

## Dönüştürme Hakkı Çerçevesinde Alıcının Tazminat Talebi\*

### The Claim of the Buyer for Damages in the Context of Rescission

Ricarda STOPPELHAAR\*\*, Kerem ÖZ\*\*\*

#### ÖZ

Satıcı, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m.208/2 uyarınca ayıplı şeyin teslimi nedeniyle alıcının doğrudan doğruya uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bununla birlikte, “doğrudan doğrudanlık” kavramının nasıl yorumlanacağı oldukça tartışmalıdır. Satıcının sebep sorumluluğunun kapsamı ile İBK m.208/3’te düzenlenen kusur sorumluluğu meselelerinin inceleneceği bu makalede, satıcının kusur sorumluluğu kapsamındaki diğer zararın alıcının tercihine bağlı olarak olumlu veya olumsuz zarar esaslarına göre hesaplanabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ayıp, Tazminat, Diğer Zarar, Olumsuz Zarar, Olumlu Zarar

#### ABSTRACT

According to Article 208(2) of the Swiss Code of Obligations (SCO), the seller shall compensate for any damage that is directly caused by the delivery of defective goods. However, there is a significant debate surrounding the precise interpretation of the term “directly”. This article aims to explore the extent of the strict liability (liability without fault) of the seller. It also examines his liability in cases where fault can be established, as outlined in Article 208(3) of the SCO. Ultimately, the article concludes that the “further damage” can be calculated by the buyer who has the option to choose between assessing positive or negative interest as the basis for damages.

**Keywords:** Defect, Damages, Further Damage, Negative Interest, Positive Interest.

\* “Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandelung” başlıklı Almanca aslı daha önce recht, Ausgabe 3/2019, s.180 ff.de (Stämpfli Verlag) yayımlanan çalışmanın Türkçe’ye çevirilmesi ve yayımlanması hususunda yazar ve yayınevinden gerekli kanunî izinler alınmıştır. Dipnotlar dâhil olmak üzere metnin tamamı mümkün olduğu ölçüde Dergi’nin yazım kurallarına uygun hâle getirilmiş, asıl metinde yer almayan Öz, Anahtar Kelimeler ve Kaynakça kısımları çalışmaya eklenmiştir.

Bu çalışma, yazarın Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde kaleme aldığı yüksek lisans tezinden türetilmiştir. Yazar, danışmanı Prof. Dr. Thomas Koller’e ve çalışmayı detaylı biçimde okuyup eleştirilerini iletmediği için Prof. Dr. Bruno Huwiler’e teşekkürlerini sunar.

(Für die Übersetzung der Originalfassung des Beitrags mit dem Titel „Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandelung” erschienen in der Zeitschrift recht, Ausgabe 3/2019, Seite 180 ff., im Stämpfli Verlag (Schweiz) ins Türkische und dessen Publikation wurden die gesetzlich erforderlichen Einwilligungen der Autorin und des Verlages erhalten. Die gesamte Ausarbeitung einschließlich der Fußnoten hat der Übersetzer soweit möglich den Autorenhinweisen und Standards der Zeitschrift angepasst. Überdies wurde das Abstract, die Schlüsselwörter sowie das Literaturverzeichnis zur übersetzten Fassung hinzugefügt, welche in der Originalfassung des Beitrags fehlen, Beiläufig ist es darauf hinzuweisen: Der Beitrag basiert auf der im Rahmen des Masterstudiengangs an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern verfassten Masterarbeit. Der Dank für die Betreuung der Masterarbeit gilt Prof. Dr. Thomas Koller. Ausserdem dankt die Autorin Prof. Dr. Bruno Huwiler für die kritische Lektüre dieses Beitrages.)

\*\* Araştırma Görevlisi. Bern Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Frédéric Krauskopf Kürsüsü, ORCID: 0009-0002-4788-5443.

\*\*\* Araştırma Görevlisi. Antalya Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Öğrenci, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı, ORCID: 0000-0003-2967-8352.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** ricarda STOPPELHAAR

**E-posta/E-mail:** ricarda.stoppelhaar@gmx.de

**Geliş Tarihi/Received:** 01.05.2023

**Kabul Tarihi/Accepted:** 16.06.2023

## I. GİRİŞ

Alıcı, ayıplı satılanın zarara yol açması hâlinde, dürüst<sup>e.n.+</sup> satıcının –dönüştürmeyle birlikte– sadece ayıplı malın tesliminin doğrudan yol açtığı zararı tazmin etmesini talep edebilir. Buna karşın, İBK m.208/3'e göre, şayet kendisine kusur yüklenebiliyorsa, satıcının alıcının uğradığı diğer zararı da tazmin etmesi gerekir. Doğrudan zarar konusuna büyük önem atfedilmesine rağmen, öğretide ve yargı kararlarında doğrudan zarar ve diğer zarar kavramları arasında şimdye kadar tutarlı bir ayırım yapılmamıştır<sup>1</sup>. Güncel yargı kararlarına bakıldığında, bu belirsizliğin ne gibi şaşırtıcı sonuçlara yola açabileceği görülmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, “Papağan Davası” olarak bilinen davada, – bulaşıcı hastalığı olan– altı papağanın dürüst satıcısını, bu hastalığın önce elindeki diğer kuşlara geçmesi ve nihayet bütün hayvanlarının telef olmasına yol açması nedeniyle, (kuş yetiştiriciliğini meslek olarak icra eden) alıcının uğradığı tüm zararı (İki Milyon Frank) tazmin etmeye mahkûm etti<sup>2</sup>. Federal Yüksek Mahkeme'nin meseleye bu şekilde yaklaşması, bizi, alıcının dönüştürme hakkı çerçevesinde ileri süreceği tazminat talebini ayrıntılı olarak incelemeye sevk etmektedir.

## II. İBK M.208/2 VE 3 HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI

### A. DOĞRUDAN ZARAR VE DİĞER ZARAR AYIRIMINDA KULLANILAN ÖLÇÜTLER

Aşağıda, doğrudan zararı diğer zarardan ayırmak için hangi ölçütlerin kullanılması gerektiğine dair öğretilerde ve yargı kararlarında önerilen hususlar ortaya koyulacaktır. Bu başlık altındaki açıklamaların amacı, öğretide ileri sürülen çeşitli görüşlerin dayandığı temel esasların anlaşılmasıdır. Bu amaç doğrultusunda yalnızca temel esaslar takdim edileceğinden, bu konuya ilişkin görüşlerin hepsine yer verilmeyecektir<sup>3</sup>. Bununla beraber, açıklamalara geçmeden önce, hem olumsuz hem de olumlu menfaate göre hesaplanan toplam zararın, *damnum emergens* ve *lucrum cessans* kalemlerinden oluşabileceğinin özellikle altını çizmek gerekir<sup>4</sup>. Ayrıca, bütünlük menfaatinin karşılanmasına

<sup>e.n.+</sup> (Çevirenin Notu) Metnin aslında satıcının belirli bir niteliğini belirtmek için kullanılan “redlich” ve “redlich handelnd” sıfatları, en genel şekliyle kişinin sözüyle davranışlarının birbiriyle örtüşmesi, dürüstlük, güvenilirlik, sadakat vb. olumlu hususları dile getirir. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.duden.de/>. Çalışma özelinde ise, satıcının bu tür olumlu nitelikleri, satıldaki ayıbı bilmemesi ve bu bilgisizliğin kendi ihmaline dayanmaması şeklinde karşımıza çıkar. Nihayet, esasında “redlicher” veya “redlich handelnder Verkäufer” ifadesiyle, satıcıya ayıp konusunda kusur (kast veya ihmali) yüklenemediği belirtilmektedir. Metin içinde ilgili yerlerde bu niteliği haiz satıcıyı, “dürüst satıcı” olarak adlandırmayı tercih ettik. Dolayısıyla, ilave bilgiye yer verilmeyen bölümlerde “dürüst satıcı” ifademizden bunun anlaşılması gerekir.

1 Petra Ginter, *Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung* (2005) 59.

2 Tamamı için bkz. BGE 133 III 257.

3 *Zellweger-Gutknecht*, BK m.208/2'nin tamamen farklı biçimde okunup anlamlandırılmasını önermektedir. Yazara göre, BK m.208/2'de, borç kötü değil hiç ifa edilmeseydi meydana gelmeyecek olan her bir zarar kalemini kapsayan “kabz ve kabul zararı” söz konusudur. (Corinne Zellweger-Gutknecht, *Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit, als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung* (2007) N.580.).

4 Peter Gauch, Walter Schlupe and Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II* (10 edn, 2014) N.2092; Niklaus Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht* (1999) N.136, 165 ve oradaki diğer atıflarla birlikte. Alfred Schubiger, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. – OR 97 ff.* (1957) 70 ff.

yönelik talebin tıpkı olumlu zarar talebine eşlik edebileceği gibi olumsuz zarar talebiyle beraber ileri sürülebileceği de vurgulanmalıdır<sup>5</sup>. Bu imkân, olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki karakteristik ayırımın sadece sözleşme menfaatlerine göre yapılması gerektiği yönündeki genel kabulde çelişmektedir. Bu yüzden, bazı hâllerde sözleşme menfaatlerine ilave olarak nedensellik bağının uzunluğu da zararın sınıflandırılmasında ölçüt olarak kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Dolayısıyla, her olayda, öğretide ileri sürülen görüşlerin aşağıdaki kıstaslarla birebir örtüşmesi imkân dâhilinde değildir.

### **a. Sözleşme Menfaatlerine Göre Ayırım Yapılması**

Federal Yüksek Mahkeme'nin önceki dönemlerde verdiği kararlara<sup>7</sup> göre ve öğretinin hatırı sayılır kısmının savunduğu görüş<sup>8</sup> uyarınca, İBK m.208/2 hükmü, yalnızca olumsuz zararın *damnus emergens* kalemini düzenler. Federal Yüksek Mahkeme, satılanın tekrar satılamaması sebebiyle mahrum kalınan kazancın –olumlu zararın *lucrum cessans* kaleminin– İBK m.208/3'e göre talep edilebileceği kanaatindedir<sup>9</sup>. Öğretide İBK m.208/2'yi olumsuz zararın fiilî zarar kalemiyle sınırlandıran görüşü savunan yazarların büyük çoğunluğu ise, satıcının kusurlu olması hâlinde alıcının ifa menfaatinin eksiksiz biçimde karşılanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>10</sup>. Diğer yandan,

- 5 Örneğin bkz. Heinrich Honsell, 'Art. 208 OR' in Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1–529 OR* (6 edn, 2015) N.8; Lüchinger (n 4) N.382; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (7 edn, 2016) N.14.32.
- 6 Örneğin bkz. Max Keller and Kurt Siehr, *Kaufrecht, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht* (3 edn, 1995) 90 ff. Yazarlar, prensip itibarıyla sözleşme menfaatlerine göre ayırım yapmaktadır. Fakat bütünlük menfaatinin zedelenmesi dolayısıyla meydana gelen zararlar, nedensellik zincirinin uzunluğuna bağlı olarak doğrudan zarar veya diğer zarar olarak sınıflandırılmaktadır.
- 7 BGE 79 II 376 E. 3, 380 ff.
- 8 Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3 edn, 1988) 105; Pierre Cavin, *Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse* (1977) 1 ff., 101; Pierre Engel, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommé* (2 edn, 2000) 43; Hans Giger, 'Art. 208 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Das Obligationenrecht, 2 Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1 Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1 Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art 184–215 OR* (2 edn, 1980) N.34; Keller and Siehr (n 6) 90; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–318 OR* (2012) § 4 N.194; Hugo Oser and Wilhelm Schönenberger, 'Art. 208 OR', *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V: Das Obligationenrecht, 2 Teil (Halbband): Art 184–418 OR* (2 edn, 1936) N.5; 'Art. 195 OR' N.7; Herbert Schönle and Peter Higi, 'Art. 195 OR', *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Bd V/2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art 192–204 OR* (3 edn, 2005) N.76, 80; Kren Kostkiewicz, 'Art. 208 OR' in Jolanta Kren Kostkiewicz and others (eds), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (2016) N.4.
- 9 BGE 79 II 376 E. 3, 381. Federal Yüksek Mahkeme'nin olumsuz zarar kapsamında mahrum kalınan kazancın talep edilip edilemeyeceğine ilişkin kanaati net değildir.
- 10 Giger (n 8) N.44 ff.; Bucher (n 8) 105; Cavin (n 8) 101 ff.; Engel (n 8) 43; Müller, 'Art. 208 OR' in Willi Fischer and Thierry Luterbacher (eds), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (2016) N.31; Keller and Siehr (n 6) 91; Koller (n 8) § 4 N.198; Kostkiewicz (n 8) N.5. Farklı görüş için bkz. Rolf Furrer, *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht* (1973) 26, 68; Oser and Schönenberger (n 8) N.6 ve Art. 195 OR, N.8; Schönle and Higi (n 8) 77 ff.

bütünlük menfaatinin zedelenmesi kaynaklı refakat zararları (ayıbı takip eden zararlar)<sup>11</sup> ise, baskın görüş uyarınca yalnızca satıcının kusurlu olması hâlinde tazmin edilebilir<sup>12</sup>.

## B. OLUMSUZ ZARARLA SINIRLAMA

Azınlıkta kalan görüş uyarınca, dönüştürme hakkı kullanıldığında yalnızca olumsuz zararın karşılanması talep edilebilir<sup>13</sup>. Bu görüşün dayanağı, dönüştürme ile İBK m.109'da düzenlenen dönme arasındaki sistematik bağlantıdır<sup>14</sup>. Bu nedenle, doğrudan zarar ve diğer zarar, olumsuz zararla sınırlıdır<sup>15</sup>.

## C. NEDENSELLİK BAĞININ YOĞUNLUĞUNA GÖRE AYIRIM YAPILMASI

Federal Yüksek Mahkeme, *Papağan Davası*'nda içtihadını değiştirmiş ve İBK m.208/2 ile 3 hükümleri arasındaki sınırı –öğretideki bir grup yazarın görüşüne uygun olarak<sup>16</sup>– nedensellik bağının yoğunluğuna göre yeniden çizmiştir<sup>17</sup>. Buna göre, İBK m.208/2 hükmü, ayıplı malın tesliminin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan zarar kalemlerinin hepsinin tazminine olanak tanır. Fakat, İBK m.208/3 uyarınca tazmin edilebilir zararlar, ilave kısmî sebeplerin birleşmesi sonucunda ortaya çıkar<sup>18</sup>. Sonuç olarak, bütünlük menfaatinin zedelenmesi de –Papağan Davası'nda hastalık bulaşan kuşların telef olması sonucunda meydana gelen zararda olduğu gibi– satıcının sebep sorumluluğu kapsamında incelenebilir<sup>19</sup>.

11 Bu kavrama getirilen eleştiriler için bkz. III/A/4/b.

12 Müller (n 10) N.35; Koller (n 8) § 4, N.194. Sözleşme menfaatlerini esas alarak ayırım yapılmasını benimsemeyen görüşler için de aynısı geçerlidir. Bu yöndeki görüşler için örneğin bkz. Honsell (n 5) N.9; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil* (10 edn, 2017) 127 ff.; Bruno Huwiler, 'Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR (aus Anlass des BGE 133 III 257 ff.)' in Heinrich Honsell, Bruno Huwiler and Hermann Schulin (eds), *Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe* (2012) N.141 ff., 159 ff. Farklı görüş için bkz. Giger (n 8) N.35 ff.; Keller and Siehr (n 6) 90. *Kiel/Siehr*, refakat zararların sınıflandırılmasında nedensellik zincirinin uzunluğunu esas almaktadır.

