

HAKSIZ İHTİYATÎ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASININ NORMATİF ZARAR TEORİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642013>

Dr. Ramazan KORKMAZ*

Öz

Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399'da düzenlenmiştir. Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle zarara uğradığını iddia eden taraf, maddede düzenlenen şartlar çerçevesinde zararının tazminini talep edebilir. Davacının talebine konu olabilecek hususlardan biri de ihtiyatî tedbir kararı nedeniyle karara konu malın bir süre kullanılmaması nedeniyle zarara uğradığı iddiasıdır. Bir malın kullanımından bir müddet yoksun kalma halinin zarar teşkil edip etmeyeceği ise normatif zarar teorisi bağlamında ele alınmaktadır. Türk hukukunda pek kabul görmeyen normatif zarar teorisi, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası bakımından uygulanmamalıdır. Çünkü hukuk sistemimizde zararın varlığı açısından fark teorisi kabul edilmekte olup kullanım imkânı tek başına mal varlığı değeri olarak görülmemektedir. Ayrıca normatif zarar teorisi, Alman hukukunda manevî zararın para ile tazmini konusundaki sınırlamayı aşmak amacıyla ortaya çıktığından ve Türk hukukunda böyle bir sınırlama olmadığından, normatif zarar teorisi ile ulaşılmak istenen sonuç, mevcut düzenlemeler ile elde edilebilecektir. Bu nedenle, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında zararın belirlenmesi açısından normatif zarar teorisine başvurmaya gerek yoktur.

Anahtar Kelimeler

Haksız İhtiyatî Tedbir, Tazminat Davası, Zarar, Normatif Zarar Teorisi, Kullanım İmkânından Yoksun Kalma

* (e-posta: ramazankorkmaz123@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1433-0567> (Makalenin Geliş Tarihi: 23.05.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 10.06.2019/ Makale Kabul Tarihi: 13.06.2019)

ASSESSMENT OF ACTION FOR COMPENSATION BASED ON UNFAIR PRELIMINARY INJUNCTION IN THE CONTEXT OF THE THEORY OF NORMATIVE DAMAGE

Abstract

Action for compensation based on unfair preliminary injunction is enacted at the article 399 of Code of Civil Procedure. Party, who had suffered damage due to unfair preliminary injunction, can claim for damages under the conditions of this article. One of the issues that may be subject of claimant's requests is the damage which is due to not being used of subjected good for a while. It will be the subject of the theory of normative damage whether situation of not being used a good for a while will cause damage or not. The theory of normative damage, which is not accepted in Turkish Law, shouldn't be considered in term of action for compensation based on unfair preliminary injunction. Because, possibility of using a good isn't an independent value of property in our legal system, in which difference theory accepted. In addition, the theory of normative damage has emerged in order to overcome the limitation of moral damages in German Law. There is no limitation in Turkish Law, so the same conclusion can be achieved by the existing rules. Therefore, there is no need to resort the theory of normative damage for the action for compensation based on unfair preliminary injunction.

Keywords

Unfair Preliminary Injunction, Action for Compensation, Damage, Theory of Normative Damage, Lack of the Possibility of Use

GİRİŞ

Borç ilişkilerinde taraflar, her zaman borçlandıkları edimleri zamanında ifa etmeyebilirler. Bu nedenle, çoğu zaman taraflar dava açmak durumunda kalmaktadırlar. Mahkeme kararları ise, hakkın esasen kime ait olduğunu tespit eder veya maddî hukuktaki hak durumuna uygun olarak sahibine verilmesini emreder. Hakkın hukukî olarak elde edilmesi kadar, fiilen hak sahibine teslimi de önemlidir. Çünkü bazı durumlarda çekişmeli olan hak kazanılsa ve mahkeme kararı ile devri emredilse bile fiilî olarak kaybedilmektedir. Bunun sebebi, borçlunun kötü niyetli işlemleri olabileceği gibi borca konu edimin zaman içerisinde yok olması veya önemli ölçüde zarar görmesi olabilir. Söz konusu olumsuzlukların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, kural olarak para dışındaki haklar için ihtiyatî tedbir müessesesini öngörmüş ve şartlarını düzenlemiştir.

İhtiyatî tedbir kararları, her zaman talepte bulunan tarafın haklı olduğu durumlarda verilemeyebilir. Bu ise, aslında hakkı olmadığı halde talepte bulunanın istemi ve mahkemenin kararı ile borçlunun şahıs veya mal varlığına haksız müdahale edilmesine yol açabilecektir. Bir başka sebep olarak ise ihtiyatî tedbirin gereklerine uymamak veya kararın itiraz üzerine kaldırılması gösterilebilir. Geçici hukukî koruma olan ihtiyatî tedbir bu ihtimallerde haksız sayılacak ve ihtiyatî tedbir kararına maruz kalan tarafın, zararlarının ödenmesi için dava açması gündeme gelebilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 hükmü, söz konusu davanın şartlarını genel olarak düzenlemiştir. Bu davada dile getirilebilecek taleplerden biri de haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle, aleyhine ihtiyatî tedbir kararı alınan tarafın, tedbire konu olan mal varlığını kullanmaktan belli bir süre alıkonulması, mahrum bırakılması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmini olabilecektir. Benzer bir durum ihtiyatî hacizler için de geçerlidir (İcra İflas Kanunu m. 259/1).

Borçlunun mal varlığında bulunan bir unsurun kullanımının bir süre engellenmesi normatif zarar teorisi bağlamında ele alınabilecektir. Zira bu teorinin uygulama alanlarından biri de bir malın kullanım imkânından bir süre mahrum kalınmasıdır. Bu çalışmada, ihtiyatî tedbire maruz kalan tarafın, tedbire konu malını bir süre kullanamamasının normatif zarar teorisi de ele alınarak zarar teşkil edip etmeyeceği ve bu teorinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 bağlamında açılan tazminat davalarında uygulanıp uygulanmayacağı incelenmiştir.

I. HAKSIZ İHTİYATÎ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. Kavram

Geçici hukukî koruma türlerinden birisi olan ihtiyatî tedbir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 ve devamında düzenlenmiştir. Hak arama gayesiyle mahkemeye başvuran tarafın hakkını tam olarak ve kararlaştırıldığı gibi elde etmesi hususunda mahkemeden istenen ihtiyatî tedbir, esasen bu yargılama süresince mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişim sebebiyle hakkın elde edilmesinin zorlaşacağı veya imkânsız hale geleceği ya da gecikme sebebiyle sakınca veya ciddi bir zararın doğacağı hallerde, söz konusu olumsuz durumları bertaraf etmek amacıyla hizmet eder¹. Zira bir

¹ **Zöller**, Richard/**Vollkommer**, Max: Zöller Zivilprozessordnung, 31. neubearbeitete Auflage, Köln 2016, Vor § 916, Rn. 1; **Sprecher**, Thomas: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Heraus.: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik), 3. Auflage, Zürich 2017, Vor § 261, Rn. 1; **Meier**, Isaak: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, s. 7; **Meier**, Isaak/**Sogo**, Miguel: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, s. 253; **Baur**, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, s. 76 vd.; **Gutmann**, Christoph: Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Basel-Genf-München 2006, s. 1; Avusturya hukuku için ayrıca bkz.: **König**, Bernhard: Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Wien 1994, s. 1 vd.; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 631, (Kuru, İstinaflı Hukuku, İstanbul 2016, s. 470 vd., (Kuru, İstinaflı İcra İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s. 470 vd., (Kuru, İstinaflı İcra İflâs); **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 456, (Kuru, Usul Ders Kitabı); **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 348 vd., (Kuru, İcra Ders Kitabı); **Arslan**, Ramazan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Y. Ocak 2013, s. 23, (Arslan, Yenilikler); **Üstündağ**, Saim: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, İstanbul 1981, s. 581; **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001, s. 28 vd.; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 554 vd.; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 303 vd.; **Özekes**, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, İstanbul 2017, s. 2462, (Özekes, Pekcanitez Usûl); **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara 1999, s. 55 vd., (Özekes, İhtiyatî Haciz); **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 568 (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medenî Usul); **Deren Yıldırım**, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyatî Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 2 vd.; **Erişir**, Evrim: Geçici Hukukî Korumaların Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 87 vd.; **Akil**, Cenk: 6100 Sayılı

hakkın mahkeme kararı ile korunması demek her zaman o hakka fiilen ve tam olarak sahip olunması anlamına gelmemektedir. Çünkü mahkeme kararı hukuken hakkı bahşedebilir fakat fiilen icra edilmeyen mahkeme kararı somut karşılık bulamaz². Bu olumsuzluğu aşmak üzere kanun koyucu, ihtiyatî tedbir müessesesini düzenlemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 hükmüne bakıldığında kural olarak alacaklı tarafı korumak amacıyla hareket edildiği görülebilecektir. Zira bu hüküm alacaklının haklarını yargılama süresince, yargılama öncesinden veya yargılamanın başladığı andan itibaren korumayı amaçlar³. Ayrıca, bünyesindeki gereklilik ve aciliyet nedeniyle aleyhine talepte bulunan taraf (borçlu) dinlenmeden de ihtiyatî tedbire karar verilebilir⁴. Gereklilik ve aciliyeti alacaklı ispat etmelidir⁵. Karşı tarafın dinlenmesi halinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394 gereği itiraz hakkı ortadan kalkmaktadır. Yine, ihtiyatî tedbire karar verilirken hâkimin, hakkın ihtiyatî tedbir ile korunması gerektiği konusunda yaklaşık ispat seviyesinde ispatı kabul edebilmesi de alacaklıyı koruma amacına hizmet eder⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Haksız İhtiyatî Tedbir Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/3, Ankara 2013, s. 174.

² **Zöllner/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., Vor § 916, Rn. 1; **Meier/Sogo**, s. 253 vd.; **Meier**, s. 7 vd.; **Sprecher**, Vor § 261, Rn. 1-2, yazar bu konuyu "Prozess gewonnen, Ergebnis zerronnen!" [Davayı kazandık, sonucu kaybettik!] olarak ifade etmiştir.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 631 vd.; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 470; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 455 vd.; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 348 vd.; **Yılmaz**, s. 30 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 554-555; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 303 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2462; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 55; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 566-568; **Erişir**, s. 87 vd.

³ **Sprecher**, Vor § 261, Rn. 1; **Meier**, s. 7; **Meier/Sogo**, s. 253; **Gutmann**, s. 3-4; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 631; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 470; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 457; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 348-349; **Arslan**, s. 7; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 555; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 303-304; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2461-2462; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 56; **Erişir**, s. 88-89.

⁴ **Gutmann**, s. 9-10; **Meier**, s. 227 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 637; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 477; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 460; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 351; **Arslan**, s. 8; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 562-563; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 308; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2474-2476; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 65; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 569-570; **Erişir**, s. 148.

⁵ **Sprecher**, § 261, Rn. 16-17.

