

**KALDIRILMASI GEREKEN BİR AYIRIM:
SATIM SÖZLEŞMESİNDE SATILANIN ZAPTI VE
SATILAN MALIN AYIPLI OLMASI SEBEBİYLE İSTENEBİLECEK
TAZMİNAT AÇISINDAN YAPILAN DOĞRUDAN ZARAR - DOLAYLI ZARAR AYIRIMI**

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA*

Giriş

Türk hukukunda İsviçre hukukuna paralel olarak satılanın zaptı veya ayıplı olması halinde meydana gelen zararlardan satıcının sorumluluğunda genel kuraldan (BK 96) ayrılınarak, doğrudan zararlar açısından kusura dayanmayan sorumluluk kabul edilmiştir. Tam zapt halinde (BK m. 192/I, b. 4) ve malın ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanıldığı durumlarda (BK m. 205/II)¹ satıcı alıcının doğrudan zararlarını kusurlu olmasa dahi tazmin etmekle yükümlüdür. Buna karşılık satıcı, alıcının dolaylı veya kanundaki ifadeyle “diğer” zararlarının tazmini açısından kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulmaktadır (BK 192/II, 205/III)². Bu hükümler Türk Borçlar Kanunu Tasarısına³ (m. 228) dildeki arılaştırma ve ifade şekli dışında olduğu gibi alınmıştır⁴.

Satım sözleşmesinde alacaklının ifaya olan menfaati açısından borçlunun sorumluluğu kusura dayanmaz. Bir başka anlatımla satılanın zaptı halinde sözleşmenin sona ermesi ve bu sebeple verilenlerin iadesi veya ayıplı olması halinde alıcıya tanınan seçimlik hakların yerine getirilmesi açısından borçlunun kusurlu olması zorunlu değildir. Buna karşılık sözleşmeye aykırılık durumunda meydana gelen zararların tazmini temel ilke olan BK 96 gereği kusur sorumluluğuna tabidir. Bu hükme göre, borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Benzer durum konusu maddi bir edim olan satım sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmeler açısından da geçerlidir. Nitekim kira sözleşmesinde (BK 250/II) ve istisna sözleşmesinde (BK 360/I) satılanın ayıplı olması halinde tazminat sorumluluğu kusura dayanan bir sorumluluk olup, borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Oysa satım sözleşmesinde bu temel ilkeye bir istisna getirilmiş ve doğrudan dolaylı (diğer) zarar ayırımı yapılarak, doğrudan zararlar

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ BK 205/II, c. 2'e göre, “Satıcı bunlardan maada alıcıya ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmekle yükümlüdür.

² BK 205/III'e göre ise, “Satıcı, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeye mecburdur”.

³ Borçlar Kanunu Tasarısı Adalet Bakanlığı Tarafından önce 2005 yılında yayınlanmış (T.C. Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005), ancak daha sonra bazı önemli değişiklikler yapılarak tekrar yayınlanmıştır (T.C. Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara Şubat- 2008). Bu makale açısından 2008 tarihli Tasarı esas alınacaktır.

⁴ Tasarının 228. maddesinin I. fıkrasının 3. bendine göre, alıcı satıcıdan “ayıplı maldan doğan doğrudan zararlarının giderilmesini” isteyebilecektir; II. fıkrasına göre ise, “Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür”.

açısından sorumluluk için kusur aranmamıştır. Ancak böyle bir ayırım yapmanın ve temel ilkedden farklı bir düzenlemeye gidilmesinin haklı bir gerekçesi günümüze kadar ortaya konulmadığı gibi, bu ayırımın hangi ölçütlere göre yapılacağı da açıklığa kavuşmamıştır⁵. Borçlar hukukunun belki de en tartışmalı konusu, doğrudan dolaylı zarar ayırımının hangi ölçütlere göre yapılacağıdır. Doktrin bu ayırımın ölçütleri konusunda çok çeşitli görüşler ortaya koymuş, ancak üzerinde uzlaşılan bir sonuca ulaşamamıştır. Kanımızca satım sözleşmesi açısından böyle bir ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Böyle bir ayırım çok büyük tartışmalara sebep olmakta ve bir görüş açısından sorumluluk kusura dayanmakta iken bir başka görüş açısından dayanmamaktadır, dolayısıyla hukuki güvenlik önemli ölçüde zedelenmektedir. Ayrıca, satıcının ayıp sebebiyle meydana gelen zararlar açısından kusursuz sorumluluğa tabi tutulması, günümüz hukukundaki yaygın gelişmelere de uygun değildir. Nitekim 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Birliği Direktifi⁶ satılanın ayıplı olması dolayısıyla ölüm, vücut bütünlüğünün ihlali ve diğer mallarda meydana gelen zararlarda kusursuz sorumlu tutulacak kişilerin üretici ve üretici gibi kabul edilenler olduğunu düzenlemiştir. Satıcının sorumlu kılınması sadece üreticinin gösterilmemesi durumu ile sınırlandırılmıştır, bunun dışındaki herhangi bir sebeple satıcıyı kusursuz sorumlu kılmak bu Direktif açısından Avrupa Birliği hukukuna aykırılık oluşturmaktadır.

I. Doğrudan Zarar Dolaylı Zarar Ayırımının Oluşum Tarihine Bakış

Doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı Ortak hukukta Roma hukukundaki bazı kaynaklardan etkilenecek oluşturulmuştur⁷. Ancak zamanla, doğrudan-dolaylı zarar ayırımı yapılmasına neden olan Roma hukuku kaynaklarının farklı alanlara ilişkin olduğu, ayırım için ortak bir ölçütün bulunamadığı tespit edilmiştir. Hangi zararın doğrudan, hangilerininin dolaylı olduğu daha Ortak hukuk zamanından beri tartışmalıdır⁸.

Alman hukukunda kodifikasyon çalışmaları sonucunda doğrudan ve dolaylı zarar kavramı AMK'na alınmamıştır⁹. Alman Medeni Kanununun Gerekçesinde

⁵ Bkz., **BernK-Giger**: Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrmiskauf, Art. 184-215, Art. 195, N. 23; **Schubiger, Alfred**: Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss, Bern 1957, s. 77; **ZürhK-Schönle/Higi**: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband, V, 2a, Kauf und Schenkung, 2. Lieferung, Art. 192, 204 OR, 3. Aufl, Zürich 2005, Art. 195, N. 72; **Baehler, Katja**: Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Basel 2005, s. 133; **Aral, Fahrettin**: Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s. 172.

⁶ 7.8.1985, Abl/EG (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi) L 210.

⁷ Bkz., **Doerig, Rolf**: Ersatz sogenannter "Molgelfolgeschäden" aus Kaufvertrag (Art. 208 OR), Diss., Zürich 1985, s. 20, 21.

⁸ **Windscheid**, Lehrbuch des Pandektenrecht, 2. Band, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1891, s. 35 vd., 37, dn. 16.

⁹ Zira *Mommsen* yaptığı bir araştırmada Roma hukukunun çeşitli kaynaklarına dayanılarak geliştirilen doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımının tazminat talebini mantıklı bir şekilde derecelendirmek için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü bu ayırma dayandırılan metinler incelendiğinde bunların ta-

doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının yeterince aydınlığa kavuşmadığı, bunun kanuna alınmasının “uygulamada tehlikeli araştırmalara neden olacağı” belirtilmiştir¹⁰.

BK 192 ve 205 (İBK 195, 208)’de yer alan doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun (eİBK) 116, 241 ve 253. maddelerine dayanmaktadır. Ancak maddelerin oluşum tarihi ile ilgili olarak yapılan çalışmalar, kanun koyucunun doğrudan dolaylı zarar ayırımı yapmak ve dolaylı zararları kusursuz sorumluluğa tabi tutmak şeklinde bir amacının bulunmadığını ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaktadır¹¹.

BK 192/I (İBK 195/I) ve 205/II (İBK 208/II)’de yer alan doğrudan zararlar açısından kusura dayanmayan sorumluluk, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında, mevcut tüm tasarı ve taslaklardan farklı olarak, özel hükümlerin genel hükümlerle uyumlaştırılması amacıyla redaksiyon komisyonu tarafından yapılan önemli bir yanlışlık sonucu oluşmuştur¹²:

1881 tarihli eİBK’nun oluşumunda etki eden 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununda (FMK), 1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanununda (PGB), 1866 tarihli Dresden Taslağında, Munzinger’in hazırladığı İsviçre Ticaret Kanunları Taslaklarında ve eİBK’na ilişkin 1869 tarihli¹³, 1870- 71¹⁴, 1875¹⁵ ve

mamen farklı hukuk alanlarından ve farklı ilişkilerden kaynaklanmakta olduğu ve ortak bir ad altında birleştirilemeyeceği görülmüştür (Mommson, Friedrich: Beitrage zum Obligationenrecht II: Zur Lehre von dem Interesse 1855 zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1896, s. 280 vd., 255 vd., 296 [Doerig, s. 22’den naklen]).

¹⁰ “Doğrudan ve dolaylı zararın tazmin edilmesi düşünülmemesi gereken bir durum olmalıdır, zira doğrudan ve dolaylı zarar kavramları yeteri derecede açıklığa kavuşmamıştır” (Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 5 Baende, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leibzih 1888, 2. Band, s. 18). **Mugdan**, Benno: Die gesammeltem Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schultverhaeltnisse, Berlin 1899, s. 10 (Doerig, s. 24’den naklen).

¹¹ Bkz., **Fischer, Willi**: Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewaehrleistungsinstitute, Zürich 1985.

¹² Bkz., **Fischer**, s. 84 vd., 153-159, 246; **Bucher, Eugen**: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, s. 103.

¹³ Zapta karşı tekefüle ilişkin 230. maddeye göre, “tam zapt halinde sözleşme sona ermiş kabul edilir ve satıcı daha önce ödenmiş olan satım bedelini faizleriyle birlikte geri verir. Bunun dışında satıcı, alıcıya zaptın sebep olduğu zararları tazmin eder. Bunların arasında mal için yapılan harcamalar da yer alır. Zararın özellikle kazanç kaybının miktarının belirlenmesinde şüphe halinde hakimin serbest takdir yetkisine göre, özellikle satıcının kusurunun ağırlığına göre karar verilir”.

Ayıba karşı tekefüle ilişkin 245. maddeye göre, “ayıp nedeniyle satımdan dönülürse (Wandelung) alıcı malı, maldan elde ettiği gelir, tabi semereler ve diğer kazançlarla birlikte geri verir. Diğer taraftan satıcı ödenen satım bedelini faiziyle birlikte geri verir ve ayrıca zapta olduğu gibi meydana gelen zararları tazmin eder. 230. maddedeki tazminata ilişkin düzenleme burada da geçerlidir”.

Genel hükümlerde 137’e göre, ifa veya gereği gibi ifadan sorumlu olan borçlu, ifa borcu saklı kalmak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.... İfa etmeme sebebiyle meydana gelen zararın özellikle kazanç kaybının miktarının belirlenmesinde şüphe halinde hakimin serbest takdir yetkisine göre, özellikle satıcının kusurunun ağırlığına göre karar verilir.

¹⁴ 257 ve 271. maddeler. Genel hükümlerde, 150, 153. maddeler. 153. maddeye göre, “kasıt söz konusu olduğunda sadece doğrudan zararlar değil, ayrıca kazanç kaybı da tazmin edilir. Sorumluluğun diğer tüm durumlarında hakim tazminatın miktarını kusurun ağırlığını dikkate alarak takdir yetkisine göre belirler”.

¹⁵ 242. ve 255. maddeler. Genel hükümlerdeki 143. maddeye göre, “borçlunun kasıtı veya ağır kusuru halinde sadece doğrudan zararlar değil kazanç kaybı da tazmin edilir. Borçlunun hafif

1877¹⁶ tarihli Taslaklarda doğrudan dolaylı zarar ayırımı yer almıyordu ve satılanın zaptı ve ayıplı olması halinde, genel hükümlerle uyumlu bir şekilde sözleşmeye aykırılıktan doğan müspet zararlardan kusura dayalı sorumluluk düzenlenmişti. Ancak, 1877 tarihli üçüncü Komisyon Taslağının üzerinde çalışmaya ihtiyaç bulunduğu tespit edilmesi üzerine genel hükümlerle özel hükümlerin ayrı ayrı ele alınmasına karar verilmiş ve her biri ayrı bir redaksiyon komisyonuna gönderilmiştir. Redaksiyon komisyonunun çalışmaları sonucunda 3-13 Ocak 1878 tarihli Genel Hükümlere İlişkin Geçici Metin¹⁷ oluşturulmuştur. Bu metinde, daha önceki taslaklardaki genel hükümlere ilişkin düzenleme yeniden kaleme alınmış ve sonucunda tamamen farklı bir sorumluluk normu meydana gelmiştir¹⁸. Bu yeni metin (m. 117), FMK'nın 1150¹⁹. maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır. FMK 1150 ise, açık bir şekilde, öngörülen veya öngörülebilen doğrudan zararların normal kusur halinde, buna karşılık öngörülmeyen ve aynı zamanda doğrudan zararların ise kast halinde tazmin edileceğini belirten sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir normdur²⁰. Ancak 117. madde 111. madde birlikte yorumlandığında bu norm, tazminatın hesaplanmasına ilişkin değil,

kusuru halinde hakim, tazminatın miktarını takdir yetkisine ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirler”.

