⁵¹⁶Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 270.

⁵¹⁷Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 203.

⁵¹⁸Ekinci, 2007, **a.g.k.**, s. 39; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 165.

⁵¹⁹E. S. Özmen ve T. Aktaş (2018). Türk Hukuku açısından para borçlarında temerrüt faizi yanında ceza koşulu talep edilebileceğine ilişkin Yargıtay kararlarının eleştirisi. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), s. 49-50. <https://jurix.com.tr/article/18812> (Erişim Tarihi: 23.05.2022).

⁵²⁰Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 271-272.

hükmü kusursuzluğunu kanıtlaması gereken taraf olarak borçluyu işaret ederken; TBK m.180/II hükmü borçlunun kusurunun ispatını alacaklıya yüklemektedir. Tabii ki ifa edilmiş bir ceza koşulu varsa aşkın zarar talebi değerlendirilirken bu durum da göz önünde bulundurulur. Temerrüt faizine ek olarak bir de ceza koşulu ödemiş olan borçlunun, tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılamayacağı prensibi uyarınca kümülatif olarak oluşan zarardan daha fazla bir miktar ödemek zorunda kalması söz konusu olmaz. Bir diğer ifadeyle, alacaklının aşkın zarar talep edebilmesi için temerrüt faizinin yanı sıra ceza koşulunun da gideremediği bir zarara uğramış olması gerekir.⁵²¹

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, seçimlik ceza koşulunda olduğu gibi ifaya eklenen ceza koşulunda da, alacaklı, kural olarak borcunu ifa etmediği yahut ifasını teklif etmediği müddetçe alacaklının ceza koşulunun ifası talebi borçlunun ödemezlik def'iyle karşılaşır.⁵²² Yine karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün oluşması üzerine TBK m. 125 hükmünde düzenlenmiş olan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme seçeneğinin tercih edilmiş olması durumunda da klasik dönme görüşü doğrultusunda borç geçmişe etkili olarak sona ereceğinden ceza koşulu talep edilemez.⁵²³

İfa eklenen ceza koşulunun hükümleri bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus da alacaklının söz konusu ceza koşulunu talep etme hakkından açıkça feragat etmiş olması yahut çekince ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul etmiş olmasıdır. TBK m. 179/II'de adı geçen iki durumda da artık ceza koşulunun istenemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır.⁵²⁴ Asıl borcun ifasını herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul eden alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi kanun gereği kesin olarak mümkün değildir. Bir diğer anlatımla, söz konusu hüküm kanuni bir faraziye niteliğinde olduğundan, alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmemiş

⁵²¹Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 227; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 223; Bkz. yuk. II. Bölüm B. 1.4.5.

⁵²²Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2020, **a.g.k.**, s. 480;

⁵²³Buz,1998b, **a.g.k.**, s. 118; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 549; Bkz. yuk. III. Bölüm B. 1.2.3.1. Sözleşmeden dönmenin asıl borcu geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmayacağı ve buna bağlı olarak ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde bkz. Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 565; Buz,1998b, **a.g.k.**, s. 120.

⁵²⁴Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 511; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 996; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 382; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1336; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 548-549; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 206.

olmakla birlikte gerçek iradesinin aksi yönde olduğunu ispat etmesi halinde dahi söz konusu ceza koşulu talebi yönünde karar verilemez.⁵²⁵

3.3. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini

Ceza koşulunun türü ne olursa olsun alacaklının borç ihlali nedeniyle uğradığı zarar söz konusu ceza koşuluyla karşılanamamış olabilir. Bu durumda, Türk hukuku bakımından tazminatın fonksiyonunun telafi edici bir nitelik arz etmesinin doğal bir sonucu olarak, kanun koyucu TBK m. 180/II hükmü ile alacaklıya adı geçen ceza koşuluyla karşılanamamış zararının tazminini sağlama imkânı tanımıştır. Biz de bu başlık altında ceza koşulunu aşan zarar kavramını ve bu zararın tazmini için gereken koşulları ele alacağız.

3.3.1. Ceza koşulunu aşan zarar kavramı

Ceza koşulunun hukuki niteliği ile ilgili tartışmaları ele aldığımız başlık⁵²⁶ altında da bahsedildiği üzere ceza koşulunun borçluyu ifaya yöneltme amacının yanı sıra olası bir ifa etmeme yahut -geniş anlamda- gereği gibi ifa etmeme durumunda alacaklıyı koruma amacı da bulunmaktadır. Bu açıdan alacaklının korunan menfaati ifanın hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda ortaya çıkacak zararının giderimi olarak ortaya çıkar. Bir ceza koşulu öngörülmesinin temelinde, alacaklının, zararın varlığını ve miktarını ispat külfetine katlanmak zorunda kalmaksızın söz konusu giderimi sağlamak istemesi yatar.⁵²⁷ Ancak, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararın baştan tam olarak belirlenebilmesi her zaman olanak dâhilinde olmayabilir.⁵²⁸ Belirlenen ceza koşulu ediminin alacaklının ortaya çıkan zararını karşılayamadığı durumlar için kanun koyucu TBK m. 180/II hükmünü öngörmüştür.

⁵²⁵Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 549; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 115; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 143; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 30 dn. 103; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 730.

⁵²⁶Bkz. yuk. III. Bölüm B. 1.1.2.

⁵²⁷Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 535; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1333; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 79-80; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 989.

⁵²⁸Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 215.

Alacaklının gerek seçimlik ceza koşulu gerekse de ifaya eklenen ceza koşulunun söz konusu olduğu durumlarda kararlaştırılmış olan ceza koşulunun ifasını talep edebilmesi için zarara uğramış olması şart değildir.⁵²⁹ Bir diğer ifadeyle, alacaklı herhangi bir zarara uğramış olmasa dahi ceza koşulunu talep edebilir. Ancak, TBK m. 180/II hükmünde aynen “Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.” şeklinde düzenlenmiş olan ceza koşulunu aşan zararını talep edebilmesi için her şeyden önce bir zarara uğramış olması gerekir.⁵³⁰

Her ne kadar doktrinde sadece ifaya eklenen ceza koşulu türü için ceza koşulunu aşan zararın giderimi talebinin gündeme geleceği yönünde bir görüş⁵³¹ bulunsa da; bizim de kabul ettiğimiz baskın olan görüşe⁵³² göre ceza koşulunu aşan zararın istenebilmesi hem seçimlik hem de ifaya eklenen ceza koşulu türleri açısından mümkündür.