13 Furrer (n 10) 68, 26; Jörg Schmid, Hubert Stöckli and Frédéric Krauskopf, *OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (2 edn, 2016) N.416; Schubiger (n 4) 74; Hubert Stöckli, *Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung | Abwicklung | Störungen* (2008) N.550; Schönle and Higi (n 8) N.73 ff. Eser sözleşmesi hükümleri için bkz. Peter Gauch, *Der Werkvertrag* (5 edn, 2011) N.1875 (çalışmanın tamamlanması ve baskıya verilmesi sırasında bu eserin 6.baskısı henüz yayımlanmamıştı.).

14 Furrer (n 10) 68. Karş. Gauch (n 13) N.1875; Stöckli (n 13) N.546 ff.

15 Karş. örneğin Furrer (n 10) 26 ff., 68. Yazar, olumsuz zarar içerisindeki ayırımı nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapma taraftarıdır.

16 Markus Müller-Chen, 'Art. 208 OR' in Markus Müller-Chen and Claire Huguenin (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art 184–318 OR)* (3 edn, 2016) N.12 ff.; Willi Fischer, *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute* (1985) 286 ff. Sorumluluk hukuku için bkz. Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil* (5 edn, 1995) § 2 N.26.

17 Kapsamlı gerekçesiyle birlikte bkz. BGE 133 III 257 E.2.5, 266 ff.

18 BGE 133 III 257 E.3.2, 272.

19 BGE 133 III 257 E.3.2, 272.

Nedensellik zincirinin daha kısa veya daha uzun olmasına göre –uygun illiyet bağı içinde<sup>20</sup>– alt ayırmalar yapılması sonucunda, doğrudan zarar ve diğer zararı tasnif işi salt hâkim takdirine bırakılmaktadır<sup>21</sup>. Öğretinin birçok yazar bu kararı isabetsiz bulmuştur<sup>22</sup>.

## B. DEĞERLENDİRME

Yukarıda takdim edilen görüşleri savunan yazarların tamamı, sebep sorumluluğunun kapsamını kusur sorumluluğuyla kıyaslayarak belirlemeye çalışmaktadır<sup>23</sup>. Bazen –kanunun lafzından farklı olarak– doğrudan zarar ve bunun tersi olan dolaylı zarardan bahsedilmek suretiyle bu yaklaşıma açıklık getirilmektedir<sup>24</sup>. Bu düşünce yapısı, doğal olarak öğretinin çözüm önerilerini de yansıtmaktadır. Örneğin, olumsuz zarar ve olumlu zarar gibi farklı kavramlar üzerinden İBK m.208/2 ve 3 hükümleri arasında sınır çizilmesi önerilmektedir. Ancak bütünlük menfaatinin zedelenmesinden doğan zararların tasnifi söz konusu olduğunda, salt sözleşme menfaatlerine göre ayırım yapılması gerektiği düşüncesi boşa çıkmaktadır<sup>25</sup>. Bunun yanı sıra, sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğu arasındaki ilişki –tespit edilebildiği kadarıyla– detaylandırılmamaktadır. Fakat sözleşme menfaatlerinin ölçüt olarak kullanılmasını öneren kimi yazarlara göre satıcının kusurlu olması hâlinde İBK m.208/2'deki zarar kalemlerinin İBK m.208/3'teki ifa menfaati kaynaklı taleplerle beraber ileri sürülebileceğinden,<sup>26</sup> bu ilişkinin ayrıntılarıyla ortaya koyulması gerekirdi. Zira dikkat edilirse, bu görüşlerin benimsenmesi olumlu ve olumsuz zararın birlikte istenmesi anlamına gelir. Fakat bilindiği üzere buna müsaade edilmemektedir<sup>27</sup>. Nihayet, nedensellik zincirinin uzunluğuna bakılarak ayırım yapılması fikri de tatmin edicilikten uzaktır. Bunun gerekçelerinden biri, tarihsel ve teleolojik mülhazaların ayırt edici kıstas olarak nedensellik zincirinin<sup>28</sup> esas alınmasına ket vurmasıdır. Adı satış sözleşmesinde<sup>c.n.++</sup> satıcıyı artık hesaplanamayacak rizikolarla makul olmayan

20 Federal Yüksek Mahkeme'nin uygun illiyet bağı meselesini tartışmayı bunun kurulduğunu kabul etmesi, öğretilde, – bence haklı olarak– eleştirilmektedir. (Frédéric Krauskopf in Thomas Koller, Frédéric Krauskopf and Ivo Schwander (eds), *Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht* (3 edn, 2015) 493).

21 BGE 133 III 257 E.3.2, 272.

22 Örneğin bkz. Thomas Coendet, 'Schadenszurechnung im Kaufrecht' (2008) recht 15 ff.; Heinrich Honsell, 'Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff.' (2007) recht 154 ff.; Huwiler (n 12) 143 ff.; Alfred Koller, 'Der Papageien-Fall, Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257' in Alfred Koller (ed), *Leistungsstörungen, Nicht – und Schlechterfüllung von Verträgen* (2008) 1 ff.; Pascal Pichonnaz, 'L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO' in Jean-Baptiste Zufferey, Jacques Dubey and Adriano Previtali (eds), *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi* (2011) 410.

23 Karş. Coendet (n 22) 16. Yazar, iki düşünce tarzına değinmiştir.

24 BGE 133 III 257 E. 2.5.1, 266. Örneğin bkz. Fischer (n 16) 11 ve eserinin başlığı.

25 Bkz. II/A, II/A/1.

26 Karş. Bucher (n 8) 103; Keller and Siehr (n 6) 91. Cavin (n 8) 101. Yazarın konu hakkındaki kanaatinin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Müller (n 10) N.29. Yazar, sadece, kusur söz konusu olduğunda “diğer” zarardan da sorumlu olunacağını belirtmektedir.

27 Alfred Koller, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil.* (1985) N.415; Lüchinger (n 4) N.215 ff.

28 Detaylar için bkz. III/A/3, III/A/4.

<sup>c.n.++</sup>(Çevirenin Notu) Metinde kullanılan “*privater Verkäufer*” ifadesini, “*adı satış sözleşmesindeki satıcı*” olarak çevirmeyi tercih ettik. Buna göre, adı satış sözleşmesiyle (*Privatkauf, Privatverkauf, Kauf von privat*), tüketici işlemi veya ticarî satış niteliğinde olmayan satış sözleşmesi kastedilmiştir.

biçimde karşı karşıya bırakan bu ayırımın hukuk güvenliğini de ciddi mânâda zedelemesi, diğer gerekçedir<sup>29</sup>.

Çok sayıda çelişki barındırdığından ötürü, öğretideki bu yaklaşımın benimsenmesi isabetli değildir. Dolayısıyla, sebep sorumluluğunun kapsamını kusur sorumluluğuyla kıyaslayarak belirlemek yerine, her iki sorumluluk ayrı ayrı tahkik edilmelidir. Aşağıda, öncelikle satıcının sebep sorumluluğu ele alınacaktır<sup>30</sup>. Bu bağlamda, doğrudan zarar kavramının nasıl yorumlanması gerektiği meselesi, sebep sorumluluğuna ilişkin açıklamaların odak noktasını oluşturmaktadır<sup>31</sup>. Yapılacak yorumun, sebep sorumluluğunun somut kapsamının belirlenmesine hizmet etmesi gerekir. Bunu takiben, İBK m.208/2'ye göre hükmedilecek tazminatın hangi menfaat dikkate alınarak hesaplanacağı açıklığa kavuşturulmalıdır<sup>32</sup>. Sonraki adımda, satıcının kusur sorumluluğu kavramının teorik altyapısı irdelenecektir.<sup>33</sup> Bu çerçevede, sorumluluğun kapsamı değil –İBK m.208/3 uyarınca meydana gelecek zararın tamamı tazmin edilebilir–<sup>34</sup>, tazminatın hangi menfaate göre hesaplanacağı önem arz eder<sup>35</sup>. Nihayet, her iki sorumluluk arasındaki bağlantı aydınlatılacaktır<sup>36</sup>.

### III. SATICININ SEBEP SORUMLULUĞU (İBK M.208/2)

#### A. SORUMLULUĞUN KAPSAMININ BELİRLENMESİ (YORUM)

##### 1. Lafzî Yorum

Federal Yüksek Mahkeme, Papağan Davası'nda "doğrudan doğrualık" kavramının gerçek kelime anlamını esas almıştır<sup>37</sup>. Fakat Mahkeme'nin bu yaklaşımı yeterince doyurucu değildir. "Günlük hayattaki kullanımına göre [...] *doğrudan* ifadesinin mesafe ve fasıla olmaması [anlamına geldiği]"<sup>38</sup> doğrudur. Mahkeme'nin kullandığı bu ifadeye göre, ayırım yapılırken nedensellik zincirinin uzunluğu belirleyici olmalıdır. Ancak yine de yapılabilecek yegâne yorum bu değildir.<sup>39</sup> Mesela, konu mesafe açısından ele alındığında, doğrudan zararın salt şeye ilişkin zarar olarak anlaşılması da mümkündür<sup>40</sup>. Bununla birlikte, "doğrudan" ifadesinin işlevi, sadece sorumluluğu sınırlamaktan

29 Karş. I.

30 Bkz. III.

31 Bkz. III/A.

32 Bkz. III/B.

33 Bkz. IV.

34 Karş. Müller-Chen (n 16) N.14; Fischer (n 16) 269; Müller (n 10) N.29 ff.

35 Bkz. IV/B.

36 Bkz. IV/C.

37 Karş. BGE 133 III 257 E.2.5.1, 267.

38 BGE 133 III 257 E.2.5.1, 266.

39 Coendet (n 22) 16; Honsell (n 22) 154 ff.

40 Karş. Honsell (n 22) 155,156.



ibaret de olabilir<sup>41</sup>. Dolayısıyla, lafzi yorumun bizi burada net bir sonuca götürmeyeceğini görmek gerekir.

## 2. Sistematik Yorum

Kanun sistematik açıdan incelendiğinde, önem verilmesi gereken husus, doğrudan zarar ile İBK m.208/2'de sayılan yargılama masrafları ve diğer giderler arasındaki bağlantıdır. Federal Yüksek Mahkeme, ayıplı malın tesliminin doğrudan yol açtığı zararı, “yargılama masrafları ve diğer giderlerin iadesine ilaveten borçlanılan” müstakil bir unsur olarak görmektedir<sup>42</sup>.

Kanaatimce, bu düşüncede oldukça önemli bir tutarsızlık vardır. Şöyle ki, İBK m.208/2'nin tam zapt hükümlerine (İBK m.195/1, b.2-4) yollama yapması, her iki düzenlemenin de kanun koyucunun bilinçli tercihi sonucunda ihdas edildiği şeklinde anlaşılabilir<sup>43</sup>. Kanun koyucu, İBK m.195/1, b.4'te satıcıyı zaptın doğrudan yol açtığı *sair* zararı tazminle yükümlü kılmıştır<sup>44</sup>. Öte yandan, İBK m.208/2'de *sair* zarar ifadesine yer verilmemiştir. Hükümler arasındaki bu uyumsuzluğun sebebi, kanun koyucunun bu maddeyi İBK m.195/1, b.4'ten farklı biçimde vazetme iradesi değildir. Bunun sebebi, daha ziyade İBK (mülga) m.253 hükmü revize edilirken (İBK m.208) yapılan redaksiyon hatasıdır<sup>45</sup>. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, yargılama masrafları ile diğer giderlerin doğrudan zarar kalemleri olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

## 3. Tarihsel Temeller

### a. Mülga Borçlar Kanunu (1881) Hazırlanırken Model Alınan Kanunlar

Mülga Kanun'da ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde alıcının tazminat talebine ilişkin düzenlemenin nasıl meydana geldiğini anlayabilmek için öncelikle Redaksiyon Heyeti nezdinde önem teşkil eden kanunlaştırma hareketleri ve kanun tasarılarındaki hukuki vaziyetin muhakkak takdim edilmesi gerekir. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civil français), 1855 tarihli Zürih Özel Hukuk Kanunu (das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch) ve 1866 tarihli Dresden Tasarısı Heyet için önem arz eden metinler arasında sayılabilir<sup>46</sup>. Bu bağlamda, iki mesele mühimdir: Birincisi, yukarıda bahsi geçen kanunlaştırma hareketleri kapsamında doğrudan zararın anlam ve öneminin incelenmesi gerekir. İkincisi, bu kanunlaştırma hareketlerinde öngörülen ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca, satıcının sebep sorumluluğu olup olmadığı ve şayet varsa bunun kapsamının ne olduğuna dair sorular cevaplanmalıdır.

41 Karş. Coendet (n 22) 16.

42 BGE 133 III 257 E.2.5.3, 270.

43 Karş. Müller (n 10) Art. 195 OR N.9; Koller (n 8) § 4 N.194; Koller (n 22) 3; Ayrıca Coendet (n 22) 18 not: 27.

44 Furrer (n 10) 26; Koller (n 22) 3; Kostkiewicz (n 8) Art. 195 OR N.6. Açıkça farklı görüşte: Schönle and Higi (n 8) N.62.

45 Bu yönde doyurucu açıklamalar için oradaki diğer atıflarla birlikte bkz. Koller (n 22) 3 ff.

46 *Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen – und Handelsrecht vom 27. November 1879*, BBl 1880 I, 149 ff., 166.

İlk mesele bakımından, incelenen kanunlaştırma hareketlerinde doğrudan ve dolaylı zarar arasında sadece sözleşmeye ilişkin genel hükümler açısından fark olduğu söylenebilir<sup>47</sup>. “Doğrudan doğrualık” ifadesi, hem Fransız Medeni Kanunu’nda hem de Zürih Özel Hukuk Kanunu’nda borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğuna ilişkin genel hükümler çerçevesinde sorumluluğun sınırlandırılmasına hizmet etmektedir<sup>48</sup>. Buna karşın, Dresden Tasarısı’nda ise, malî kayba doğrudan mı yoksa dolaylı olarak mı sebep olduğuna bakılarak çeşitli zarar türleri tanımlanmaktadır<sup>49</sup>.