¹⁶ Zapta karşı tekeffüle ilişkin 242. maddeye göre, “tam zapt halinde sözleşme sona ermiş kabul edilir ve alıcı aşağıdakilerini talep etmeye yetkilidir:

1. Daha önce ödenen satım bedeli ve tüm faizlerden, alıcının maldan elde ettiği tabi semereler ve diğer yararların düşülmesi ile kalan miktar;
2. Hak sahibi üçüncü kişilerden elde edilmediği sürece, mal için yapılan masrafların tazmini;
3. Açılan davanın zamanında haber verilmemesi yüzünden olmamak kaydıyla, dava sebebiyle meydana gelen mahkeme ve mahkeme dışı masraflar;
4. Zapt nedeniyle meydana gelen diğer zararların tazmini;

Satıcı kusurluysa, hâkim zararın miktarını somut olayın özelliklerine ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alarak serbest takdir yetkisine göre belirler”.

Ayıba karşı tekeffüle ilişkin 255. madde yukarıdakilerine benzemekte ve ayrıca zapta karşı tekeffüle ilişkin 242. maddenin kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir.

Genel hükümlerde ise 143. madde kusurun varlığı halinde hâkimin tazminatın miktarını somut olayın özelliğine ve özellikle kusurun ağırlığına göre takdir yetkisine göre belirleyeceği yer almaktadır.

¹⁷ 3-13 Ocak 1878 tarihli Genel Hükümlere İlişkin Geçici Metin'in 111. maddesine göre, ifa hiç veya gereği gibi yapılmazsa, borçlu kusuru olmadığını ispat edemezse tazminat ödemekle yükümlüdür.

Buna karşılık 117. maddeye göre, “borçlu tazminatla yükümlüyse, her halükarda ifa etmemenin veya gereği gibi ifa etmemenin öngörülen doğrudan ve direkt sonucu olan zararları tazmin etmekle yükümlüdür.

Hâkim zararın miktarını takdir yetkisine göre somut olayın özelliklerini dikkate alarak belirler.

Ağır kusur halinde 1. fıkrada belirtilenden daha kapsamlı bir miktara hükmetme konusunda hâkimin taktir yetkisi saklıdır”.

¹⁸ Bkz., Fischer, s. 112.

¹⁹ FMK 1150'e göre, “borçlu, ifa etmeme kastından ileri gelmiyorsa, sadece sözleşme zamanında öngörülen ve öngörülebilen zararlardan sorumludur.”

FMK 1151'e göre, “sözleşmenin ifa edilmemesi borçlunun kastından ileri geliyorsa alacaklının meydana gelen kayıpları ve kazanç kaybı açısından tazminat sadece ifa etmemenin doğrudan ve direkt sonucu olanları kapsar”.

²⁰ Fischer, s. 113.

doğrudan sorumluluk kuran bir norm niteliği taşır hale gelmiştir²¹. Böylece, o ana kadar genel hükümlere ilişkin taslaklarda olmayan doğrudan dolaylı zarar ayırımı ilk defa yer almıştır. Bu ayırım Fransız Medeni Kanununda ve ilk kuruluş amacıyla hâkimin tazminatın kapsamını belirlemesine ilişkin bir norm iken, metnin formüle edildiği tarzı bunu sorumluluk normu haline getirmiştir²².

Diğer taraftan ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerde önce benzer bir değişiklik yapılmamıştı. Ancak bu durumda, tekeffüle ilişkin hükümlerde satılanın zaptı veya ayıplı olması halinde satıcı kusurluysa tüm müspet zarardan sorumlu ilken, genel hükümlerde doğrudan zararlar olağan kusur halinde, dolaylı zararlar ise kastın varlığı durumunda tazmin edilmekteydi²³. Genel hükümlerle özel hükümler arasındaki bu farklılığın giderilmesi amacıyla, Genel Komisyon maddi bir değişiklik yapılmamak koşuluyla özel bir redaksiyon komisyonuna yetki vermiştir. Ancak 1879 tarihli bu redaksiyon çalışması sonucunda özel hükümlerde şu ana kadar mevcut taslaklardan tamamen farklı bir düzenleme ortaya çıkmıştır²⁴. Redaksiyon komisyonunun hazırladığı yeni 243. maddenin 1. fıkrasının 4. bendinde “zapt nedeniyle doğrudan” meydana gelen zararlar ifadesi yer almaktaydı ve birinci fıkrada kusurdan söz edilmemekteydi. 243/II'nin yeni formülü açıkça dolaylı zararlar açısından satıcının kusurluysa sorumlu olacağını ifade ediyordu. Ancak birinci fıkrada kusurdan söz edilmemiş olması mantıklı olarak buradaki sorumluluğun kusura dayanmayacağı sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Böylece genel hükümlerle uyum sağlanmak amacıyla kabul edilen redaksiyon komisyonunun düzenlemesi genel hükümlerden tamamen ayrılarak doğrudan zararlar açısından kusursuz sorumluluğa sebep olmuştur²⁵.

Bu Tasarı eİBK ile kanunlaşmış ve daha sonra İBK'da da yer almıştır. 1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Parlamento Tasarısına ilişkin Eksperler Komisyonunda da doğrudan ve dolaylı zararların tamamının kusur sorumluluğuna dayalı müspet zararın tazmini niteliğinde olduğu açıklanmıştır. Dolayısıyla

²¹ Fischer, s. 118.

²² Fischer, s. 119, 121, 124.

²³ Bkz., Fischer, s. 131.

²⁴ Zapta karşı tekeffüle ilişkin 243. madeye göre, “tam zapt halinde sözleşme sona ermiş kabul edilir ve alıcı aşağıdakilerini talep etmeye yetkilidir:

1. Daha önce ödenen satım bedeli ve tüm faizlerden, alıcının maldan elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği tabi semerler ve diğer yararların düşülmesi ile kalan miktar;
2. Hak sahibi üçüncü kişilerden elde edilmediği sürece, mal için yapılan masrafların tazmini;
3. Açılan davanın zamanında haber verilmemesi yüzünden olmamak kaydıyla, dava sebebiyle meydana gelen mahkeme ve mahkeme dışı masraflar;
4. Zapt nedeniyle meydana gelen diğer doğrudan zararların tazmini;

Satıcı kusurluysa, diğer zararları 127. madde hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlüdür”.

Ayıba karşı tekeffüle ilişkin 255. maddeye göre, “satımdan dönülürse, alıcı malı, maldan elde ettiği tabi semereler ve diğer kazançlarla birlikte geri vermek zorundadır. Diğer taraftan satıcı ödenen satım bedelini faiziyle birlikte geri vermekle ve ayrıca ayıplı malın tesliminin doğrudan sebep olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Ayrıca 243. maddeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır”.

²⁵ Fischer, s. 136.

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun tekeffül hükümleri düzenlenirken burada kusura dayalı müspet zararın tamamının tazmin edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır²⁶. Bununla birlikte düzenlemenin metni kusursuz sorumluluğun kabul edilmesini gerektirecek şekilde kaleme alınmıştır.

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda, eİBK'in genel hükümler kısmındaki doğrudan zarar dolaylı zarar ayırımı, yeterince açık olmadığı uygulamada çeşitli tartışmalara sebep olduğu gerekçeleriyle kaldırılmıştır. Ancak İsviçre kanun koyucusu özel hükümlerdeki İBK 195 ve 208 maddelerindeki ayırımı kaldırmayı ihmal etmiştir²⁷. Türk hukukunda da aynı düzenleme yer almaktadır (BK 192/I, b.4, II ve 205/II, III). Tasarının 216. maddesinin I/b.4 ve II. fıkralarında ve 228 I/b.3 ve II fıkralarında bu ayırımı yer verilmiştir. Ancak bu ayırımın nasıl belirleneceği konusunda, günümüzde halen, açık, genel olarak kabul edilmiş, “adaletsiz durumları ortadan kaldıracak” bir kural bulma mümkün görünmemektedir²⁸.

II. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar Ayırımı Konusundaki Görüşler

Doğrudan dolaylı zararın belirlenmesinde tartışma üç temel gruba ayrılmaktadır. İlk iki temel görüş açısından tartışmanın esasını oluşturan, sözleşmenin sona ermesine rağmen müspet zararın istenip istenmeyeceğidir. Birinci temel görüş (A), sözleşmeye aykırılık durumunda sözleşme sona erse bile müspet zararın tazmininin istenebileceğini kabul ederken, ikinci temel görüş (B), sözleşme sona ermişse müspet zararın istenemeyeceği, sadece menfi zararın istenebileceğinden hareket etmektedir. Dolayısıyla doğrudan dolaylı zarar tartışması, öncelikle sözleşmenin sona ermesi halinde müspet zararın tazmin edilemeyeceğinde yoğunlaşmaktadır. Bu sorunun çözümlenmesine bağlı olarak da ortaya çıkan ikinci temel sorun ise, müspet veya menfi zarar olarak nitelendiren doğrudan (veya dolaylı) zararların nasıl belirleneceği, burada illiyet bağının yoğunluğu ölçütüne veya başka bir ölçüte dayanılıp dayanılmayacağıdır.

Üçüncü temel görüş (C) ise, tartışmaya borçlar hukukunun temel sistemi ve sözü geçen hükümlerin konulma amacını göz önünde bulundurarak bakmaktadır. Çünkü, sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelen zararlardan sorumluluğun kusura dayanması asıldır. Satım sözleşmesine aykırılık dolayısıyla meydana gelen zararların tazmini açısından kusura dayanmayan sorumluluğu kabul edecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Doğrudan zararlar olarak ifade edilen zararlarda kusura dayanmayan sorumluluk sisteme aykırı düşmektedir ve dolayısıyla dar yorumlanmalıdır. Bu hüküm sisteme uygun şekilde sadece alıcının sözleşmenin konusu olan edimi elde etme menfaati ve bunu gerçekleştiren yan masraflarla sınırlı tutulmalı, bunun dışında meydana gelen zararlar açısından sorumluluk kusura dayanmalıdır.

Kanımızca en uygun çözüm ise bu tartışmalara son verecek şekilde doğrudan- dolaylı zarar ayırımını Kanundan çıkarmaktır. Borçlar Kanununda değişik-

²⁶ Fischer, s. 193.

²⁷ ZüriK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 72.

²⁸ Schubiger, s. 77; ZüriK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 72.

lik yapan Tasarıda bu ayırımı kaldırmak pek çok tartışmayı ve bunun beraberinde getirdiği hukuki güvenliğe aykırı durumu ortadan kaldıracaktır.

A. Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Müspet Zararın Tazmin Edilebileceğini Savunan Görüş

Bu görüşe göre, sözleşmenin kusurlu bir şekilde ihlal edilmesinin sonucu, müspet zararın tazmin edilmesidir. Satılanın zapt edilmesi veya ayıplı olması tipik bir sözleşmeye aykırılıktır. Sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelen zarar ise müspet zarar olduğundan, sözleşme sona ermiş olsa bile müspet zararın tazmini istenebilir²⁹. Zararın niteliğini belirlerken sorumluluğun sözleşmeyi ihlale dayandığı gözden uzak tutulmamalıdır. Satıcı kusuruyla sözleşmeyi kötü ifa etmişse, alıcının bütün müspet zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla satıcı alıcıyı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlerini gereği gibi ifa etseydi alıcı hangi durumda bulunacaksa o duruma getirmekle yükümlüdür. Sözleşmeden dönme halinde sadece menfi zararın istenebileceği düşüncesi, burada sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zararların tazmin edileceği gerçeğine aykırılık oluşturmaktadır³⁰. Buradaki tazminat sorumluluğunun hukuki sebebi, sözleşmenin sona erdirilmesi değil, satıcının sözleşmeye dayanan yükümlülüğünü ihlal etmesidir. Sözü geçen hükümler, sözleşmenin ihlalinin sonuçlarını düzenleyen BK 96 (İBK 97) ile birlikte yorumlanmalıdır.