Alacaklının TBK m. 180/II’de düzenlenen hükmü işletebilmesi için sadece zarara uğramış olması yetmez. Kanun koyucu adı geçen hükmün işletilebilmesi için alacaklının uğramış olduğu zararın ceza koşulu tutarı ile karşılanamayan bir zarar olması gerektiğini şart koşmuştur. Alacaklının, borca aykırılık nedeniyle zararının tazminini talep edebilecek olması gibi diğer kanuni hakları teorik olarak ceza koşuluyla uyum içerisinde varlığını devam ettirir. Alacaklının uğradığı zararın, ceza koşulu olarak belirlenmiş olan edimin ekonomik değerini aşmasıyla birlikte artık adı geçen kanuni haklar pratik bir kullanım alanına da sahip olurlar.⁵³³ Bu bağlamda, ceza koşuluyla karşılanamayan zararın tazmini talebi, çalışmamızın önceki bölümünde ele alınmış olan alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayan zararı hakkındaki düzenleme ile benzerlik göstermektedir.⁵³⁴

Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edim uygulamada genellikle bir paranın ödenmesi olarak kararlaştırılmaktadır. Uygulamadaki durum bu şekilde olmakla birlikte,

⁵²⁹Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 21; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 552; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1337; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 54.

⁵³⁰Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 553; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1001; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 512; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 36; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1337; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 21.

⁵³¹Kapancı, 2016, **a.g.k.**, s. 665.

⁵³²Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, 553.

⁵³³Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s. 216.

⁵³⁴von Tuhr, 1983, **a.g.k.**, s. 769; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383.

ceza koşulu olarak mali değere sahip herhangi bir edimin kararlaştırılabileceği hususunda da herhangi bir duraksamaya mahal yoktur.⁵³⁵ Bu durum ceza koşulu aşan zararın tazmini açısından da önem arz eder. Şöyle ki, aşan zararın tespiti hususu doğası gereği mukayese yapılmasını zorunlu kılan bir yapıdadır. Alacaklının uğramış olduğu maddi zararın ceza koşulunu aşıp aşmadığının tespit edilebilmesi için uğranılan zararın yanı sıra ceza koşulu olarak öngörülmüş olan edimin maddi değerinin de tespiti gerekir. Nitekim Yargıtay da bahsi geçen hesabın bilirkişi kurumu işletilerek yaptırılması ve bu hesaplama doğrultusunda hüküm kurulması gerektiği yönünde kararlar kurmaktadır.⁵³⁶ Bu bağlamda, mali bir değeri haiz olması gereken ceza koşulu edimi bu niteliği sayesinde değeri belirlenebilir bir edim olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtilmelidir ki, ceza koşulunu aşan zararın tazmininin talebi açısından ceza koşulu ediminin para olarak belirlenmiş olmasıyla para haricinde ekonomik değeri haiz başkaca bir edim olarak belirlenmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur.

Önceki başlıklarda da birçok kez değinilmiş olduğu üzere sözleşmeden dönme durumunda, ceza koşulunun bağlı olduğu sözleşme, klasik dönme teorisine göre, geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olacağı için ceza koşulu da ortadan kalkar. Bu bağlamda, ortada bir ceza koşulu kalmadığı için bunu aşan bir zararın varlığından da bahsedilemez.⁵³⁷ Ancak, sözleşmeden dönme sonucunda borcun geçmişe etkili olarak sona ermeyeceğini kabul eden dönme teorilerinden⁵³⁸ biri kabul edilecek olursa sözleşmeden dönülmüş olmasına rağmen ceza koşulu talep edilebilir ve buna bağlı olarak ceza koşulunu aşan bir zarar uğranılmış olması mümkün olur. Yine, TBK m. 180/II hükmü emredici bir hukuk kuralı olmadığı için, tarafların ceza koşulunu aşan zararın tazminini istemeyecekleri yönünde anlaşmış olmaları da mümkündür.⁵³⁹

⁵³⁵Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 68-69; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.138; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 541; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1332; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 12; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 23.

⁵³⁶Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 01.07.1999 Tarih ve 1999/2594 Esas ve 1999/2866 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.03.2016 Tarih ve 2016/1483 Esas ve 2016/3107 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 08.07.2004 Tarih ve 2003/6165 Esas ve 2004/3813 Karar sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 28.11.2014 Tarih ve 2014/2289 Esas ve 2014/7662 Karar sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.06.2003 Tarih ve 2003/590 Esas ve 2003/3111 Karar sayılı kararı.

⁵³⁷Buz, 1998b, **a.g.k.**, s. 118; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 126; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 167; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 212-213.

⁵³⁸Serozan, 2007, **a.g.k.**, s. 73 vd.; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1418-1419.

⁵³⁹Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 126; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 83; Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 167; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 213.

Son olarak, ceza koşulu türünün ifaya eklenen ceza koşulu olarak meydana gelmiş olması durumunda, TBK m. 179/II gereğince, ceza koşulunun ifa edilmesinden açıkça feragat eden ya da ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul eden alacaklı artık ceza koşulunun ifasını talep edemez. Ancak bu durum, diğer koşulların sağlanmış olması halinde ceza koşulunu aşan zararın talep edilebilmesi hakkına sirayet etmez. Bir diğer anlatımla, alacaklı, ifanın yanında istenebilecek olan ceza koşulundan açıkça feragat etmiş ya da çekince ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul etmiş dahi olsa ceza koşulunu aşan zararının tazminini talep edebilir.⁵⁴⁰

3.3.2. Ceza koşulunu aşan zararın tazmin koşulları

Alacaklının ceza koşulunu aşan zararın tazmini talebinde bulunabilmesi için bir zararın varlığı, söz konusu zarar ile ceza koşulunun muaccel olması için gereken borç ihlali arasında uygun bir illiyet bağının bulunması ve borçlunun kusurunu ispat edebilmesi gerekir.

3.3.2.1. Bir zararın varlığı ve bunun alacaklı tarafından ispat edilmesi

Zararın varlığı ceza koşulunu aşan zarar mefhumunun tanımı gereği bulunması gereken ilk ve en temel şarttır. Alacaklı, borcun ihlal edilmesi nedeniyle ceza koşulu olarak kararlaştırılmış olan edimden daha az bir zarara uğramış olması hatta hiçbir zarara uğramamış olması durumunda dâhi ceza koşulunu talep edilebilir. Bu bağlamda, ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilmesi, ceza koşulunun aksine, alacaklının uğradığı bir zararın varlığı ve hatta söz konusu zararın ceza koşulu ile karşılanamamış olması durumunda gündeme gelir.