Fransız Medeni Kanunu’nda, borçlunun sorumluluğu hem hile (FMK –mülga– m.1151)<sup>50</sup> hem de ihmal söz konusu olduğunda (evleviyetle, FMK –mülga– m.1151) doğrudan zararlarla sınırlıdır. Bu sistemde doğrudan zarar oldukça geniş anlaşılmaktadır ve refakat zararlarını (ayıbı takip eden zararlar) da kolaylıkla kapsayabilir<sup>51</sup>. Oysa, Zürih Özel Hukuk Kanunu § 1004 uyarınca, borçlunun sorumluluğu –sadece hafif ihmali söz konusu olduğunda– doğrudan zararlarla sınırlıdır. Doğrudan zararın kapsamı, Fransız Medeni Kanunu’ndan farklı olarak Zürih Özel Hukuk Kanunu’nda daha dardır. *Bluntschli*’ye göre, doğrudan zarar, “borçlanılan şeyin yok olması veya başlı başına yalnızca borçlanılan edimin ifa edilmemesinden doğan zarardır.”<sup>52</sup>

İkinci mesele bakımından ise, incelenen kanunlaştırma hareketlerinin dürüst satıcı için sebep sorumluluğu öngördüğü söylenebilir<sup>53</sup>. Ancak bu sorumluluk, sözleşmenin tasfiyesiyle kaçınılmayacak biçimde ilişkilendirilen zararlarla sınırlıdır<sup>54</sup>. Bu husus, FMK m.1646’da kısa ve net biçimde, özellikle ifade edilmiştir. Buna göre, satıcı, satışın yol açtığı masrafları alıcıya ödemek zorundadır (rembourser [...] les frais occasionnés par la vente).

### ***b. 1881 Tarihli Mülga Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme***

Kanun koyucu, ifa engellerine ilişkin genel hükümler kısmında (mülga İBK m.116’da) kusurlu sözleşme ihlalden doğan sorumluluğun kapsamı düzenlenmişti<sup>55</sup>. Buna göre, borçlunun sözleşmeye

47 Karş. FMK (mülga) m.1151; ZÖHK § 997, 1004; Dresden Tasarısı m.273, 223 ve 224. Detaylar için bkz. Fischer (n 16) 34 ff., 82.

48 Fischer (n 16) 36, 51, 82. Fransız Medeni Kanunu için bkz. Huwiler (n 12) 150.

49 Fischer (n 16) 66 ff., 82.

50 2016 yılındaki Borçlar Hukuku’na ilişkin kapsamlı revizyon çalışmaları çerçevesinde, FMK (mülga) m.1151 neredeyse olduğu gibi FMK m.1231–4’e aktarılmıştır.

51 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.565. Karş. Robert-Joseph Pothier, “Traité des obligations, N 166 f. in M. Siffrein (ed), *Oeuvres de Pothier, Bd I* (abgedruckt 1821) 189 ff. Yazar, doğrudan zarara örnek olarak, Dig. 19, 1, 13 pr.’den harfiyen aldığı olayı takdim etmektedir. Bu olayda, çiftçinin biri hasta bir hayvan alır. Bu hayvan çiftçinin sürüsündeki diğer hayvanlara hastalık bulaştırır ve nihayet sürünün tamamı telef olur. *Pothier’e* göre satıcının sorumlu tutulması için kusurunun aranması gerektiğine dikkat edilmelidir. Bu nedenle, Federal Yüksek Mahkeme’nin *Papağan Davası*’nda *Pothier*’in örneğine atıf yapması yerinde değildir. Buna ilişkin eleştiriler için bkz. Pichonnaz (n 22) 407 ff.

52 Johann Caspar Bluntschli, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen* (1855) 67.

53 FMK m.1646; ZÖHK § 997 ff., 1401, özellikle 1411, 1414 ve 1421; Dresden Tasarısı m.168 ff., 182 ve 187.

54 FMK m.1646. § 1421’de zapta karşı tekeffül hükümlerine yapılan yollama tam tazminat öngören § 1410’u kapsamadığından, Zürih Özel Hukuk Kanunu’nda da aynı esasın benimsendiği kabul edilmektedir. Farklı görüş için bkz. Fischer (n 16) 58 ff. Dresden Tasarısı’nda ise 168 vd. ile 182. madde hükümlerinden bu sonuca varılmaktadır. DT m.187’de nitelik vaadi söz konusu olduğunda satıcı için kapsamlı sebep sorumluluğu öngörülmesine dikkat edilmesi gerekir.

55 Huwiler (n 12) 153. Karş. Schubiger (n 4) 67.



dayanan sorumluluğu, hiç veya gereği gibi ifa etmemenin doğrudan sonucu olarak görülebilecek zararın tazminiyle sınırlıdır (mülga İBK m.116/1). Ağır kusur söz konusu olduğunda, tazminatın kapsamının genişletilmesi de talep edilebilir (mülga İBK m.116/3). Kanun koyucu, bu hükümde Fransız Medeni Kanunu'nun sorumluluk düzeninden (mülga FMK m.1150, 1151) etkilenmiştir<sup>56</sup>. Diğer yandan, mülga Kanun'daki ayıba karşı tekeffül hükümleri, satıcının doğrudan zararlarla sınırlı sebep sorumluluğu (mülga İBK m.253, c.2) etrafında şekillendirilmiştir<sup>57</sup>. Buna göre, kusurlu olması hâlinde, satıcının sorumluluğu diğer zararları da içine alacak biçimde genişler (mülga İBK m.253, c.3 ve 241/2).

Hem sözleşmeye ilişkin genel hükümlerde hem de ayıba karşı tekeffül hükümlerinde doğrudan zarar ile diğer zarar ayırımı yapılmaktadır. Fakat her iki sorumluluk bakımından da bu ayırımın işlevi farklıdır<sup>58</sup>. “Doğrudan doğrualık”, genel hükümlerde sadece sorumluluğu sınırlar<sup>59</sup>. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinde ise, sınırlayıcı rolünün yanı sıra sorumluluğun kurulmasına da hizmet etmektedir<sup>60</sup>. Mülga Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, öğretide çoğunluktaki görüş uyarınca, doğrudan zarar ve diğer zarar, nedensellik bağının yoğunluğa göre birbirinden ayrılıyordu<sup>61</sup>. “Doğrudan doğrualık” kavramı farklı işlevler yürütecek şekilde tasarlandığından dolayı, mülga İBK m.116'da nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapılan ayırımın ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından da uygulama bulup bulmayacağı meselesi o zamanlar oldukça tartışmalıydı<sup>62</sup>. Aşağıda yapılacak açıklamalarla, 1877 tarihli Tasarı –(E<sup>3</sup>)<sup>63</sup>– ve 1879 tarihli Tasarı'nın –(E<sup>4</sup>)<sup>64</sup>– incelenmesiyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ortaya çıkış sürecinin anlaşılması amaçlanmaktadır. Bu noktada, aydınlatılması gereken tartışmalı husus şudur: “Doğrudan doğrualık” kavramı, sebep sorumluluğunun mülga Kanun'a dâhil edilmesiyle birlikte mi kanunî düzenlemeye kavuştu, yoksa bu kavramın bahsi geçen tasarılarla hâlihazırda öngörülen satıcının sebep sorumluluğunu sınırlaması mı gerekiyordu?

56 Fischer (n 16) 120 ff., 153; Huwiler (n 12) 153. BGE 133 III 257 E. 2.5.2, 268'de ve *Schneider/Fick*'in eserinde açık kanaat bildirilmemiştir. *Schneider/Fick*, BK (mülga) m.116 için hem FMK (mülga) m.1150 ff.'nin hem de ZÖHK § 997–999'un model alındığını belirtmektedir. (Albert Schneider and Heinrich Fick, *Das Schweizerische Obligationenrecht, samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen*, Bd. I (2 edn, 1896) Art. 116 aOR Vor N.1).

57 Karş. Schneider and Fick (n 56) Art. 253 aOR, N.16 (mefhum-u muhalifinden).

58 Fischer (n 16) 140; Huwiler (n 12) 155, 159.

59 Karş. Jörg Schmid, 'Vertragshaftung und Voraussehbarkeit des Schadens, Schweizerisches Obligationenrecht und Rechtsvergleichung' in Wolfgang Wiegand, Thomas Koller and Hans P. Walter (eds), *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80 Geburtstag* (2009) 669.

60 Karş. Huwiler (n 12) 159.

61 Diğer atıflarla birlikte Fischer (n 16) 168 ff., 171 ff. Federal Yüksek Mahkeme'nin mülga Borçlar Kanunu dönemindeki uygulaması kimi zaman mahrum kalınan kazancı doğrudan zarar kapsamında değerlendirme yönündeydi (BGE 24 II 62 E. 10, 70 ff.).

62 Huwiler (n 12) 155.

63 *Entwurf 1877, Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876*, Bern, 1877.

64 *Entwurf 1879, Schweizerisches Obligationen – und Handelsrecht, (Art. 64 der Bundesverfassung), Entwurf des eidgenöss. Justiz – und Polizeidepartements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission*, Bern, Juli 1879.

E<sup>3</sup> m.255, c.2'ye göre, satıcı, alıcının ayıplı malın tesliminden dolayı uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Ayrıca, E<sup>3</sup> m.255, c.3, zapta karşı tekeffül hükümlerine (E<sup>3</sup> m.242) yollama yapmaktadır. Satıcı, E<sup>3</sup> m.242/1, b.4 uyarınca –yargılama masrafları (b.3) ve diğer giderlerin (b.2) iadesiyle birlikte– zaptın yol açtığı sair zararı da tazmin etmek zorundadır. Buna ilave olarak, E<sup>3</sup> m.242/2'de, satıcının kusuru söz konusuysa, zararın kapsamının hâkimin takdirine göre belirleneceği hükmü düzenlenmektedir. *Huwiler*, kusur ifadesine sadece E<sup>3</sup> m.242/2'de yer verildiği gerekçesiyle satıcının E<sup>3</sup>'teki sorumluluğunu nitelikli sebep sorumluluğu olarak görmektedir.<sup>65</sup> Kanaatimce, bu görüş tatmin edici değildir. Mantıken, E<sup>3</sup> m.242/1, b.4'teki *sair zararın*, meydana gelen zararın tamamından yargılama masrafları ve diğer giderler (E<sup>3</sup> m.242/1, b.2, 3) düşüldükten sonra kalan zarar olduğu söylenebilir<sup>66</sup>. Bu şekilde düşünüldüğünde, meydana gelen zararın tamamının “sebepl sorumluluğu” kapsamında tazmin edilmesi mümkün olurdu. Fakat bu da E<sup>3</sup> m.242/2 hükmüyle çelişirdi. Zira hâkim, zararı satıcının kusuruna bağlı olarak takdir yetkisine göre belirleyebilse bile her hâlükârda E<sup>3</sup> m.242/1'e göre tazmin edilebilir zararın fazlasına asla hükmedemezdi<sup>67</sup>. Bu ifadelerden, 1877 tarihli Üçüncü Tasarı'da satıcının sorumluluğunun kusur esasına bağlandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

1879 tarihli Tasarı'da köklü bir değişiklik yapılmıştır<sup>68</sup>. E<sup>4</sup> m.269/2 uyarınca, satıcı, ayıplı malın tesliminin doğrudan doğruya yol açtığı zararı tazmin etmek zorundadır. Bu maddede zapta karşı tekeffül hükümlerine yollama yapılması, satıcının kusurlu olması hâlinde diğer zararı da tazminle yükümlü olduğu sonucuna çıkar (E<sup>4</sup> m.269, c.3 ve 257/2). Bu değişiklik Ocak 1879'da Redaksiyon Komisyonu tarafından yapıldı ve hüküm, 1879 tarihli Tasarı'ya bu şekliyle alındı<sup>69</sup>. Aslında, Redaksiyon Komisyonu'na verilen görev, tekeffül hükümlerini ifa engellerine ilişkin genel hükümlere uygun hâle getirmektir. “Doğrudan” zarar ve “diğer” zarar kavramlarının tekeffül hükümlerine dâhil edilmesinin sebebi budur<sup>70</sup>. Fakat E<sup>4</sup> m.269, mülga İBK m.116'dan farklı olarak sadece doğrudan zarar için sebep sorumluluğu öngörüldüğünün mantık çerçevesinde anlaşılabilmesine imkân tanıyacak biçimde kaleme alındı<sup>71</sup>. Bu esaslı değişikliği yapmak Redaksiyon Komisyonu'nun görevi kapsamında değildi. Bu yüzden, kanaatimce, satıcının sebep sorumluluğunun metne dâhil edilmesi redaksiyonel hatadan ibarettir<sup>72</sup>. *Huwiler*'in –kanun koyucunun “doğrudan doğrualık” kavramını metne dâhil ederek dürüst satıcının sorumluluğunu dönemin Pandekt öğretisine dayanarak sınırlamak istediği yönündeki– görüşü,<sup>73</sup> isabetli değildir. Zira E<sup>3</sup>'te satıcının sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu artık kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

65 Karş. *Huwiler* (n 12) 155 ff. Farklı görüş için bkz. Fischer (n 16) 102 ff.

66 Fischer (n 16) 104.

67 Karş. Fischer (n 16) 104 ff.

68 *Huwiler* (n 12) 155.

69 Fischer (n 16) 134 ff. ve diğer atıflarla birlikte.

70 Fischer (n 16) 127. Karş. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.563.

71 Fischer (n 16).136. Ayrıca karş. Schneider and Fick (n 56) Art. 253 aOR, N.16 (mefhum-u muhalifinden).

72 Fischer (n 16) 147. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.564. Yazarın hangi görüşte olduğu anlaşılmamaktadır.

73 *Huwiler* (n 12) 155 ff.

74 Bkz. III/B/3/b altında dn: 65'in bağlı olduğu metin.

### c. Hükümün 1911 Tarihli Borçlar Kanunu'na Alınması

Mülga Borçlar Kanunu'nun revize edilmesi vesilesiyle, doğrudan zarar ve diğer zarar ayırımı ifa engellerine ilişkin genel hükümlerde kaldırılmıştır. Fakat bu ayırım, satıcının tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde muhafaza edilmiştir<sup>75</sup>. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, kanun koyucu böyle yaparak “bu konuda yapılan ayırım bakımından eski dönemden beri bilinen güçlükleri kabullenme arzusunda olduğunu” ifade etmek istemiştir<sup>76</sup>. Bu görüş, isabetli değildir. Çünkü kanun koyucu, mülga Kanun'un revizyonu vesilesiyle, “doğrudan doğrualık” kavramının işlevinin hem genel hükümler hem de tekeffül hükümleri çerçevesinde aynı olduğunu kabul etmiştir<sup>77</sup>. Kanun koyucunun genel hükümlerde doğrudan zarar-diğer zarar ayırımından bilinçli olarak kaçınması, fakat bununla birlikte tekeffül hükümlerinde –herhangi bir gerekçesi olmadan– bu ayırımda ısrarcı olmasının sebebi, kanaatimce, yalnızca redaksiyonel özensizlik olabilir<sup>78</sup>. Nihayet, eğer hükümler arasında zannedildiği gibi gerçekten uyum olsaydı, “doğrudan doğrualık” kavramının tekeffül hükümlerinden kaldırılması gerekirdi.

Özetle, satıcının sebep sorumluluğunun mülga Kanun'a alınmasının döneminin yasama erkinin iradesine uygun düşmediği ifade edilebilir. Esasında, tekeffül hükümleri, satıcının hafif ihmali olduğunda sorumluluğunun doğrudan zararlarla sınırlı kalmasını sağlayacak biçimde genel hükümlere uygun hâle getirilmeye çalışıldı. Fakat nihayetinde, doğrudan zarar için sebep sorumluluğu düzenlemesi yapıldı. Bu düzenlemenin daha sonra değiştirilmeden 1911 tarihli Borçlar Kanunu'na alınması ise redaksiyon hatasıdır. Bu bir hataya dayandığından ötürü de Kanun koyucunun mülga Kanun zamanında öğretide geliştirilen nedensellik zincirinin uzunluğuna dayalı ayırımı muhafaza etmek istediği kabul edilemez.