Ayrıca bu görüşü savunanlar, kanunda sözleşmenin sona ermesine rağmen ifaya olan menfaatin tazmininin istenebileceği pek çok durumun varlığına işaret etmektedirler³¹. Sözleşmenin sona ermesine rağmen menfi zararın tazminini düzenle-

²⁹ **Keller, Max**: Das negative Interesse im Verhaeltnis zum positiven Interesse, Aurau 1948, s. 221, 222, 226; **Keller, Max/Siehr, Kurt**: Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, s. 64; **Cavin, Pierre**: Kauf, Tausch und Schenkung, Schweizerisches Privatrecht, VII/1, Basel 1977, s. 68, 101, 102; **BernK-Giger**, Art. 195, N. 36; Art. 208, N. 45; **BernK-Becker**: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, II. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, Art. 184- 551, Bern 1934, Art. 195, N. 1, 2, Art. 205, N. 1; **Neuenschwander, Markus**: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971, s. 78; **Fischer**, s. 255 vd.; **Bucher**, s. 105, 105; **Basik-Honsell**: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., (Heausg., Honsell/Vogt/Wiegand), Art. 195, N. 7; **Serozan, Rona**: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 638 vd., 647; **Serozan, Rona**: Kocayusufoşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, § 17, N. 19, s. 236 vd; **Glaettli, Elisabeth**: Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung, Diss. Zürich 1998, s. 161; **ZürhK-Oser/Schönenberger**: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. Aufl. Art. 184, 418, Zürich 1936, Art. 195, N. 7, 8 Art. 208, N. 5, 6; **Aral**, Kötü İfa, s. 178; **Yavuz, Cevdet**: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 174, 175, 177.

Ayrıca bir başka görüş, hem temerrüde ilişkin düzenlemede, hem de ayıp halinde, borçlunun yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi söz konusu olduğundan BK 205 (İBK 208)'in uygulandığı durumlarda menfi zararın ve müspet zararın tazmininin seçicilik olarak talep edilmesini savunmaktadır. Zira BK 205'deki tazminat talebinin, BK 108/II'deki tazminat talebinden farklı olmasını haklı kılacak ikna edici bir sebep bulunmamaktadır (**Glaettli**, s. 167; **Baehler**, s. 134).

³⁰ **BernK-Giger**, Art. 195, N. 36, Art. 208, N. 45.

³¹ BK 188, 192, 205, 212, 249 II/250 II ve 517. **Serozan'a** göre, kanun koyucu BK 192/I, b.4 ve II ile BK 205/II, c.3 ve III'de düzenlenen doğrudan zararlar açısından dönme ve müspet zarar for-

yen temerrüde ilişkin hükmün (BK 108/II) istisnai nitelikte olduğu, istisnai nitelikteki bu hükmün sadece alıcıya ifaya ilişkin menfaatinin tazmini konusunda seçimlik bir hakkın tanındığı benzer diğer durumlara uygulanabileceği savunulmaktadır³².

Nitekim *Keller*'e göre, sözleşmenin ihlali sebebiyle müspet zararın değil de dönme hakkının kullanılması dolayısıyla menfi zararın tazmini, sadece temerrüde ilişkin İBK 109/II'deki (BK 108/II'deki) hükmün amacının (ratio legis) gerçekleştiği durumlarda söz konusu olabilir³³. BK 109/II'deki ratio legis ise, alacaklının ifa talep edebilme seçimlik hakkı varken, bu imkânı kullanmayıp sözleşmeden dönmeyi tercih etmesi ve böylece kendi edimini yerine getirmekten kurtulup, aynı zamanda müspet zararı yani ifaya olan menfaatinin istemesinin adil olmamasıdır. Alacaklı kendi seçimlik iradesiyle hem kendi edimini yerine getirme borcundan kurtulup hem de sanki kendi edimini yerine getirmiş gibi ifaya olan menfaatinin tazminini isteyememelidir. Bu sebeple BK 108/II'de (İBK 109/II'de) dönme yanında menfi zararın tazmininin isteneceği kabul edilmiştir. *Keller*'e göre, sözleşmenin ihlali halinde menfi zarar sadece istisnai olarak bu amacın gerçekleştiği durumlarda tazmin edilebilir. Tam zaptta sözleşmenin sona ermesi alıcının iradesi olmaksızın gerçekleşir, temerrütteki istisnai düzenlemeyi burada uygulamaya yer yoktur, dolayısıyla menfi zararlar değil, sözleşmenin ihlalinin temel sonucu olan müspet zararlar tazmin edilir³⁴. Bu sebeple BK 192/II'de (İBK 195/II) yer alan dolaylı zararlar, menfi zarar değil, müspet zarar niteliğindedir. Benzer durum ayıba karşı tekeffül açısından da geçerlidir. Zira burada alacaklının tam bir seçimlik hakkı bulunmamaktadır. Sözleşmeden dönme veya semenin indirimi, alıcının seçimlik hakkı ile değil, hâkimin somut olayın özelliğine göre dönmenin haklı olup olmadığına karar vermesi ile mümkündür. Dolayısıyla alıcının dönme seçimlik hakkını tercih ederek, hem kendi edimini ifa etmekten kurtulması hem de sanki kendi edimini ifa etmiş gibi ediminin değerini yani ifaya olan menfaatinin talep etmesi şeklindeki adil olmayan durum burada gerçekleşmemektedir. Ancak kısmi zaptta somut olayın şartlarına göre alıcının sözleşmeyi kurarken kısmi zaptın varlığını bilseydi sözleşmeyi kurmayacak idiyse sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmeye hakkı vardır. Bu durumda sözleşme kendiliğinden sona ermez, alıcının sözleşmeyi sona erdirmesi konusunda seçimlik bir hakkı vardır. İBK 107/II, 109/II'de (BK 106/II, 108/II'de) göz önünde tutulan amaç burada gerçekleşmekte, alıcıya ifayı talep etmeme konusunda bir seçimlik hak tanınmaktadır.

mülünü açıkça benimsemiştir. **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, s. 638 vd., 647; **Serozan**, İfa, § 17, N. 19, s. 236 vd.

³² **Keller**, Das negative Interesse, s. 180 vd. 186; **Cavin**, SPR VII/1, s. 101, 102; **Fischer**, s. 258, 259.

Temerrüt halinde sözleşmeden dönme (BK 108/II) ile birlikte menfi değil, müspet zararın istenebileceği görüşü için bkz., **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 638 vd.; **Serozan**, İfa, § 17, N. 19, s. 236 vd. Sözleşmeden dönme ile birlikte menfi zararın veya müspet zararın seçimlik olarak istenebileceği görüşü için bkz., **Glaettli**, s. 159. Karş. **Buz**, Vedat: Borçlunun Temerrütünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1988, s. 261 vd.

³³ **Keller**, Das negative Interesse, s. 180 vd. 186. Bkz., **Cavin**, SPR VII/1, s. 101, 102.

³⁴ **Keller**, Das negative Interesse, s. 221, 222, 226; **Keller/Siehr**, s. 64.

Dolayısıyla alıcının bu seçimlik hakkını kullanması halinde tazmin edilecek olan zarar menfi zarardır³⁵.

Giger'e göre dolaylı zararları menfi zarar olarak nitelendiren yazarlar³⁶ zapta karşı tekeffülde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ve ayıba karşı tekeffül borcunda sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması ile temerrüt nedeniye dönme arasında farklılık bulunduğunu gözden kaçırmaktadırlar³⁷. Yazar'a göre, temerrüt halinde sözleşmeden dönme bir yenilik doğurucu hakken ayıba karşı tekeffülde alıcının dönme seçimlik hakkı yenilik doğurucu hak değildir. Bu hak, alıcının kabulüyle veya hâkimin kararı ile oluşan bir yenilik doğurucu dava ile gerçekleşir. Satıcı kusuruyla sözleşmeyi kötü ifa etmişse, alıcının bütün müspet zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla satıcı alıcıyı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlerini gereği gibi ifa etseydi hangi durumda bulunacaksa o duruma getirmekle yükümlüdür.

Temel düşüncesi yukarıda ifade edilen bu görüş yandaşları doğrudan zararın belirlenmesinde farklı görüşlere ayrılmaktadır:

a) *Hem Doğrudan Hem Dolaylı Zararın Müspet Zarar Olduğunu Savunan Görüş*

Bu görüş, yukarıda belirttiğimiz temel görüşü savunmakta ve görüşünde doğrudan veya dolaylı zarar açısından herhangi bir ayırıma gitmeden hem doğrudan hem dolaylı zararı müspet zarar olarak kabul etmektedir³⁸. Zira bu görüşe açısından ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bir sorumluluktur ve sözleşmeye aykırılığın temel sonucu BK 96'da (İBK 97'de) düzenlenen müspet zararların tazminidir. Bu görüşü savunanlar, doğrudan veya dolaylı zararın belirlenmesinde ise illiyet bağının yoğunluğu ölçütüne başvurumaktadırlar. Buna göre "doğrudan zarar, zarar ile zaptın veya ayıbın çok yoğun bir bağlantı içerisinde bulunduğu zararlardır"³⁹. Ayrıca doğrudan zararlardan kusura dayanmayan sorumluluğun hem Borçlar Hukuku sistemine hem de maddelerin gelişim tarihine tamamen aykırı olduğu ve mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁴⁰. Dolaylı zararlar ise sözleşmenin ihlali ile ilk ve yakın bağlantı içinde olmayan zararlardır⁴¹. Ör-

³⁵ Keller/Siehr, s. 66.

³⁶ Bkz., a.ş.a. I, B, a.

³⁷ BernK-Giger, Art. 195, N. 36, Art. 208, N. 45. Bkz., Aral, Kötü İfa, s. 178.

³⁸ BernK-Becker, Art. 195, N. 1, 2, 6; Art. 208, N. 1, 5; v.Tuhr, Andreas/ Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974, s. 88, 89; Neuenschwander, s. 78-80; Serozan, İfa, § 17, N. 19, s. 236 vd.; Serozan, Dönme, s. 638 vd., 647. Fischer, kısmi zapta sözleşmenin sona ermesi seçimlik hakkının kullanılması durumu hariç tüm zararların müspet zarar niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (s. 274 vd., 292 vd).

³⁹ v.Tuhr/Peter, s. 88, 89; Neuenschwander, s. 80; Fischer, s. 274 vd., 292 vd. İlliyet bağının yoğunluğu ölçütü açısından ayrıca bkz. a.ş.a. B, b.

⁴⁰ Fischer, s. 84 vd., 153-159, 246, 253.

⁴¹ v.Tuhr/Peter, s. 88, 89; Fischer, s. 287.

neğin yoksun kalınan kazanç ve üçüncü kişilere karşı tazminat ödemek zorunda kalmaları nedeniyle meydana gelen sorumluluk zararları gibi.

b) *Doğrudan Zararın Menfi Zarar Olduğunu Savunan Görüş*

Oser/Schönenberger, 1881 tarihli önceki İsviçre Borçlar Kanunu (eİBK) zamanındaki uygulamanın bir sonucu olarak yeni İsviçre Borçlar Kanununun 195 (BK 192). maddesinin uyulamada yerleşmiş olan anlayışı kanunlaştırdığını ve bu anlayışın ise dolaylı zararlar açısından ifa menfaatlerinin tazmin edilmesi şeklinde olduğunu belirtmektedir⁴². Yazar, bu sonraki metnin konulma amacı ve lafzı açısından dolaylı zararların müspet zarar olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁴³. Bununla birlikte Yazar'a göre, eİBK 116'a karşılık gelen "zapt sebebiyle meydana gelen doğrudan zararlar"dan menfi zararlar anlaşılır. Zira metnin düzenleniş şekli, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. İBK 195/I, b. 1-3 (BK 192/I, b. 1-3)'de sayılan zarar kalemleri sözleşmenin kurulmasının sebep olduğu tipik menfi zarar kalemleridir ve birbirinden farklı türde değildirler. Bunlar arasında sözleşmenin kurulması sebebiyle harcanan noter, senet yapma, taşınır satımında malın teslim alınması, taşıma masrafları, taşınmaz satımında tapu siciline tescil için yapılan masraflar, konaklama işe, tamirat masrafları yer alır. Ayrıca doğrudan zarar olarak malın başka bir şekilde temin edilmesi fırsatının kaçırılması sebebiyle meydana gelen zararlar da bulunmakta olup, bunlar menfi zarardır. Dolayısıyla bu görüş açısından somut sözleşme nedeniyle kurulmamış başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sebebiyle meydana gelen kazanç kaybı doğrudan zarar niteliği taşımaktadır.

c) *Doğrudan Zararın, Menfi Zararın İlk ve Yakın Sonucu Niteliğinde Bir Kısmı Olduğunu İleri Süren Görüş*

Keller'e göre doğrudan zarar menfi zararın tamamından oluşmaz, sadece menfi zararın uygun illiyet bağı kıstasıyla belirlenen ilk ve yakın kısmından oluşur⁴⁴. Bir başka ifadeyle Keller, doğrudan zararı menfi zarar olarak belirlemekte, ancak menfi zarar bakımından sadece uygun illiyet bağı ölçütü ile belirlenen ilk ve yakın zararları doğrudan kabul etmektedir. Dolayısıyla uzak menfi zararlar ve müspet zararlar dolaylı zarardır. Yoksun kalınan kâr ilk ve yakın zarar olmadığından, dolaylı zarardır. Keller doğrudan zararları menfi zararın sadece bir kısmı ile sınırlamanın sorumluluğun kusura dayanmaması nedeniyle haklı olduğunu belirtmektedir. Doğrudan zararlar bakımından da müspet zararın tazmini sorumlulu-

⁴² *ZürhK-Oser/Schönenberger*, Art. 195, N. 7, 8, Art. 208, N. 5, 6. Ayıba karşı tekeffüle ilişkin İBK 208/III ise, İBK 195/II'nin tekrarıdır ibarettir (Art. 208, N. 5).