Zararın ceza koşulunu aşıp aşmadığı hususu değerlendirilirken kararlaştırılan ceza koşulunun türüne göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Şöyle ki, muaccel olan ceza koşulunun türü seçimlik ceza koşulu ise, alacaklının asıl borçta kendi üzerine düşen edimi yerine getirip getirmediği aşkın zararın tespiti konusunda hesaba katılacakken; ifaya eklenen ceza koşulu olması durumunda hesaba katılmaz. Seçimlik bir ceza

⁵⁴⁰Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 213; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 126; Her ne kadar kanunda ihtirazi kayıt ileri sürmeden asıl alacağı kabul sadece ceza koşulunun düşeceği anlamını taşıyorsa da kanunun vazgeçmeye eşit sonuç çıkardığı bir hükmü dar yorumlamaya gerek olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Günay, 2001, **a.g.k.**, s. 167.

koşulunun ifa edilmiş olması durumunda, eğer alacaklı kendi edimini henüz yerine getirmeden önce ceza koşulu muaccel olmuşsa ortaya çıkan zarardan söz konusu edimin değeri indirilir.⁵⁴¹ Aksi halde, bir diğer deyişle, eğer alacaklı kendi üzerine düşen edimi ifa etmişse de söz konusu edimin değeri olumlu zarar türünde bir zarar kalemi olacağı için ceza koşulunu aşan bir zararın varlığı belirlenirken zarara eklenir. Buna karşılık, ifaya eklenen ceza koşulunda ise alacaklının ifayı istemesi ve kendi borcunu da eda etmiş olması gerekeceğinden aşan bir zararın varlığı belirlenirken ifa edilen asıl borçtan kaynaklanan edimler hesaba katılmaz.

Asıl borcun bir para borcu olması durumunda borç ihlali üzerine eğer borçlu temerrüdü de oluşmuşsa, bilindiği üzere, alacaklı bir temerrüt faizi de talep edebilir. Söz konusu para borcu için aynı zamanda bir ceza koşulu öngörülmüş olması da mümkündür. İşte bu durumda temerrüt faizi kanundan, ceza koşulu ise tarafların anlaşması yoluyla doğmuş ve alacaklının uğramış olduğu zararı götürü olarak giderme amacına yönelik hukuki çareler olduğundan her iki düzenlemenin de aşkın zarar bakımından göz önünde bulundurulması gerekir.⁵⁴² Bu durumda, alacaklının tercih etmesi gereken yol temerrüt faizini aşan zararının tazmini olacaktır. Çünkü alacaklının ek zararını tazmin ettirebilmesi için temerrüt faizini aşan zararın öngörülmüş olduğu TBK m. 122’de borçluya yüklenmiş olan kusursuzluğunu ispat ödevi, ceza koşulunu aşan zararın öngörülmüş olduğu TBK m. 180/II’de borçlunun kusurunun ispatını alacaklıya yükler biçimde düzenlenmiştir.⁵⁴³ Bu tercihten bağımsız olarak, temerrüt faizinin yanı sıra bir ceza koşulu da ödenmiş olması durumunda aşan zarar talebi gündeme geldiğinde, alacaklının, ceza koşulu ile temerrüt faizinin toplamından fazla bir zarara uğramış olması gerekir.⁵⁴⁴ Son tahlilde, her iki ek zarar düzenlemesi⁵⁴⁵ bakımından da hukukumuzda tazminatın bir zenginleşme vasıtası olarak görülmesi mümkün olmadığından, elde edilenlerin ortaya çıkan zarardan indirilmesi gerekir. Bu bağlamda, alacaklının tahsil etmiş olduğu temerrüt faizi ve ceza koşulu ediminin değeri uğramış olduğu zarardan indirilir.⁵⁴⁶ Bu hesaplamanın ardından alacaklının hala tazmin

⁵⁴¹Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 384; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.218.

⁵⁴²Karahasan, 2001, **a.g.k.**, s. 227; Barlas, 1992, **a.g.k.**, s. 223; Bkz. yuk. II. Bölüm B. 1.4.5.

⁵⁴³Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, s. 383-384.

⁵⁴⁴Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 314; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 55.

⁵⁴⁵TBK m. 122’de düzenlenmiş olan aşkın zarar ve TBK m. 180/II’de düzenlenmiş olan ceza koşulunu aşan zarar.

⁵⁴⁶Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 314; Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 55.

edilmemiş bir zararı mevcutsa ancak o zaman ceza koşulunu aşan zarar hükmü işletilebilir.

Belirtilmelidir ki, TBK m. 180/II hükmü de ceza koşulu hükümlerinin büyük bir çoğunluğunda olduğu gibi emredici bir hukuk kuralı olarak düzenlenmemiştir.⁵⁴⁷ Bunun sonucunda, taraflar aralarında yapmış oldukları anlaşma ile borç ihlali nedeniyle alacaklının uğradığı zararın tamamından borçlunun sorumlu olacağını, bir başka deyişle ceza koşulunun zarardan düşürülmeyeceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu ihtimalde borçlunun hem ceza koşulunu ifa etmesi hem de borç ihlali nedeniyle ortaya çıkmış olan zararı tazmin etmesi gerekir.⁵⁴⁸ Yine mezkûr hüküm emredici olarak düzenlenmiş olmadığından tarafların borçlunun sadece ceza koşulunu ifa edip ortaya çıkacak olan zarardan sorumlu olmayacağı şeklinde bir anlaşma yapmış olmaları da imkân dâhilindedir. Bu ihtimalde ise, alacaklı ceza koşulunun çok üzerinde bir zarara uğramış olsa dahi bu zararının tazminini talep edemez.⁵⁴⁹

Ceza koşulu ile karşılanamayan bir zararının varlığını iddia eden ve bunun giderilmesi talebinde olan alacaklının böyle bir zarara uğramış olduğunu ispat etmesi gerekir.⁵⁵⁰ Bununla birlikte, doktrinde aksi de savunulmuş olmakla birlikte, TBK m. 180/II emredici bir hüküm olmadığından⁵⁵¹ taraflarca ispat yükü ile ilgili aksine bir anlaşma yapılmasının önünde de herhangi bir engel yoktur.⁵⁵²

3.3.2.2. *Zarar ile borç ihlali arasında uygun illiyet bağının varlığı*

Ceza koşulunu aşan zararın tazmini için gereken bir diğer şart ise, zarar ile borç ihlali arasında uygun bir illiyet bağının mevcut olmasıdır. Bir diğer ifadeyle, alacaklı ancak ceza koşulunu muaccel hale getiren somut borç ihlali ile arasında uygun bir illiyet

⁵⁴⁷Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 319; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 27; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 735; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338.

⁵⁴⁸Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.02.2008 Tarih ve 2007/6745 Esas ve 2008/1104 Karar sayılı kararı: “Taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde, sözleşmenin feshi halinde bayinin hem cezai şartı hem de kar mahrumiyetini ödemeyi kabul ettiği kararlaştırıldığına göre, davacı kar mahrumiyeti de isteyebilir.”

⁵⁴⁹Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 112; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 126; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.220.

⁵⁵⁰Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 36; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.222; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1002.

⁵⁵¹Kocaağa, 2018, **a.g.k.**, s. 319; Dirican, 2007, **a.g.k.**, s. 27; Cansel ve Özel, 2013, **a.g.k.**, s. 735; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338.