⁶ **Zöllner/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., Vor § 916, Rn. 6-6a; **Kaufmann**, Karl: Die Schadenersatzpflicht bei Arrest und einstweiligen Verfügungen nach Art 945 ZPO, Breslau 1921, s. 1; **Sprecher**, § 261, Rn. 50 vd.; benzer yönde bkz.: **Meier/Sogo**, s. 261; **Gutmann**, s. 11-12; **Arslan**, s. 8; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 563; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2445; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 65.

Kanun koyucu, ihtiyatî tedbir kararı verilinceye kadar alacaklıyı daha fazla korumakla birlikte karşı taraf (borçlu) tamamen göz ardı edilmemektedir. Özellikle alacaklının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gösterilen, ihtiyatî tedbir kararının verilmesinden sonra bir haftalık süre içerisinde kararın icrasını talep etmesinin gerektiği (m. 393); yine icra talebinden itibaren iki hafta içinde asıl davasını açmak ve bu yöndeki kararı, ihtiyatî tedbir kararını uygulayan memura ibrazla karşılığında belge almak zorunluluğunun bulunması (m. 397) gibi düzenlemeler borçluyu korumak için getirilmiştir⁷. Borçluyu korumaya yönelik getirilen bu hükümlerin yanında, en etkili sayılabilecek husus ise ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi için mahkemeye gösterilmesi gereken teminatıdır. Değişik oranlarda alınan bu teminatın amacı, ihtiyatî tedbirin haksız olması ihtimaline karşı borçlunun (ve bazı durumlarda üçüncü kişilerin) belli bir oranda bile olsa korunmasıdır⁸. Fakat alınan belli oranlardaki teminat da borçlunun ileride uğradığı zararı karşılamaya yetmeyebilir. Bilhassa ticaret şirketleri aleyhine alınan veya uygulanan ihtiyatî tedbirler, şirketin belki de maddî mal varlığı⁹ kadar karşılığı olan ticarî itibarına zarar verebilecektir. Başlangıçta alınan teminat ise bu zararı karşılamaya yetmeyebilecektir. Hatta Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 392/2 hükmünün de alacaklıyı koruyan, borçlunun aleyhine bir düzenleme olarak görülmesi de mümkündür. Çünkü tazminat davası için Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/3'te gösterilen bir yıllık süreye rağmen teminat, eğer tazminat davası ilk bir ay içinde¹⁰ açılmazsa iade edildiğinden borçlunun zararı teminatsız kalabilecektir¹¹.

Söz konusu durumlar menfaat dengesinin bozulmasına neden olacağından kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 ile dengeyi yeniden sağlamaya yönelik hukukî enstrümanı yaratmaya çalışmıştır. Bu düzen-

⁷ **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2445; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 23-24.

⁸ İsviçre hukukunda teminat ile ilgili farklı uygulama için bkz.: **Sprecher**, § 261, Rn. 13, § 264, Rn. 17 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 565; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 309; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2494; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 570.

⁹ Kelimenin yazılışı Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "mal varlığı" şeklinde ayrı yazıldığı için çalışmanın tamamında ayrı yazım tercih edilmiştir. Bkz.: <http://sozluk.gov.tr>.

¹⁰ İsviçre hukukunda bu şekilde bir süre verilmemiş, mahkemenin uygun göreceği süre içerisinde tazminat davasının açılması, aksi halde teminatın boşa çıkacağı belirtilmiştir. Bilgi için bkz.: **Sprecher**, § 264, Rn. 63-67.

¹¹ **Sprecher**, § 264, Rn. 62 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 640; **Arslan**, s. 18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 565; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2497, 2549; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 571.

lemeye göre, menfaat dengesinin yeniden sağlanması adına, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın karşı tarafa bu haksız karar nedeniyle verdiği zararları ödemesi gerekir. Yani haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın, en baştan beri haksız olan yahut kanundaki sürelerle uyulmaması veya itiraz nedeniyle kalkan tedbir ile karşı tarafa verdiği zararları tazmin yükümlülüğü sonucunu doğuran davadır¹².

B. Tazminat Davasının Şartları

i. Genel Olarak

Tazminat davasının şartları, bu davanın kabul edilecek hukukî niteliğine göre değişiklik gösterecektir. İhtiyatî tedbire karar verilmesine kadar bir tarafın (alacaklı) korunduğu, bu koruma nedeniyle karşı tarafın mal veya şahıs varlığında zararın ortaya çıktığı, mahkeme kararına dayandığı için hukuka uygun sayıldığı, fakat ortaya çıkan bu zararın da bir şekilde zarar görene ödenmesi gerektiği gibi hususlar ele alındığında söz konusu tazminat davasının hukukî niteliği, kanımızca, fedakârlığın denkleştirilmesidir¹³. Ancak, hemen belirtmekte fayda vardır ki, bu davanın hukukî niteliği doktrinde tartışmalı olup haksız fiil sorumluluğuna benzetilmekte¹⁴, davanın şartları haksız fiilin şartları esas alınarak belirlenmektedir. Biz, özellikle haksız fiildeki hukuka aykırılık unsurunu, hukuka uygun mahkeme kararına

¹² **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 1; **Kaufmann**, s. 2 vd.; **Sprecher**, Vor § 261, Rn. 1 vd., § 264, Rn. 36 vd.; **Meier**, s. 259 vd.; **Gutmann**, s. 42 vd.; **König**, s. 83 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 645 vd.; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485 vd.; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 466 vd.; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 358 vd.; **Arslan**, s. 22 vd.; **Yılmaz**, s. 992 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316-317; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 393-394; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 574 vd.

¹³ Aynı yönde görüş için bkz.: **Baur**, s. 110-111; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2541; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 395-396. Fedakârlığın denkleştirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz.: **Ulusan**, İlhan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s. 1 vd.

¹⁴ **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 3; **Kaufmann**, s. 33; **Meier**, s. 260 vd.; **Gutmann**, s. 49 vd; Avusturya hukukunda sebep sorumluluğu görüşü için bkz.: **König**, s. 84; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 645-646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 358-359; **Arslan**, s. 22; **Yılmaz**, s. 992; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575. Tehlike sorumluluğu görüşü için ayrıca bkz.: **Türkel**, Doğuş Taylan: Gemilerin İhtiyatî Hacinde Borçlunun Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017, s. 353 vd.

dayanan ihtiyatî tedbir hakkında kabul edemiyoruz¹⁵. Ayrıca, doktrinde ve yargı kararlarında büyük bir çoğunlukla kabul edildiği üzere bu davada kusur şartı aranmaz¹⁶. Yani haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında kusursuz sorumluluk ilkesi esastır. Bu nedenle hem hukuka aykırılık hem de kusur aranmayan sorumluluğun türü, kanımızca, fedakârlığın denkleştirilmesidir ve davanın şartları da buna göre belirlenmelidir¹⁷.

ii. Kural Olarak Kararın Uygulanmış Olması

Doktrin ve uygulama, haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için kural olarak söz konusu ihtiyatî tedbir kararının uygulanmış olması gerektiğini kabul etmektedir¹⁸. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 393'te belirlenen süre (kararın verilmesi tarihinden itibaren bir hafta) içerisinde uygulanmayan ihtiyatî tedbirin haksızlığı nedenine dayalı olarak tazminat davası açılmayacaktır. Fakat biz bu görüşe katılmıyoruz. Uygulanan ihtiyatî tedbir kararının haksız sayılıp zarara yol açabileceği, karşı tarafa zarar verebileceği kabul edilebilir olmakla birlikte her halde kararın uygulanmış olmasının aranması doğru değildir¹⁹. Özellikle manevî zararın karşılanması hususunda sadece ihtiyatî tedbir kararının alınması bile zararı tek başına doğurmaya ve haksızlığın oluşumuna yeterli sayılabilir. Örneğin büyük bir şirket hakkında haksız ihtiyatî tedbir kararının sadece

¹⁵ Benzer şekilde bkz.: **Sprecher**, § 264, Rn. 55.

¹⁶ **Meier**, s. 260; **König**, s. 83-83; **İmre**, s. 196-197; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1164; **Arslan**, s. 23; **Yılmaz**, s. 993; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2541-2542; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 394; **Türkel**, s. 519.

¹⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**'e göre ise her ne kadar sorumluluğun niteliği fedakârlığın denkleştirilmesi olsa da davanın şartları belirlenirken haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanır (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575). İsviçre hukukunda bir görüşte ise bu davanın maddî hukuk değil usûl hukuku kaynaklı olduğu savunulmuştur (**Sprecher**, § 264, Rn. 41).

¹⁸ **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Yılmaz**, s. 999; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2542; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 398; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575.

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz.: **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646, özellikle dn. 41; **Arslan**, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2542-2543; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 398-399; **Türkel**, s. 633 vd.: aksi yönde bkz.: **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Yılmaz**, s. 999; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575.

alınmasının duyulması bile, o şirketin piyasadaki ticarî itibarının sarsılmasına neden olarak şirkette zarara yol açabilecektir. Bu zararın sebebi olarak ihtiyatî tedbir “kararını” görmek *yeterli ve mümkündür*.

Aynı sonuca Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1 hükmündeki “*Lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf...*” ibaresinden de varılabilir. Çünkü kanun koyucu bu düzenlemede “*lehine ihtiyatî tedbir kararı verilip de uygulanan taraf*” yahut “*lehine ihtiyatî tedbir kararı uygulanan taraf*” dememiş, sadece kararın verilmesini yeterli görmüştür. Hatta madde gerekçesinde “...[kısmen devam eden ibare ile ilgili görülebilse de] *Ayrıca tedbir uygulanmamış olsa dahi, bu kişiler, tedbirin uygulanmaması ya da kaldırılması için teminat göstermişlerse tazminat talep edebilirler.*” denilerek uygulanmayan tedbir nedeniyle (gerekçenin bu kısmı teminat için söz konusu olsa bile amaçsal yorumla) zararın doğabileceği açıklanmıştır.

iii. Haksızlık

Tarafın talebi üzerine verilen ihtiyatî tedbir kararı her zaman haklı olmayabilir. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 390/2-3 gereğince ihtiyatî tedbir yargılamasında yaklaşık ispat ile yetinilmesi ve karşı tarafın her zaman dinlenememesi sebepleriyle gerçek hak durumuna uygun düşmeyen veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389/1’de aranan şartları sağlamayan başvurularda ihtiyatî tedbir kararı verilebilmektedir. Bu hususta, bilhassa yaklaşık ispatın yapıldığı ve uyuşmazlık konusunun acilen, derhal korunması gerektiği yönündeki kanaatin oluşumunda hâkimin takdir hakkının bulunduğunu belirtmek çok da yanlış olmayacaktır.

İhtiyatî tedbir kararları, bazı hallerde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatler dengesi gözetilmeden de alınabilir. Geçici hukukî koruma sağlanması, borçluların mal varlıklarının yönetimi ve kullanılması açısından önemli sınırlamalar getirebileceğinden alacaklının borçluya karşı kullandığı bir baskı aracı halini alabilecektir. Bu ise ihtiyatî tedbir ile ulaşılmak istenen amaca aykırıdır.