### d. İlave Açıklama: Roma Hukuku'nun Etkisi

Öğretide, Papağan Davası'ndaki hukukî sorunun çözümü için çoğu kez Roma Hukuku'ndan, özellikle, Julian'ın incelediği, satıcının sorumluluğuna ilişkin davadan istifade edilmektedir<sup>79</sup>. Böyle olunca da yukarıda işaret edilen tarihsel bilgi ışığında bu yaklaşımın teorik açıdan isabetli olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir.

75 BGE 133 III 257 E.2.5.2, 269. Koller (n 22) 11.

76 BGE 133 III 257 E.2.5.2, 269.

77 Komisyon üyesi *Honegger*'in tam zapt hâlinde tazminat ödenmesine ilişkin düzenlemenin kaldırılmasına yönelik müracaatında da bu görülmektedir. *Honegger*, gerekçe olarak, tam zaptın hiç ifa etmeme hâli olduğunu ve bu durum için genel hükümlerde hâlihazırda düzenleme yapıldığını ileri sürmüştür. Genel hükümlerde, tazminatın kapsamı borçlunun kusurunun derecesine göre belirlenir. *Honegger*'e göre, tekeffül hükümleri kapsamında başka bir düzenleme yapılması skandaldır. Bkz. *Revision des Schweizerischen Obligationenrechts (1908–1909), Protokolle der Expertenkommission, Sitzungsprotokoll der 9. Sitzung vom 14.10.1908*, 6 ff. Bu yönde ayrıca bkz. Fischer (n 16) 190.

78 Fischer (n 16) 191 ff. *Alfred Koller* bu konuda farklı kanaattedir. Yazara göre, kanun koyucu, genel hükümlerde zararın “öngörülebilirliği” ifadesini kullanmadığından, BK m.208/2'deki “doğrudan doğrualık” ifadesine BK (mülga) m.253'tekinden farklı anlam yüklemiştir. (Koller (n 22) 10 ff.).

79 Örneğin bkz. Coendet (n 22) 15; Huwiler (n 12) 144 ff.; Krauskopf (n 20) 492.

Ulpian'ın naklettiği kararların birinde (D 19,1,13 pr), Julian satıcının sorumluluğu meselesini ele almıştır. Bu olayda, bulaşıcı hastalığı olan bir sürü hayvanın satışı söz konusudur<sup>80</sup>. Bu hastalığın diğer hayvanlarına bulaşması neticesinde alıcının sürüsündeki hayvanların tamamı telef olmuştur<sup>81</sup>. Julian'a göre dürüst satıcı, tekeffül sorumluluğu –somut olayda dönüştürme hakkının kullanılması– kapsamında sadece sözleşmenin kurulmasına ve tasfiyesine ilişkin masraflara katlanmak zorundadır<sup>82</sup>. Fakat şayet ayıbilgi biliyorsa, sözleşmenin ihlali sonucunda alıcının uğradığı zararın tamamını tazmin etmesi gerekir<sup>83</sup>.

Bu karardaki maddi vakıalar, *Papağan Davası*'ndaki maddi vakıalarla örtüşmektedir. Her iki olayda da halihazırda enfekte olan bir hayvan temlik edilmiştir<sup>84</sup>. Ancak Julian'ın İBK m.208/2'nin yorumlanması için önerdiği çözüm, bence metodoloji bakımından uygun değildir. Tarihsel yorum yöntemi tatbik edildiğinde, satıcının doğrudan zararlarla sınırlanan sebep sorumluluğunun Kanun'a dâhil edilmesinin sebebinin redaksiyon hatası olduğu görülmektedir<sup>85</sup>. Dönemin kanun koyucusu, satıcının sorumluluğu bakımından –burada savunulan görüş uyarınca– Roma Hukuku'ndaki gibi dikotomi yaratmayı amaçlamamıştır. Bu nedenle, satıcının tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümler hazırlanırken Roma Hukuku modelinin esas alındığına karşı çıkmak istemiyorum<sup>86</sup>. Ancak bununla beraber, asıl hukukî sorunun farklı biçimde çözüme kavuşturulması gerektiği kanaatindeyim. Julian'ın çözümü dönemin kanun koyucusunun amacına uygun düşmez. Dolayısıyla, İBK m.208/2 hem tarihsel hem de teleolojik yoruma konu edilirken bu çözümden faydalanılamaz. Yapılan objektif–teleolojik yorum, dönemin kanun koyucusunun amacının tamamen geri planda bırakılmasına yol açmaz. Fakat bu, Roma Hukuku esasları uyarınca hüküm ihdas etme yönündeki iradesiyle de örtüşmez<sup>87</sup>.

80 Julian, aynı zamanda, yük çekemeyen ve bu yüzden binanın çökmesine sebep olan bir kirişin satılmasını da değerlendirmektedir. –Çözüm aynı.

81 D 19, 1, 13 pr. Bunun için yandaki eserdeki tercümeyle bkz. 'Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. III, Dig. 11–20' in Okko Behrends and Rolf Knütel et al. (eds), (1999).

82 Huwiler (n 12) 144 ff. Öğretide, Julian'ın dürüst satıcının sorumluluğunu öngördü mü, yoksa bu Klasik Sonrası Dönem'e özgü bir gelişme miydi sorusuna verilecek cevap hususunda fikir birliği yoktur. [Karş. Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, *Die nachklassischen Entwicklungen* (2 edn, 1975), 393 not 77]. Ulpian'ın hazırladığı eserin bir pasajında, hâlihazırda Klasik Dönem Roma Hukuku'nda bilinen dürüst satıcının sorumluluğundan bahsedilmektedir. Ulpian, dürüst satıcının hem alıcının yaptığı harcamalardan hem de satış bedelinin faizinden sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeydi (D 21, 1, 29, 2).

83 Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, *Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht* (2 edn, 1971) 557 ff.; Ernst, '§§ 434–445 BGB' in Mathias Schmoekel, Joachim Rückert and Reinhard Zimmermann (eds), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd III: Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433–853, 1 Teilband: vor §§ 433–656* (2013), N.4; Huwiler (n 12) 144 ff.

84 Karş. Coendet (n 22) 15; Huwiler (n 12) 144; Krauskopf (n 20) 492.

85 Bkz. III/A/3/b'nin altında dn: 72'nin bağlı olduğu metin.

86 Honsell (n 12) 115.

87 Metodoloji için bkz. Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (5 edn, 2016) 161. Karş. Bruno Huwiler, 'Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über Juristische Methodenlehre' (1999) recht, Studienheft 5 10.

#### 4. Teleolojik Yorum

Aşağıdaki açıklamalar, İBK m.208/2'nin *ratio legis* etrafında yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda, kanun, “kendisinden hareket edilerek [...] amacını ortaya koyacak yöntem kullanılmak suretiyle [yorumlanır].”<sup>88</sup> Teleolojik yorumda günün şartları göz önünde bulundurulur<sup>89</sup>. İBK m.208/2'de düzenlenen sorumluluğun kapsamı, bu yöntem kullanılarak tespit edilebilir<sup>90</sup>.

### A. GENEL ESASLAR

#### aa. Sinallagmanın İşlevi

Satış sözleşmesi, sinallagmatik sözleşmedir<sup>91</sup>. Tarafların ivaza ilişkin karşılıklı menfaatlerinin sözleşme biçiminde somutlaşması, sinallagmanın amacıdır<sup>92</sup>. İvaza ilişkin menfaat, mübadele menfaatinin yanı sıra, tarafların edim ve karşı edim arasında sözleşmeyle belirlenen değer ilişkisinin muhafaza edilmesine yönelik menfaatlerini de kapsar<sup>93</sup>. *Stöckli*, bunu “değer menfaati” olarak adlandırmaktadır<sup>94</sup>.

Ayıplı malın teslimi tam olarak bu değer menfaatini zedeler. Bu da sözleşmeye dayanan denklik ilişkisinin bozulmasına yol açar<sup>95</sup>. Ayıplı malın teslimi sözleşmeyle düzenlenen mübadele sürecini bozduğundan, *Stöckli*'ye göre burada ifa engellerinin belirli tipik sonuçlarının doğumuna yol açan “mübadele aksaklığı” meydana gelir<sup>96</sup>. Bu noktada, bu aksaklığın ifaya yönelen telafi edici veya sözleşmeyi ortadan kaldıran sonuçlarından bahsedilmesi gerekir<sup>97</sup>.

Tarafların karşılıklı mübadele yükümlülüklerini ve değer menfaatini tasfiye eden dönüştürme; ifa engellerinin sözleşmeyi ortadan kaldıran sonuçlarından biridir<sup>98</sup>. Dönüştürmeyle birlikte, satılan şeyde ayıp sebebiyle ortaya çıkan değer kaybı karşılanır<sup>99</sup>. Bu, öğretilerde “ayıp zararı” olarak isimlendirilmektedir<sup>100</sup>.

88 Örneğin BGE 143 III 600 E. 2.7, 607; BGE 141 III 481 E. 3.2.3, 485; BGE 139 II 173 E. 2.1, 175.

89 Kramer (n 87) 161.

90 Bkz. III/A/4/c.

91 Örneğin bkz. Honsell (n 12) 32; Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3 edn, 2019) N.2339 ff.; Schmid, *Stöckli and Krauskopf* (n 13) N.206.

92 Detaylar için bkz. *Stöckli* (n 13) N.45 ff.

93 Diğer atıflarla birlikte *Stöckli* (n 13) N.48 ff.

94 *Stöckli* (n 13) N.51.

95 Karş. Coendet (n 22) 23; Huwiler (n 12) 157.

96 Detaylar için bkz. *Stöckli* (n 13) N.444 ff., 534 ff.

97 Bkz. *Stöckli* (n 13) N.449 ff.

98 *Stöckli* (n 13) N.452, 535.

99 Karş. Honsell (n 12) 125 ff.; Huguenin (n 91) N.2671; Huwiler (n 87) 8 not: 79.

100 Huguenin (n 91) N.2671; Huwiler (n 87) 8 not: 79.

### aaa. Tekeffül Düşüncesi

Ayıba karşı tekeffül, ifanın konusunun niteliği bakımından sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi hâlini düzenleyen özel bir kanunî rejimdir<sup>101</sup>. Bu tanım, en azından cins satışı olduğunda tartışmaya kapalıdır<sup>102</sup>. Aynı şekilde, parça satışında da –modern ve kanaatimce isabetli görüş uyarınca– şeyin niteliği sözleşmenin içeriğine dâhil olduğundan, ferden tayin edilen ayıplı satılanın teslimi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir<sup>103</sup>. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinde, alıcıya, satıcının kusuru olsun olmasın, kendisini –genel hükümlerdeki imkânlarına nazaran– daha avantajlı konuma getiren birtakım özel haklar bahşedilir<sup>104</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, ayıba karşı tekeffülün alıcının satılanın ayıpsız olacağına yönelik güvenini koruyan, kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır<sup>105</sup>.

### b. Değerlendirme

Alıcı, dönüştürmeyle birlikte, ayıplı malın tesliminin *doğrudan* yol açtığı zararın tazminini talep edebilir<sup>106</sup>. Ancak bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkeme içtihadı uyarınca, bedel indirimi bakımından bu kural kıyasen tatbik edilemez<sup>107</sup>. Satıcının İBK m.208/2’de düzenlenen sorumluluğu, kusurdan bağımsız olması nedeniyle tekeffül hükümlerinin dayandığı garanti esasına uygundur<sup>108</sup>. Alıcının satılanın ayıpsız olduğuna yönelik güveni, garanti sorumluluğunun tabiatına uygun düşecek biçimde, sadece dönüştürme hakkıyla korunmaz. Alıcıya buna ilave başka imkânlar da verilmelidir. Dönüştürme hakkının kullanılması satış sözleşmesinin tasfiyesine ve dolayısıyla sözleşme kurulmadan önceki denklik ilişkisinin yeniden tesis edilmesine yol açar<sup>109</sup>. Böyle olmakla birlikte, bozulan denklik ilişkisinin ortadan kaldırılması, alıcının sözleşmenin kurulması, tasfiyesi ve ters yüz edilmesiyle bağlantılı olarak yapmak zorunda kaldığı masrafların iadesini sağlayamaz<sup>110</sup>. Şayet tekeffül hükümlerinde garanti sorumluluğu düzenlendiği ve getirilen sebep sorumluluğunun da

101 Fischer (n 16) 228; Schönle and Higi (n 8) N.3. Farklı görüş için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.199 ff. Yazara göre, tekeffül, riziko sorumluluğundan doğan bir tür kanunî sorumluluk olarak anlaşılmalıdır. Ayıptan tekeffülün hukuki niteliği hakkındaki açıklamalar için bkz. Ernst (n 83) N.14.

102 Örneğin Katja Bähler, *Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht* (2005) 28; Giger (n 8) N.14; Keller and Siehr (n 6) 71.

103 Bu görüşü destekleyenler için bkz. örneğin Bähler (n 102) 34 ff.; Fischer (n 16) 215 ff.; Ginter (n 1) 75; Keller and Siehr (n 6) 71 ff.; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.308. Bu görüşe karşı çıkanlar için bkz. örneğin Bucher (n 8) 68 ff.; Cavin (n 8) 110; Furrer (n 10) 34.

104 Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.309. Diğer atıflarla beraber Fischer (n 16) 234 ff.

105 Örneğin Honsell (n 5) Vorbem. zu Art. 197–210 OR N.1; Müller-Chen (n 16) Art. 197 OR N.2.

106 Birçok atfı yerine bkz. Koller (n 8) § 4 N.199. Yazar, ayrıca, dönüştürmeden bağımsız bir tazminat talebi olduğunu ileri sürmektedir.

107 Esas içtihat BGE 63 II 401 E. 2, 402 ff. Ayrıca örneğin bkz. BGE 107 II 161 E. 7a, 166. Eleştiriler için örneğin bkz. Venturi and Zen-Ruffinen in Luc Thévenoz and Franz Werro (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art 1–529 CO* (2 edn, 2012) N.14; Cavin (n 8) 105; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.419; Pierre Tercier, Laurent Bieri and Blaise Carron, *Les contrats spéciaux* (5 edn, 2016) N.809.

108 Giger (n 8) N.33. Karş. Schwenzler (n 5) N.22.37.

109 Karş. Coendet (n 22) 23; Huwiler (n 12) 158, 159.

110 Karş. Coendet (n 22) 24. Ayrıca bkz. Huwiler (n 87) 8 not: 79; Huwiler (n 12) 158, 159.



bunun yansması olduğu kabul edilirse, bu masrafların kusurdan bağımsız olarak iade edilebilmesi gerekir. Çünkü bu masraflarla –tıpkı dönüştürme yoluyla sözleşmenin ters yüz edilmesinde olduğu gibi– “malî durumların dengelenmesi”<sup>111</sup> amaçlanır<sup>112</sup>. Öğretide, doğrudan zarar yerine kimi zaman “circa rem” zarar ifadesi kullanılmaktadır.<sup>113</sup> Bu, kanaatimce, İBK m.208/2’deki zararların dönüştürülen sözleşmeyle sınırlı olduğu kapsadığı anlamına gelir.