⁵⁵²Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 111; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Aksi, bir diğer ifadeyle, ispat yükü ile ilgili taraf iradeleriyle değişiklik yapılamayacağı ve hükmün bu açıdan emredici olduğu yönünde bkz. Berki, 1942, **a.g.k.**, s. 295.

bağı kurulabilen ve ceza koşulu ile karşılanamamış olan zararının giderimini talep edebilir. Taraflarca kararlaştırılmış olan somut ihlalin haricinde de ceza koşulunun talep edilebileceğini savunan yazarlar⁵⁵³, bu görüşleri ile uyum içerisinde olacak şekilde somut ihlalden bağımsız olarak ortaya çıkan zarar ile meydana gelen borç ihlalinin uygun bir illiyet bağı içerisinde olmasını ceza koşulunu aşan zararın tazmini için yeterli görmektedirler.⁵⁵⁴ Ancak, bizim de katıldığımız ve ceza koşulunun ancak kararlaştırılan somut ihlalin ortaya çıkması halinde talep edilebileceği yönündeki görüşe⁵⁵⁵ göre, alacaklı ancak borçlu ile aralarında kararlaştırılmış olan ve ceza koşulunu muaccel kılan borç ihlali ile uygun bir illiyet bağı içerisinde bulunan zararlarının giderilmesini talep edebilir.⁵⁵⁶

İfa yeri hususunda kararlaştırılmış bir ifaya eklenen ceza koşulunun muaccel olduğu varsayımında alacaklı ancak ifanın belirlenen yerde gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararını ceza koşulunu aşan zarar olarak talep edebilir. Ancak, belirtilmelidir ki, bu durum alacaklının kanundan doğan diğer haklarını kullanmasının önünde bir engel teşkil etmez. Verdiğimiz örnekte, borçlu, aynı zamanda ifayı belirlenen zamanda da gerçekleştirmemiş ise, diğer şartların da gerçekleşmesi koşuluyla, borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanarak gecikme tazminatı isteyebileceği gibi diğer haklarından da yararlanabilir. Burada, üzerinde durulması gereken asıl mesele bu aşkın zararın gereken yerde ifa edilmemesinden kaynaklanmış olup olmadığı olarak ortaya çıkar. Kaldı ki, eğer borçlu temerrüdü hükümleri sonucunda söz konusu zararın tazmini gerçekleşmişse artık ceza koşulunu aşan bir zarardan bahsedilemez; ancak, gecikme tazminatı ceza koşulu olarak belirlenmiş olan edimi aşmışsa, alacaklı bunu aşkın zarar olarak talep edebilir.⁵⁵⁷

3.3.2.3. Borçlunun kusuru

Alacaklının ceza koşulunu aşan bir zarara uğramış olması durumunda bu zararın giderimini talep edebilmesinin bir diğer şartı da borçlunun kusurlu olması ve söz konusu

⁵⁵³Bkz. yuk. II. Bölüm B. 1.2.2.2.

⁵⁵⁴Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 314; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 126.

⁵⁵⁵Arkan, 1997, **a.g.k.**, s. 15; Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.177; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.01.1959 Tarih ve 1958/3 Esas ve 1959/1 Karar sayılı kararı.

⁵⁵⁶Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.220.

⁵⁵⁷Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 513.

kusurun alacaklı tarafından ispat edilmesidir. Bu husus, TBK m. 180/II hükmünde “...alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu hükümle kanun koyucu TBK m. 112’de öngörülmüş olan kusur karinesinin aksine bir düzenleme getirmiştir.⁵⁵⁸ Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile ilgili borç ihlalinin gerçekleşmesi durumunda borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmiş ve TBK m. 112’de öngörülmüş olan düzenlemenin aksine alacaklı ceza koşulunu aşan zararını ancak borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlaması koşuluyla talep edebilir.

Bu durum, asıl borcun ihlali için kusursuz sorumluluk öngörülmüş olan durumlarda kusuru ispat külfetine katlanmak zorunda olmaksızın tazminat talep edebilen alacaklının aynı şartlar çerçevesinde ceza koşulunu aşan bir zarara uğramış olması durumunda ispat külfeti altında olması yönünden doktrinde eleştirilmiştir.⁵⁵⁹ Söz konusu eleştiriye sırf ceza koşulu kararlaştırmış olduğu için alacaklının kendini daha elverişsiz bir konuma sokması anlamına geldiği gerekçesiyle biz de katılıyoruz. Kanaatimizce de asıl borcun ihlalinde kusursuz bir sorumluluk öngörülmüş olduğu durumlarda ceza koşulunu aşan zararın talebi açısından da kusuru ispat şartının aranmaması gerektiği yönündeki görüş hukuk mantığı açısından isabetlidir.⁵⁶⁰ Eklenmelidir ki, borçlunun bir ifa yardımcısının yardımından faydalanyor olması ve borcun ihlalinin bu ifa yardımcısının fiilleri sonucunda meydana gelmiş olması durumunda alacaklının ceza koşulunu aşan zararını talep edebilmesi için artık kusuru kanıtlaması gerekmez.⁵⁶¹ Ancak, doktrinde bu durumda da ifa yardımcısının kusurunun ispatı gerektiği yönünde, katılmadığımız, bir görüş de bulunmaktadır.⁵⁶²

Ceza koşulunu aşan zararı tazmin etme zorunluluğunun doğması bakımından kural olarak kusurun varlığı ve ispatı şart olmakla birlikte, ağırlığı önem arz etmez. Diğer bir ifadeyle, borçlu ispatlanması koşuluyla ağır ya da hafif kusurlu olmasından bağımsız olarak her türlü kusuru ile ceza koşulunu aşan zararı tazminle yükümlü hale gelebilir. Bilindiği üzere, ceza koşulunu aşan zararın tazmini hususundaki düzenleme olan TBK m. 180/II hükmü emredici bir nitelik arz etmemektedir. Bu bağlamda, borçlu

⁵⁵⁸Kılıçoğlu, 2021, **a.g.k.**, s. 1003; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 553; Uçar, 1993, **a.g.k.**, s. 22; Nomer, 2020, **a.g.k.**, s. 512.

⁵⁵⁹Yağcıoğlu, 2022, **a.g.k.**, s.221.

⁵⁶⁰Gökçeoğlu, 2007, **a.g.k.**, s. 55; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 553; Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338.

⁵⁶¹Eren, 2021, **a.g.k.**, s. 1338; Oğuzman ve Öz, 2020b, **a.g.k.**, s. 563.

⁵⁶²Arkan, 1997. **a.g.k.**, s. 16; Tunçomağ, 1963, **a.g.k.**, s. 123; Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 316.

ile alacaklının ceza koşulu öngörülürken borçlunun sadece ağır kusurundan kaynaklanan ceza koşulunu aşan zarardan sorumlu olacağı yönünde bir anlaşmaya varmaları imkân dâhilinde olduğu gibi, borçlunun herhangi bir kusuru olmasa dahi ceza koşulunu aşan zararın istenebileceğini kararlaştırmaları da mümkündür.⁵⁶³

⁵⁶³Kocağa, 2018, **a.g.k.**, s. 320; Bilge, 1958, **a.g.k.**, s. 111-112.