⁴³ *ZürhK-Oser/Schönenberger*, Art. 195, N. 8. Cavin de kanun koyucunun bu ifadesi ile müspet zararın tazminini amaçladığını belirtmektedir (Cavin, SPR VII/1, s. 68).

⁴⁴ Keller, *Das negative Interesse*, s. 226; Keller/Siehr, s. 63, 90. Benzer görüşte Bucher, s. 104, 105; Aral, Fahrettin: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 7. Bası, Ankara 2007, s. 139-141; Aral, Kötü İfa, s. 176, 178; Yıldırım, Fadıl/ Başpınar, Veyssel: *Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1903 vd., s. 1105, 1106, 1109.

ğu genişletir⁴⁵. Doğrudan zarar, sadece sözleşmeyi ihlalin ilk ve yakın sonucu olan ve araya başka sebeplerin girmemesiyle gerçekleşen zararlardır.

Bu görüş açısından ayıbı takip eden zarar bakımından da doğrudan zarar illiyet bağının yoğunluğuna göre belirlenmektedir. Ayıbı takip eden zararlardan, zarar verici olayın ilk ve yakın sonucu olan zararlar doğrudan, uzak sonucu olan zararlar ise dolaylı zarardır⁴⁶.

d) Doğrudan Zararın Menfi Zararın Fiili Zarar Kaleminden Oluştüğünü Savunan Görüş

Bu görüşe göre, doğrudan zararlar, menfi zararın kalemleri arasında yer alan fiili zararlardır (damnum emergens)⁴⁷. Zira kusursuz sorumluluk dar yorumlanmalıdır ve kazanç kaybı doğrudan zarar olarak nitelendirilemez. Doğrudan zarar sadece ayıplı ifanın sebep olduğu masraflardan oluşan fiili zararlar (damnum emergens) ile sınırlanmalıdır. Burada sözleşme kurulmasaydı alıcının malvarlığı hangi ekonomik durumda olacak idiye o duruma getirileceğinden menfi zararın tazmini söz konusudur. Buna karşılık alıcı kazanç kaybına (lucrum cessans) ilişkin bir tazminat talep edememelidir⁴⁸. Doğrudan zarar, sözleşmenin kurulmasına ilişkin yapılan, noter, tescil, vergi, gümrük, taşıma, depolama, satılanı muayene masrafları veya satım bedelinin ödeneceği ana kadar geçen sürede yabancı para olarak karşılaştırılan semenin kurdaki düşüş nedeniyle değer kaybı gibi fiili zarar kalemlerinden oluşur.

Dolaylı zararlar ise, satıcının kusurlu olması halinde ayıbın veya zaptın uygun illiyet bağı ile sebep olduğu tüm zararlardan oluşur⁴⁹. Burada edimin ifa edilmemesine ilişkin bir sorumluluk söz konusudur. Dolayısıyla bu zararlar müspet zarar niteliğindedir. Müspet zarar fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluştuğundan, satıcı alıcıda meydana gelen kazanç kaybını da tazmin etmekle yükümlüdür.

Bu görüş doğrudan dolaylı zararın menfi zarar müspet zarar olarak ayrılmasını isabetli bulmamaktadır. Zira bu görüşte olan yazarların temel yanılışı menfi zararın kazanç kaybını kapsamayacağını kabul etmeleridir⁵⁰. Oysa kazanç kaybı da menfi zarar olarak nitelendirilebilir. Örneğin, alıcının sona eren veya dönülen sözleşmeyi yapmasının, kendisi için aynı ölçüde veya daha yararlı bir

⁴⁵ Keller'e göre burada sözleşmenin ihlali söz konusudur, sözleşmenin ihlali halinde borçlunun kusurlu olması arandığından tazmin edilecek zararlar müspet zararlardır. OR 195/II'de (BK 192/II) söz konusu olan "diğer zararlar" müspet zararlardır. Buna karşılık OR 195/I'de (BK 192/I) ifa menfaatlerine ilişkin fiili zararlar değil, menfi zararlar söz konusudur. Çünkü bunlar ifa edilseydi yapılmayacak olan masraflardan değil, alacaklının her halükarda yapacağı yani ifanın gerçekleşmesi halinde de yapacağı masraflardır. Dolayısıyla bu masraflar ifa etmemenin uygun sonucu olan masraflar değildir (Keller, Das negative Interesse, s. 226).

⁴⁶ Keller/Siehr, s. 90; Aral, s. 140, 141; Yıldırım/Başpınar, s. 1105, 1106.

⁴⁷ BernK-Giger, Art. 195, N. 34; Art. 208, N. 35 vd.; Cavin, SPR VII/1, s. 101, 102; Yavuz, s. 174, 175, 177.

⁴⁸ Bkz., Cavin, SPR VII/1, s. 101, 102.

⁴⁹ BernK-Giger, Art. 195, N. 34; Art. 208, N. 35 vd.; Cavin, SPR VII/1, s. 101, 102.

⁵⁰ Bkz., BernK-Giger, Art. 195, N. 32; Schubiger, s. 73.

hukuki işlemi kaçırmasına neden olduğu durumlarda kazanç kaybı menfi zarar niteliğindedir. Doğru olan, kazanç kaybının doğrudan zarar olarak nitelendirilemeyeceğidir⁵¹. Bu sebeple doğrudan zararlar sadece menfi zararın fiili zarar kalemlerinden oluşur.

Fiili zarar- yoksun kalınan kâr ölçütünden hareket eden bu görüş, esas itibarıyla yukarıda belirttiğimiz Keller'in görüşünden farklı değildir. Ancak bu görüş taraftarları doğrudan zararı belirlerken illiyet bağı ölçütüne başvurulamakta sadece menfi zararın fiili zarar kalemlerini doğrudan zarar olarak nitelendirmekle yetinmektedir. Ayrıca bu görüşe göre ayıba takip eden zararlar olarak ortaya çıkan bütünlük menfaatinin ihlali fiili zarar niteliğinde olduğundan doğrudan zarardır⁵². Bu zararların kusura dayanmayan sorumluluğa tabi tutulması için ayıba karşı tekeffüle ilişkin sıkı şekil şartlarının yerine getirilmesi ve bu konudaki zamanaşımı süresine uyulması gerekir.

B. Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Müspet Zararın Tazmin Edilemeyeceğini Sadece Menfi Zararın Tazmin Edileceğini Savunan Görüş

a) Görüşün Açıklanması

Bu görüş ise, sözleşme sona ermiş ise müspet zararın istenemeyeceğini sadece menfi zararın istenebileceğini savunmaktadır. Doğrudan- dolaylı zararın istenebileceği durumlarda sözleşme sona ermiş bulunduğundan, istenebilecek zararın tamamı menfi zarar niteliğindedir⁵³. Sözleşmenin sona ermesi (dönme) ile birlikte menfi zararın istenebileceğine ilişkin temel düzenlemenin temerrüde ilişkin düzenleme (BK 108/II) olduğu⁵⁴ ve diğer durumlarda da bu düzenlemenin esas alınması gerektiğinden hareket eden bu görüşe göre, sözleşmeyi dönme ile sona erdirip ve aynı zamanda ifaya ilişkin menfaatleri talep etmek veya ifa menfaatleri yanında güven zararlarının tazmininden söz etmek birbirleriyle çelişen durumlardır⁵⁵. Kanunun lafzı ve yorumu burada istenebilecek olan zararın, müspet zarar olarak nitelendirilmesine elverişli değildir⁵⁶. Nitekim borçlar hukuku sistemi (örneğin, BK 96/I, 108/II, 187, 188 ve 212) müspet zararın tazmini için geçerli ve ayrıca ifa engelleri sebebiyle ortadan kaldırılmamış bir sözleş-

⁵¹ BernK-Giger, Art. 195, N. 32.

⁵² BernK-Giger, Art. 208, N. 35, 38. Karş. Yavuz, s. 177.

⁵³ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 74; Doerig, s. 54; Schubiger, s. 74; Furrer, Rolf: Beitrag zur Lehre der Gewaehrleistung im Vertragsrecht, Diss., Zürich 1973, s. 26, 68; Doğrudan zararlar açısından açıkça (yoksun kalınan kârın dahil olmadığı) menfi zararın tazmininin isteneceğini belirten Tandoğan, dolaylı zararlar bakımından açık olmamakla birlikte menfi zararın istenebileceği görüşündedir. Ancak Yazar'ın bu iki zarar arasında ayırımında illiyet bağının yoğunluğu ölçütüne yer vermemektedir (bkz., Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt. I/1, 3. baskı, Ankara 1984, s. 155, 185-187).

⁵⁴ Schubiger ve Furrer, zapta ve ayıba karşı tekeffülün aynı zamanda İBK 109'deki temerrütten doğan sorumluluğun bir alt türü olarak görmektedir (bkz., Schubiger, s. 63, 64, 73, 74; Furrer, s. 26, 68).

⁵⁵ Schubiger, s. 74, 75; Furrer, s. 26, 68.

⁵⁶ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 78, 91, 92. Ancak Karş. BernK-Giger, Art. 195, N. 34 ve 37.

menin varlığını şart kılmaktadır⁵⁷. Temerrüde ilişkin BK 108/II hükmünde kanun koyucu, alacaklının müspet zararının tazminini istiyorsa sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini isteme hakkından vazgeçmesi gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla buradan kanunun, hem sözleşmeden dönüp hem de zapta karşı tekeffülde sözleşmenin sona ermesi karinesini ortadan kaldırmadan müspet zararın tazminini istemenin birbiriyle uyumlu olmayacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır⁵⁸. Borçlar hukuku sistemine göre geçersiz, iptal edilen veya ortadan kaldırılan bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda müspet zararın tazmini söz konusu olamaz. Ayrıca bu görüş bir yandan müspet zararın diğer yandan menfi zararın aynı olayda istenebilmesi görüşüne karşı çıkmaktadır. Zira menfi ve müspet zararın bir arada bulunması hem kavramsal açıdan hem de BK 192'nin (İBK 195) amacı, hedefi ve sistem içindeki yeri açısından mümkün değildir⁵⁹. Alıcı aynı zamanda sözleşme görüşmelerinde bulunmasaydı meydana gelmeyecek olan zararı ve ayrıca sözleşme gereği gibi ifa edilseydi meydana gelmeyecek olan zararı talep edemez. Bu iki varsayım birbirini ortadan kaldırır.

Bu görüş doğrudan zararların sadece fiili zarar ile sınırlanmasına da karşıdır. Gerçekte hem menfi zararlar hem de müspet zararlar fiili zarar ve yoksun kalınan kâr kalemlerinden oluşur⁶⁰. Dolayısıyla kazanç kaybı açık bir şekilde menfi zarar kapsamına girer, müspet zarar olarak nitelendirilemez. Burada sözleşmenin yapılması ve daha sonra sözleşmeden dönülmesi dolayısıyla başka sözleşmeleri yapma fırsatının kaçırılması sebebiyle kazanç kaybı söz konusu olmaktadır⁶¹.

b) Doğrudan- Dolaylı Zararın İlliyet Bağının Yoğunluğu Ölçütüne Göre Belirlenmesi

Hem doğrudan hem dolaylı zararı menfi zarar olarak kabul eden bu görüş açısından bu zararları birbirinden ayırmak illiyet bağının yoğunluğu ölçütü esas alınarak yapılır⁶². Buna göre, ayıplı malın tesliminin ilk ve en yakın sonucu olan zararlar doğrudan zararlar, buna karşılık ayıplı ifa (zarar verici olaya) olayına eklenen başka olayların sonucu olarak doğan zararlar ise dolaylı zararlardır. Dolaylı zararlar yarışan diğer sebeplerin etki etmemesi koşuluyla, uzun bir sebep zincirinin en sonunda yer alan zararlardır.

Bu görüşe göre, bazı doğrudan veya dolaylı zararlar kolayca belirlenebilir. Örneğin, BK 192/I, b. 3, satılanın zaptından doğan masrafları, diğer zararlardan (BK 192/II) ayırarak doğrudan zarar olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla bu masraflar doğrudan zarardır. Diğer taraftan kazanç kaybı, alıcının başka kazanç-

⁵⁷ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 74.