Bazı hallerde ise ihtiyatî tedbir kararı ile ilgili olarak bulunması gereken şartlarda (ihtiyatî tedbire esas olan hak ve ihtiyatî tedbir şartları) eksiklik olmasına karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 390/2-3 gereği yapılan ve aciliyet barındıran yargılama nedeniyle tedbire karar verilebilmektedir. Örneğin, gerçekte tedbir için gereken hakkın derhal korunması gerekliliği doğmadan veya asıl hak var olmadan tedbir kararı verilebilmektedir. Bu durum, verilen ihtiyatî tedbir kararının “haksız” sayılmasına neden olabilecektir. Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1’de ihtiyatî tedbir

talebinde bulunulduğu haksız olan karar ile itiraz üzerine kaldırılan yahut kendiliğinden kalkan tedbir kararını ayrı tutmuş fakat sonuçlarını eşit saymıştır. Bu konu ihtiyatî tedbirin baştan beri haksız olması ve ihtiyatî tedbirin sonradan haksız hale gelmesi şeklinde ikiye ayrılabilir²⁰ ve bunlardan ilki her zaman haksızlığa yol açmayabilirken ikincisinde her zaman haksızlık oluşur²¹.

Baştan beri haksızlık genellikle ihtiyatî tedbir şartlarında meydana gelen eksiklikler ve ihtiyatî tedbir kararının yanlış mal varlığı üzerinde alınması hususlarında söz konusu olmaktadır. Örneğin para alacağı için kural olarak, ihtiyatî haciz uygulanması gerekirken ihtiyatî tedbir uygulanırsa, hakkın derhal korunmasına yönelik aciliyet söz konusu değilse veya tedbire konu hak gerçekte yok ise verilen ihtiyatî tedbir kararı haksızdır²². İhtiyatî tedbir kararı alınırken usûlî kurallara uyulmaması ve ispatın yeterli olmaması sebeplerinde ise haksızlık meydana gelmeyecektir. Bu noktada, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasını gören mahkemenin bilhassa bağlantılı yargılamaları da dikkate alması gerekebilir. Bağlantılı yargılamalardan kasıt ise esas hakkında karar verecek olan mahkemenin yapmış olduğu yargılama, ihtiyatî hacze veya tedbire yönelik yapılan itiraz yargılaması yahut üçüncü kişilerin ya da borçlunun başlattığı istihkak yargılamasıdır.

İhtiyatî tedbirin sonradan haksız hale gelmesi ise kararın itiraz üzerine kaldırılması yahut kendiliğinden kalkması ihtimallerinde ortaya çıkacaktır²³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394'te düzenlenen itiraz prosedürü içinde

²⁰ **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 12 vd.; **Kaufmann**, s. 4; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 400 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2543, yazar ise üçlü bir ayırım yaparak *sonradan haksız hale gelmenin* iki türünü de üst başlığa dahil etmiştir.

²¹ **Kaufmann**, s. 5.

²² **Sprecher**, § 264, Rn. 53-54; **Meier**, s. 259; **König**, s. 87-90; Alacak hakkı açısından benzer şekilde bkz.: **Kaufmann**, s. 5; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Yılmaz**, s. 1001; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575; Özellikle de borçlunun ekonomik durumunun kötü olması veya aynı mal varlığından alacak bekleyen diğer alacaklıların var olması tek başına geçici hukuki koruma sebebi sayılmamalıdır. Bu noktada bilhassa borçlunun yapmış olduğu işlemlere, söylemelerine, savurganlığına, mal varlığındaki şüpheli devirlerine veya işlemlerine, devamlı bir yerleşiminin olup olmadığına bakılarak ihtiyatî tedbir sebebinin oluşup oluşmadığına karar verilmelidir (**Kaufmann**, s. 7-8); *Kaufmann*'a benzer yönde bilgi için bkz.: **Gutmann**, s. 9.

²³ **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 12; **Sprecher**, § 264, Rn. 51; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Arslan**, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2543-2545; **Akil**, s. 179.

ihtiyatî tedbir kararı kaldırılırsa en başta şartlarına uygun (haklı) olarak alınan karar sonradan haksız hale gelir. Burada da bağlantılı yargılamaların etkisi dikkate alınmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 393 veya m. 397'deki süreler içinde ihtiyatî tedbiri uygulatmayan veya uygulatmakla birlikte asıl davayı açmayan tarafın aldırıldığı ihtiyatî tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu durum ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1 gereğince haksızlık sayılacaktır²⁴. Çünkü gerçekten hakka sahip olursa bile onun ihtiyatî tedbir kararı ile derhal korunmasını sağlayarak borçluyu zor duruma sokmak alaklıyı haklı hale getirmez. Hakkının varlığı ve korunması gerekliliği iddiasında olduğu için hakkını acilen garantiye almak isteyen taraf, bu aciliyetin tüm gereklerini (her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 393 ve m. 397 hükümleri birer *yükümlülük* değil *yük* olsa da) yerine getirmelidir. Aksi halde bu tarafın acilen korunması gereken bir hakkının olmadığı, ihtiyatî tedbirin şartlarının sağlanmadığı ve dolayısıyla haksız işlem yapıldığı kabul edilmelidir.

Kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1-2'de "hukuka aykırılık" kavramı yerine "haksızlık" kavramını kullanmasının sebebi, kanaatimizce, ihtiyatî tedbir kararının bir mahkeme kararına dayanıyor olmasıdır. Mahkeme kararına dayanan ihtiyatî tedbir, haksız fiilin şartlarından birisi olan hukuka aykırılık unsurunu bünyesinde barındırmayacaktır. Zira kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 ve devamı hükümlerinde mahkemeye ihtiyatî olarak borçlunun haklarına el konulmasına izin vererek hukuka aykırılığı ortadan kaldırmıştır.

iv. Zarar

Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için bu kararın karşı tarafta zarara yol açması gerekecektir²⁵. Gerek kusur sorumluluğu gerekse de kusursuz sorumluluk olsun, ortada zarar yoksa tazmin de yoktur²⁶. Tazminata hükmedilebilmesi için dava açan tarafın, yani aleyhine geçici hukukî koruma kararı alınan kişinin ya da kişilerin yahut üçüncü

²⁴ **Zöllner/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 12-14; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2545; **Akil**, s. 177.

²⁵ **Sprecher**, § 264, Rn. 49; **Gutmann**, s. 145 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Yılmaz**, s. 1002; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Türkel**, s. 597 vd.

²⁶ **Lange**, Hermann/**Schiemann**, Gottfried: Schadensersatz, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003, s. 26 vd.

kişinin, söz konusu geçici hukukî koruma kararı nedeniyle zarara uğramış olması gerekmektedir²⁷.

Hükmedilecek tazminatın hangi türden tazminatlar olacağı doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. Bir görüşe göre, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan davada sadece maddî zararlar istenebilir. Çünkü manevî zararların istenebilmesi için Türk Borçlar Kanunu m. 56 ve 58'in şartlarının oluşması gerekecektir ki bu şartlar arasında kusur da vardır. Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası genel kabul gereği kusursuz sorumluluk olduğu için manevî tazminin şartları oluşmaz²⁸. Diğer görüşe göre ise, kanun koyucu özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 392 ve 399/1'de zararlarla ilgili herhangi bir ayrıma gitmediği için tüm zararlar istenebilmelidir²⁹. Kanımızca, zararlar konusunda ayrıma gitmek ve manevî tazmini saf dışı bırakmak doğru olmayacaktır. Zira kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399'da zararlarla ilgili farklılık yaratmamıştır. Ayrıca icra hukukunda ihtiyatî tedbirin karşılığı sayılabilecek olan ihtiyatî hacizde konuyla ilgili düzenlemede (İcra İflas Kanunu m. 259) açıkça “*bütün zararlar*” ibaresi kullanılmıştır. İkisi de geçici hukukî korumanın ayrı alt türü olan ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz açısından farklı durum yaratılmasını gerektirecek bir husus burada söz konusu değildir. Bunun yanında, haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle aleyhine karar alınan tarafın manevî zararları (ticarî itibarın zedelenmesi, kişilik haklarının ihlal edilmesi vb.) ortaya çıkabilecektir. Bu nedenlerle, biz, tüm (doğrudan, dolaylı, maddî ve manevî gibi) zararların tazminin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 dolayısıyla açılacak tazminat davasında

²⁷ **Sprecher**, § 264, Rn. 43, 49; **Gutmann**, s. 145 vd.; **König**, s. 85; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Arslan**, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2545-2547; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 406; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575; **Akil**, s. 180; 11. HD, 1974/3464 E., 1974/3592 K., 12.12.1974 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 1983/5172 E., 1983/6349 K., 20.06.1983 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 1. HD, 2012/6146 E., 2012/5724 K., 17.05.2012 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); HGK, 2014/14-1587 E., 2016/822 K., 22.06.2016 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁸ Bu yönde bkz.: 4. HD, 2016/15730 E., 2017/1644 K., 14.03.2017 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 2016/15730 E., 2017/1644 K., 14.03.2017 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 11. HD, 1999/9140 E., 2000/43 K., 17.01.2000 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 2016/472 E., 2016/4122 K., 29.03.2016 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz.: 4. HD, 2017/3918 E., 2018/2985 K., 16.04.2018 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). İsviçre hukukunda aynı yönde bkz.: **Sprecher**, § 264, Rn. 41.

²⁹ **Yılmaz**, s. 1002; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 410; **Türkel**, s. 601; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2545, yazar her ne kadar manevî zararların tazminini de kabul etmişse de manevî zararların tazmin edilmesi için “kusur” şartının varlığını aramıştır; **Akil**, s. 181 vd.

istenebilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz. Zarar ile ilgili açıklamalarımızı, ileride aktaracağımız için buradaki açıklamaları kısa tutmakla yetiniyoruz.

v. İlliyet Bağı

Zararlı sonuç ile bu sonuca sebebiyet veren haksız ihtiyatî tedbir kararı arasında illiyet bağının bulunması bu davanın unsurlarından biridir³⁰. Aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilenin şahıs veya mal varlığında ortaya çıkan zarar, mahkemenin verdiği haksız ihtiyatî tedbir kararı ile illiyet bağı içerisinde değilse açılan dava bakımından sorumluluk da doğmayacaktır. Bilhassa zararın tespiti kadar önemli olan illiyet bağı haksız ihtiyatî tedbir kararının ortaya çıkardığı iddia edilen zararın kapsamını da belirleyebilecektir.