SONUÇ

İnsanlığın zarar kavramına ihtiyaç duyması hukuk kavramına ihtiyaç duyması ile çok yakın dönemlere rastlar. Hukuk, bir topluluk olarak yaşamanın gerekliliği olan düzen ihtiyacına cevap verecek kurallar bütünü olarak ortaya çıkmıştır. Topluluk halinde yaşayan insanların birbirleri ve toplumla etkileşime girmesi kaçınılmazdır. Bireyler birbirleri ya da toplumla girdikleri söz konusu etkileşimler sonucunda hak konusu değerlerinde bazı eksilmeler yaşayabilirler. İşbu eksilmeler zarar kavramı ile karşılanmaktadır.

Zarar kavramı, göstermiş olduğu yapısal özellikleri nedeniyle, hakkında tartışmaların neredeyse hiçbir zaman tamamen sona ermediği bir nitelik arz etmektedir. Zarar kelimesinden ne anlaşılması gerektiği toplum ve refah düzeyindeki değişiklik ve gelişmelerin süreklilik arz eden bir etkisi altındadır. Bu bağlamda, zarar ile ilgili düzenlemeler de, kanun koyucular bakımından genel, soyut, kişilik dışı ve hakkaniyet ölçüleri dairesinde düzenlenmesi oldukça güç düzenlemeler olagelmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda zarar kavramı tanımlanmamıştır. Kanun koyucunun zararın tanımını yapmaktan kaçınmış olmasının nedeni yukarıda bahsi geçen niteliklerde bir tanım yapılmasının güçlüğü ve ortaya çıkabilecek tüm ihtimalleri karşılayacak bir tanım yapılmamış olması hâlinde meydana gelebilecek sakıncalardır. Doktrin ve uygulamada ise, zararın tanımlanması amacıyla birçok girişimde bulunulmuştur.

Zararın günlük hayattaki kelime anlamı, bir olay sonucunda ortaya çıkan olumsuz sonuçtur. Zarar kavramının hukuktaki anlamı ise, bir kişinin malvarlığı ve hukuken korunmuş diğer değerlerinde iradesi hilafına ortaya çıkan eksilmelerdir.

Zarar kavramının tanımında geçen eksilme, eşyanın doğası gereği, bir mukayese yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu mukayese, zarar verici olay meydana gelmiş olmasaydı kişinin malvarlığı ve hukukça korunmuş diğer değerlerinin içinde bulunacağı farazi durum ile zarar verici olay meydana geldikten sonra ortaya çıkan fiili durum arasında yapılır. Zarar kavramı ile ilgili farklı teorilerin ileri sürülmüş olmasının sebebi adı geçen mukayese yapılırken ne gibi ölçütler kullanılacağı hususundaki farklılıklardır.

Zararı açıklamaya çalışan teorilerden en önemlileri; fark teorisi, tabii zarar teorisi ve normatif zarar teorisidir. Fark teorisi özellikle malvarlığı zararları konusunda genel kabule mazhar olmuş bir niteliktedir. Söz konusu teoride, zarar verici olay sonucunda sadece üzerinde zarar meydana gelen malvarlığına dâhil olan değerdeki olumsuz değişim değil, kişinin malvarlığında meydana gelen toplam eksilme zarar olarak görülmektedir. Fark teorisi olarak adlandırılmış olmasının sebebi ise, eksilmenin hesaplanmasında farazi durum ile fiili durum arasındaki farkı esas alıyor olmasıdır. Tabii zarar teorisine göre ise, zarar, bir kişinin hayattayken sahip olduğu maddî ve manevî varlıklarda meydana gelen eksilmeler nedeniyle ortaya çıkan somut kayıptır. Bu nedenle doktrinde somut zarar teorisi olarak da anılmaktadır. Fark teorisinden farklı olarak tabii zarar teorisinde eksilmenin meydana geldiği tüm malvarlığı değil; hak konusu varlığın kendisinde ortaya çıkan eksilmeler göz önünde bulundurulur. Normatif zarar teorisi ise, özellikle Alman Hukuku'ndaki tazminata hükmedilebilecek durumların kısıtlanmasının bir sonucu olarak hukuki değerlendirme ile tazminat istemine konu edilebilecek bir zararın mevcut olduğu sonucuna varılabileceği temeline dayanmaktadır.

Zarar ile ilgili farklı kategoriler bulunmaktadır. Farklı özellikler göz önünde bulundurularak yapılan ayrımlara dayanan bu kategoriler zararın türleri olarak adlandırılır. Söz konusu zarar türleri; maddi zarar - manevi zarar, şahısvarlığı - malvarlığı ve diğer zararlar, mevcut - müstakbel ve muhtemel zarar, olumlu - olumsuz zarar, doğrudan - dolaylı ve yansıma zarar ile fiili zarar - yoksun kalınan kâr ve normatif zarar şeklinde sıralanabilir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde para borçlarında borçlunun temerrüde düşmüş olması sonucunda temerrüt faizi ödemek zorunda kalması ve alacaklının adı geçen temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zarara uğraması ele alınmıştır. Konu bütünlüğünün sağlanabilmesi için öncelikle para borcu, borçlu temerrüdünün oluşumu ve temerrüt faizi konuları üzerinde durulmuştur.

Temerrüt faizini aşan zarar talepleri ile ilgili yargı mercilerinin birbirleri ile uyumlu olmayan hükümlere vardıkları gözlenmektedir. Son dönemde Anayasa Mahkemesi'nce bir bireysel başvuru sonucunda verilmiş olan ihlal kararı da söz konusu uyumsuzlukları giderebilmiş değildir. Söz konusu birbiri ile çelişecek nitelikteki

kararlar alacaklının zararını ispat ederken fiili bir karineden yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna verilen cevaplardaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.

Fiili bir karineden faydalanarak zararın varlığı sonucuna gidilmesi gerektiğini yönündeki görüşe sahip olanların ileri sürdüğü ispat yöntemi soyut yöntemdir. Buna göre, alacaklının paranın sürekli değer kaybettiği ekonomik koşullarda borcun konusu olan meblağı zamanında tahsil edebilmiş olsaydı bir yatırım ile değerlendireceği gibi bir fiili karineye dayanılabilir. Aksine, herhangi bir fiili karineden yararlanılmaması ve alacaklının zararını somut vakıalarla ispatlaması gerektiğini savunan görüşün kullanılması gerektiğini öne sürdüğü yöntem ise somut yöntem olarak adlandırılmaktadır.