⁵⁸ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 78, 91, 92. Bkz., Schubiger, s. 63, 64, 73, 74; Furrer, s. 26, 68.

⁵⁹ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 77, 78, 91, 92; Schubiger, s. 75, 76.

⁶⁰ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 79; Schubiger, s. 68 vd., 72 vd.

⁶¹ Doerig, s. 53.

⁶² ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 67 vd., 78, 88 vd., 89a; Furrer, s. 27, 68; Doerig, s. 60 vd.; Schubiger, s. 77; BGE 133 III 257.

lı işlemleri yapamamasından doğan zararlar olması dolayısıyla sebep zincirinin en sonunda yer aldığından dolayı zarardır⁶³.

Ancak bu görüşü savunanlar bazı durumlarda bu ölçüte göre neyin dolaylı neyin doğrudan zarar olduğunu belirlemenin oldukça zor olduğunu belirtmektedirler⁶⁴. Özellikle satılanın zaptının malın değerinde bir azalmaya sebep olduğu durumlarda böyle bir sorun ortaya çıkar. Dolayısıyla satılanın zaptı veya ayıplı olması ile yakın ve uzak olan arasındaki sınırın açık bir şekilde belirlenmesi her zaman kuşkuyla yer veremeyecek şekilde olmamaktadır.

Bu görüş, satılanın ayıplı olması halinde bütünlük menfaatinin ihlali şeklinde gerçekleşen zararları doğrudan sayarak kusursuz sorumluluğa tabi tutmakta veya dolaylı sayarak kusur sorumluluğuna tabi tutmaktadır⁶⁵. Federal Mahkemenin son kararlarında ayıplı takip eden zararlar illiyet bağının yoğunluğu ölçütüne göre doğrudan zarar sayılabilir ve bu halde kusursuz sorumluluğa tabidir⁶⁶. Örneğin hastalıklı bir hayvanın alıcının diğer hayvanlarına hastalık bulaştırması sebebiyle meydana gelen zararlar ayıplı takip eden zarar olmalarına rağmen doğrudan zarardır. Zira bu zararlar, sebep zinciri içerisinde diğer sebeplerin katılımıyla değil, ayıplı malın teslimi ile doğrudan meydana gelmiştir.

C. Düzenlemenlerin Amacından Hareket Ederek Edime İlişkin Menfaatler ile Diğer Menfaatler Arasında Ayırım Yapan Görüş

Özellikle ayıba karşı tekeffüle ilişkin BK 205 bakımından ileri sürülen bu görüşe göre, doğrudan ve dolaylı zararlar, maddenin sözüyle birlikte amacı da göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. BK 205/I ve II'de yer alan dava masrafları veya faizler ve diğer masraflar dönme sebebiyle meydana gelen yan zararlardır⁶⁷. Kanun koyucu malın teslim edilmesinin doğrudan sonucu olan zararlara ek olarak bu yan zararların tazminini de düzenlemiştir. Zira ayıplı mal teslimi ile edimler arası mübadele (değişim) amacı (karşılık ilişkisi) ihlal edildiğinden kusursuz sorumluluk doğrudan doğruya bu amacın ihlali ile bağlantılı olan ifa menfaatlerini kapsar. Böyle bir durumda meydana gelen zararlar, "ayıptan doğan zarar" veya "ayıp zararı" olarak ifade edilmektedir⁶⁸.

⁶³ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 69, 82, 89.

⁶⁴ ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 70.

⁶⁵ Doerig, s. 92 vd.; Schubiger, s. 77.

Buna karşılık eğer zapt sebebiyle alıcının satım konusu dışındaki diğer hukuki değerleri zarar uğramış olursa ve hukuki değerlerin ihlali alıcının malvarlığının iradesi dışında azalmaya sebep olacağından bu durumda sebep zincirinin uzunluğu ve hukuki değerlerin ihlalinin ara bir sebep olması dolayısıyla burada dolaylı zarar söz konusudur (ZührK-Schönle/Higi, Art. 195, N. 71).

⁶⁶ BGE 133 II 257 (Bu kararda sadece ayıplı takip eden zararlar esas alınmış, bu zararların menfi yada müspet zarar olup olmadığı konusuna yer verilmemiştir)

⁶⁷ Bkz. Honsell, Heinrich: Die Mongelfolgeschaden beim kauf-der Papageinfall des Bundesgerichts, BGE 133 III 257 ff, recht 2007, s. 154 vd., 156; Coendet, Thomas: Schadezurechnung im Kaufrecht, recht 2008, s. 15 vd., 23, 24; Schwenger, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, N. 22.37.

⁶⁸ BasIK-Honsell, Art. 208, N. 6.

Kusur aranmaksızın sorumlu olunan dönme talebinin yanında bunun sebep olduğu yan masraflar da kusura dayanılmaksızın tazmin edilir. Bunlar daha Roma hukuku zamanında kusur aranmaksızın sorumluluğun kapsamına girmektedir⁶⁹. Böyle bir sonuca ulaşmak için doğrudan zararların kusura dayanmayan sorumluluğa tabi tutulduğunun ayrıca belirtilmesi şart değildir.

Satım sözleşmesinde maldaki ayıp, mal ve semen arasındaki karşılıklılık ilişkisindeki dengeyi bozan bir durumdur. Denge, ayıba karşı tekeffül hükümleri aracılığıyla, yani ayıpsız olanıyla değiştirme, semenin indirimi veya sözleşmeden dönme ile sağlanmaktadır. Böylece satım sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül, ayıba bağlı olarak gerçekleşen karşılıklılık ilişkisindeki denge bozulmasını gidermekte ve malvarlığını buna uygun duruma getirmektedir. Hukuk düzeni bu hükümler aracılığıyla alıcıya edim karşı edim dengesinin gerçekleşmesini garanti etmektedir. Ancak bu arada mal için yapılan harcamalar, dava masrafları ve diğer harcamalar da alıcının malvarlığını olumsuz etkilemektedir. İşte BK 205/II (İBK 208/II)'de, dava masrafları ve diğer harcamalar gibi ek zarar kalemlerinin istenebileceği düzenlenmiş, ancak bu zarar kalemleri tek tek belirtilmemiş, ayıplı malın teslimi nedeniyle doğrudan meydana gelen diğer zararların tazmini için bir genel norm formüle etmiştir. Bu norm, amacının edim karşı edim dengesinin sağlanması olduğu göz önünde bulunurularak yorumlanmalıdır.

Buna karşılıklı alıcının edim menfaati dışında kalan, diğer hukuki değerlerinde meydana gelen zararların tazmini, edim karşı edim dengesinin sağlanmasına ilişkin değildir, alıcının diğer malvarlığını ilgilendirmektedir⁷⁰. Örneğin, ayıplı bir papağan teslim eden kişi, alıcının tüm diğer hayvanlarının telef olmasına neden olmuşsa, burada meydana gelen zarar satım hukukuna ilişkin ayıba karşı tekeffül ile korunan edim karşı edim bütünlüğüne dâhil değildir.

III. Görüşümüz

A. Menfi Zarar-Müspet Zarar Açısından

Sözleşme sorumluluğun temel yaptırımı müspet zararın giderilmesidir. *Müspet zarar*, zarar görenin malvarlığının sözleşme gereği gibi ifa edilseydi bulunacağı durum ile şimdiki durumu arasındaki farktır⁷¹. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle meydana gelen müspet zararın giderilmesi, zarar görenin, gereği gibi

⁶⁹ **Honsell, Heinrich:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. neubearbeitete Aufl., Zürich 2000, § 21, N. 5, s. 167.

⁷⁰ **Honsell**, recht 2007, s. 156; **BasIK-Honsell**, Art. 208, N. 9; **Schwenzer**, N. 22.37. (Denge ilişkisinin dışında kalan bu zararların tazmini BK 208/II'de yer alan sisteme güven sorumluluğu ile açıklanamaz. Burada bireysel güvene ilişkin bir sorumluluk olduğundan kusura dayalı sorumluluk söz konusudur (**Coendet**, recht 2008, s. 24, 25).

⁷¹ **Keller**, Das negative Interesse, s. 3, 4; **Gauch/Schluemp/Rey:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2003, N. 2723; **BernK-Weber:** Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd., Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Bern 2000, Art. 97, N. 210; **Honsell, Heinrich:** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. überarbeitete Aufl. Bern 1999, (BT) s. 101; **Glaettli**, s. 25; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 632, 633.

ifa yapılsaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmesiyle sağlanır. Bu sebeple müspet zarar, genellikle “ifa etmemeden doğan zarar” veya “ifa menfaatleri” olarak da ifade edilir. Burada borçlunun edimini sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde gereği gibi yerine getireceği ve bu sayede kazanç elde edeceği hususunda alacaklıda oluşan haklı beklentiler korunmaktadır.

Menfi zarar, sözleşmenin kurulduğuna veya kurulacağına ya da geçerli olduğuna güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana gelen zararlardır⁷². Bu sebeple menfi zarar aynı zamanda “güven zararı” “güvenin boşa çıkmasından doğan zarar” olarak da ifade edilmektedir⁷³. Ancak menfi zararın dar anlamda güven zararı olmadığı durumlar da vardır ki böyle bir durumda güvenin boşa çıkması unsuru aranmaz⁷⁴.

Menfi zarar, Ortak hukukun, Roma hukukundaki sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerleri gibi ara sorumluluk sebeplerini kabul etmemesi dolayısıyla, sözleşmenin kurulmadığı veya geçersiz olduğu hallerde sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına güvenilerek yapılan masrafların haksız fiil sorumluluğu için gerekli şartların gerçekleşmemesi ve sözleşmeye de dayanmanın mümkün olmaması nedeniyle tazmin edilememesinin, Jhering tarafından adil olmayan bir durum olarak ortaya konulması sonucu geliştirilmiş bir kavramdır⁷⁵. Jhering’in fark ettiği adaletsizlik, sözleşmenin kurulmaması veya geçersiz olması sebebiyle sözleşme hazırlıkları dolayısıyla meydana gelen zararların giderilememesinden kaynaklanmaktaydı. Jhering, sözleşmenin geçersizliğinin ifa etmeme sonucunu meydana getireceğini ancak diğer etkilerini ortadan kaldırmadığını ve sözleşme benzeri bir ilişkinin gerektirdiği özen yükümlerini ihlalden doğan zararların yine sözleşme hükümleri esas alınarak tazmin edilece-

⁷² Keller, Das negative Interesse, s. 5 vd., 10, 110 vd.; von Tuhr/Peter, s. 86, 87; Aral, Kötü İfa, s. 167; Ergüne, s. 57.

Menfi zararın güven unsuruna yer verilmeksizin sadece sözleşme hiç söz konusu olmasaydı veya sözleşme kurulmasaydı gerçekleşmeyecek olan zararlar olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Çünkü böyle bir ifade tarzının içine müspet zararlar da girer. Nitekim ifa etmeme halinde meydana gelen zararlar aynı zamanda sözleşme kurulmasaydı meydana gelmeyecek olan zararlardır (Keller, Das negative Interesse, s. 6).

⁷³ Bkz., Gauch/Schlupe/Rey, N. 2724; BernK-Weber, Art. 97, N. 211.

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin bulunduğu ancak sözleşmenin söz konusu olmadığı bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluk gibi durumlarda, menfi zarar yerine daha üst genel kavram bir kavram olan güven zararı terimi kullanılır. Güven zararları güvenin boşa çıkması sebebiyle meydana gelen zararları ifade eden üst bir kavramdır. Menfi zarar ise sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin kurulmaması veya geçersiz olması sebebiyle boşa çıkan güven zararlarını ifade etmektedir. Sözleşmenin kurulmasının *hiç söz konusu olmadığı* durumlarda güven zararlarını ifade etmek için menfi zarar terimini kullanmak isabetli değildir (bkz., Kirca, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 135 vd., 204, 207; Koller, Alfred: Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, n. 1780).

⁷⁴ Von Tuhr/Peter, s. 86, 87; Aral, Kötü İfa, s. 167; Ergüne, s. 58. Nitekim, BK 108/II anlamında menfi zarar, yaratılan güvenin boşa çıkmasından değil, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin borçlu tarafından kusurlu bir davranışla ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır.

⁷⁵ Jhering: Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jhering. Jb (Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts) (4) 1861, s. 1-112. Bkz., Kirca, Bilgi Vermeden, s. 160 vd.

ğini savunmaktaydı. Böylece sözleşme geçersiz olsa bile bunun geçerliliğine güven dolayısıyla uğranılan zararların menfi zarar olarak nitelendirilmesi ve sözleşme benzeri bir ilişkiye dayanılarak tazmini kabul edilmiştir.