II. ZARAR HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. Zarar Kavramı

Sorumluluğun en temel şartlarından biri zarardır. Zararın olmadığı yerde tazmin yükümlülüğü de olmaz³¹. Her ne kadar temel şartlar ve kav-

³⁰ **Sprecher**, § 264, Rn. 56; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Arslan**, s. 23; **Yılmaz**, s. 1019; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2547; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 398; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575; **Türkel**, s. 636 vd.; **Akil**, s. 184; benzer yönde bkz: **Lange/Schiemann**, s. 75; **Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1 (Eren, Uygun İlliyet); **Kapancı**, Kadir Berk: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), İstanbul 2016, s. 40; **Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017, s. 212; HGK, 2008/11-654 E., 2008/667 K., 05.11.2008 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³¹ **Lange/Schiemann**, s. 26 vd.; **Deutsch**, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen: Deliktsrecht, 5., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009, s. 8 vd.; **Deutsch**, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2., völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1996, s. 497 vd.; **Roberto**, Vito.: Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Bern 2018, § 22, Rn. 22.05; **Brehm**, Roland: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR (Heraus.: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), 4. überarbeitete Auflage, Bern 2013, Art. 41, Rn. 70 vd.; **Gutmann**, s. 145; **Gauch**, Peter: Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, s. 2, http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf, E. T.: 25.12.2017; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 520, (Eren, Borçlar Genel); **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 38; **İmre**, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 9; **Nomer**, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 5 vd.; **Büyüksağış**,

ramlardan birisi olsa da zarar, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir³². Eski çağlarda da zararla ilgili kapsamlı bir tanıma yer vermek yerine zarar görenin zarara bizzat kendisinin katlandığı (*casum sentit dominus*)³³, zararın başkasına yüklenebilmesi için de *zararın varlığı* koşulunun arandığı bilinmektedir. Zarar kavramının tanımını yapmak görevi ise Alman, İsviçre ve Türk hukukunda doktrine bırakılmıştır³⁴. Avusturya hukukunda ise bahsedilen hukuk sistemlerinden farklı olarak zararın tanımı Avusturya Medeni Kanunu'nun (ABGB) 1293. maddesinde yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre *zarar*, bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya şahıs varlığında meydana gelen her türlü kayıptır. Ayrıca zarar kavramından, bir kimsenin olayların normal akışına göre bekleyebileceği kâr yoksunluğunun ayırt edilmesi gerektiği aynı maddenin ikinci cümlesinde belirtilmiştir³⁵.

Zarar kavramını tanımlamak ve aynı zamanda zararı tespit etmek çok da kolay görünmemektedir. Zira zarar, günün koşullarına ve teknolojik gelişmelere göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle zararı tanımlamaya yönelik bazı teoriler ortaya çıkmıştır ve birtakım zarar ayrımları yapılmaktadır. Buna göre zarar için olumlu-olumsuz, maddî-manevî, doğrudan-dolaylı-yansıma zarar ayrımları (ve kavramları) kullanılmaktadır³⁶.

Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 49 vd.; **Özkes**, İhtiyati Haciz, s. 406; **Pekdiñer**, s. 460; **Karakaş**, Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, s. 27, (Karakaş, Normatif Zarar).

³² **Eren**, Borçlar Genel, s. 520; **Nomer**, s. 5; Alman hukukundaki aynı durum için bkz.: **Lange/Schiemann**, s. 26.

³³ *Casum sentit dominus*-Zarar gören, zarara katlanır. **Deutsch/Ahrens**, s. 1; **Deutsch**, s. 1; **Eren**, Borçlar Genel, s. 520; **Pekdiñer**, R. Tamer: "Haksız Rekabet Davalarında Davacı Sifatının Belirlenmesi Açısından "Zarar" Kavramının Değerlendirilmesi (Y. 11. HD.sinin 23.01.2012 Tarih ve 2010/8615 E. 2012/611 K. sayılı kararı çerçevesinde)", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. II, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Temmuz 2016 (Özel Sayı), Ankara 2016, s. 460.

³⁴ **Roberto**, § 22, Rn. 22.01; **Brehm**, Art. 41, Rn. 69.

³⁵ Avusturya hukukundaki uygulama için bkz.: **Vrba**, Karl/**Lampelmayer**, Manfred/**Gegen-Baur**, Wulf: Schadenersatz in der Praxis, Wien 1990, s. 2 vd.; **Ehrenzweig**, Albert A.: Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht, Wien 1936, s. 161-162.

³⁶ **Deutsch/Ahrens**, s. 191 vd.; **Deutsch**, s. 499; **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953, § 14, s. 107 vd.; **Ehrenzweig**, s. 168-171; **Roberto**, § 22 vd.; **Brehm**, Art. 41, Rn. 70e vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 520 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 40 vd.; **Oral**, Tuğçe: Tüzel Kişilerin Manevî Zararının Tazimini, İstanbul 2018, s. 29; **Pekdiñer**, s. 461. *Brinker*'e göre, yapılan karşı değerlendirmelere rağmen, bugüne kadarki en çok tartışılan sorunlu kısım, maddî zarar ile manevî zarar arasındaki sınırın belirlenmesidir. Bilhassa bir eşyayı kullanmanın verdiği haz veya rahatlık, sigortalar aracılığıyla zarara kolektif katlanma ve katılma, eşyaya

B. Zararı Açıklamaya Yönelik Teoriler

Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasının normatif zarar teorisi bağlamında ele alınıp incelenebilmesi için diğer zarar teorilerine ve bu teorilerin normatif zarar teorisinden farkına kısaca değinmekte fayda vardır.

i. Fark Teorisi

Alman hukukçu *Friedrich Mommsen* tarafından ilk kez savunulan bu teoriye göre zarar, zararı doğuran olaydan sonra kişinin mal varlığında meydana gelen fiilî durum ile eğer o olay hiç meydana gelmeseydi içinde olacağı farazî durum arasındaki farktan ibarettir³⁷. Bu belirleme yapılırken yoksun kalınan kâr da dikkate alınacaktır³⁸. Yani mal varlığında meydana gelen eksilmeler (ki bunlara pozitif zararlar da denilmektedir³⁹) ve artma yaşanması gerekirken artmama da zarara dahildir. Türk hukukunda da esasen kabul edilen teori olan fark teorisi, farazî bir duruma dayanır⁴⁰.

verilen zararlar nedeniyle ortaya çıkan manevî zararlar gibi konular üzerinde çokça tartışılmıştır. Bilgi ve ayrıntı için bkz.: **Brinker**, Jürgen: Die Dogmatik zum Vermögenschadensersatz, Berlin 1982, s. 28-30.

³⁷ **Lange/Schiemann**, s. 27; **Deutsch/Ahrens**, s. 192-193; **Nörr**, Dieter: “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, AcP 158, H. 1, Y. 1959/1960, s. 5; **Zeuner**, Albrecht: “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögenschäden”, AcP 163, Y. 1963, s. 380; **Ehrenzweig**, s. 166; **Honsell**, Heinrich: “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, FS für fünfzigjährigen Bestehen, Zürich-Basel-Genf 2010, (Heraus.: Stephan Fuhrer), s. 255, 260, yoksun kalınan kâr (*entgangener Gewinn*) sadece sözleşme hukukundan değil haksız fiilden de doğabilir (**Honsell**, s. 260); **Gutmann**, s. 145 vd.; **Roberto**, § 23, Rn. 23.01; **Brehm**, Art. 41, Rn. 70b. Avusturya hukukundaki benzer uygulama hakkında bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 1.

³⁸ **Honsell**, s. 255; **Stoll**, Hans: Begriff und Grenzen des Vermögenschadens, Karlsruhe 1973, s. 5 vd.; **Lange/Schiemann**, s. 57-58; **Deutsch**, s. 500; **Brehm**, Art. 41, Rn. 70; **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 1; **Eren**, Borçlar Genel, s. 526 vd.; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 27.

³⁹ **Honsell**, s. 260, örneğin bir aracın veya fotoğraf makinesinin zarar görmesi pozitif yani maddî/ fiilî olarak ortaya çıkan, gerçekleşen zararlardır (*positive Schäden*).

⁴⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 523; **Oğuzman/Öz**, s. 38; **İmre**, s. 9; **Nomer**, s. 8 vd.; **Kesici**, s. 156; Örnek bir karar için bkz.: İBBGK, 2016/5 E., 2018/6 K., 22.06.2018 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); **Keskin**, A. Dilşad: Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat, Ankara 2016, s. 51-52; **Huber**, Ulrich: “Schadensersatz statt der Leistung”, AcP, Band 210, Y. 2010, s. 336, “...edimin ifa edilmemesi halinde sözleşmeden doğan yükümlülükler açısından da bu faraziye uygulanır.”; İsviçre hukuku uygulamasında da benzer kabul söz konusudur. İlgili kararlar için bkz.: BGE 132 III 321; BGE 131 III 360; BGE 129 III 18; BGE 129 III 331; BGE 127 III 403.

ii. Tabîî Zarar Teorisi

Fark teorisine karşı ileri sürülen bu teoriye göre, zarar, sadece malvarlığının zararlı olay olmasaydı alacağı (farazî) hâl ile zararlı olay gerçekleşince içinde bulunduğu hâli arasındaki farktır. Fark teorisini bir adım öteye taşıyan tabîî zarar teorisinin fark teorisinden farklı yanı zararın hesabında sadece maddî zararı değil manevî zararı da hesaba katmasıdır⁴¹.

iii. Objektif Zarar Teorisi

Fark teorisine tamamen karşı olmamakla birlikte, ondaki birtakım eksiklikleri tamamlamaya çalışan Alman hukukçu *Robert Neuner*'in "Menfaat Ve Mal Varlığı Zararı" isimli çalışmasına göre zarar, mal varlığında oluşan fark olmayıp parasal değeri olan bir menfaatin ihlalidir⁴². İhlal edilen menfaatin değeri objektif olarak değerlendirilir ve bu teori mucibince ortaya çıkan tazminat da hakkı devam ettirme amacına dayanacağı için tazminat miktarı, ihlal edilen menfaatin objektif değeri kadar olacaktır⁴³. Bilhassa fark teorisine göre mal varlığında herhangi bir eksilme doğmayan durumlarda (genellikle kabul edilen görüş olan) fark teorisinin uygulanabilir olmadığını veya uygulanması halinde çok büyük zorluklarla karşılaşıldığını söyleyerek zararın, malvarlığı farkı olarak görmek yerine piyasada para ile elde edilebilen bir varlığın ihlali olarak görülmesini önermektedir⁴⁴.

iv. Normatif Zarar Teorisi

İlk üç teoride zamanla ortaya çıkan eksiklikleri tamamlamak veya yeniden yorumlayarak yeni çıkış yolları bulmayan bu teori, çalışmamız içindeki önemi nedeniyle daha ayrıntılı olarak aşağıda ele alınacaktır.

III. NORMATİF ZARAR TEORİSİ VE UYGULANMASI

A. Normatif Zarar Kavramı

Zararı açıklamaya yönelik kabul edilen teoriler, günün koşullarına cevap veremez hale gelince, ortaya çıkan bazı olaylarda, benimsenen teori-

⁴¹ Keskin, s. 53-54.

⁴² Neuner, Robert: "Interesse und Vermögensschaden", AcP 133, Y. 1931, s. 290-292. Aynı yönde bilgi için ayrıca bkz.: Deutsch, s. 499.

⁴³ Keskin, s. 54-55.