Soyut yöntem adı verilen ispat yöntemi, fiyatlar genel seviyesindeki artış ve banka mevduat faiz oranları gibi herkesçe bilinen vakıalara dayanılarak zararın temerrüt faizi ile karşılanamamış olduğunun ispat edilebileceğini öne sürülmektedir. Bunun sonucunda alacaklıya bir ispat kolaylığı sağlanmaktadır. Aksi görüşte olanlar tarafından ileri sürülen somut yöntem ise, zararın miktarı için TBK m. 50/II hükmünden faydalanılabileceğini ancak zararın varlığının somut olarak ispatlanması gerektiği savına dayanmaktadır. Somut yöntemin kullanılması gerektiğini savunanlar, eğer alacaklı somut olarak zararını ispatlamak zorunda kalmaksızın aşkın zararını talep edebilecek olursa yargının yasamanın münhasır yetki dairesine tecavüz edeceğini ve temerrüt faizi oranının fiili olarak yükseltilmiş olacağını savunmaktadırlar. Öte yandan, soyut yöntemin kullanılması gerektiğini savunanlar ise, alacaklının somut vakıalarla zararını ispat edememesi hâlinde zararı giderme yükümlülüğünden kurtulan borçlunun temerrüde düştüğü için ödüllendirilmiş olacağı ve bunun hukuk mantığıyla bağdaşır bir yönünün olmadığı iddiasındadırlar.

Aşkın zararın tazmin edilebilmesi için zararın borçlu temerrüdünden kaynaklanması ve temerrüt faizi ile karşılanamamış olmasının yanı sıra ortaya çıkan zarar ile borçlu temerrüdü arasında uygun illiyet bağının da varlığı gerekir. Alacaklı tarafından tahsil edilemeyen paranın ikamesi veya alacağın elde edilebilmesi için yapılan masraflar, alacaklının mahrum kaldığı kazanç ve üçüncü kişiler ile arasındaki hukuki ilişkilerde borçlu temerrüdü nedeniyle katlanmak zorunda kaldığı ceza koşulu ve faiz gibi zarar kalemleri aşkın zarar olarak tazmin edilebilir. Ancak, adı geçen zarar

kalemlerinin hiçbirinde uygun illiyet bağına kesecek derecede ölçüsüz, makul olmayan, haksız veya gereksiz kayıplar tazmin edilemez.

Temerrüt faizi para borçları özelinde kanun koyucu tarafından öngörölmüş bir vasıftayken, ceza koşulu taraflarca kararlaştırılan bir hukuki müessese vasfını haizdir. Ceza koşulunun, borçlunun borcunu hiç veya gereğı gibi ifa etmemesi durumunda alacaklıya ödemeyi üstlendiğı ve mali değere sahip bir edim olarak öngörölmesi gerekir. Ceza koşulunun amacı, borçluyu borcunu olması gerektiğı şekilde, yerde ve zamanda ifaya yöneltmektir. Bunun yanı sıra, alacaklıya zararını ispat külfetine katlanmaksızın tahsil edebilmesi avantajı da sağlar.

Dönme cezasının bahsi geçen amaca hizmet etmemesi ve alacaklının dönme cezası ile karşılanamayan bir zarara uğramış olması durumunda bunu talep edemeyecek olmasından dolayı çalışma konumuz bakımından seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulu türleri önem arz eder. Seçimlik ceza koşulunun varlığı durumunda, alacaklıya, ihlal edilen borcun ifasını ya da ceza koşulunu istemek şeklinde seçimlik bir yetki bahşedilmiş olur. İfaya eklenen ceza koşulunda ise, alacaklı asıl borcun ifasından vazgeçmeksizin ceza koşulunu da talep edebilir.

Ceza koşulu borcun fer'ilerindedir. Bu bağlamda ceza koşulunun doğması, varlığı ve sona ermesi asıl borcun doğması, varlığı ve sona ermesine bağlıdır. Buna göre, ceza koşulunun unsurları, asıl borcun ve asıl borca bağı ancak ondan ayrı, mali değeri haiz ve hukuki işlemle belirlenmiş bir ceza koşulu ediminin varlığı olarak ortaya çıkar.

Borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılmış olan ceza koşulunun seçimlik ya da ifaya eklenen olmasından bağımsız olarak alacaklının borç ihlali nedeniyle uğradığı zarar söz konusu ceza koşuluyla karşılanamamış olabilir. Kanun koyucu TBK m. 180/II hükmü ile bu ihtimali öngörerek alacaklıya adı geçen ceza koşuluyla karşılanamamış zararının tazminini sağlama imkânı tanımıştır.

Ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının herhangi bir zarara uğraması gerekmediğı gibi borçlunun kusurlu olması da gerekmez. Ancak ceza koşulunu aşan bir zarara uğradığını iddia eden alacaklının söz konusu zararının tazmin edilebilmesi için zarara uğradığını ve söz konusu zararının ceza koşuluyla karşılanamamış olduğunu ispat

etmesi gerekir. Bunun yanı sıra, alacaklının uğradığı zarar ile meydana gelen borç ihlali arasında uygun bir illiyet bağı da mevcut olmalıdır. Ek olarak, söz konusu zararın tazmininin talep edilebilmesi için borçlunun kusurunun da kanıtlanması gerekir.



KAYNAKÇA

- Akıncı, B. (2014). *Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü Ve Müspet Zarar*. Konya: Sayram Yayınları
- Aksoy, H. C. (2018). Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), 999-1018.
- Akünel, T. (1977). *Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Albaş, H. (2004). *Paranın Değer Kaybından Doğan Zararların Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Altan, H. (2015). *Manevi Zararı Tazmin Yolları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Altaş, H. (2001). Munzam Zararda İspat Sorunu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(1), 121-129.
- Anık, G. (2005). Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (59), 214-235.
- Antalya, O. G. (2016). Manevi Zararın Belirlenmesi Ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 22 (3), 221-250.
- Antalya, O. G. (2019). *Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2*. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.,
- Aras, A. (2020). Seçimlik Borcun İfa ve İcrası. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (3), 1111-1144.
- Arkan, A. (1997). Cezai Şart. *İstanbul Barosu Dergisi*, 71(1-2-3) (Ayrı Basım), İstanbul: Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık

Arsebük, E. (1936). Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller. *Adliye Ceridesi*, 10(16), 987-996.

<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliyeceridesi/1936/sayi-16-nisan936-160sayfa-cilt10-eksik-veya-fazla.pdf> (Erişim Tarihi: 13.03.2022).

Arslan, Ç. ve Kırmızı, M. (2004). *Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım.

Arslan, R., Yılmaz E. ve Taşpınar Ayvaz S. (2017). *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Atamer, Y. M. (2018). Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi?. *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar* (Ed. Y. M. Atamer, E. Baş Süzel ve E. Geisinger), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Ayan, S. (2013). Yabancı Para Borçlarının İfası. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel), 511-570. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179441> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

Aydos, O. S. (2022). *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Temel Hukuk Dizisi* (Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık

Ayrancı, H. (2006). *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Barlas, N. (1992). *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.

Başar, D. (2018). İfaya Eklenen Cezai Şart. *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2(4), 49-77 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/686884> (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

Baygın, C. (1997). *Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.