Alıcının başka bir satış sözleşmesi kurduğu, başka bir satış sözleşmesi kurma fırsatını kaçırdığı veya kâr beklentisiyle başka satış sözleşmeleri kurduğundan uğradığı zararlar, hâliyle doğrudan zarar olarak sınıflandırılmaz. Zira bu zararların hiçbiri, dönüştürülen sözleşmeyle ilgili değildir<sup>114</sup>. Daha açık ifadeyle, alıcının mahrum kaldığı kazanç<sup>115</sup> şeklinde veya sorumluluk menfaatinin zedelenmesiyle ortaya çıkan zararlar<sup>116</sup> İBK m.208/2 hükmünün kapsamına sokulamaz.

Aynı şekilde, alıcının mutlak hakkının ayıp sebebiyle ihlal edilmesi sonucu olarak ortaya çıkan zararlar, sebep sorumluluğunun dışında kalır<sup>117</sup>. Çünkü ayıbın mutlak hak ihlaline yol açması hâlinde sözleşmeye dayalı denklik ilişkisi etkilenmez. Burada, aksine, alıcının bütünlük menfaati zedelenir<sup>118</sup>. Bütünlük menfaati hukukî işleme konu olmayan hukukî değerlerin korunmasıyla ilgili olduğundan,<sup>119</sup> bu menfaatin zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi için kusurun aranmaması, İBK m.208/2’nin temelinde yatan düşünceyle bağdaşmaz.

Bence burada terminolojiye açıklık getirilmesi gerekir. Öğretide, alıcının mutlak hak ihlali sonucunda uğradığı zararlar, genellikle “refakat zararı” kavramıyla tanımlanır<sup>120</sup>. Öğretide savunulan bir görüş uyarınca, refakat zararları sebep sorumluluğuna (İBK m.208/2) dâhil değildir; İBK m.208/3’e göre tazmin edilir<sup>121</sup>. Fakat bu görüşte terminoloji bakımından karanlık noktalar vardır. Zira refakat zararı, bütünlük menfaatinin zedelenmesi sonucunda meydana gelen zararların yanında kazanç kaybı gibi saf malvarlığı zararlarını da kapsar<sup>122</sup>. Şayet *Gauch*’a hak verirsek, sözleşmenin kurulması için yapılan ve sözleşme sona erdiği için boşa çıkan masraflar (boşuna yapılmış masraflar), refakat zararı olarak sınıflandırılmalıdır<sup>123</sup>. Böylece, belirli refakat zararları İBK m.208/2 uyarınca sebep

111 Coendet (n 22) 23.

112 Karş. Coendet (n 22) 24.

113 Huwiler (n 87) 8 not: 79.

114 Ayrıca karşı. Huwiler (n 87) 8.

115 Örneğin Cavin (n 8) 101; Engel (n 8) 43. Bunun mahrum kalınan kazancın olumsuz veya olumlu zararlarla ilişkilendirilmesiyle ilgisi yoktur. Mahrum kalınan kazançla ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lüchinger (n 4) N.151 ff., 292 ff.

116 Honsell (n 5) N.9; Müller (n 10) N.32. Farklı görüş için bkz. Koller (n 22) 7.

117 Bu düşünce, hâkim görüşe uygundur. Bu yönde örneğin Honsell (n 5) N.9; Müller (n 10) N.33 ff.; Honsell (n 12) 127 ff.; Huwiler (n 12) 159 ff.

118 Lüchinger (n 4) N.369. Ayrıca karşı. Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.416.

119 Lüchinger (n 4) N.371.

120 Örneğin Müller-Chen (n 16) N.13; Venturi and Zen-Ruffinen (n 107) N.12; Ginter (n 1) 57 not: 250; Huguenin (n 91) N.2677.

121 Örneğin Honsell (n 5) Art. 208 OR N.9; Koller (n 8) § 4 N.194; Koller (n 22) 7 ff.

122 Bkz. *Gauch* (n 13) N.1869 ff.

123 *Gauch* (n 13) N.1874.

sorumluluğu kapsamında talep edilebilir. Terminoloji bakımından belirsizlik yaratmamak için elimden geldiğince bu kavramı kullanmaktan kaçınacağım<sup>124</sup>.

### c. Doğrudan Zararın Somutlaştırılması

Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulması, tasfiyesi ve ters yüz edilmesiyle bağlantılı zararlar İBK m.208/2 hükmündeki sorumluluğun kapsamına girer. Aşağıda, bu zararların neler olduğu açıklığa kavuşturulacaktır.

Sistematiik yorum sonucunda, yargılama masrafları ve diğer giderlerin doğrudan zararın bir kısmını teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>125</sup>. Diğer giderler, kimse zorunlu tutmadığı hâlde iradî olarak satılan için yapılan harcamalardır<sup>126</sup>. Sigorta masrafları, hayvanların beslenmesi için yapılan harcamalar, depo giderleri<sup>127</sup> vs. gibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi hâlinde de yapılması gerekecek<sup>128</sup> harcamalar bunlara örnek gösterilebilir. Fakat diğer yandan, kanaatimce, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğinde ortaya çıkan giderler de bu duruma örnektir<sup>129</sup>. Hasta bir hayvanın teslim alınması hâlinde veterinerine ödenecek para vb. buna örnek verilebilir. Ayrıca, iyi niyetle yapılan tüm giderlerin iade edilebileceğinin söylenmesi gerekir<sup>130</sup>.

İBK m.208/2'ye göre, yargılama masraflarının da iadesi talep edilebilir. Yargılama masrafları, Federal Yüksek Mahkeme içtihadı uyarınca, alıcı ile alıcının ayıplı malı satıp devrettiği üçüncü kişi arasındaki yargılamayla ilgili masraflardır<sup>131</sup>. Mahkeme'ye göre bunun gerekçesi, dönüştürme hakkının kullanıldığı davanın, daha doğru bir ifadeyle alıcı ve satıcı arasındaki üçüncü kişinin taraf olmadığı davanın masraflarının Medeni Usul Kanunu hükümlerine göre paylaştırılmasıdır<sup>132</sup>. Bu içtihat, kanaatimce sorunludur. Zira alıcı ile alıcının ayıplı satılanı satıp devrettiği üçüncü kişi arasındaki tekeffül yargılamasının masraflarının alıcı ve satıcı arasındaki satış sözleşmesinin dönüştürülmesiyle

124 “Ayıp zararı” ve “ayıbı takip eden zarar” kavramlarına yönelik eleştiriler için bkz Ernst (n 83) N.20.

125 Bkz. III/A/2.

126 Müller (n 10) N.14; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I* (3 edn, 1979 (Nachdruck 1984)) 199.

127 Karş. Furrer (n 10) 68; Keller and Siehr (n 6) 90; Schubiger (n 4) 67, 68; Schönle and Higi (n 8) N.58.

128 Karş. Lüchinger (n 4) N.173 ff.

129 Karş. Lüchinger (n 4) N.171 ff. Öğretide, bazı yazarlar onarım masraflarını da iade edilmesi gereken harcamalarla nedensellik ilişkisi içinde görmektir. [Keller and Siehr (n 6) 91; Zellweger-Gutknecht (n 3) N.583]. Ayrıca bu düşünceyi savunan yazarlar, sorumluluğun kapsamının sadece alıcının zaten yapacağı olağan onarımdan mı ibaret olduğu, yoksa satılanın ayıplı olmasından doğan onarım masraflarının da mı buraya sokulması gerektiği konusuna açıklık getirmemiştir. Kanaatimce, ayıp sebebiyle yapılan bazı onarım masrafları da BK m.208/2 kapsamında değerlendirilebilir. Fakat Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesi hükümlerinde alıcı için onarım talebinde bulunma imkânı öngörülmediğinden [örneğin Koller (n 8) § 4 N.125; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.446 ff.], onarım denemeleri için yapılan masrafların iadesinin kapsamı, onarım masraflarının nihai olarak satıcıya yükletilmesi yönünde genişletilemez. Kanaatimce, sadece ayıbın tespitiyle bağlantılı harcamaların iadesi talep edilebilir. Örneğin bir makinenin arızalanması hâlinde ayıbın sebebi tespit edilinceye kadar tahakkuk eden mühendis masrafları buna örnek olarak düşünülebilir.

130 Müller-Chen (n 16) N.8; Müller (n 10) N.14; Schönle and Higi (n 8) N.59. Farklı görüş için bkz. Honsell (n 5) N.2.

131 BGE 79 II 376 E. 5, 381 ff.

132 Müller (n 10) N.13. Karş. BGE 79 II 376 E. 5, 382.

ilgi yoktur. Bilakis, alıcı satılanı tekrar sattığı için bu masraflar yapılmıştır<sup>133</sup>. Burada savunulan fikre göre, bu zararlar tazmin edilemez. Zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için üstün hak sahibi üçüncü kişinin devreye girmesi aranır. Bu sebeple, zapta karşı tekeffül (İBK m.195/1, b.3) söz konusu olduğunda yargılama masraflarının iadesinin kusura bağlı olmaması mantıklıdır<sup>134</sup>. Ayıplı şeyin teslimi tarzındaki kötü ifadan farklı olarak zapta karşı tekeffül hükümlerinde aranan ilk şart, üçüncü kişinin üstün hak talebidir. Bu fark nedeniyle, dönüştürme hakkına bağlı olarak yargılama masraflarının iadesinin talep edilebilmesi, kanaatimce kötü ifa düzenine aykırıdır.<sup>135</sup> Bu noktada, İBK m.208/2'nin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini bir kez daha dile getirelim.

Yargılama masraflarının ve diğer giderlerin yanı sıra, satıcı "sair"<sup>136</sup> doğrudan zararları da tazmin etmek zorundadır. Sözleşmenin kurulması ve sona ermesi, daha doğrusu tasfiyesiyle bağlantılı olarak yapılan diğer harcamalar, sair doğrudan zarar niteliğindedir<sup>137</sup>. Öte yandan, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi, yapılması zorunlu olacak harcamalar ile ayıplı malın teslimi nedeniyle yapılması zorunlu olan harcamaları birbirinden ayırmak gerekir<sup>138</sup>. Noter masrafları gibi sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, navlun ve gümrük masrafları gibi satılanı devralmak için yapılan masraflar ve satış bedelini ödemek için kredi alan alıcının ödediği faiz örneğinde olduğu gibi alıcının kendi ediminin ifası amacıyla yaptığı masraflar, gereği gibi ifa kapsamında zaten zorunlu olacak harcama kalemlerine dâhildir<sup>139</sup>. Örneğin, ayıbın tespiti için yapılan masraflar veya iade edilemeyecekse ayıplı satılanın elden çıkarılmasına ilişkin masraflar, ayıplı malın teslimi nedeniyle yapılması zorunlu olan masraf kalemlerindedir<sup>140</sup>. Satılanın geri gönderilmesi için yapılacak nakliye masraflarına da satıcının katlanması gerekir<sup>141</sup>.

## 5. Özet: Papağan Davası'nın Çözümü

İlk olarak, alıcının bütünlük menfaatinin zedelenmesinden dolayı satıcının İBK m.208/2'ye göre kusuru olmaksızın sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesinin Papağan Davası'nda asıl önem arz eden husus olduğunu hatırlayalım. Federal Yüksek Mahkeme, mülga Kanun döneminde öğretide nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapılan ayırıma dayanarak bu soruya olumlu cevap vermişti<sup>142</sup>.

133 Ayrıca karşı. Fischer (n 16) 251.

134 Fischer (n 16) 249, 251. İsviçre Hukuku'nda hak ayıbı, bir tür zapt sorumluluğudur. Böyle olmasaydı, hiç ifa etmeme hâli olarak tasarlanan zapttan sorumlulukta kusur şartı aranırdı (bkz. Wolfgang Ernst, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 123 ff.).

135 Ayrıca karşı. Fischer (n 16) 249 ff.

136 Bunun gerekçesi olarak Sistematik Yorum (III/A/2) başlığı altında yazılanlar incelenebilir.

137 Ayrıca karşı. Coendet (n 22) 24.

138 Öğretide, tespit edilebildiği kadarıyla bu ayırım yapılmamıştır. Giderler için de aynısı söylenebilir. Bu ayırımın, kanaatimce, her yönüyle pratik önemi vardır. Zira bunun yapılmasıyla, olumlu ve olumsuz zarar kalemleri net biçimde sınıflandırılır. Karş. Lüchinger (n 4) N.170 ff.

139 Karş. Fischer (n 16) 290. Sözleşme kurmaya yönelik masraflar bakımından farklı görüş için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.583.

140 Karş. Keller and Siehr (n 6) s.90; Koller (n 22) 7.

141 Netice itibarıyla bu yönde BGE 109 II 26 E. 4a, 32.

142 Karş. BGE 133 III 257 E. 2.5.2, s.268 ff., E. 2.5.4, 271.

Aşağıda detaylandıracağım gerekçelere dayanarak farklı karar verilmesi gerekirdi diye düşünüyorum: Norm tarihsel yorum yöntemiyle incelendiğinde, “doğrudan doğrualık” kavramının mülga Kanun’dan mer’i Kanun’un tekeffül hükümlerine –kanun koyucu bu konuda herhangi bir gerekçe ileri sürmeden– dâhil edilmesinin redaksiyon hatasının sonucu olduğu anlaşılmaktadır<sup>143</sup>. Bu yüzden, bunun bir tercihten ibaret olduğu ve kanun koyucunun önceki dönemde nedensellik zincirinin uzunluğuna göre yapılan sınıflandırmaya bağlı kalma yönündeki iradesine uygun düştüğü iddiası, hiçbir şekilde kabul göremez<sup>144</sup>. Dolayısıyla, tarihsel yorum burada işe yaramaz. Bunun yerine, hukukî meseleyi somut çözüme kavuşturmak için teleolojik ve sistematik yorum yapılmalıdır. Satıcının sebep sorumluluğu garanti sorumluluğun tekeffül hükümlerindeki yansması olduğundan hukukî işleme konu olmayan hukukî değerlerin korunmasına hizmet eden bütünlük menfaatinin zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan zararlar sebep sorumluluğu kapsamında tazmin edilemez<sup>145</sup>. Kanun’un sistematığıne bakıldığında, ulaşılan bu sonucun tutarlı olduğu görülmektedir. Ayrıca yargılama masraflarıyla diğer giderleri de bünyesinde barındıran doğrudan zarar, satılanla, daha doğrusu sözleşmenin ters yüz edilmesiyle yakın ilişki içindedir<sup>146</sup>.

## 6. Zararın Türü

Sebepl sorumluluğunun kapsamını tespit ettikten sonra, sıra –İBK m.208/2’deki sorumluluk bakımından– tazminatın hangi menfaat gözetilerek hesaplanacağını belirlenmesine gelir. Buradaki mesele, hesap yaparken olumlu menfaatin mi yoksa olumsuz menfaatin mi dikkate alınacağından ibarettir<sup>147</sup>.