⁴⁴ Neuner, s. 290. Aksi yönde bkz.: Löwe, Walter: "Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?", NJW 1964, H. 16, s. 701, yazara göre zarar, subjektif unsurlarla birlikte değerlendirilmeli, eşyanın piyasadaki değeri yanında sahibinde meydana getirdiği eksiklikler de hesaba katılmalıdır.

lere göre zararın doğduğu kabul edilemezken⁴⁵ bu durum adalet ve hakkaniyete uygun düşmemektedir⁴⁶. Bu nedenle de zarar kavramına farklı açılardan bakılmasında yarar olacağı düşüncesi ile normatif zarar teorisi öne sürülmüştür⁴⁷. Normatif zarar, zarar görenin mal varlığında fark teorisi bağlamında herhangi bir eksilme meydana gelmese de normatif olarak, yani hukukî değerlendirmelerle, bazı hususların zarar kalemine eklenmesi sonucu ortaya çıkar⁴⁸. Örneğin, bir aracın kaza yapması halinde aracın tamiri süresi boyunca kullanılamaması nedeniyle soyut kullanım hakkından mahrum kalmak, mal varlığı değerinde eksilmeye yol açmasa bile normatif teoriye göre zarar kalemi sayılabilmekte ve tazmini istenebilmektedir⁴⁹.

i. Alman Hukukunda

Normatif zararların kabul edilmesi yönünde ilk belirlemeler Alman hukukuna aittir. Aslında mal varlığı değeri olarak sayılıp zarar görmesi halinde tazmini gerekmeyecek birtakım hususlar bu teori sayesinde mal varlığına değer olarak eklenebilmektedir. Yani, para ile ölçülmesi çok da alışılmış bir durum olmayan bazı *özveri ve gönül rahatlığı mahrumiyeti* hallerinin normatif bir değer yargısı (hukukî değerlendirme) ile maddî mal varlığı içinde yer alması ve ihlallerinin maddî tazminatı gerektirmesi esasen normatif zarar teorisinin özü sayılabilir⁵⁰. Normatif zarar teorisi ile maddî bir değer sayılarak mal varlığına dahil edilen hususlar için “kabuk değiştirmiş atipik bir manevî tazminat” ifadesi de kullanılabilir⁵¹.

⁴⁵ **Deutsch**, s. 500; **Honsell**, s. 265-266; **Zeuner**, s. 385; **Roberto**, § 24 vd.; **Brehm**, Art. 41, Rn. 84a vd.

⁴⁶ **Stoll**, s. 13.

⁴⁷ **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 25 vd.

⁴⁸ **Honsell**, s. 266; **Eren**, Borçlar Genel, s. 523 vd.; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 25 vd.; **Karakaş**, Fatma Tülay: “Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, AÜHFD, C. 55, S. 2, Y. 2006, s. 148 (Karakaş, Çalışma Gücünün Kaybı); Benzer yönde görüş için bkz.: **Nörr**, s. 5; **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 1, yazarlara göre normatif zarar teorisi ile fark teorisinin her halde ortak noktası zararın para ile ölçülebilmesidir (*meßbar in Geld*).

⁴⁹ **Detlefsen**, Peter: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969, s. 25; **Keskin**, s. 57.

⁵⁰ **Lange/Schiemann**, s. 187 vd.; **Serozan**, Rona: “Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, s. 73.

⁵¹ **Serozan**, s. 73.

Alman hukukunda baskın olarak kabul edilmekte olan *Mommsen*'in fark teorisi⁵² yanında normatif zarar teorisinin de doğmuş ve kabul edilebilir olmasının asıl sebebi olarak manevî tazminatın kapsamının çok dar tutulması gösterilebilecektir⁵³. Zira BGB § 253/1'e göre manevî zararların tazmini kanunun sınırlarını çizdiği bazı alanlar için söz konusudur ve bunların dışında manevî zararın parayla tazmini istenemez⁵⁴.

ii. Türk-İsviçre Hukukunda

Türk-İsviçre hukukunda bu teori azınlıkta kalmakta ve pek fazla kabul görmemektedir⁵⁵. Bunun en temel nedeni ise, zararın *fark teorisine* göre mal varlığı değerlerindeki eksilme yoluyla belirleniyor olmasıdır. Eğer mal varlığında eksilme yoksa zarar da yoktur, zarar yoksa tazmin de söz konusu olmayacaktır. Bir başka sebep de, kanımızca, normatif zarar teorisi ile, aslında manevî zarar olarak kabul edilebilecek hususların (manevî zararın dar düzenlenmesi nedeniyle tazmin edilememesinden) maddî zarar grubuna sokulmasının bu hukuk sisteminde ihtiyaç olarak görülmemesidir. Mevcut sistemde manevî zararlar (kanundaki diğer şartların da oluşması koşuluyla) konu sınırı konulmaksızın istenebilmektedir.

⁵² **Brinker**, s. 43; **Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018, Einf. § 823, Rn. 24; **Lange/Schiemann**, s. 50 vd.; **Nörr**, s. 5.

⁵³ Benzer şekilde bkz.: **Deutsch**, s. 500; Avusturya hukukunda da para ile tazmin ikincil nitelikte olup aynen tazmin yoluna gidilmektedir. Hatta aynen tazminin en iyi tazmin yolu olduğu ileri sürülmektedir. Bilgi için bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 8.

⁵⁴ **Grüneberg**, Palandt BGB, § 253, Rn. 2; **Deutsch**, s. 500-502; **Lange/Schiemann**, s. 50; İstisnai sayılabilecek karar örnekleri ve açıklamalar için ayrıca bkz.: **Nörr**, s. 1 vd., bu tutumun aynen devam etmesi gerektiğini düşünen yazar, bu kuralı Fransız hukukundaki uygulamalar ile karşılaştırmakta, Fransız hukukundaki geniş kapsamlı uygulamalar nedeniyle neredeyse her talepte tazmin kararı verildiğini belirtmekte ve bu durumu eleştirmektedir. BGH'nin vermiş olduğu BGH I ZR 151/56 kararında ve daha sonraki kararlarında mahkemenin, yerinde bir tutum ile, manevî zarar karşılığında para ödenmesini reddetmeye yönelik tavır takındığını belirtmiştir (**Nörr**, s. 4). Karar için ayrıca bkz.: BGH I ZR 151/56 am 14.02.1958, https://www.prinz.law/urteile/bgh/I_ZR_151-56, E.T.: 24.04.2018.; ayrıca bkz.: **Burcuoğlu**, Halûk: "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", DÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 1984, s. 163 vd.

⁵⁵ **Honsell**, s. 265 vd.; **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995, § 6, Rn. 371 vd.; BGE III 126 388; **Gutmann**, s. 149; **Roberto**, § 24, Rn. 24.01; **Brehm**, Art. 41, Rn. 84c; **Eren**, Borçlar Genel, s. 523-524; **Oğuzman/Öz**, s. 41-42; **Nomer**, s. 22; **Burcuoğlu**, s. 168-170; **Büyüksağış**, s. 215 vd.; **Karakas**, Normatif Zarar, 125-126.

B. Normatif Zarar Teorisinin Uygulanabileceği Alanlar

Normatif zarar teorisinin uygulanması sonucu zarar olarak sayılabilen ve ihlalleri halinde tazmini gereken zarar grupları şu şekildedir⁵⁶:

i. Tatil Zamanının Beklendiği Gibi Geçmemesi

Tatilden beklenen faydanın elde edilememesi bu teoriye göre zararın doğumuna neden olabileceği için tazmini de gerektirebilir⁵⁷. Zararın doğumu ise sözleşme veya sözleşme dışı sorumluluk kurallarına dayanılarak meydana gelebilecektir⁵⁸.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tatilden beklenen faydanın hiç veya gereği gibi sağlanamamış olması hali ile ilgili olarak BGH'nin 1956 tarihli ünlü "Gemi Seyahati Kararı" verilmeden evvel, tatil zamanında elde edilen menfaatin mal varlığı değeri olup olmadığı tartışılmış, fakat ilk kez bu kararlar olumlu yönde cevap verilmiştir⁵⁹. Karara konu olayda davacı, eşiyle birlikte 27 Mart 1952'de Rotterdam'dan Kanarya Adaları'na gidecek ve 18 gün sürecek olan gemi seyahati satın almıştır. Fakat gümrükte meydana gelen işlemler nedeniyle davacının valizi ancak 7 Nisan 1952 günü Orotawa'ya⁶⁰ ulaşabilmiştir. 7 Nisan 1952 tarihine kadar geçen sürede davacı ve eşi, üzerinde bulunan kıyafetlerle tatillerini yapmak zorunda kaldık-

⁵⁶ Bu alanların giderek daha güncel tartışmaları bünyesinde barındırdığı hakkında bkz.: **Brinker**, s. 32.

⁵⁷ **Grunsky**, Wolfgang: "Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden", NJW 1975, H. 14, S. 609, s. 609-612; **Deutsch/Ahrens**, s. 207 vd.; **Deutsch**, s. 500 vd.; **Sprau**, Hartwid: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018, § 651f, Rn. 1-6; **Roberto**, § 24, Rn. 24.04; **Brinker**, s. 65 vd.; Ticarileştirme veya boşa çıkma teorisi yardımıyla zarar olarak kabul edilen, tatil zamanından elde edilmesi beklenen zevkin elde edilememesi nedeniyle normatif olarak zararın doğumunu kabul eden durumlara *benzer* bir başka durum da yapılan masrafın boşa çıkması halinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesidir. Bu konuda verilen en klasik örnek ise alınan tiyatro biletinin ortaya çıkan zararlı müdahale nedeniyle kullanılamaması nedeniyle zararın doğmuş kabul edilmesidir. Zira tiyatro bileti alarak oyunu izlemek ve karşılığında elde edilecek mutluluk veya haz (*Gemuss*), piyasada para karşılığı olabilen bir değer olarak kabul edilmektedir. Ayrıntı için bkz.: **Martens**, Sebastian: "Schadensersatz für entgangene Theaterfreuden?", AcP 209, Y. 2009, s. 445 vd.; **Brinker**, s. 56 vd.; **Zeuner**, s. 386; benzer şekilde bkz.: **Deutsch**, s. 525 vd. Avusturya hukukundaki uygulama için ayrıca bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 235 vd.

⁵⁸ **Brinker**, s. 85 vd; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 80-81.

⁵⁹ BGH NJW 1956, s. 1234 veya BGH III ZR 243, 54, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1956-05-07/iii-zr-243_54/, E.T.: 28.04.2018; Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz.: **Brinker**, s. 65 vd.

⁶⁰ Orotawa, Kanarya Adaları'ndan biri olan Tenerife'nin kuzeyindeki bir kasabadır.

larını, tatilden bekledikleri rahatlığı sağlayamadıkları için 600 DM zararları olduğunu, ayrıca valizin Rotterdam'dan Orotawa'ya getirilmesi için ekstra 200 DM ödediklerini, bu nedenle de faizleri hariç olmak üzere 800 DM zarar gördüklerini belirtmişlerdir. Davalı ise valizlere yapılan işlemlerin 9 Mart 1950 tarihli Gümrük İdaresi Direktifine dayandığını, bu direktif gereğince valiz içeriği ile ilgili şüphe oluştuğunda incelemenin uzun sürebileceğini ve buna da davacının katlanması gerektiğini beyan etmiştir. Mahkeme ise tüm seyahat ücreti olan 1.800 DM'yi de göz önüne alarak tatilden beklenen faydanın sözleşmeye dayalı olduğunu ve sözleşmeye dayanarak satın alınan faydanın sağlanmadığını gerekçe göstererek davacıya 100 DM, davacının eşine 200 DM ödenmesine karar vermiştir⁶¹.