Baysal, B. (2012). *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Becker, H. (1967a). *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler III. Fasikül*. (Çev. Osman Tolun). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, Sayı: 8.
- Becker, H. (1967b). *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler IV. Fasikül*. (Çev. Saim Özkök). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, Sayı: 20.
- Berki, O. F. (1942). Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler, *İstanbul Barosu Mecmuası*, 5(XVII), s. 277-303.
- Bilge, N. (1958). Cezai Şart, *Esat Arsebük'e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından: 124, 37-128.
- Bilgen, M. (2001). *İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku ve Munzam Zarar (İlgili Mevzuat ile Birlikte)*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Birinci Uzun, T. (2015). *Götürü Tazminat*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Burcuoğlu, H. (1984). Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 163-173.
- Buz, V. (1998). Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı, *Yargıtay Dergisi*. 24(3), 369-410. (1998a)
- Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., s. 134. (1998b)
- Büyüksağış, E. (2007). *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Büyüksağış, E. (2017). 'Sonradan Ortaya Çıkan Zarar' Davalarında Zamanaşımının Durması (TBK m. 153/1 b. 6). *Yargıtay Dergisi*, 43(3), 491-550.
- Cansel, E. ve Özer, Ç. (2013). Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel), 713-734. <https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/179446> (Erişim Tarihi: 29.01.2022)

- Ceylan, Z. Ş. (2020). *Para Borçlarının İfasında Faiz*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Çakırca, S. İ. (2012). *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Çakıroğlu, M. (2019). *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çelebi, Ö. (2018). Şans Kaybının Tazmini. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXIV (2), 121-198.
- Çelik, Ç. A. (2004). *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, İstanbul: Legal Yayıncılık
- Demir, M. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler*. Ankara: Adalet Yayınevi
- Deschenaux, H. ve Tercier P. (1983). *Sorumluluk Hukuku*. (Çev: S. Özdemir). Ankara: Kadioğlu Matbaası.
- Dirican, G. (2007). *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, İstanbul; Vedat Kitapçılık.
- Domaniç, H. (1993). *Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Eder, P. J. (1934). Legal Theories of Money, *Cornell Law Review*, 20, 52-76. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1360&context=clr> (Erişim Tarihi: 21.12.2021)
- Ehnts, D. H. (2019): *Knapp's 'State Theory of Money' and Its Reception in German Academic Discourse*, Working Paper, No. 115/2019, Berlin: Institute for International Political Economy (IPE), https://www.econstor.eu/bitstream/10419/193141/1/104_9602048.pdf (Erişim Tarihi: 21.12.2021)
- Ekinci, H. (2007). Cezaî Şart İlişkisinde Kusur Sorunu. *Terazi Hukuk Dergisi*, 2(8), 21-28. <https://jurix.com.tr/article/120> (Erişim Tarihi: 21.03.2022)
- Ekinci, H. (2015). *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Erdem, M. (2009). Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 97-124. https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf (Erişim Tarihi: 15.02.2022)
- Eren, F. (1975). Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, *Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 367, 461-493 (1975a).
- Eren, F. (1975). *Hukuki Sorumluluk Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 381, (1975b).
- Eren, F. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Ergüne, M. S. (2008). *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Ergüne, M. S. (2010). Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 909-926.
- Ertaş, Ş. (1990). Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti, *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 65-112.
- Gökcan, H. T. (2008). *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Gökçeoğlu, K. H. (2007). *Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi
- Göktürk, H. A. (1942). Cezai Şart Müessesesi. *İzmir Barosu Dergisi*, 7(2-26), 397-406 <http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/img/1942-226.pdf> (Erişim Tarihi: 03.04.2022)
- Gönül Koşar, G. (2020). Haksız Fiil Hukukunun Amacı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(3), 1437-1473.

- Gözütok, Z. (2010). *İlgili Konularla Birlikte Açıklamalı – İçtihatlı Genel ve Özel Faiz Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gül, İ. (2019). Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 31(140), 221-237 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1821> (Erişim tarihi: 02.12.2020)
- Gülerci, A. F. (2018). *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Güleryüz, M.T. ve Zorluoğlu Yılmaz, A. (2019). Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 31(141), 325-362.
- Gülseven, H. (2016). *Cezai Şartın İndirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Günay, C. İ. (2001). *Cezai Şart*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gündüz, Ş. D. (2020). *Olumlu Zarar*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:16. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Günver, O. R. (2017). Çağımızda Hukuksal Açıdan Para Kavramı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXIII (2), 143-174.
- Gürsoy, K. T. (1973). Manevi Zarar ve Tazmini. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 (1), 7-56. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/48240/3028.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 21.11.2020).
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Havutçu, A. (1995). *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Helvacı, M. (2000). *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.,

Hiç, M. (1982). *Para Teorisi*. İstanbul: Ar Yayın Dağıtım.

International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT] (2016). *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (Erişim Tarihi: 12.11. 2020).

İnal, T. (2009). *Borça Aykırılık ve Sonuçları* (2. Basım). İstanbul: Papatya Yayıncılık Eğitim

İnan, A. N. (1979). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

James, F. C. (1941). Money in The Law by Arthur Nussbaum. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 89(4), 538-540. <https://www.jstor.org/stable/3308840> (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

Kabaklıoğlu Arslanyürek, Y. (2018). *Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık

Kapancı, K. B. (2013). Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi. *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitapevi, 655-683.

Kapancı K. B. (2016). Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 661-684.

Karadeniz Çelebican, Ö. (2019). *Roma Hukuku Tarihi Giriş Kaynaklar Genel Kavramlar Kişiler Hukuku, Hakların Korunması*. (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 18. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi

Karagöz, V. (2006). *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*. Ankara: Seçkin Yayıncılık,

Karahasan, M. R. (2001). *Tazminat Hukuku Maddi Tazminat*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

- Karahasan, M. R. (2003). *Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Öğreti ve Yargıtay Kararları* (Genişletilmiş 6. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.,
- Karakaş, F. T. (2004). *Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Karakaş, F. T. (2006). Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2), 143-156.
- Karakaş, F. T. ve Söğütü Erişgin, Ö. (2006). Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXIII (3), 157-184.
- Kartal, B. (1997). Faizi Aşan Zarar (Munzam Zarar). *Yargıtay Dergisi*, 23 (4), 501-519.
- Keser, Y. (2020). Aşkın zararın ispatı . *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (2) , 484-495.
- Kılıçoğlu, A. M. (1998). Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XV*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kılıçoğlu, A. M. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (20. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, M. (2014). *Tazminat Hukuku*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Kızır, M. (2012). *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kocaağa, K. (2003). *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Kocaağa, K. (2018). *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Kocabaş, G. (2014). Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(3), 273-302.