Sözleşmenin kusurlu olarak geçersiz olması durumunda menfi zarardan doğan sorumluluğa ilişkin teorisi ile Jhering kodifikasyonların düzenlenmesinde etkili olmuştur (AMK §§ 122, 179, 307a; BK/İBK 26/I, 31/II, 36/II, 39/I, MK 452/II (İMK 411/II))⁷⁶. Burada bir hukuki işlemin kurulmasına veya içeriğine güven uyararak etki eden kişilerin bu yüzden meydana gelen zararları tazmin etmeleri söz konusudur⁷⁷. Bu hükümler güven sorumluluğunun kanunda düzenlenmiş görünüm-leridir. Üst genel bir kavram olan güven sorumluluğu, haklı güven yaratma ve bunun kusurlu davranışlarla boşa çıkmasına dayanan bir sorumluluktur⁷⁸. Hukuki işlemsel temas içerisinde güven yaratan kişiler edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisini meydana getirirler. Bu ilişki bir sözleşmenin varlığının söz konusu olduğu durumlarda, sözleşme görüşmeleri aşamasında başlayan, sözleşme kurulduktan ve sözleşme sona erdikten sonra da devam eden bir ilişkidir⁷⁹. Güven sorumluluğunun gerçekleşmesi için edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin kusurlu ihlali gerekir. Menfi zararın (güven zararlarının) söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmeye dayanma mümkün olmadığından kural olarak sorumluluk edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin kusurlu ihlaline dayanmaktadır⁸⁰.

Bununla birlikte Borçlar Kanununda sadece sözleşmenin kurulmasına veya geçerli olmasına güvenin boşa çıkması dolayısıyla değil, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle de menfi zararın tazmin edilebileceği kabul edilmiştir⁸¹. Nitekim BK 108/II sözleşmeye aykırılığa dayanan bir hükümdür. Buradaki tazminat yükümlülüğü dönme beyanı sonucu ortaya çıkmış olsa bile, sözleşmeden dönme nedeniyle menfi zararın tazmini için borçlunun kusurlu olarak borca aykırı davranması gerekir. Şu halde buradaki menfi zarar sözleşmeye aykırı davranışın bir yaptırımıdır ve doğrudan sözleşme sorumluluğuna gidilebilmektedir. Dolayısıyla BK 108/II'deki menfi zarar, diğer menfi zararlara ilişkin hükümlerden farklılık göstermektedir⁸² ve menfi zarar konusunda genelleme yapmada esas oluşturan bir hüküm olarak kabul edilemez.

⁷⁶ Bkz., **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 162, 163.

⁷⁷ Nitekim yetkisiz temsilci, yetkisi olduğunu belirterek kendisinin yetkili olduğuna; yetki belgesini geri almayan vekâlet veren, aslında yetkisiz temsilcinin yetkili olduğuna; hataya düşen, karşı tarafın sözleşmenin geçerli olduğuna güven duyulmasını sağlamaktadır ve kanun koyucu güven duyan kişilerin bundan doğan zararlarının tazminini kabul etmektedir (BK 39, 36/II, 26).

⁷⁸ Güven sorumluluğu için bkz., **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 111 vd., 135 vd.

⁷⁹ **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 158 vd.

⁸⁰ Ayrıca bkz., **Ergüne**, s. 108 vd., 118, 120.

⁸¹ **Von Tuhr/Peter**, s. 86, 87; **Aral**, Kötü İfa, s. 167. Müspet zarar her zaman sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır. Buna karşılık istisnai bazı durumlarda sözleşmenin ihlali menfi zararın tazmini sonucunu da doğurabilir (**Keller**, Das negative Interesse, s. 4, 20).

⁸² Bkz., **Glaetli**, s. 154; **Ergüne**, s. 109, 126, 256.

Müspet zararlar menfi zarar arasında temel farklılık (temerrüde ilişkin istisna bir tarafa bırakılacak olursa) birinde sözleşmenin kurulmuş ve geçerli olması dolayısıyla sözleşme hükümlerine dayanma mümkün iken, diğerinde doğrudan sözleşme hükümlerine dayanmanın mümkün olmamasıdır⁸³. Dolayısıyla menfi zararın tazmininde sözleşmenin kurulacağına ve geçerli olduğuna ilişkin güven sebebiyle zararın meydana geldiğinin ispatlanması gerekir. Oysa temel bir güven sorumluluğu olan, sözleşme sorumluluğunda sözleşmenin kurulmuş olması başlı başına tarafların sözleşmenin ifa edileceğine güven duydukları anlamına geldiğinden, bu güvenin ayrıca ispatlanması gerekmez. Dolayısıyla menfi zararda (güven zararında) sorumluluğun temel dayanağı güven sorumluluğu ve dolayısıyla edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlali, diğerinde ise sözleşme sorumluluğu, sözleşmeyi ihlaldir.

Diğer taraftan menfi zararın hesaplanmasında, müspet zarardan farklı olarak sözleşmedeki edim veya edimin borçlanılması sebebiyle meydana gelen kayıplar ile sözleşmenin gereği gibi ifası halinde alacaklının elde edeceği kazançlar dikkate alınmaz⁸⁴. Dolayısıyla menfi zararın tazmininde sözleşmenin gereği gibi ifası halinde elde edilecek kazançların tazmini mümkün değildir. Bunun yerine alacaklı sözleşme sebebiyle yapmış olduğu masrafları ve başka bir sözleşmeyi kurma fırsatını kaçırmamasından doğan kâr kayıplarının tazmin edilmesini isteyebilir. Menfi zararın hesaplanmasına giren kâr kayıpları (lucrum cessans), alacaklının sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmesi yüzünden kendisine kazanç getirecek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını kaybetmesinden kaynaklanır⁸⁵.

Müspet zarar ile menfi zarar konusundaki yukarıdaki açıklamalarımızı göz önünde bulundurduğunda satılanın zaptı ve ayıplı olması halinde istenebilecek olan zararın müspet zarar niteliğinde olduğu kanatındeyiz.

Öncelikle satılanın zaptı ve ayıplı olması halinde sorumluluğu kuran olgunun sözleşmeye aykırı davranış olduğunun gözden uzak tutulmaması gerekir. Burada sözleşme kurulmuştur ve geçerlidir. Ancak, borçlu borcuna aykırı davrandığı için kanun, sözleşmenin sona ermesi veya erdirilmesi yaptırımını kabul etmektedir. Sözleşmenin sona ermesi yaptırımını yanında sözleşmeye aykırılık dolayısıyla tazminat (müspet zararın tazmini) da varlığını devam ettirmektedir. Menfi zarar, sözleşmeye dayanmanın mümkün olmadığı durumlarda, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin kusurlu ihlali dolayısıyla meydana gelen güven zararlarını ifade etmek üzere geliştirilmiş olan bir kavramdır. Sözleşmeye dayanmanın mümkün olduğu veya tazminatın sözleşmeye aykırılığın bir yaptırımı olarak kanunda düzenlendiği durumlarda (BK 192, 205), "sözleşme sona

⁸³ Jhering, s. 17-18; Keller, Das negative Interesse, s. 4-5; Ergüne, s. 61.

Menfi zararda sözleşme kurulmamış veya geçersiz olduğundan sözleşme ifaya izin vermemektedir. Dolayısıyla menfi zararda ifa menfaatlerinin tazmini söz konusu olmaz (Keller, Das negative Interesse, s. 5, 11).

⁸⁴ Buz, s. 246 vd., 264; Ergüne, s. 59.

⁸⁵ Honsell, BT, s. 101; Buz, s. 246 vd., 264; Ergüne, s. 59, 60.

erdiği zaman menfi zararın tazmini istenir” dogmasından hareket etmek, sorumluluğun asıl sebebinin sözleşmeyi ihlal olduğunu göz ardı etmek anlamına gelir.

Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle menfi zararın tazmin edileceğini savunmak, alıcının sözleşmeni gereği gibi ifa edilmesi halinde elde edeceği kazancın tazmin edilmemesi sonucunu doğurur. Her ne kadar menfi zarar kalemleri arasında yoksun kalınan kâr bulursa da, buradaki yoksun kalınan kâr o sözleşmenin kurulması nedeniyle daha elverişli başka bir sözleşmenin kurulması fırsatının kaçırılması nedeniyle meydana gelir. Menfi zarardaki yoksun kalınan kâr, müspet zarardakinden farklı olup, genellikle daha düşük miktardadır ve ispat edilmesi çok daha zordur. Sözleşmeye aykırılığın tipik bir görünümü olan zapt ve ayıp halinde alacaklıyı, genel hükümlerdekenden daha elverişsiz bir konuma getirmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

“Sözleşme sona ermiş olduğunda menfi zarar istenir” görüşü, temerrüde ilişkin hükümlerin genelleştirilmesi sonucunda ortaya çıkmış olup, kanımızca isabetli değildir. Temerrüde ilişkin düzenleme, hakkında pek çok eleştirinin olduğu⁸⁶ ve istisnai nitelikte kalması gereken bir hükmüdür, genelleştirmelerde esas alınmaz. Aksi durum, menfi zararın ve müspet zararın temel foksiyonuna aykırılık oluşturur. BK 192 ve 205 yorumlanırken burada BK 108/II'deki gibi açıkça menfi zararın istenebileceğine ilişkin bir hükmün bulunmadığı göz ardı edilmemelidir.

Sözleşmenin sona ermesi ile ifaya ilişkin menfaatlerin istenmesinin aynı anda bulunamayacağına ilişkin çelişki eleştirisi de isabetli değildir. Zira sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi halinde ödenmesi gereken tazminat, meydana gelen toplam müspet zarardan satım bedeli çıkarılarak hesaplanır. Bu hesaplama yöntemi dikkate alındığında sözü edilen çelişki ortadan kalkar. Sözleşme sona erdiği için, taraflardan birinin hem kendi edimini yerine getirmekten kurtulup hem de karşı tarafın bu edimin değerini kapsayacak şekilde tazminat isteyebilmesi bir çelişkidir ve Borçlar hukukunun sorumluluk sistemine aykırıdır. Ancak böyle bir çelişki iddiası, sözleşmenin sona ermesine rağmen müspet zararın istenebileceğini savunanlardan değil, karşı görüşü savunanlardan kaynaklanmaktadır. Elbetteki, hem tüm müspet zararın tamamı hem de satım bedeli istenemez. Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle satım bedelinin geri ödenmesi, müspet zarardan sorumlulukta tazminatın ödenmesinin bir şeklini oluşturmaktadır. Ancak bu durum, tazminatın temel kapsamını değiştirmektedir. Önce tüm müspet zarar hesaplanır ve bundan satım bedeli düşürülür. Ancak bu durum toplam tazminat miktarının müspet zarar niteliğinde olmasını ortadan kaldırmaz⁸⁷. BK 192 ve 205'in 1881 tarihli eİBK'daki oluşum süreci içerisinde dikkate alınan o dönemdeki Kanunlar ve hazırlanan tasarı ve taslaklar hesaplamının bu metoda göre yapılacağını belirtmektedirler⁸⁸.

⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Glaettli**, s. 141 vd., 154, 159 vd.

⁸⁷ Bkz., **Fischer**, s. 39, dn. 162, 89, dn. 403; 139, dn. 681, 269, 299.

⁸⁸ Bu konudaki detaylı ve kapsamlı araştırma için bkz., **Fischer**, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun açısından, s. 46; 1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu (PGB) açısından, s. 58, 59;

BK 192 ve 205'in oluşum tarihine ilişkin araştırmalar da burada müspet zararın tazmininin amaçlandığını göstermektedir. Nitekim 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık aşamasında dikkate alınan kanunlar ve bu konuda hazırlanan tüm taslaklar sözleşmenin sona ermesi ile birlikte müspet zararın tazmininin talep edilebileceğini kabul etmiştir⁸⁹. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin doktrin ve yargıda hâkim görüş burada müspet zararın bulunduğu şeklindeydi⁹⁰. 1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Parlamento Tasarısına ilişkin Ekspertler Komisyonunda da doğrudan dolaylı zararların tamamının kusur sorumluluğuna dayalı müspet zararın tazmini niteliğinde olduğu açıklanmıştır⁹¹. Dolayısıyla 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun tekeffül hükümleri düzenlenirken burada kusura dayalı müspet zararın tamamının tazmin edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır⁹².

Sonuç olarak sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle sözleşmenin sona ermesi veya erdirilmesi halinde müspet zararın tazmininin talep edilebileceği görüşünderiz. Buna göre eğer satıcı kusursuzluğunu ispat edemezse, hem kanunda sayılan zarar kalemlerini, hem bunun dışında kalan diğer doğrudan zararları ve ayrıca ifa etmeme sonucu meydana gelen diğer zararları tazmin edecektir.

Zapt veya ayıp sebebiyle sözleşmenin sona ermesi dolayısıyla istenebilecek olan müspet zarar, alacaklının kendi edimini ifa sebebiyle yaptığı harcamalar, sözleşme sona erdiği için ikinci satımlar veya hukuki işlemleri ifa edememesi sebebiyle ödemek zorunda olduğu tazminat veya cezai şartlar ve ayrıca malı bir bakasına satım ile elde edebileceği kârdan yoksunluk (yoksun kalınan kâr)'dan oluşur.