Bu gelişme, pek çok mahkeme kararına ön ayak olması dışında 04.05.1971 tarihinde kabul edilip 10.05.1971 tarihli Alman Resmî Gazetesi'nde yayınlanan Medeni Kanunun Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Gezi Sözleşmesi Kanunu) ile BGB § 651 hükmü değiştirilmiş⁶², özellikle § 651f ile tazmin yükümlülüğü getirilmiştir. BGB § 651f'nin 2. fıkrasına göre davacı, boşa geçen tatil zamanı için de (*auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit*) uygun bir miktar paranın (*eine angemessene Entschädigung in Geld*) kendisine ödenmesini isteyebilir⁶³.

Tatilden umulan faydanın elde edilememesi nedeniyle doğan zararların tazmini hususunda Türk hukukunda da pozitif düzenleme mevcuttur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 51/8. fıkrasının son cümlesi "Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir." şeklindedir. Bu cümle tatil zamanının boşa harcanmasına tazmin yükümlülüğü getirerek "tatil zamanını" mal varlığı değeri olarak saymıştır⁶⁴. Fakat Türk hukukunda bu zararın normatif zarar olup olmadığı hususu tartışmalıdır⁶⁵.

Haksız fiil nedeniyle tatil zamanının beklendiği gibi geçmemesi sebebine dayalı olarak verilen kararlar ilk önceleri olumsuz yönde seyretmiştir⁶⁶.

⁶¹ **Brinker**, s. 83.

⁶² Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevetragsgesetz), BGBl 1979, Teil I, Nr. 23, s. 503, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl179s0509.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl179s0509.pdf%27%5D__1558172578248, E.T.: 28.04.2018.

⁶³ **Brinker**, s. 72.

⁶⁴ **Zevkliler**, Aydın: "Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar", Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, C. III, İstanbul 2016, s. 799 vd.

⁶⁵ Tartışmalar için bkz.: **Zevkliler**, s. 813-816.

⁶⁶ **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 87.

Örneğin, BGH'nin 22.02.1973 tarihli ve III ZR 22/71 sayılı kararında davacı, davalının kurallara uymaması nedeniyle kaza yaptığını, aracında meydana gelen zararları ve kaza nedeniyle mahrum kaldığı tatil zevki (*Urlaubsfreude*) zararının ödenmesi gerektiği yönünde dava açmıştır⁶⁷. Mahkeme ise davacının kişilik haklarının zarar görmemesi nedeniyle 300 DM tutarındaki tatil zevkinden mahrum kalması yönündeki tazmin talebini reddetmiştir. Daha sonra verilen başka bir kararda da mahkeme, tatilden elde edilecek zevkin ticarileştirilemeyeceği, bunun yerine varsa manevis tazminatın istenebileceğine hükmetmiştir⁶⁸. Karara konu olayda davacı, doktor olup karşı tarafın ağır vasıta aracıyla yaya yolunda kazaya uğramış, kaza sonucu aldığı hasar nedeniyle 20 Eylül 1976-19 Ekim 1976 arasında çalışmadığını ve gelir kaybına uğradığını, 15 Eylül'de ise 21 gün sürecek tatili olması nedeniyle tatile de çıkamadığını belirterek 10.873,69 DM tutarında zararının ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme ise zararların ispat edilemediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. BGH ise diğer dairelerin farklı zamanlarda verdiği kararları da gerekçe göstererek tatil zevkinin ticarileştirmesine karşı çıkıp talebi reddetmiştir.

ii. İş Gücünün Zarar Görmesi

İş gücü kaybının da normatif zarar teorisi bağlamında zarar olarak kabul edilip tazmini gerekebilmektedir⁶⁹. Özellikle BGB § 843-845'te konuyla ilgili düzenlemeler yapılmış, bir kimsenin iş gücü kaybına sebebiyet verenin, ortaya çıkan zarardan sorumlu olması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁰. Bu sonuca varılmasını sağlayan kararı BGH 1962 tarihinde vermiştir⁷¹. Karara

⁶⁷ BGH III ZR 22/71 am 22.02.1973, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_22-71, E.T.: 18.05.2019.

⁶⁸ BGH VI ZR 222/80 am 11.01.1983, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_222-80, E.T.: 28.04.2018.

⁶⁹ Normatif zarar kavramının Alman hukukunda ilk kullanımlarından birisi de *Selb* tarafından yapılmıştır. Bir iş yerinde çalışan işçiye zarar verilmesi, işçinin dört hafta boyunca işe gelememesi, bu süre boyunca işçinin hizmetinden yoksun kalan işverenin, zararı ortaya çıkaran karşı taraftan, işçiye dört hafta boyunca ödediği parayı isteyip isteyemeyeceği ile başlayan tartışmalar hakkında bkz.: **Selb**, Walter: Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963, s. 53 vd. Avusturya hukukundaki uygulama için bkz.: **Huber**, Christian: Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993, s. 441 vd.

⁷⁰ **Sprau**, Palandt BGB, § 843, Rn. 2-3, 8; **Deutsch/Ahrens**, s. 197-198; **Magnus**, s. 241; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 91-92; **Karakaş**, Çalışma Gücünün Kaybı, s. 147. Avusturya hukukundaki uygulama hakkında ayrıca bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 241 vd.

⁷¹ BGH VI ZR 244/61 am 25.09.1962, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_244-61, E.T.: 28.04.2018.

göre, bacağının alt kısmı, evlenmeden evvel (1946 yılında) geçirdiği bir trafik kazası nedeniyle engelli olan, 1955 yılında evlenen kadının normal birisine göre ev işlerinin görülmesinde daha fazla para harcayacağı doğaldır. Bu nedenle de zarar gören tarafın zararının tazmini gerekmektedir. BGH'nin verdiği başka bir kararda ise iş gücünün kaybı esasen tek başına sorumluluk hukuku mantığına göre zarar sayılmaz, fakat işi yerine getirmede ortaya çıkan kayıplar (*entstandener Ausfall der Arbeitsleistung*) zarar sayılabilir⁷². Mahkeme, tazminat şartı olarak işlerin zarar gören kişi tarafından yapılıyor olmasını aramakta iken doktrinde bu husus eleştirilmiştir⁷³.

Doktrinde, salt soyut iş gücü kaybının zarar teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. *Neuner*, iş gücünün kaybını maddî zarar olarak görmemektedir⁷⁴. *Stoll* ise iş gücünü, kişiliğin ekonomik açıdan en değerli unsuru olarak görmektedir⁷⁵. Ona göre iş gücünün değeri, sübjektif olarak kişiye kattığı değerler de ele alınarak belirlenir⁷⁶. *Magnus* ise iş gücü kaybının tazmin edilebilir olduğunu, tazminat belirlenirken de prensip olarak “aynı” tazmin belirlenmesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre beş yaşındaki bir çocuk ile çok başarılı bir iş insanı ya da yaşlı birinin uğradığı zarar aynıdır⁷⁷. Hatta yazara göre, kaybedilen iş gücü kaybı yerine ikame iş gücüne başvurulmasa ve ücret ödenmese bile sadece iş gücü kaybı nedeniyle tazminat ödenmek zorundadır⁷⁸. *Grüneberg* ise iş gücü kaybının sadece piyasada değeri olan bir parasal karşılığının olması halinde tazmin edilebilir olduğunu savunmaktadır⁷⁹. İsviçre hukukunda *Roberto* da ev işlerini yapan eşin iş gücü kaybının normatif zarar olarak kabul edilmesi gerektiğini, hatta iş gücü kaybı nedeniyle ikame yapıp yapılmamasının önemli olmadığını belirtmektedir⁸⁰. *Honsell* ise soyut iş gücü kaybının değil somut kayıpların tazmin edile-

⁷² BGH VI ZR 212 68 am 05.05.1970, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_212-68, E.T.: 28.04.2018. İş (çalışma) gücü kaybı Federal İş Mahkemesi tarafında verilen bir kararda (BAG 24.04.1970, JZ 1970, 380 (381)) bağımsız olarak mal varlığı değeri sayılmıştır. Ayrıntı için bkz.: **Magnus**, s. 240; **Karakaş**, Çalışma Gücünün Kaybı, s. 146.

⁷³ **Magnus**, Ulrich: Schaden und Ersatz, Tübingen 1987, s. 244, yazara göre, gelecekte üstlenilmesi düşünülen işler nedeniyle de tazmin söz konusu olabilmelidir.; **Brinker**, s. 174 vd.

⁷⁴ **Neuner**, s. 289.

⁷⁵ **Stoll**, s. 24.

⁷⁶ Zararın genel olarak hesaplanması ile ilgili aksi yönde görüş için bkz.: **Lange/Schiemann**, s. 51.

⁷⁷ **Magnus**, s. 258-259.

⁷⁸ **Magnus**, s. 241.

⁷⁹ **Grüneberg**, Palandt BGB, § 249, Rn. 66.

⁸⁰ **Roberto**, § 25, Rn. 25.08.

bileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, ev işlerine yardım eden kadının iş gücünden yoksun kalması halinde, belli şartlar altında zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸¹.

iii. Kullanım İmkânından Yoksun Kalınması

Zarara uğrayan tarafın kullandığı mal varlığı değeri, zararlı müdahale sonucunda bir müddet kullanılamaz hale gelirse ve bu mal varlığı değeri, yerine aynı türden başka bir mal varlığı konularak ikame edilebilecek türden bir mal varlığı ise zarara uğrayan taraf bakımından olağan sayılabilecek durum “yerine yenisinin ikame edilmesidir”. Örneğin, kiraladığı taşınmazı zararlı müdahale sonucunda bir müddet kullanılamaz hale gelen kişi, yenisini⁸² kiralarak söz konusu kullanım ihtiyacını yeni taşınmazdan karşılar. Bu ihtimalde ise yeni kiralama giderleri doğacaktır. Zarara uğrayanın mal varlığında bir eksilmeye neden olan bu işlemin ortaya çıkardığı zarardan ise fark kuramı neticesinde zararlı müdahaleyi yapanın sorumlu olacağı kabul edilebilir⁸³. Söz konusu zarar, yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve hatta buna ek olarak cezaî şart ödenmiş olması şeklinde gerçekleşebileceği gibi ileriye dönük olarak elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalınması şeklinde de gerçekleşebilir⁸⁴.

Kullanım imkânından yoksun kalınması hususunda asıl tartışılmalı konu ise zararlı müdahale sonucunda mal varlığını artık kullanamayan, kullanım hakkından mahrum kalan tarafın yeni, ikame bir mal varlığı edinmemesi halinde bile zarara uğramış sayılıp sayılmayacağıdır, yani “kullanım imkânının” tek başına bir değerinin olup olmadığıdır. Örneğin, taşınmaza verilen zarar sonucu kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle ortada kalan tarafın, yeni bir ikame taşınmaz kiralaması yerine akrabalarında kalması sonucunda mal varlığından herhangi bir eksilmenin oluşmaması halinde bile karşı taraftan tazmin talebinde bulunup bulunamayacağı tartışılabilir.