## A. HÂKİM GÖRÜŞÜ

Öğretideki hâkim görüş, İBK m.208/2’nin sadece olumsuz menfaat kapsamındaki zarar kalemlerini kapsadığını kabul etmektedir<sup>148</sup>. Bu görüşün gerekçesi, diğerlerinin yanı sıra, doğrudan zarar ile yargılama masrafları ve diğer giderler arasındaki sistematik bağlantıdır. Yargılama masrafları ve diğer giderler olumsuz zarar kalemi olduğundan, aynıının doğrudan zarar için de geçerli olması gerekir<sup>149</sup>.

143 Bkz. III/A/3/c.

144 Farklı görüş için bkz. BGE 133 III 257 E. 2.5.2, 268 ff.

145 Bkz. III/A/4/b.

146 Karş. III/A/2.

147 Borca aykırılıktan doğan zararın hesaplanması hakkında bkz. Max Keller, *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse* (1948) 258 ff., 18 ff.

148 Giger (n 8) N.35 ve Art. 195 OR, N.34; Bucher (n 8) 105; Engel (n 8) 43; Keller and Siehr (n 6) 90; Koller (n 8) § 4 N.194; Koller (n 22) 4 ff.; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.414 ff.; Schubiger (n 4) 76 ff.; Oser and Schönenberger (n 8) N.5. Karş. Schönle and Higi (n 8) N.76.

149 Koller (n 22) 4.

## B. AZINLIK GÖRÜŞÜ

Öğretide kimi yazarlar hâkim görüşü eleştirmektedir<sup>150</sup>. Örneğin *Fischer*'in tenkiti şu şekildedir: “Masraf, gider vb. kalemlere ilişkin kanundan doğan iade talebiyle hiçbir şey elde edilemez: Bu talepte hem sözleşme hiç kurulmasaydı meydana gelmeyecek zararlar hem de sözleşme gereği gibi ifa edilseydi uğranılmayacak zararlar yer almaktadır.”<sup>151</sup>

## C. ŞAHSİ KANAATİM

Hâkim görüşe katılmıyorum. Ben, daha ziyade, somut olarak tazmin edilmesi gereken zararın miktarının alıcının tercihine bağlı olarak ya olumsuz ya da olumlu menfaate göre belirlenmesi taraftarıyım<sup>152</sup>. Ancak elbette –olumlu ya da olumsuz– zararın tamamı asla tazmin edilmez. Tazminat, bilakis, daima İBK m.208/2'deki zararlar sınırlıdır<sup>153</sup>.

Hâkim görüşü savunan yazarlar İBK m.208/2'de yer alan yargılama masraflarıyla diğer giderlerin sadece olumsuz zarar kalemi olduğunu kabul ederken bu zarar kalemlerinin menfaatler arasında yapılan sınıflandırmaya aykırı olduğu konusunda yanılmaktadır. Bunun iki sebebi var: Bir yandan, şeye ilişkin giderler, örneğin satın alınan hayvanı beslemek için yapılanlar gibi sözleşme gereği gibi ifa edilseydi de yine muhakkak yapılması gereken işlemlerle ilgili olabilir<sup>154</sup>. Diğer yandan, giderler satılan ayıplı olduğu için yapılmış da olabilir<sup>155</sup>. Kanaatimce, satın alınan hayvanın hasarın intikali sırasında hâlihazırda enfekte olduğu bir hastalık patlak verirse, ortaya çıkacak veteriner masrafları da bu bağlamda dikkate alınabilir. Bu kalemlerin ilki sadece olumsuz zarar kapsamında tazmin edilebilir. Ancak ikincisi için aynısı söylenemez.

Ayıbın tespiti için yapılan ve satıcının kusurdan bağımsız olarak iade etmesi gereken masraflar bakımından da benzeri düşünülebilir<sup>156</sup>. Ayıbın tespiti için –özellikle satılanın devralınmasından bir müddet sonra ortaya çıkan gizli ayıp söz konusu olduğunda– tahakkuk eden masraflar İBK m.201'deki olağan gözden geçirme masraflarıyla örtüşmez<sup>157</sup>. Dolayısıyla, ayıbı tespit masrafları da olumsuz zarara dâhil edilemez. Daha doğru ifadeyle, bu masrafların çıkmasının nedeni, satılanın ayıplı olmasıdır. O hâlde, sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı ortaya böyle masraf çıkmayacaktı diyebildiğimiz için bunları ifa menfaati kapsamında olumlu zarar kalemi olarak kabul etmek gerekir<sup>158</sup>.

150 Fischer (n 16) 174 ff. Ayrıca karş. Yeşim M. Atamer and Mirjam Eggen, ‘Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht’ (2017) 153 ZBJV 733.

151 Fischer (n 16) 174.

152 Farklı görüş için bkz. Fischer (n 16) 296 ff. Yazar, BK m.208/2'nin sadece olumlu zarar kalemlerini kapsadığını kabul etmektedir.

153 Dönüştürme kapsamında ifa menfaatinin talep edilip edilemeyeceği meselesi için bkz. IV/B/2, IV/B/4.

154 Koller (n 22) 6. Ayrıca karş. Lüchinger (n 4) N.173 ff.

155 Ayrıca karş. Lüchinger (n 4) N.171 ff.

156 Fischer (n 16) 290; Keller and Siehr (n 6) 90; Koller (n 22) 7.

157 Karş. Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (2015) N.667 ff.

158 Açıkça farklı görüşte: Keller and Siehr (n 6) 90; Koller (n 22) 4 ve 7.

Kanaatimce, yargılama masrafları (İBK m.208/2) için de aynısı söylenebilir. Alıcı ve alıcının satılanı tekrar satıp devrettiği üçüncü kişi arasındaki (ayıba karşı tekeffül sorumluluğu konusundaki) yargılamaya ilişkin masrafların olumsuz zarar kapsamında ele alınmasının sebebi anlaşılılmamaktadır<sup>159</sup>. Alıcı, en nihayetinde satılanı satış sözleşmesinin yürürlükte kalacağına güvenerek bir başkasına devretmemiştir. Alıcının güveni satış sözleşmesinin ayakta kalacağına değil, gereği gibi ifasına yöneliktir. Çünkü, yeniden satılacağına bedeli belirlenirken satılanın niteliği önemli olur<sup>160</sup>. Şayet satıcı teslim ettiği şey ayıpsız olsaydı, alıcı ve alıcının bunu tekrar satıp devrettiği üçüncü kişi arasında tekeffül yargılamasına mahal verilmeyecek ve dolayısıyla yargılama masraflarından da bahsedilmeyecekti.

Yukarıda verilen örnekler, İBK m.208/2 hükmünde hem olumsuz hem olumlu zarar kalemlerine yer verildiğini kanaatimce net biçimde ortaya koymaktadır. Mülga Kanun'da olumlu ve olumsuz zarar arasında teorik ayırım yapılmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bunun böyle olduğu anlaşılmaktadır<sup>161</sup>. Mülga İBK m.253'ün neredeyse dokunulmadan 1911 tarihli Borçlar Kanunu'na alınması (İBK m.208) nedeniyle, değişen teoriye uyum sağlanmamıştır<sup>162</sup>. Olumlu ve olumsuz zarar birlikte talep edilemediğinden, bunlara özgü zarar kalemleri aynı hükümde birbirine karışacak şekilde düzenlenemez<sup>163</sup>. Münferit zarar kaleminin kapsamına bağlı olarak hangi menfaatin karşılanmasının kendisi için daha uygun olacağına karar verme işi, alıcıya bırakılmalıdır.

## IV. SATICININ KUSUR SORUMLULUĞU (İBK M.208/3)

### A. GENEL ESASLAR

İBK m.208/3 uyarınca, satıcı kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe diğer zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu sorumluluğun kaynağı, sözleşmenin kusurlu ihlalidir. Ayrıca, bu kusur sorumluluğu –İBK m.208/2'den farklı olarak– kapsam bakımından sınırlamaya tâbi değildir. Aksine, doğacak zararın tamamı tazmin edilebilir<sup>164</sup>. Alıcının bütünlük menfaatinin zedelenmesi sonucunda ortaya çıkacak zararın<sup>165</sup> yanı sıra, mahrum kalınan kazanç ve alıcının üçüncü kişiye karşı sorumlu olması nedeniyle uğradığı zararlar (sorumluluk zararı) da İBK m.208/3 kapsamında talep edilebilir<sup>166</sup>.

159 Karş. Fischer (n 16) 251, 271 not: 1427. Farklı görüş için bkz. Koller (n 22) 4.

160 Ayrıca karş. Stöckli (n 13) N.51.

161 Karş. François Gilliard, 'La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral' in Hans Peter, Emil W. Stark and Pierre Tercier (eds), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift* (1982) 125. Gilliard'ın düşüncesinin aksine, olumsuz zarar mülga Borçlar Kanunu çıkarılmadan önce de biliniyordu. Fakat sözleşme menfaati meselesi, ilk kez 20. yüzyılın başlarında teorik tartışmalara konu oldu. (BBl 1880 I, s.187).

162 Karş. III/A/3/c. Ayrıca karş. Keller and Siehr (n 6) 62.

163 Koller (n 27) N.415; Lüchinger (n 4) N.215 ff.

164 Örneğin karş. Coendet (n 22) 24, 25; Fischer (n 16) 256 ff.; Huwiler (n 87) 8.

165 Dn: 12'ye bakınız.

166 Dn: 115 ve 116'ya bakınız.



## B. SÖZLEŞME MENFAATİNİN BELİRLENMESİ

### 1. Sorun

Dönüştürme hakkı, hâlihazırda ifa edilmiş edimlerin satış sözleşmesi tasfiye edilirken iadesini gerektirir (İBK m.208/1, 2). Alıcının buna yönelik iradesini açıklamasıyla, dönüştürme hakkının sözleşmeyi sona erdiren etkisi devreye girer. Kanaatimce isabetli olan hâkim görüş uyarınca alıcının dönüştürme iradesini dışa vurmak suretiyle yaptığı, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır<sup>167</sup>. Satıcıya mehil verilmesi, ifa engellerine ilişkin genel hükümlerde düzenlenen dönme hakkından (İBK m.109) farklı olarak dönüştürme hakkını kullanmanın ön şartı değildir. Burada, alıcının tekeffül hükümlerindeki konumunun genel hükümlerdeki hukukî imkânlar göz önünde bulundurulduğunda buna nazaran daha iyi olduğu görülmektedir<sup>168</sup>. Öte yandan, dönüştürme hakkı, etkileri bakımından İBK m.109'daki dönme hakkıyla uyum içindedir<sup>169</sup>. Bu nedenle, Alman Medeni Kanunu'nun satıcının tekeffül sorumluluğunu düzenleyen hükümlerinde artık "dönüştürme" kavramı yerine Kanun'un geneliyle yeknesak olacak biçimde "dönme" kavramı (Alman Medeni Kanunu § 437, b.2, § 440, § 323, § 326/5) kullanılmaktadır<sup>170</sup>.

Dönme kapsamında, alacaklı İBK m.109/2 uyarınca yalnızca sözleşmenin ortadan kaldırılması nedeniyle meydana gelen zararı talep edebilir. 1911 tarihli Borçlar Kanunu'nun revizyonundan beri, Federal Yüksek Mahkeme<sup>171</sup>, dönmeyle birlikte olumlu zararın tazmininin talep edilemeyeceği kanaatindedir. Öğretideki hâkim görüş<sup>172</sup> de bu yöndedir. İBK m.208/3 hükmünden tazminatın hangi menfaat esas alınarak hesaplanacağı anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, öğretide, dönüştürmeyle beraber ifa menfaatinin karşılanmasının talep edilip edilemeyeceği hususunda fikir birliği sağlanamamıştır<sup>173</sup>. Aşağıda, bu hukukî sorun incelenecektir. Bu noktada, İBK m.280/2 bakımından da aynı sorunla karşılaşıldığı belirtilmelidir. Zira burada savunulan görüş uyarınca, sebep sorumluluğu hem olumsuz hem de olumlu zarar kalemlerini kapsar<sup>174</sup>. Öğretideki bu görüş ayrılığının bilhassa İBK m.208/3'le ilgili pratik sonuçları olduğundan dolayı, bu meseleyi bu başlık altında ele alacağım.

167 Örneğin Bähler (n 102) 111 ff.; Bucher (n 8) 100; Cavin (n 8) 96 ff.; Müller-Chen (n 16) Art. 205 OR N.3; Engel (n 8) 41; Furrer (n 10) 67; Ginter (n 1) 65; Koller (n 8) § 4 N.124; Schubiger (n 4) 63. Bununla birlikte kurulan anlaşma olduğu yönündeki farklı görüş için bkz. örneğin Keller and Siehr (n 6) 88; Oser and Schönenberger (n 8) Art. 205 OR N.5; Schönle and Higi (n 8) Art. 197 OR N.12.

168 Fischer (n 16) 228 ff.

169 Örneğin Honsell (n 5) N.3; Engel (n 8) 42; Furrer (n 10) 67; Ginter (n 1) 56; Schubiger (n 4) 63.

170 Dönüştürme müessesesi, Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu sırasında dönme hakkının içinde eritilmiştir (bkz. Ernst (n 83) N.23).

171 Esas içtihat için bkz. BGE 61 II 255 E. 2, 236. Bu yöndeki sonraki içtihat için bkz. örneğin BGE 123 III 16 E. 4b, s.22.

172 Wiegand (n 5) N.8; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2808; HK-Giger (n 8) Art. 109 OR, N.6 ff.; Huguenin (n 91) N.963; Kostkiewicz (n 8) Art. 109 OR N.4. Farklı görüş için bkz. Rolf H. Weber, 'Art. 109 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Obligationenrecht, 1 Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5 Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art 97-109 OR* (2000) N.24; Schwenzler (n 5) N.66.34. Diğer atıflarla birlikte Elisabeth Glättli, *Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung* (1998)136 ff.

173 İfa menfaatinin talep edilebileceğini savunan yazarlar için dn: 175'e, aksi görüşü savunan yazarlar için dn: 187'ye bakınız.