B. Ayıby Takip Eden Zararlar Açısından

Ayıby takip eden zararlar edim konusunun ayıplı olması sebebiyle alıcının edim menfaati dışında kalan, satılan mal dışındaki diğer malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinde meydana gelen zararlardır⁹³. Mala ve kişiye verilen zararlar esas itibarıyla haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturup kişilerin mutlak değerle-

1866 tarihli Dresden Taslağı açısından s. 71, 76; Munzinger'in hazırladığı İsviçre Ticaret Kanunları Taslakları açısından, s. 83; 1881 tarihli önceki İsviçre Borçlar Kanunu Taslaklarından 1869 tarihli geçici Taslak açısından, s. 89, 1870 ve 1871 tarihli Tam Taslak açısından s. 85, 1875 tarihli ikinci tam Taslağın Almanca metni açısından, s. 98; 1877 tarihli üçüncü tam Taslak açısından, s. 106, 107; 1878 tarihli Genel Hükümlere ilişkin Resmi Geçici Metin açısından, s. 124.

⁸⁹ Bu konudaki detaylı ve kapsamlı araştırma için bkz., **Fischer**, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununu açısından, s. 38, dn. 162; 1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu (PGB) açısından s. 58, 59, dn. 263; 1866 tarihli Dresden Taslağı açısından s. 71, 76; Munzinger'in hazırladığı İsviçre Ticaret Kanunları Taslakları açısından, s. 83; 1881 tarihli önceki İsviçre Borçlar Kanunu Taslaklarından 1869 tarihli geçici Taslak açısından, s. 89, 1870 ve 1871 tarihli Tam Taslak açısından s. 85, 1875 tarihli ikinci tam Taslağın Almanca metni açısından, s. 98; 1877 tarihli üçüncü tam Taslak açısından, s. 106, 107; 1878 tarihli Genel Hükümlere ilişkin Resmi Geçici Metin açısından, s. 124; 1879 tarihli Özel Hükümlere ilişkin Redaksiyon Komisyonu Metni açısından s. 145.

⁹⁰ Bkz., **Fischer**, s. 171, 175, 176.

⁹¹ Sadece komisyon üyesi Oser elBK 241/253'deki düzenlemede menfi zararın söz konusu olduğunu belirtmiş, ancak bu görüş azınlıkta kalmıştır (Bkz., **Fischer**, s. 190).

⁹² **Fischer**, s. 193.

⁹³ **Basik-Honsell**, Art. 208, N.9; **Honsell**, recht 2007, s. 154; **Neuenschwander**, s. 36, 79-80; **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 18, 87 vd.

rinin zarara uğramaması konusundaki menfaatleridir⁹⁴ ve bütünlük veya koruma menfaatleri olarak da ifade edilmektedir. Bütünlük veya koruma menfaatleri esas olarak sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin bir kavram iken, sözleşmenin müspet ihlali doktrinin geliştirilmesi ve edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin⁹⁵ geliştirilmesi sonucu olarak sözleşme hukukunun kapsamına girmiştir⁹⁶.

Ayıbı takip eden zararlar menfi zarar veya müspet zarar olarak nitelendirilemez. Zira, ayıbı takip eden zararlar sözleşme gereği gibi ifa edilseydi meydana gelmeyecek olan zararlar olduğu gibi, sözleşmenin kurulacağına güvenilmeseydi meydana gelmeyecek olan zararlar olarak da karşımıza çıkar⁹⁷. Burada borçlunun malvarlığının şimdiki durumu ile zarar verici davranış olmasaydı bulunacağı durumu arasındaki fark hesaplanmaz, onun yerine alacaklının ihlal edilen hukuki değerlerinin somut değeri hesaplanır⁹⁸. Dolayısıyla bütünlük menfaatleri menfi zarar veya müspet zarar olarak nitelendirilmeden ayrı bir kategori olarak ele alınmalıdır⁹⁹.

C. Doğrudan Dolaylı Zararın Belirlenmesi

BK 192/I (İBK 195/I) ve 205/II (İBK 208/II)'de yer alan doğrudan zararlar açısından kusura dayanmayan sorumluluk, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun (eİBK) hazırlık çalışmaları sırasında, mevcut tüm tasarı ve tasarlardan farklı olarak, özel hükümlerin genel hükümlerle uyumlaştırılması amacıyla redaksiyon komisyonu tarafından yapılan önemli bir yanlışlık sonucu oluşmuştur¹⁰⁰. O günden itibaren hangi zararın doğrudan hangi zararın dolaylı olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda değişik görüşlerden hareket edilmesi, hangi görüşün üstün tutulacağına bilinmemesi, hukuk güvenliğini önemli ölçüde zedelemektedir. Borçlar hukukunun temel sorumluluk sistemi kusura dayanmaktadır. Satım sözleşmesi açısından bu esası ortadan kaldıracak bir sebep bulunmamaktadır. Ancak BK 192 ve 205 maddeleri bu esasa açık bir istisna getirmiştir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğu açıklayacak tarihi ve sistematik hiç bir dayanak bulunmamaktadır.

Günümüz sorumluluk sistemlerinde satıcının kendisinin üretmediği bir malın ayıplı olmasının sebep olduğu zararlardan satıcının kusursuz sorumlu olmasını kabul etmek hakkaniyete aykırı bulunmaktadır¹⁰¹. Endüstri toplumlarında el ile hazırlanan ürünler kitle üretiminin yapılması sonucu önemli ölçüde geri planda kalmıştır. Dolayısıyla artık bir ürünün satıcısı aynı zamanda onun üreticisi değil-

⁹⁴ Bkz. **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 88.

⁹⁵ Bkz., **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 135 vd., 159 vd.

⁹⁶ Bkz., **Gauch/Schluép/Rey**, N. 2727; **BernK-Weber**, Art. 97, N. 213; **Neuenschwander**, s. 51 vd; **Glaettli**, s. 25; **Aral**, Kötü ifa, s. 178; **Serozan**, İfa, § 18, N. 5; **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 88.

⁹⁷ Bkz. **Basik-Honsell**, Art. 208, N. 9; **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 18.

⁹⁸ **Gauch/Schluép/Rey**, N. 2727; **Aral**, Kötü İfa, s. 179.

⁹⁹ Bu konuda bkz., aşa., B.

¹⁰⁰ Bkz., **Fischer**, s. 84 vd., 153-159, 246.

¹⁰¹ **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 31 vd.

dir ve ürünün yapısını ve fonksiyonlarını kendisi de çoğu zaman bilmemektedir. Ürünler de gittikçe karmaşık bir hale gelmiştir. Bir ürünün oluşumundan satışına kadar masrafların artmasını önleyen iş bölümü çerçevesinde, başında üreticinin sonunda tüketicinin yer aldığı sürüm zincirleri bulunmaktadır. Ancak satıcılar, ürünlerin karmaşık yapısından dolayı, onları son tüketiciye satmadan önce ürün-deki ayıpları fark edememektedirler. Bu durum özellikle müşterilerin fabrikadan yeni çıkmış bir malı satın aldıklarını zannettikleri, paketlenmiş mallara güvendikleri durumlarda ortaya çıkmaktadır. Satıcılar ürünlerdeki ayıbı zamanında fark etme ve zararı önleme konumunda değildirler. Dolayısıyla malı üretmeyip sadece satan satıcıyı o malın tehlikesiz olmasından sorumlu kılmak, adil değildir.

Malın ayıplı olması sebebiyle ölüm, vücut bütünlüğü ve diğer mallarda meydana gelen zararlardan satıcıyı kusura dayanmadan sorumlu kılmamanın Avrupa Birliği Hukukuna aykırılık oluşturduğu, ATAD (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı) kararlarında açıkça kabul edilmektedir¹⁰². 1985/374 sayılı Direktife göre, ayıplı malın sebep olduğu ölüm, vücut bütünlüğünün ihlali ve diğer mallarda meydana gelen zararlardan kusura dayanmayan sorumluluk sadece üretici ve üretici gibi kabul edilenler için geçerlidir¹⁰³. Satıcı sadece üreticinin gösterilmemesi haliyle sınırlı olarak sorumlu tutulabilir. Onun dışında üye devletlerin satıcıyı kusursuz sorumlu tutan iç hukuk kuralları Avrupa Birliği hukukuna aykırılık oluşturmaktadır.

Alman hukukunda 1.1.2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun¹⁰⁴ ile Alman Medeni Kanunu önemli ölçüde değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin en önemlileri arasında hâkimin hukuk yaratması ile kabul edilen sözleşmenin müspet ihlali doktrininin Kanunda açıkça düzenlenmesi de yer almaktadır. Yükümlülük ihlali olarak kabul edilen bu durumda borçlu kusurlu ise sorumludur. Ayıp zararı ve ayıplı takip eden zarar ayırımı ortadan kalkmış ve tüm zararlar için kusura dayanan sorumluluk kabul edilmiştir¹⁰⁵.

Tüm bu açıklamaları göz önünde bulundurduğumuzda, sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen zararlar açısından kusura dayanmayan sorumluluğu isabetli

¹⁰² ATAD, 10.1.2006, C-402/03 (Danimarka); ATAD, 25.4.2002, C-52/00 (Fransa), I- 3827 vd.; ATAD, 25.4.2002, C-154/00 (Yunanistan) I- 3879 vd.; ATAD, 25.4.2002 C-183/00 (İspanya) I-3901 vd. ATAD açık bir şekilde, dağıtıcıları bildirim şartına bağlamaksızın kusursuz sorumluluğa tabi tutan Danimarka, Fransa, Yunanistan ve İspanya'nın Direktife ve dolayısıyla ortaklık (birlik) hukukuna aykırı davrandığına karar vermiştir. ATAD, bu sorumluluğun Direktifin kabulünden önce iç hukukta geçerli olduğu ve Direktifin getirdiği düzenleme ile yarışabileceği savunmasını da kabul etmemiştir. Bkz., **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, 61 vd.

¹⁰³ **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, 61 vd., 202 vd.

¹⁰⁴ 23.11.2001, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I. 2001, s. 3138.

¹⁰⁵ Mal ayıplı ise Alman Medeni Kanununa göre alıcı, § 439'a göre ifa (Nacherfüllung) talep edebilir, §§ 440, 323, 326/V'e göre sözleşmeden dönebilir, § 441'e göre semenden indirim talep edebilir, § 284'e göre boşa giden masraflarının ödenmesini isteyebilir (§ 437 BGB). BGB 280/I, c.2'e göre tazminat talepleri sadece satıcının kusurlu olması halinde mümkündür. (Bkz., **Mayerhöfer, Alexander**: Die Integration der positiven Forderungsverletzung in das BGB, MDR (Monatschrift für deutsches Recht) 2002, s. 549 vd., 551 vd.).

bulmamaktayız. Bu şekilde bir kusursuz sorumluluk borçlar hukukunun sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk açısından öngördüğü temel sisteme uygun olmadığı gibi bu konudaki Avrupa hukukundaki pek çok sistemle de uyumlu değildir. Dolayısıyla sözleşmeyi ihlal sebebiyle meydana gelen zararların bir kısmını dahi olsa kusursuz sorumluluğa tabi tutan düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği kanısındayız.

Adalet Bakanlığı Komisyonu¹⁰⁶ tarafından hazırlanan ve makalenin Prof. Dr. Ali Naim İnan Armağanı'na sunulduğu sırada Başbakanlık tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiş bulunan Türk Borçlar Kanunu Tasarısında doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımı ortadan kaldırılmamıştır. Bundan başka, satıcının ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu düzenleyen Tasarının 228. maddesinin gerekçesinde¹⁰⁷, satıcının zapta karşı tekeffül borcunu düzenleyen 216. maddenin gerekçesine¹⁰⁸ yapılan atıftan anlaşılacağı üzere, doğrudan zarar dolaylı zararın ne olduğu konusundaki tartışmaya bu konudaki görüşlerden biri tercih edilerek çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Buna göre doğrudan zararlar olumsuz (menfi zarar), dolaylı zararlar ise olumlu (müsbet) zararlardır. Oysa tasarının gerekçesinin çok fazla tartışmalı olan bu konuya görüşlerden birini tercih edecek şekilde nokta koymaya çalışması isabetli değildir. Kanunun metninde bu görüşün kabul edileceğine ilişkin hiç bir ibare bulunmamaktadır. Gerekçenin metni yorumlarken araç olarak kullanılması mümkün olmakla birlikte, gerekçede yazıldığı şekilde yorumlama zorunluluğu yoktur. Kaldı ki bu görüş isabetli de değildir. Yukarıda açıkladığımız üzere bu konuda meydana gelen tüm zararlar müspet zarar niteliğindedir. Ayrıca bu görüş ayıba takip eden zararların doğrudan olup olmadığı konusunda bir ölçü vermemektedir.