⁸¹ Honsell, s. 269-270.

⁸² Kiralanacak yeni malın, zarara uğrayan maldan daha değerli olup olamayacağı tartışılmış, bu noktada (bilhassa araçlar bakımından) öncelikle bakılması gereken hususun kişinin mesleki gereksinimleri olduğu belirtilmiştir. Ayrıntı için bkz.: Brehm, Art. 41, Rn. 80b. Benzer yöndeki tartışmalar için bkz.: Brinker, s. 35, 38; Lange/Schiemann, s. 273-274, 278-279.

⁸³ Aynı yönde bkz.: Büyüksağış, s. 213; Brinker, s. 36; Köndgen, Johannes: “Ökonomische Aspekte des Schadensproblems Bemerkung zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs”, AcP 177, Y. 1977, H. 1, s. 18; Lange/Schiemann, s. 274; Nörr, s. 6.

⁸⁴ Büyüksağış, s. 213-214. Yazar, bu konuda *damnum emergens* ve *lucrum cessans* ayırımında her iki tür zararın da istenebilir olduğunu kabul etmektedir.

Zararlı müdahale nedeniyle mal varlığı değeri yok olan veya zarar gören tarafın bu mal varlığında yapılacak tadilat veya tamiratlar nedeniyle oluşacak giderlerden sorumlu olmayacağı, bilakis zararlı sonuca yol açan tarafın sorumlu sayılacağı genel düzenlemeler çerçevesinde aşikârdır⁸⁵. Fakat sırf o mal varlığının kullanım imkânının yok olması nedeniyle zararın oluşup oluşmadığı normatif zarar teorisi kapsamında tartışılmalıdır.

Alman hukukunda, özellikle taşıt kazaları bağlamında konu ele alınmış, bir taşıtın kaza yapması sonucu zarar veren kişinin, ortaya çıkan tamir ve tedarik masrafları yanında başkaca zararlardan sorumlu olup olmayacağı uzunca süre tartışılmıştır⁸⁶. Bu tartışmalara son noktayı ise BGH'nin 1961 tarihli kararı⁸⁷ ile konmuş, ortaya çıkan araç kiralama masraflarından ve ticari değer kaybından zarar verenin sorumlu olacağı kararlaştırılmıştır⁸⁸.

Bu kararın ardından ortaya çıkan ve uzunca zaman konuşulan yeni tartışma ise zarar gören kişinin tamir zamanı boyunca o aracı kullanmayacak olsa bile hususi aracının kullanım eksikliğinin (veya daha açık ifadesiyle kullanım imkânının ortadan kalkmasının) tazmin edilmesinin gerekip gerekmediği yönünde olmuştur⁸⁹. Bu konuya BGH, 1963 yılındaki bir kararında⁹⁰ olumlu yanıt vermiştir. Yani, aracın kullanım imkânından bir kaza sebebiyle yoksun kalınması tek başına zararın doğumu için yeterli görülmüştür⁹¹. Fakat

⁸⁵ Büyüksağış, s. 212-213.

⁸⁶ Lange/Schiemann, s. 273 vd.; Deutsch/Ahrens, s. 202; Detlefsen, s. 1; Brinker, s. 30-33, 43; Larenz, § 15, s. 133; Köndgen, s. 18 vd.; Löwe, s. 702; Nörr, s. 6; Zeuner, s. 390; Burcuoğlu, s. 164; Benzer tartışmanın İsviçre hukukunda da olduğu hususunda ayrıca bkz.: Roberto, § 24, Rn. 24.01; Avusturya hukukundaki durum için bkz.: Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur, s. 285 vd.

⁸⁷ BGH VI ZR 238/60 am 03.10.1961, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_238-60, E.T.: 09.05.2019.

⁸⁸ Deutsch/Ahrens, s. 202-203; Deutsch, s. 500 vd.; Brinker, s. 33-34, yazara göre, kullanım imkânının kaybı halinde para ile tazminin kabul edilip edilmeyeceği yönündeki görüşlerin oluşturulması çok da kolay değildir. Terminolojide bu yönde oluşan açıklamalar, aslında dogmatik temellere dayanmamakta olup daha önceden istikrarlı şekilde kabul edilen (ticarileştirme veya boşa çıkma gibi) görüşlere dayanmaktadır. Bu görüşler ise maddî değeri manevî değerden ayırmayı amaçlamakla birlikte kullanım imkânının maddî değerinin şartlarını düzenlemeyip onun para ile tazminin gerektiğini kabul etmektedir (Brinker, s. 35). Aksi yönde görüş için bkz.: Larenz, § 15, s. 133.

⁸⁹ Detlefsen, s. 1.

⁹⁰ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019.

⁹¹ Löwe'ye göre bu karar, bir aracın kullanım imkânını bağımsız bir değer sayarak sadece trafikte meydana gelen kazalar nedeniyle araçların gördüğü zararlı sonuçlar bakımından uygulanmakla kalmayacak, medeni hukuktaki maddî zarar kavramının manevî zararlar arasındaki sınır hakkında yeni tartışmalara neden olacaktır. Bu bağlamda, amaca uygun

söz konusu karara yönelik olarak aksi yönde pek çok mahkeme kararı ortaya çıkmış⁹², ortaya çıkan bu türden bir zararın maddî zarar değil manevî zarar olduğu, manevî zararın tazminin ise BGB § 253'te sınırlı olarak düzenlendiği, düzenlenen bu sınırlı alana ise aracın kullanım imkânından yoksunluğun sokulamayacağı ve bu nedenle para ile tazminin gündeme gelemeyeceği belirtilmiştir⁹³. Doktrinde çoğunluğu oluşturan görüş ise kullanımın ve eşyanın zarara uğramasının tazmin edilmesi gerektiğini, bu bağlamda olmak üzere, kullanım imkânının zarar görmesinin aslında maddî zarar olarak kabul edilmesinin gerektiğini belirtmiştir⁹⁴. Fakat doktrinde ortaya çıkan tartışmalarda BGB § 253'e göre para ile tazminin şartlarının oluşup oluşmadığından ziyade ne kadarlık bir para ile tazminin gerektiği vurgulanmıştır⁹⁵. İsviçre hukukunda ise aracın zarar görmesi durumunda toplu taşıma kullanılması sebebiyle duyulacak "rahatsızlığın" [tersinden düşünülürse, hususî aracın kullanılmasının vereceği rahatlığın] tek başına zarar olarak görülemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁶.

olmayan veya gereksiz olarak yapılan masrafların maddî zarar olarak görülüp görülme-yeceğini yahut nasıl maddî zarar olarak kabul edilebileceğini etkileyecektir. Yani bu kararı ile BGH, medeni hukuktaki maddî zarar kavramı hakkında yeni gelişmelerin doğmasına sebep olmuştur. Daha fazla ayrıntı için bkz.: Löwe, s. 701. İsviçre hukukunda kullanım imkânından mahrum kalınması tek başına zarar olarak kabul edilmemekte, bu nedenle tazmini reddedilmektedir. Örnek karar için bkz.: BGE 126 III 388. Karara konu olayda bir villanın, yapılan inşa sözleşmesi uyarınca kullanılamaması nedeniyle açılan davada, kullanılmayan kısım için salt kullanım imkânından yoksunluğun tek başına zarar oluşturmayacağı, bu nedenle talebin reddinin gerektiği vurgulanmıştır. İsviçre hukukunda kabul edilmeyen bu görüş, daha da ileri bir aşamaya taşınmış, aracın kullanım imkânı ortadan kalkan kişiden eğer toplu taşımayı yahut kısa mesafe taksi kullanması beklenebiliyorsa ikame araç için ödenen ücreti bile tarafın, zararı veren karşı taraftan istemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bilgi için bkz.: Honsell, s. 267.

⁹² OLG Celle, IX ZS, 9 U 23/64 am 28.10.1964, https://www.jurion.de/urteile/olg-celle/1964-10-28/9-u-23_64/?q=olg+celle+28.10.1964&sort=1, E.T.: 23.06.2018; OLG Celle, V ZS, 5 U 1/65 am 25.03.1965, https://www.jurion.de/urteile/olg-celle/1965-03-25/5-u-1_65/?q=olg+celle+25.03.1965&sort=1, E.T.: 23.06.2018.

⁹³ Detlefsen, s. 4-5; Brinker, s. 35.

⁹⁴ Lange/Schiemann, s. 273; Deutsch/Ahrens, s. 206-207; Deutsch, s. 522; Nörr, s. 7-8, yazar bu sonuca § 253'ün *ratio*'sundan ulaşılabileceğini belirtmiştir; Detlefsen, s. 6-7; Zeuner, s. 392; Neuner, s. 281, 289-290. Aksi yöndeki görüşlerin oluşmasının temel sebebi ise kullanım imkânı, eşyanın değerinden bağımsız bir değer değildir. Bu kabulün aksine verilecek kararlar, zararın tazmini bakımından kabul edilen zenginleşme yasağına (*Bereicherungsverbot*) aykırı görülebilecektir. Ayrıntı için bkz.: Brinker, s. 44-45. Honsell'e göre burada yapılan işlem aslında manevî zarar kalemi içerisinde yer alan zararın "ticarileştirilmesi" ve tazmin edilmesidir (Honsell, s. 267).

⁹⁵ Brinker, s. 35.

⁹⁶ Brehm, Art. 41, Rn. 81.

Tartışma konusu olan bir başka husus ise tamirat veya tadilat süresi içerisinde ikame araç alınmasa bile zararın doğup doğmayacağıdır. BGH'nin 1963 tarihli kararında⁹⁷ bu tartışmalara da cevap verilerek tamirat süresi içerisinde ikame araç edinilmese bile maddî zararın doğduğu kabul edilmiştir⁹⁸. Verilen bu kararlar bir aracın kullanımının ortadan kaldırılması nedeniyle maddî ve manevî zararların doğup doğmayacağı konusundaki dogmatik sorunlara neden olmuştur. Ayrıca BGH'nin 1966 yılında verdiği kararla⁹⁹ aracın kullanım hakkının ortadan kalkması bağımsız bir zarar kalemi olarak kabul edilmiştir. Bu kararında mahkeme “kullanım imkânının” aracın kendi maddî değerinden bağımsız bir değeri olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰. Aslında bir aracın kullanım imkânının, söz konusu mahkeme kararlarında kabul edildiği gibi, maddî bir değer olarak kabul edilmesi ticarileştirme teorisi ile mümkün olmuştur. Buna göre, bir aracın kullanım imkânının meydana gelen bir kaza ile sahibinin elinden alınması, tamir zamanı boyunca malikin o malı kullanmaktan mahrum kalması nedeniyle ve malın esas (piyasadaki) değerinden bağımsız kullanım değerinin kabulü ile zararın tazminini gerektirir¹⁰¹.