174 Bkz. III/B/3.

## 2. Hâkim Görüş

İsviçre'deki hâkim görüşü, İBK m.208/3'e göre alıcının ifa menfaatinin tamamının karşılanması gerektiği yönündedir<sup>175</sup>. Bazı yazarlar bu görüşü hiç gerekçelendirmezken,<sup>176</sup> bazıları ise bu görüşü şuna dayandırmaktadır: “3. fıkraya göre tekeffül sorumluluğunun hukukî sebebi ‘sözleşmenin ortadan kalkması’ değil, aksine sözleşmenin ihlalidir (kötü ifa) ve bu yüzden dönüştürülmüş ifa talebi olarak anlaşılmalıdır.”<sup>177</sup>

Nihayet birkaç yazar, alıcıya olumlu zararın tamamı veya olumsuz zararın tamamı arasında seçim yapma imkânı tanıyarak “orta yol” bulmaktadır<sup>178</sup>. Bu seçim hakkının teorik altyapısını, tespit edebildiğim kadarıyla, yalnızca *Zellweger-Gutknecht* detaylı biçimde ele almıştır<sup>179</sup>. *Zellweger-Gutknecht*'e göre, seçim hakkı özünde iki aşamalı bir yenilik doğuran haktır<sup>180</sup>. Yazar, süresi içinde yapılan ayıp ihbarıyla birlikte satış sözleşmesinin ex nunc dönüştürüleceği kanaatindedir<sup>181</sup>. Zira alıcı, bunu yaptığında ayıbı ihbar ederek aslı edimden vazgeçtiğini bildirmiş olur<sup>182</sup>. Bunun ardından alıcı, ikinci hakkı kullanarak –diğer ifadeyle dönüştürmeyle birlikte olumsuz veya olumlu zararın<sup>183</sup> tazminine veya bedel indirimine yönelik iradesini açıklayarak– satış sözleşmesini tasfiye ilişkisine veya talî ifa<sup>ç.n.+++</sup> ilişkisine dönüştürür.<sup>184</sup> *Zellweger-Gutknecht*'in gerekçeleri, iki kabule dayanmaktadır: *Zellweger-Gutknecht*, dönüştürmenin satış sözleşmesinin tasfiyesine yol açmayacağını varsayar<sup>185</sup> ve dönmeye birlikte olumlu zararın talep edilmesini reddeder<sup>186</sup>. Bu kabulleri, düşüncemi ortaya koyarken ayrıntılı biçimde inceleyeceğim.

175 Giger (n 8) N.45; Bucher (n 8) 105; Cavin (n 8) 101 ff.; Coendet (n 22) 24 ff.; Engel (n 8) 43; Fischer (n 16) 296 ff.; Müller (n 10) N.31; Huwiler (n 87) 8; Keller and Siehr (n 6) 91; Kostkiewicz (n 8) N.5; Schwenzer (n 5) N.66.34; Oser and Schönerberger (n 8) N.6 ve *Art. 195 OR* N.8.

176 Bucher (n 8) 105; Kostkiewicz (n 8) N.5.

177 Müller (n 10) N.31. Karş. Giger (n 8) N.45; Coendet (n 22) 24; Huwiler (n 87) 8. Gerekçelendirmeye yönelik diğer girişimler için bkz. Cavin (n 8) 101 ff.; Engel (n 8) 43; Keller and Siehr (n 6) 91.

178 Bähler (n 102) 134; Koller (n 8) § 4 N.198; Zellweger-Gutknecht (n 3) N.541, 559.

179 Detaylar için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.541 ff.

180 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.554 ff.

181 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.548, 555.

182 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.548.

183 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.556, 590.

ç.n.+++ (Çevirenin Notu) Metinde geçen “Nacherfüllung” kavramı, daha önce başka tercihlerin yanı sıra “talî ifa”, “talî aynen ifa” şeklinde tercüme edilmiştir. Örneğin sırasıyla bkz. Yeşim M. Atamer, ‘Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?’ (2013) 8 Prof Dr Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 487-509; Michael Jaensch, ‘Alman Hukukunda Tali İfadan Kaçınılması Halinde Tazminat’ (2013) Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü (Çev. Kerem Öz) 191-202; Yeşim M. Atamer and Zahide Altunbaş Sancak, ‘Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?’, *Prof Dr Türkan Rado Anısına Armağa* (2020); Ece Baş, ‘Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu’ (2013) 8 Prof Dr Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 623-655. Bu çalışmada, cümle yapısı izin verdiği ölçüde “talî ifa”, “aynen ifanın sonradan sağlanacağı talî ifa”, “aynen ifanı sonradan sağlanması” gibi ifadeler kullanmayı tercih ettik

184 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.550 ff., 556.

185 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.541, 552.

186 Zellweger-Gutknecht (n 3) N.483.

### 3. Azınlıktaki Görüş

Hâkim görüşün taraftarları, satıcının kusurlu olması hâlinde alıcının ifa menfaatinin tamamına kavuşabileceği öngörmektedir. Buna karşın, azınlıkta kalan görüşün taraftarları, alıcının İBK m.208/3'e göre sadece olumsuz zararının tamamının tazminini talep edebileceğini kabul etmektedir<sup>187</sup>. Örneğin, *Gauch* bunu şu şekilde ifade etmektedir: “Olumlu (ifa) menfaat[inin] karşılanmasına yönelik talep, (tıpkı İBK m.109'daki dönme gibi) sözleşmeyle bağlı kalmamayı hedefleyen dönüştürmeyle uyuşmaz.”<sup>188</sup>

### 4. Şahsî Fikrim

Yukarıda bahsi geçen ve alıcıya olumlu veya olumsuz zararın tamamının tazmini hususunda seçim hakkı tanıyan “orta yol”, benim nazarımda da kabul görmektedir. Fakat bunun teorik gerekçesi hukukî açıdan yeterli değildir. Dönüştürmenin satış sözleşmesinin muhakkak tasfiyesine yol açmayacağını kabul eden görüş<sup>189</sup>, bence iki sebepten ötürü benimsenemez.

– İlk olarak, dönüştürme, tabiatıyla çelişen talî ifa fikrine dayandırılmaktadır. Zira dönüştürme, hukukî sonuçları bakımından İBK m.109'daki dönmeyle örtüşmektedir<sup>190</sup>. Buna *Zellweger-Gutknecht*'in de itirazı yoktur<sup>191</sup>. Fakat *Zellweger-Gutknecht*, dönmenin kendiliğinden sözleşmenin tasfiyesine yol açtığını kabul etmektedir<sup>192</sup>. Dönüştürmeye açıkça farklı sonuç bağlaması, bu nedenle bana çelişkili geldi. Ayrıca, talî ifa fikrinin kabulü, İBK m.208/2'de satış bedelinin faiziyle beraber geri verilmesine –diğer deyişle alıcının ifa engelenen etkilenmeyen karşı ediminin iadesine– ilişkin hükme de aykırıdır. *Zellweger-Gutknecht*'e göre, alacaklı her ne kadar aynen ifanın sonradan sağlandığı belirli hâllerde kendi ediminin iadesini talep edebilse de bu istisnadır. Alacaklı, ifa görüşüne uygun düşecek biçimde, prensip itibarıyla, kendi edimini yerine getirmekle yükümlüdür<sup>193</sup>.

– İkinci olarak, alıcının seçim hakkı iki aşamalı yenilik doğuran hakla izah edilemez. Zira bu argüman borçlu temerrüdü hükümlerine (İBK m.107 vd.) göre oluşturulduğundan<sup>194</sup> tekeffül hükümleri bakımından aynı şekilde benimsenemez. Yenilik doğuran hakkın ilk aşaması, ayıp ihbarıyla (İBK m.201) –aslı edimi teklif edilen içerikle kabul etmek istemediğine ilişkin beyan– tamamlanır<sup>195</sup>. Burada savunulan görüş uyarınca, böyle yapılarak yenilik doğuran hak kavramı oldukça esnetilmektedir. Zira yenilik doğuran hak sahibi,

187 Furrer (n 10) 68; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.416; Stöckli (n 13) N.550; Schönle and Higi (n 8) N.88. Eser sözleşmesine ilişkin hükümler hakkındaki açıklamalar için bkz. *Gauch* (n 13) N.1875.

188 *Gauch* (n 13) N.1875.

189 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.541, 552.

190 Dn: 169'a bakınız.

191 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.438.

192 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.448.

193 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.513 ff.

194 Karş. *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.445 ff., 530.

195 *Zellweger-Gutknecht* (n 3) N.548.

tek taraflı irade beyanıyla kurucu, değiştirici veya bozucu olmak kaydıyla muhatap aleyhine hukukî sonuç doğmasını sağlar<sup>196</sup>. Alacaklının asli edimden vazgeçmesinden (İBK m.107/2) farklı olarak alıcının süresi içinde yaptığı ayıp ihbarı hukukî ilişkide değişiklik yaratmaz. Yalnızca, muhataba satılanın ayıplı olduğu haberi verilir<sup>197</sup>. *Zellweger-Gutknecht*'e göre, yenilik doğuran hakkın ikinci katmanı, dönüştürmenin seçilmesi değil, olumlu veya olumsuz sözleşme menfaatinin karşılanmasının talep edilmesine ilişkin beyandır. Çünkü sözleşme menfaatleri arasında yapılacak tercihle sözleşmenin tasfiye ilişkisine mi yoksa aynen ifanın sonradan sağlanacağı talî ifa ilişkisine mi dönüştürüleceğine karar verilir<sup>198</sup>. Sözleşme menfaatleri arasına yapılacak tercihte yenilik doğuran beyan görülemeyeceği ifadesine itiraz edilmesi gerekir. Çünkü alıcı, bu tercihle beraber sadece zararın nasıl hesaplanacağını belirler<sup>199</sup>. Dönüştürme beyanı sözleşmeyi tasfiye ilişkisine çevirdiğinden ötürü bu tercih, kanaatimce sözleşmenin akıbetinde değişiklik yapmaz<sup>200</sup>.

Bu yüzden, dönüştürme hakkının iki katmanlı yenilik doğuran hak olduğu düşüncesi, İBK m.208/3 çerçevesinde seçim hakkının gerekçelendirilmesi için tasarlanan, fakat çok da sağlıklı görünmeyen bir kabuldür. Bu kabul benimsenince de her şeyden önce dönmeyle birlikte olumlu zararın talep edilemeyeceğini öngören sabit fikrin tartışmaya açılmasından kaçınılmaktadır<sup>201</sup>. Fakat bence, bu tartışmayı tam da burada başlatmak lazım:

– Dönmeyle birlikte olumlu zararın talep edilemeyeceğini öngören sabit fikrin, tarihsel sürece bakıldığında İsviçre Hukuku'nda her zaman kabul gördüğü söylenemez<sup>202</sup>. Örneğin, mülga Borçlar Kanunu'nun genel hükümler bölümünde yer alan borçlu temerrüdüne ilişkin kurallarda alacaklıya yalnızca iki seçenek öngörülmüştür<sup>203</sup>: Ya ifada ısrar edebilir (mülga İBK m.121) ya da sözleşmeden dönüp tam tazminat talep edebilir (mülga İBK m.122–125). Burada geçen *zararın tamamının* tazminine yönelik talep, günümüzün anlayışına göre olumlu zarar olarak tasnif edilebilecek zarar kalemlerini de kapsar<sup>204</sup>. Yirminci asrın başında, dönme ve tazminatın birbirinin alternatifi olduğunu açık biçimde kabul eden Alman Medeni Kanunu'nun<sup>205</sup> etkisiyle dönme konusundaki teorik anlayış değişti<sup>206</sup>. Alman Medeni Kanunu'nu kalem alanların düşüncesi, dönmenin sözleşmeyi extunc ortadan kaldırdığı ve bu nedenle sözleşmeye dayanan tazminat talebine yer olmadığı

196 Diğer atıflarla birlikte von Tuhr and Peter (n 126) s.23 ff.

197 Ayrıca karş. Honsell (n 5) Art. 201 OR N.1; von Tuhr and Peter (n 126) s.24.

198 Tamamı için bkz. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.590 ff.

199 Glättli (n 172) 24; Lüchinger (n 4) N.103.

200 Bkz. IV/B/4'ün altında dn: 190'ın bağlı olduğu metin.

201 Karş. Zellweger-Gutknecht (n 3) N.483, 541.

202 Atamer and Eggen (n 150) 750; Glättli (n 172) 131 ff. Bugünkü düzenlemenin tarihsel gelişimi hakkındaki detaylar için bkz. Felix R. Ehrat, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR* (1990) N.92 ff.; Glättli (n 172) 116 ff.

203 Glättli (n 172) 133. Karş. Atamer and Eggen (n 150) 751.

204 Karş. BGE 26 II 133. Atamer and Eggen (n 150) 751; Glättli (n 172) 133 ff.

205 Karş. Alman Medeni Kanunu (mülga) § 325 ve 326.

206 Karş. Atamer and Eggen (n 150) 751; Glättli (n 172) 136.

yönündeydi<sup>207</sup>. Bu görüş, İsviçre Hukuku'nda da karşılık buldu. Böylece, 1911 tarihli Borçlar Kanunu'nun revizyonu sırasında borçlu temerrüdü hükümlerinde alacaklı için üçlü seçim imkânı öngörüldü (İBK m.107/2)<sup>208</sup>. Alacaklının tazminat talebi, dönme hakkı kullanıldığında –Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak– olumsuz zararlarla sınırlandırıldı<sup>209</sup>. Fakat, o dönemde dönmenin nasıl anlamlandırıldığı göz önünde bulundurulduğunda bu çözümün çelişkiler barındırdığına şüphe yoktur. Dönmenin sözleşmeyi ex tunc ortadan kaldırmasına rağmen, o dönemki kanun koyucunun tercihi uyarınca, olumsuz zararlarla sınırlı tazminat talebi –bugün olduğu gibi– sözleşmeye dayanan bir talep olarak tasnif edildi<sup>210</sup>.

İBK m.208/3'e göre tazmin edilecek zararın türüne bağlı olarak burada önem arz eden mesele bakımından, 1908 tarihinde görev yapan Hazırlık Komisyonu'nda komisyon üyesi Oser'e göre satıcının kusurlu olması hâlinde ayrıca olumlu zararı tazmin etmesi gerektiğinin de belirtilmesi gerekir<sup>211</sup>. Elimizdeki eserlerde, İBK m.109 uyarınca dönme ve İBK m.208 uyarınca dönüştürme arasında ortaya çıkan sistematik çelişki tespit edebildiğimiz kadarıyla incelenmemiştir.

– Kanaatimce, değişen dönme paradigması hesaba katıldığında dönme ve olumlu zararın birlikte istenemeyeceğini öngören sabit fikrin gerekçeden yoksun olduğu görülmektedir<sup>212</sup>. Dönmenin ex tunc bozucu etki doğurduğu yönündeki görüş, son zamanlarda öğretilerdeki yerini sözleşmeye dayanan ex nunc tasfiye ilişkisine bıraktı<sup>213</sup>. Dönüştürme bakımından da “dönüştürmenin hâlihazırda ifa edilen satış sözleşmesini ileriye etkili olacak şekilde borçlar hukuku kurallarına tâbi tasfiye ilişkisine çevirdiği (Dönüştürme Teorisi)”<sup>214</sup> yönündeki kabulün, öğretilerde baskın hâle geldiği söylenebilir<sup>215</sup>. Federal Yüksek Mahkeme,

207 Benno Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse* (1899) 116 (Anm. zu § 369 211); Glättli (n 172) 135.

208 Diğer atıflarla birlikte Glättli (n 172) 136 ff. Karş. Atamer and Eggen (n 150) 751 ff.

209 *Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), vom 1. Juni 1909, BBl 1909 III, 736.*

210 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Elisabeth Glättli, ‘Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt – eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen’ (1997) 93 SJZ 233 ff., 240. Karş. BGE 60 II 27 E. 6, 28 ff.

211 *Revision des Schweizerischen Obligationenrechts (1908–1909), Protokolle der Expertenkommission, Sitzungsprotokoll der 9. Sitzung vom 14.10.1908, 7.*

212 Ayrıntılı bilgi için bkz. Glättli (n 172) 162 ff.; Glättli (n 210) 240 ff. Mevcut hukukî duruma yönelik eleştiri için bkz. Atamer and Eggen (n 150) 755 ff.