Bizce doğrudan dolaylı zarar ayırımı ortadan kaldırılarak ayıba sebebiyle meydana gelen tüm zararlar açısından kusura dayalı sorumluluk kabul edilmelidir. Olan hukuk açısından ise kusura dayanmayan sorumluluğun kapsamı, BK 192 ve 205'in konulma amaçları göz önünde bulundurularak ve mümkün olduğunca dar yorumlanarak belirlenmelidir:

Satım hukukuna ilişkin tekeffül hükümlerinin temel dayanağı bir sisteme güvenin oluşturulması ve bunun korunmasında yatmaktadır¹⁰⁹. Satım sözleşme-

¹⁰⁶ Bu tasarı için bkz., T.C. Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005.

¹⁰⁷ BK'nın 205. maddesini karşılayan Tasarının 228. maddesinin gerekçesine göre, "Maddede yer verilen "doğrudan zarar" ve "diğer zararlar" ibarelerine verilecek anlam hakkında, Tasarının 216. maddesinin gerekçesi göz önünde tutulmalıdır".

¹⁰⁸ BK'nın 192. maddesini karşılayan Tasarının 216. maddesine göre, "818 sayılı Borçlar Kanununun 192 maddesinin dört bentten oluşan birinci fıkrasında, alıcının tam zapt halinde, satıcıdan isteyebileceği olumsuz (doğrudan) zararlar sayılmıştır. Alıcı, satıcının zapta bir kusuru olmasa da, bu zararlarının tazminini isteyebilir.

Tasarının 216'ncı maddesinin son fıkrasında ise, alıcının olumlu (dolaylı) zarar niteliğindeki zararlarının da satıcı tarafından giderilmesini isteyebileceği öngörülmüştür. Ancak satıcı zaptın gerçekleşmesinde bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek, alıcının olumlu zararları nedeniyle tazminat sorumluluğundan kurtulabilir"

¹⁰⁹ Bkz., BernK-Giger, Art. 195, N. 22; Art. 208, N. 33; Coendet, recht 2008, s. 15 vd., 22.

sinde taraflardan biri diğer tarafa onun uygun edimi yerine getirmeyi üstlenmesi karşılığında borçlanır. Malın zapt edilmesi ve maldaki ayıp edim karşı edim arasındaki karşılıklılık ilişkisini bozan bir durumdur. Hukuk düzeni tekeffül hükümleri aracılığıyla satıcının kusurundan bağımsız olarak alıcıya edim karşı edim dengesinin gerçekleşmesini sağlamaktadır¹¹⁰. Ancak bu dengenin sağlanması için yapılan harcamalar, dava masrafları da alıcının malvarlığını olumsuz etkilemektedir. İşte BK 192/I, b. 2-3, satılan mal için yapılan masrafları ve dava masrafları gibi ek zarar kalemlerinin istenebileceğini ve 192/I, b. 4'te ayrıca bunlara benzer diğer zararların tazmin edileceğini düzenlemiştir.

BK 192/I, b. 2'de düzenlenen alıcının mal için yaptığı masraflar malın tamamen veya kısmen zapt edilmesi halinde tamamen ya da kısmen yararsız hale gelir; yapılan masraflar amacını yitirir. Alıcı sözleşmenin kötü ifası, yani satılanın zaptı nedeniyle mal için yaptığı masrafların sonucundan yararlanamaz hale gelir ve bu durum onun malvarlığında bir eksilme oluşturur¹¹¹. Hem malın zapt edilmesinde hem de malın ayıplı olması halinde ortaya çıkabilecek olan bu durum, doğrudan sözleşmenin sona ermesinin bir sonucu değildir, sözleşme sona erme dahi ortaya çıkabilir¹¹². Benzer durum dava masrafları için de geçerlidir. Alıcının dava masrafları sebebiyle malvarlığında meydana gelen eksilme, sözleşmenin kötü ifası nedeniyle hem sözleşmenin sona ermesinde hem de ayakta tutulması halinde ortaya çıkar ve bu sebeple sözleşmenin kaderinden bağımsızdır. BK 192/I ve buradan kaynaklanan anlayışla 2. bentteki harcama masrafları ve 3. bentteki dava masrafları doğrudan zararın unsurlarıdır. Buradan “diğer doğrudan zararların” aynı nitelikte olduğu sonucu ortaya çıkar. Şu halde BK 192/I, b.4'de yer alan zararlar “diğer doğrudan zararlar”dır. BK 192/I, b.4 açısından, 2. ve 3. bentteki düşünceden hareket edilmelidir. O halde burada sözleşmenin sona ermesi ile boşa çıkan masraflar söz konusudur. Bunlar sözleşmenin kurulması için yapılan belgelendirme, sözleşme kurma, noter, gümrük, taşıma, yükleme gibi masraflardır. Sözü geçen madde bu şekilde anlaşıldığında, BK 192/I, b.4'ün anlamsız ve gereksiz kalmayacak şekilde ve aynı zamanda dar yorumu yapılmış olur.

BK 205/II (OR 208/II) de benzer şekilde dava masrafları ve diğer harcamalar gibi ek zarar kalemlerinin de istenebileceğini düzenlemiş, ancak hepsini tek tek belirtmemiş, bunun yerine zapta karşı tekeffülde olduğu gibi ayıplı malın teslimi nedeniyle doğrudan meydana gelen diğer zararların tazmini için genel bir düzenlemede bulunmuştur.

İşte BK 205/II ve BK 192/I, b. 4, amaçları dikkate alınarak yorumlandığında, burada *karşı edimin elde edilmesi menfaatlerinin* söz konusu olduğu görülmür. Dolayısıyla karşı edimin elde edilmesi menfaatine ilişkin olduğu sürece

¹¹⁰ Coendet, recht 2008, s. 23, 24, 26.

¹¹¹ Fischer, s. 277.

¹¹² Fischer, s. 277, 280.

sözleşmenin sona ermesi ile birlikte yapılan yan masraflar kusursuz sorumluluğa tabi tutulur¹¹³.

Düzenlemelerin amacından hareket edilerek yapılacak yorumla *ayıbı takip eden zararların* kusura dayanmayan sorumluluğa tabi olmayacağı açık bir şekilde görülür. Zira artık burada edim menfaati değil, edim dışında kalan diğer değerlere ilişkin mafaatler söz konusu olmaktadır¹¹⁴. Kanunun oluşum tarihinde belirttiğimiz üzere kanun koyucunun hiçbir şekilde amaçlamadığı kusursuz sorumluluk, özellikle edim dışındaki menfaatler açısından sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun temel yapısına aykırı olarak lafza dayalı yorumla¹¹⁵ kabul edilemez.

Kural olarak haksız fiil alanına girmesi gereken, ancak haksız fiil sorumluluğunun daha ağır şartları¹¹⁶ nedeniyle, sözleşme sorumluluğunun sadece edim yükümleri değil, karşı tarafın hukuki varlıklarının korunmasına ilişkin koruma yükümlerinin¹¹⁷ ihlali ile de doğabileceği anlayışının gelişmesi ile kabul edilen sözleşmenin müspet ihlali doktrininin amacı, ayıbı takip eden zararlar açısından kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi değildir. Sözleşmenin müspet ihlali doktrini Alman hukukunda satıcının sadece kasıtlı olması halinde ayıbı takip eden zararlardan sorumlu tutulacağına ilişkin özel hüküm (eAMK¹¹⁸ §§ 463, 480) karşısında satıcıyı kusurlu olarak sorumlu tutmak amacıyla geliştirilmiş olan bir doktrindir¹¹⁹. Bu hüküm daha Roma hukukunda satıcının, sadece kasıtlı olması halinde ayıbı takip eden zararlardan sorumlu tutulması görüşüne dayanmaktaydı. Roma hukukunda satılan malın ayıplı olması dolayısıyla alıcının ayıplı mal dışında diğer değerlerinin zarara uğraması halinde, satıcı sadece hilesi varsa (dolus), sorumlu tutulmaktaydı. Bu konuda verilen klasik örnek Roma hukukundan kaynaklanmaktadır: Alıcının satın aldığı hastalıklı hayvanın, diğer hayvanlarına da hastalık bulaştırması ve tüm sürünün telef olması halinde alıcının uğradığı zararları satıcı, eğer ayıbı biliyorsa tazmin etmekle yükümlüydü. Dolayısıyla satıcı sadece ayıbı bildiği ve buna rağmen, durumu karşı tarafa bildirmeden satarak, hileli davranışlarda bulunduğu takdirde sorumlu olmuştur. Buna karşılık ayıp nedeniyle *malda meydana gelen* zararlardan satıcının sorumlu olması için hilesinin bulunması aranmamaktaydı. Malın kendisinde meydana gelen zararlar için satıcının ayıba karşı tekeffüle ilişkin sorumluluğuna gidilmekteydi¹²⁰. İşte sadece satıcının kasıtlı olması halinde tazmin edilebilen ayıbı

¹¹³ Bkz., **Honsell**, recht 2007, s. 154 vd., 156; **Coendet**, recht 2008, s. 25, 26.

¹¹⁴ **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 19.

¹¹⁵ Karş. BGE 133 II 257.

¹¹⁶ Bkz., **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 35 vd.

¹¹⁷ Bkz., **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 101, 155 vd., 159 vd.

¹¹⁸ 26.11.2001 tarihli değişiklikten önceki Alman Medeni Kanunu

¹¹⁹ Bkz., **Staub**, Von den positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904. **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 11 vd.

¹²⁰ **Honsell**, Haftpflichtrecht, § 21, N. 5, s. 167; **Doerig**, s. 22. Bkz., **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, s. 8 vd.

takip eden zararlardan sorumluluk modern hukuklardaki gelişiminde kusura dayanan bir sorumluluk olarak kabul edilmiştir ve sözleşmenin müspet ihlali doktrini Alman hukukunda Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanunla açıkça düzenlenmiştir¹²¹. Ancak satıcının kusura dayanmayan sorumluluğu kabul edilmemekte, yukarıda belirttiğimiz gibi böyle bir sorumluluk Avrupa Birliği hukukuna aykırı bulunmaktadır.

Doğrudan dolaylı zarar ayırımının belirlenmesinde illiyet bağının yoğunluğu ölçütü uygun bir ölçüt değildir. Zira illiyet bağının yoğunluğu ölçütü bu görüşü savunanlarca da ifade edildiği gibi¹²², açık, anlaşılabilir, yeknesak, şüpheye yer vermeyecek bir ölçüt değildir ve bu durum hukuki güvenliği önemli ölçüde zedelemektedir¹²³. Bu ölçüte göre ayıby takip eden zararlar ilk ve yakın zarar kabul edilip kusursuz sorumluluğa tabi tutulmakta, malın bir başkasına devri sebebiyle elde edilebilecek kazanç kaybı ise uzak zarar kabul edilip kusura dayalı sorumluluğa tabi tutulmaktadır. Oysa bir malın başkasına devredilmek istenmesi ile alıcının kendisi tarafından kullanılmak istenmesi arasında sebep zincirinin uzunluğu açısından bir ayırım yapmak oldukça zordur¹²⁴. Diğer taraftan sorumluluk hukukunda doğrudan zarar dolaylı zarar ayırımı artık terkedilmiş bulunmaktadır¹²⁵. Zira uygun illiyet bağı bulunduğu sürece doğrudan zararlar da dolaylı zarar da tazmin edilmektedir. Dolayısıyla uygun illiyet bağı içerisinde bulunduğu sürece ayrıca doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımı yapmaya gerek yoktur.

Sonuç

Doğrudan dolaylı zarar ayırımının Türk hukukunda kaldırılması ve böylece hangi zararın dolaylı hangi zararın dolaysız olduğu konusundaki tartışmalara son verilmesi gerekir.

Ayıp ve zapt nedeniyle meydana gelen doğrudan ve dolaylı zararın tamamı müspet zarar niteliğindedir. Bu sorumluluk kural olarak kusura dayalı sorumluluktur. Ayırımın kaldırılması anına kadar, BK 192/I, b.4 ve 205/II'de düzenlenen doğrudan zararlar açısından kusura dayanmayan sorumluluk, maddelerin düzenleme amacı ve fonksiyonundan hareket edilerek dar yorumlanmalıdır.

¹²¹ AMK §§ 280, 281, 437/Nr.3, 634/Nr.4.

¹²² Bkz., **ZürhK-Schönle/Higi**, Art. 195, N. 71.

¹²³ Bkz., **BernK-Giger**, Art. 195, N. 30; **Honsell**, recht 2007, s. 155.

¹²⁴ Bkz., **Honsell**, recht 2007, s. 155.

¹²⁵ **Kırca**, Bilgi Vermeden, s. 10, 11; **Honsell**, recht 2007, s. 155; **Yıldırım/Başpınar**, s. 1101.