- Kocaman, A. (2011). Bk m.158/II c. 2 Hükümü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve Bk m. 158/II c. 2'de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme İle Bertaraf Edilip Edilmeyeceği Hususu, *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 567-596.
- Korkmaz, R. (2019). Haksız İhtiyatî Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davasının Normatif Zarar Teorisi Bağlamında Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), 805-841.
- Koziol, H. ve Wilcox, V. (2009). *Punitive Damages: Common Law And Civil Law Perspectives*. Viyana: Springer-Verlag Wien New York.
- Kudat, A. (1949). Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti. *Ankara Barosu Dergisi*, 5 (58-59), 29-34. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1949-2/5.pdf> (Erişim Tarihi: 22.02.2022).
- Kulaberoğlu, M. B. (2020). Temerrüt Faizi ve Aşkın Zarar. *İstanbul Barosu Dergisi*, 94 (2020/4), 154 – 178. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/ibd20204.pdf> (Erişim Tarihi: 14.12.2021).
- Kurt, L. M. (2015). Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (3), 775-814.
- Neuner, R. (1931). Interesse und Vermögensschaden. *Archiv für die civilistische Praxis* 133. Bd. H. 3 (1931) Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 277-314. <https://www.jstor.org/stable/pdf/40999136.pdf> (Erişim Tarihi: 10.01.2020).
- Nomer, H. N. (1996). *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Nomer, H. N. (1999). Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının Bk 118/1 Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (1-2), 241-264.
- Nomer, H. N. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

- Oğuzman, M.K. ve Öz, M. T. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. (2020a).
- Oğuzman, M.K. ve Öz, M. T. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık. (2020b).
- Ozanoğlu, H. S. (1999). İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlayan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1-2), 60-118.
- Öçal, A. (1967). Munzam Zarar. *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 3 (1), 144-158. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eitiad/issue/48365/612446> (Erişim Tarihi: 14.12.2021).
- Önderi, G. (2013). Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması, *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(2), 274-299.
- Öz, M. T. (1996). Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi Ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13(16), 131-172.
- Özbilen, Ş. (2016). *Para'nın Kitabı*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Özdemir, A. (2004). *Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Özel, Ç. (2001). Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4), 81-106.
- Özmen, E. S. ve Vardar Hamamcıoğlu, G. (2016). Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2361-2376.

- Özmen, E. S. ve Aktaş, T. (2018). Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), 39-54. <https://jurix.com.tr/article/18812> (Erişim Tarihi: 23.05.2022).
- Öztan, F. (2008). *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Parlak Börü, Ş. (2017). Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017(129), 195-228. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1644> (Erişim Tarihi: 17.02.2022).
- Pekcanıtez, H. (1998). *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukunda yabancı para alacaklarının tahsili*. (3. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2018). *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Pekmez, C. (2015). Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(21), 489-522.
- Pektaş, A. (2021). *Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Petitpierre, G. (2013). Maddi Zarar – Manevi Zarar Ayrımında Yeni Sınırlar. (Çev. K. Ali Sonat). *Legal Hukuk Dergisi*, 11 (129), 3-16.
- Proctor, C. (2012). *Mann on The Legal Aspect of Money (7th Edition)*, Oxford: Oxford University Press. https://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/13/9780199609178_chapter1.pdf (Erişim Tarihi: 23.12.2021).
- Seliçi, Ö. (1968). Seçimlik Borçların İfası. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 34 (1-4) , s. 376 <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/96162> (Erişim Tarihi: 23.03.2022).
- Serozan, R. (1990). Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 67-101.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık,

- Şeker, M. (2007). Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş Olmasından (Borca Aykırı Davranıştan) Kaynaklanan Maddi ve Özellikle Manevi Zararın Tazmini (BK. m. 96). *Legal Hukuk Dergisi*, 5 (60), 3763-3778.
- Şengül, M. (2011). Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler Ve Seçimlik Borçların İfası. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV (2011), 207-248.
- Şirin, Ş. (1996). *Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz*. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım.
- Taliadoros, J. (2018). Thirteenth-Century Origins of Punitive or Exemplary Damages: The Statute of Westminster I (1275) and Roman Law. *The Journal of Legal History*, 39(3), 278-306.
- Tandoğan, H. (1961). *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Tandoğan, H. (1963). *Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası.
- Tandoğan, H. (1981). *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Taşkın, Z. D. (2020). Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 1305-1348. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1273506> (Erişim Tarihi: 17.04.2022).
- Tercier, P., Pichonnaz, P. ve Develioğlu, M. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- Tiftik, M. (1994). *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Timur, H. (2011). Paranın Hukuki Mahiyeti. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (1-2) , 231-247. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9136/114439> (Erişim Tarihi: 12.12.2021).

- Topuz, M. (2011). *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Topuz, M. (2016). İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi Ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, 22 (3), 2693-2714.
- Tunçomağ, K. (1962). Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1(4), 558-568.
- Tunçomağ, K. (1963). *Türk Hukukunda Cezaî Şart*. İstanbul: Baha Matbaası
- Tunçomağ, K. (1972). *Borçlar Hukuku I. Cild Genel Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tutar, E. (2017). Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı, *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(125), 29-41. <https://jurix.com.tr:2079/article/7467> (Erişim Tarihi: 21.01.2022).
- Tüzüner, Ö. (2007). *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Uçar, S. (1993). *Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması*, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım
- Uslu, E. (2019). *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.
- Usta, O. (2017). *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Uygur, T. (1975). Cezai Şartın Tenkisi. *Ankara Barosu Dergisi*, 6, 816-819 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1975-6/3.pdf> (Erişim Tarihi: 22.02.2022).

- Velidedeoğlu, H. V. (1944). Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, *Ebül-Ula Mardin'e Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 739-758.
- Velidedeoğlu, H. V. ve Özdemir R. (1987). *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*. Ankara: Yargıtay Yayınları No: 19.
- von Tuhr, A. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: 1-2*. (Çev: Cevat Edege). Ankara: Yargıtay Yayınları No: 15.
- von Tuhr, A. ve Peter, H. (1974). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. Zürich: Schulthes Polygraphischer Verlag.
- Yağcı, K. (2014). 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), 421-437 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihfm/issue/9189/115254> (Erişim Tarihi: 11.12.2021).
- Yağcıoğlu, B. (2022). *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.
- Yalta, A. Y. (2020). *Para Teorisi ve Politikası Ders Notları*. Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi UADMK, [http://yunus.hacettepe.edu.tr/~yyalta/files/para-teorisi-kitap-surumu-\(s1,1\).pdf](http://yunus.hacettepe.edu.tr/~yyalta/files/para-teorisi-kitap-surumu-(s1,1).pdf) (Erişim Tarihi: 13.01.2021).
- Yanık, E. (2020). *Yabancı Para Borçları*. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Yavuz, N. (1975). *Adli İsbat*. Yargıtay Dergisi, 1(2), 133-150.
- Yıldız, M. G. (2020). *Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yılmaz, H. (2006). İhtirazi Kayıt İradesinin Açıklanması (İhtirazi Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 19(66), 307-329.
- Yılmaz, H. (2015). *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması* (3. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınları.

Zeytin, Z. (1999). Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – 1 Maddi Zarar Olarak “Özel Kullanım Kaybı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XX (2), 73-89.

Zeytinoğlu, E. (2005). Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005 (2). 253-263.
<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00130.pdf> (Erişim Tarihi: 12.12.2021).