213 Örneğin Weber (n 172) N.39 ff.; Wiegand (n 5) N.5; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2804 ff.; Giger (n 8) N.3; Kostkiewicz (n 8) Art 109 OR N.2. Farklı görüş için bkz. Ehrat (n 202) N.396 ff.

214 Müller (n 10) N.5.

215 Honsell (n 5) N.3; Bucher (n 8) 98; Müller-Chen (n 16) N.3; Honsell (n 12) ff.; Huguenin (n 91) N.2663 ff.; Kostkiewicz (n 8) N.2; Schmid, Stöckli and Krauskopf (n 13) N.393 ff.; Schwenzer (n 5) N.58.21; Tercier, Bieri and Carron (n 107) N.775.

bu görüşü hem borçlu temerrüdüne bağlanan dönme<sup>216</sup> hem de dönüştürme –en azından bir *obiter dictum*da<sup>217</sup>– bakımından benimsemiştir.

Alacaklının sözleşmeye dayalı tasfiye ilişkisinde olumsuz zarar tutarında tazminat talep edebileceği konusunda tartışma yoktur<sup>218</sup>. Fakat, kanaatimce, burada neden olumlu zarar istenemeyeceği anlaşılmamaktadır. Bence, olumlu zararın talep edilmesi için sözleşmenin gelecekte de ayakta kalması şart değildir<sup>219</sup>. Bu durumda, alıcının kendisine geri verilen ediminin (faiziyle birlikte satış bedeli), elde ettiği faydalar tutarında elbette olumlu zarardan mahsup edilmesi gerekir<sup>220</sup>. Bunun dışında, İBK m.208/3'ün lafzına bakıldığında, olumlu zarar buraya kolaylıkla dâhil edilebilir. Son olarak, Alman Borçlar Hukuku Reformu sırasında dönme ve tazminatın bir araya gelemeyeceğine ilişkin sabit fikrin terk edildiği belirtilmelidir<sup>221</sup>. Alm. MK § 325'e göre, dönme ve tazminat talebi artık aynı anda ileri sürülebilmektedir.

Yukarıda, İBK m.208/3'ün olumsuz veya olumlu zarar arasında alıcıya seçim hakkı tanıdığından bahsedildi. Bu seçme hakkının teorik dayanağı, değişen dönüştürme paradigmasına ve dönme ile olumlu zararın birbirinin sadece alternatifi olabileceğini öngören sabit fikrin terk edilmesine kadar uzanır.

### ***C. İBK M.208/2 HÜKMÜYLE İLİŞKİSİ***

Şimdiye kadar, satıcının hem sebep sorumluluğu hem de kusur sorumluluğu bakımından her birinin kapsamı ve zararın niteliği belirlendi. Artık burada her iki sorumluluğun birbiriyle ilişkisi açıklığa kavuşturulabilir. Bu tartışma, İBK m.208/3'ün lafzından çıkmaktadır. İBK m.208/3'teki “*diğer zarar*” kavramı, satıcının kusurlu olması hâlinde doğrudan zarara ek olarak bunun dışında kalan (*diğer*) zararın tazmin edilmesi gerektiğini anımsatmaktadır<sup>222</sup>. Bu, evvela, İBK m.208/2'deki zarar kalemlerin İBK m.208/3'tekilerle birlikte öngörülme-yen biçimde yığılmasına müsaade ederdi. Bu düşünce, zapta karşı tekeffül hükümlerindeki paralel normda daha açık biçimde vücut bulmaktadır. İBK m.195/2'nin lafzı uyarınca satıcı, “kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmediği sürece, diğer zararı *da* [bunu yazar italik yapmıştır] tazmin etmekle” yükümlüdür.

216 Esas içtihat için bkz. BGE 114 II 152 E. 2c.aa, 156 ff. Bu yöndeki sonraki içtihat için örneğin bkz. BGE 126 III 119 E. 3c, s.122.

217 BGer 4C.60/2002 vom 16. Mai 2002, E. 1.3.

218 Karş. Glättli (n 172) 164 ff. Ayrıca örneğin Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 4) N.2806 ff.; Kostkiewicz (n 8) Art. 109 OR N.2, 4.

219 Glättli (n 210) 241. Karş. Atamer and Eggen (n 150) 755 ff.; Bähler (n 102) 131; Glättli (n 172) 166 ff.

220 Bähler (n 102) 130; Glättli (n 210) 242.

221 Atamer and Eggen (n 150) 757 ff.

222 Karş. ayrıca Fischer (n 16) 268 ff.



Öğretide, bu mesele şimdiye kadar –tespit edilebildiği kadarıyla– detaylı olarak incelenmemiştir<sup>223</sup>. Birkaç yazar, doğrudan zarar ve diğer zarara ilişkin taleplerin yığılacağını varsaymaktadır<sup>224</sup>. Diğer yazarlar bu konuda net görüş bildirmemektedir<sup>225</sup>. Fakat teorik çelişkilerin önüne geçilmesi için bu meselenin derhâl çözülmesi icap eder. Çünkü olumlu ve olumsuz zararın hesaplanması, karşılıklı olarak birbirini dışlayan iki hipoteze dayanır<sup>226</sup>. Olumlu zarar hesaplanırken sözleşmenin tam ve doğru ifa edildiği varsayılır<sup>227</sup>. Buna karşın, olumsuz zarar hesaplanırken alıcının satıcıyla sözleşme ilişkisine hiç girmemiş olduğu hâl esas alınır<sup>228</sup>. İBK m.208/2 ve 3 arasında sözleşme menfaatlerine göre ayırım yapılmasını öngören görüşün taraftarları, İBK m.208/3'teki doğrudan zarar kalemlerinin tazmin edilebilir nitelikte olduğunu ileri sürerse,<sup>229</sup> bu her iki zararın izin verilmeyen tarzda birlikte talep edilmesine yol açar.

Eğer İBK m.208/2 ve 3'le ilgili olarak elinizdeki çalışmada geliştirilen teorik konsept benimsenirse, farklı bir tablo ortaya çıkar: Hem olumsuz zarar hem de olumlu zarar kalemleri, doğrudan zarar semsiyesi altında –bence– toplanabilir<sup>230</sup>. Bu nedenle, önemli olan, alıcının İBK m.208/3 çerçevesinde hangi zararın tazminini talep edeceği hususundaki tercihidir. Eğer olumlu zararın tazminini talep etmeyi tercih ederse, aynı anda sözleşme kurma masraflarının<sup>231</sup> iadesini isteyemez. Aksi takdirde, her iki zarar türünün birlikte talep edilmesi söz konusu olurdu. Fakat bu, teorik açıdan uygun görülmemektedir. Tam tersi olduğunda da aynısı geçerlidir. Eğer alıcı olumsuz zararın giderilmesini talep ederse, aynı anda örneğin ayıbın tespiti için yaptığı masrafların iadesini isteyemez. Ancak bu ifadenin doğru olması için, bu masrafların İBK m.201'deki muayene masraflarıyla örtüşmemesi gerekir<sup>232</sup>.

Özetle, doğrudan zararın ve diğer zararın tazminine yönelik taleplerin –İBK m.208/3'ün lafzına aykırı olarak– öngörülmeyen biçimde yığılacağını kabul edilmemesi gerektiği söylenmelidir. Daha ziyade, her iki menfaatin karşılıklı olarak birbirini dışladığına ilişkin sabit fikrin katı biçimde gözetilmesi gerekir.

## V. SONUÇ

Dürüst satıcının sorumluluğu, İBK m.208/2 uyarınca doğrudan zararlarla sınırlıdır. “Doğrudan doğrusal” kavramı, on yıllardan beri pek çok belirsizlikle ve ayırımı ilişkin güçlüklerle iç içedir. Kanun koyucu, bu belirsizlikler ve güçlükler nedeniyle normu revize etmelidir. Burada savunulan

223 “Doğrudan” ve “diğer” zararın yığılması sorununa yalnızca *Fischer* doğrudan değinmiştir (*Fischer* (n 16) 268 ff.).

224 *Bucher* (n 8) 103; *Müller-Chen* (n 16) N.14; *Keller and Siehr* (n 6) 91; *Koller* (n 8) § 4 N.198.

225 *Cavin* (n 8) 101 ff.; *Müller* (n 10) N.29, 31; *Honsell* (n 12) 125 ff.

226 *Koller* (n 27) N.415; *Lüchinger* (n 4) N.215 ff.

227 *Gauch, Schlupe and Emmenegger* (n 4) N.2898; *Koller* (n 27) N.415.

228 Örneğin *Gauch, Schlupe and Emmenegger* (n 4) N.2899; *Koller* (n 27) N.415.

229 Bu yönde örneğin *Bucher* (n 8) 103, 105; *Keller and Siehr* (n 6) 91.

230 Bkz. III/B/3.

231 Karş. III/A/4/c'nin altında dn: 137'nin bağlı olduğu metin.

232 Ayıbın tespiti için yapılan masraflar için bkz. III/B/3'ün altında dn: 156'nın bağlı olduğu metin.

görüş, sebep sorumluluğunun kapsamının alıcının sözleşmenin kurulması, tasfiyesi ve satış sözleşmesinin dönüştürülmesiyle bağlantılı olarak uğradığı zararlarla sınırlandırılması yönündedir. Alıcının bütünlük menfaatinin zedelenmesi neticesinde ortaya çıkan zararlar, sebep sorumluluğunun kapsamına girmez. Sorumluluğun kapsamının belirlenmesindeki sorunla hangi zararın tazmin edileceği sorununun birbirinden ayrılması gerekir. Doğrudan zarar, hem olumsuz hem de olumlu zarar kalemlerini kapsadığından alıcının tercihine göre ya olumlu sözleşme menfaati ya da olumsuz sözleşme menfaatine göre hesaplanabilir. Satıcının kusurlu olması hâlinde, İBK m.208/3'e göre, meydana gelen tüm zararın prensip olarak tazmin edilmesi gerekir. Bu hükümde öngörülen zarar, yine alıcının tercihine göre olumlu veya olumsuz menfaat esaslarına göre hesaplanabilir. Olumlu ve olumsuz zarar birlikte talep edilemeyeceğinden, burada yalnızca İBK m.208/3'e göre tercih edilen menfaate özgü doğrudan zarar kalemleri tazmin edilebilir.

## KAYNAKÇA

- Atamer YM and Eggen M, , Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht' (2017) 153 ZBJV.
- Bähler K, *Das Verhältnis von Sachgewährleistung – und allgemeinem Leistungsstörungenrecht* (2005).
- Bluntschli JC, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen* (1855).
- Bucher E, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3 edn, 1988).
- Cavin P, *Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse* (1977).
- Coendet T, 'Schadenszurechnung im Kaufrecht' (2008) recht.
- Ehret FR, *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR* (1990).
- Engel P, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommé* (2 edn, 2000).
- Ernst W, *Rechtsmängelhaftung* (1995).
- Ernst, §§ 434–445 BGB' in Schmoeckel M, Rückert J and Zimmermann R (eds), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd III: Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 433–853, 1 Teilband: vor §§ 433–656* (2013).
- Fischer W, *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute* (1985).
- Furrer R, *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht* (1973).
- Gauch P, *Der Werkvertrag* (5 edn, 2011).
- Gauch P, Schluop W and Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II* (10 edn, 2014).
- Giger H, 'Art. 208 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Das Obligationenrecht, 2 Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1 Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1 Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art 184–215 OR* (2 edn, 1980).
- Gilliard F, 'La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral' in Peter H, Stark EW and Tercier P (eds), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift* (1982).
- Ginter P, *Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung* (2005).

- Glättli E, *Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung* (1998).
- Glättli E, ‚Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt – eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen‘ (1997) 93 SJZ.
- Honsell H, ‚Art. 208 OR‘ in Honsell H, Vogt NP and Wiegand W (eds), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1–529 OR* (6 edn, 2015).
- Honsell H, ‚Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff.‘ (2007) recht.
- Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil* (10 edn, 2017).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3 edn, 2019).
- Huwiler B, ‚Privatrecht und Methode, Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über Juristische Methodenlehre‘ (1999) recht, Studienheft 5.
- Huwiler B, ‚Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR (aus Anlass des BGE 133 III 257 ff.)‘ in Honsell H, Huwiler B and Schulin H (eds), *Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe* (2012).
- Kaser M, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht* (2 edn, 1971).
- Kaser M, *Das Römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen* (2 edn, 1975).
- Keller M and Siehr K, *Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht* (3 edn, 1995).
- Keller M, *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse* (1948).
- Koller A, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil.* (1985).
- Koller A, ‚Der Papageien-Fall, Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257‘ in Koller A (ed), *Leistungsstörungen, Nicht – und Schlechterfüllung von Verträgen* (2008).
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–318 OR* (2012).
- Koller A, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (2015).
- Kostkiewicz K, ‚Art. 208 OR‘ in Kostkiewicz JK and others (eds), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (2016).
- Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (5 edn, 2016).
- Krauskopf F in Koller T, Krauskopf F and Schwander I (eds), *Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht* (3 edn, 2015).
- Lüchinger N, *Schadenersatz im Vertragsrecht* (1999).
- Mugdan B, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse* (1899).
- Müller, ‚Art. 208 OR‘ in Fischer W and Luterbacher T (eds), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (2016).
- Müller-Chen M, ‚Art. 208 OR‘ in Müller-Chen M and Huguenin C (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art 184–318 OR)* (3 edn, 2016).
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil* (5 edn, 1995).
- Oser H and Schönenberger W, ‚Art. 208 OR‘, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd V: Das Obligationenrecht, 2 Teil (Halbband): Art 184–418 OR* (2 edn, 1936).

- Pichonnaz P, 'L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO' in Zufferey J-B, Dubey J and Previtali A (eds), *L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi* (2011).
- Pothier R-J, 'Traité des obligations, N 166 f.' in Siffrein M (ed), *Oeuvres de Pothier, Bd I* (abgedruckt 1821).
- Schmid J, Stöckli H and Krauskopf F, *OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (2 edn, 2016).
- Schmid J, 'Vertragshaftung und Voraussehbarkeit des Schadens, Schweizerisches Obligationenrecht und Rechtsvergleichung' in Wiegand W, Koller T and Walter HP (eds), *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80 Geburtstag* (2009).
- Schneider A and Fick H, *Das Schweizerische Obligationenrecht, samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Bd. I* (2 edn, 1896).
- Schönle H and Higi P, 'Art. 195 OR', *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Bd V/2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art 192–204 OR* (3 edn, 2005).
- Schubiger A, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. – OR 97 ff.* (1957).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (7 edn, 2016).
- Stöckli H, *Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung | Abwicklung | Störungen* (2008).
- Tercier P, Bieri L and Carron B, *Les contrats spéciaux* (5 edn, 2016).
- Tuhr Av and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I* (3 edn, 1979 (Nachdruck 1984)).
- Venturi and Zen-Ruffinen in Thévenoz L and Werro F (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art 1–529 CO* (2 edn, 2012).
- Weber RH, 'Art. 109 OR', *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd VI: Obligationenrecht, 1 Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5 Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art 97–109 OR* (2000)
- Zellweger-Gutknecht C, *Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit, als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung* (2007).