Aracın kaza yaptığı ve onarıldığı sırada ortaya çıkan yoksunluğu nedeniyle kusurlu taraftan zararın tazminini istenebilmesi için kullanım imkânının ortadan kalkmasının yeterli kabul edilmesi bir süre için geçerliğini korumuştur. Fakat BGH 1965 yılında verdiği kararı¹⁰² ile bu duruma yönelik bazı sınırlamalar getirmiştir. Karara göre kullanım imkânından yoksun kalınması nedeniyle zararın tazminini isteyebilmek için zarar görenin aracı kullanma isteği ve farazî kullanım imkânının (aracı kullanılabilirlik) aranması gereke-

⁹⁷ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz.: BGH VI ZR 271/64 am 15.04.1966, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_271-64, E.T.: 09.05.2019.

⁹⁸ **Lange/Schiemann**, s. 283 vd.; **Deutsch/Ahrens**, s. 207; **Deutsch**, s. 522 vd.; İsviçre hukukunda ise bir aracın zarar görmesi nedeniyle kullanılmamasından dolayı zararın tazminini isteyebilmek için ikame araç edinmek gereklidir. Bilgi için bkz.: **Honsell**, s. 266. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise eğer araç kullanım amacına uygun kullanılırsa veya yaşamın devamı için kullanılması zorunlu ise bu halde kullanım imkânından mahrum kalma halî için tazminat istenebilir. Bilgi için bkz.: **Oftinger/Stark**, § 6, Rn. 371.

⁹⁹ BGH VI ZR 271/64 am 15.04.1966, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_271-64, E.T.: 09.05.2019.

¹⁰⁰ **Detlefsen**, s. 1; **Deutsch**, s. 522.

¹⁰¹ **Brinker**, s. 37, yazara göre, bir aracın kullanılabilir halde olması, onun verdiği rahatlık, sürekli mobil olabilme (bir yerden başka bir yere bu araçla gidebilme ihtimal ve imkânı) para ile satın alınabilir ve ticarileştirme teorisi ile değerlendirilebilir [değer atfedilebilir], (**Brinker**, s. 37-38).

¹⁰² BGH III ZR 62/64 am 13.12.1965, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1965-12-13/iii-zr-62_64/, E.T.: 09.05.2019.

cektir. Yani bu devrede zarar gören kişinin kullanım isteği veya bu yönde bir ihtiyacı olmazsa ve diğer tüm şartlarla birlikte değerlendirildiğinde aracı zaten bu zaman diliminde, araç sağlam olsaydı bile kullanamayacak veya kullanmayacak idiyse artık sırf kullanım imkânının ortadan kaldırılması (kullanım imkânının araç sahibinin elinden alınması) zararın tazmini için yeterli olmayacaktır¹⁰³. Çünkü ortada hissedilebilir (*fühlbar*) bir eksiklik (yoksun kalma hâli) ve zarar söz konusu değildir.

Kullanım imkânından yoksunluk sadece taşıtlar bakımından değerlendirilmemelidir. Her türlü taşınır veya taşınmaz eşyanın kullanılmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararda, zarar veren kişi yahut kişilerin sorumluluğuna hükmedilebilmelidir. Örneğin bir otel odasının veya bir havuzun belirli bir süre kullanılmaması da zararın doğumuna yol açabilecektir¹⁰⁴. Burada önemli olan husus, söz konusu zarara uğrayan eşyanın kullanılabilir ve karşılığında bir değer elde edilebilir eşya olmasının gerekli ve yeterli olmasıdır. Bu bağlamda olmak üzere fikrî mülkiyete konu olabilecek hususlar hakkında da söz konusu teori uygulanmaktadır¹⁰⁵.

IV. KULLANIM İMKÂNINDAN YOKSUN KALINMASININ TAZMİNAT DAVASINDA UYGULANMASI SORUNU

Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle mal varlığı değerini bir süre kullanmayan malikin, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraftan tazminat isteyip isteyemeyeceği değerlendirilirken, zarar kavramına ve zararı açıklamaya çalışan görüşlerden normatif zarar teorisine bilhassa değinmekte fayda vardır. Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmini konusunda normatif zarar teorisinin ortaya koyduğu uygulama alanlarından “kullanma imkânından yoksunluk” özel öneme sahiptir. Zira ihtiyatî tedbir kararı haklı da olsa malın kullanımını bir süre engellenebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 391'e göre mahkeme, ihtiyatî tedbire konu olan mal veya hakkın korunması için muhafaza altına alınmasına yahut bir yediemine tevdiine karar verebilir. Muhafaza veya tevdiin amacı, mal veya hak üzerinde devam eden sakıncanın ortadan kaldırılması veya malda meydana gelebilecek zararın engellenmesidir. Bu amaçla sadece muhafaza veya yediemine tevdi değil amaca hizmet edebilecek her türlü tedbire mahkemece karar verilebilir. Fakat uygulamada sıkça hak üzerindeki sakıncayı ortadan kaldıracak muhafaza ve yediemine tevdi söz konusu olmaktadır.

¹⁰³ Detlefsen, s. 2; Brinker, s. 47-50; Zeuner, s. 391-392; Burcuoğlu, s. 165.

¹⁰⁴ Detlefsen, s. 2-3; Brinker, s. 49-50.

¹⁰⁵ Brinker, s. 39; Nörr, s. 8; Zeuner, s. 392.

Açıklamalarımıza örnekler üzerinden devam edersek, mülkiyeti çekişme konusu olan, site içerisindeki bir yazlığın üzerinde alacaklı olduğunu iddia eden tarafın talebi ile ihtiyatî tedbir kararı konduğunu, taşınmazın tapu siciline devir yasağı işlendiğini, borçlunun yazlığa girip zarar vermesini engellemek adına kapı kilidinin değiştirildiğini ve site bekçisine durumun bildirilerek hiç kimsenin kullanımına izin verilmemesinin sağlandığını var sayalım.

İhtiyatî tedbir kararı kural olarak tüm yargılama boyunca devam edeceğinden bu süre boyunca borçlu taraf söz konusu yazlığı kullanamayacaktır. İşte bu noktada borçlunun sadece yazlığı kullanamamak nedeniyle zararının doğup doğmadığının tespiti çok güçtür. Zira, zararın tespiti konusunda Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen fark teorisine göre, taşınmazın mülkiyeti halen borçlunun üzerinde olduğu için toplam mal varlığında herhangi bir eksilme olmamıştır. Hatta yazlığı kullanmadığı için eskimemiş, yapması gereken bakım masraflarını yapmamış ve mal varlığında bu kalemlere harcama yapılmadığı için fazlalık bile oluşmuştur. Fakat borçlu, her yıl tatil yapan, yaz tatiline önem veren, dinlenmek ve rahatlamak için yazlığı kullanan birisi ise yazlığını kullanamasa da tatile çıkabilecektir. Örneğin başka bir yazlığı kiralayacak ve masraf yapabilecektir. Yapılan bu masraflar ise haksız olarak ihtiyatî tedbir kararı aldırıp uygulatan alacaklıdan istenebilmelidir.

Yeni bir yazlık kiralamayan veya başka bir şekilde masraf yaparak tatile çıkmayan borçlu açısından ise mal varlığının aktiflerinde bir eksilme olmayacağı için zarar da söz konusu olmamakla birlikte bu durum, kişinin manevî yönden kendisini kötü hissetmesine sebep olursa manevî zararının doğduğunu kabul ile manevî tazminat davası açılabilir. Çünkü manevî tazminat, kişinin *özveri ve gönül rahatlığı mahrumiyetini* telafi edebilmektedir.

Başka bir örnekle devam edersek, borçlunun sadece yaz aylarında kullandığı teknesi kış ayları içinde ihtiyatî tedbir kararı ile limana bağlanır ve kullanımına izin verilmezse salt kullanım imkânından yoksunluk, borçlu lehine bir tazminata hükmedilmesine neden olmamalıdır. Zira ortada mal varlığı değerlerinde bir eksilme olmadığı gibi normatif zarar kabul edilse bile kullanım ihtiyacı doğmadığı için zarar da doğmayacaktır. Fakat ihtiyatî tedbir kararı yaz aylarında borçlunun kullanımını engellerse borçlunun bu yönde yapacağı ikame masrafları maddî zarar kapsamında değerlendirilerek tazmin edilebilecektir.

Bir diğer örnekte, sergilenmekte olan yağlı boya resimler üzerinde uygulanan ihtiyatî tedbir kararı nedeniyle sergi yarıda kalır ve kapatılırsa,

söz konusu resimlerin kullanım imkânından yoksun kalınması maddî zarara sebep olacağından maddî tazminat davası ile tazmin edilebilecektir.

Verilen tüm örneklerden de anlaşılabilceği üzere, kullanım imkânından yoksun kalınması, Alman hukukunda manevî zararın tazmini ile ilgili kısıtlamanın hukuk sistemimizde olmaması da dikkate alındığında, tek başına bir zarar kalemi olarak alınmamalıdır. Eğer kullanım imkânından yoksun kalma başkaca zararlı sonuçlara sebebiyet veriyorsa ancak bu halde zararın tazmini istenebilmelidir. Normatif zararın kabulü halinde her haksız ihtiyatî tedbir kararında borçlu somut olarak zarar görmese bile soyut kullanım hakkının elinden alındığını ileri sürerek tazminat davası açacak, bu durum ise uygulamada dava sayılarının artmasına neden olabilecektir. Ayrıca, manevî zarar olarak değerlendirilebilecek bazı hususlar normatif zarar olarak görülür ve maddî zarar kategorisine dahil edilirse maddî zarar-manevî zarar ayrımı ortadan kalkabilecektir¹⁰⁶. Bu nedenle, zaten maddî veya manevî tazminat davası ile tazmini istenebilecek talepleri normatif zarar teorisi ile değerlendirmek kanımızca doğru olmayacaktır¹⁰⁷. Yani, normatif zarar teorisine başvurularak zarar kalemleri yaratmak haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası bakımından gerekli değildir.

Bunların yanında, bir malın kullanım imkânı, kullanım hakkının aksine, tek başına devredilebilen veya haczedilebilen bir mal varlığı değildir. Bir malı bir süre içinde kullanabilme imkânı soyut bir kavram olup asıl haktan bağımsız olarak devri veya paraya çevrilmesi mümkün değildir. Alman hukukunda kabul edilenin¹⁰⁸ aksine, kullanım imkânının eşya değerinden bağımsız bir değeri yoktur. Ticarileştirme teorisi (*die Kommerzialisierungstheorie*) bağlamında ele alınan soyut kullanım imkânı (*abstrakte Benutzungsmöglichkeit*), parasal bir değere sahip görülmektedir. Yani bu teoriye göre soyut kullanım imkânı parasal bir değer karşılığı piyasada alınıp satılabilir ve eşya değeri yanında maddî değere sahip (*einen selbstständigen Vermögenswert neben dem Sachwert*) görülmekle birlikte

¹⁰⁶ Nomer, s. 23-24.

¹⁰⁷ Benzer şekilde bkz.: Eren, Borçlar Genel, s. 523-524; Zevkliler, s. 814-815; Burcuoğlu, s. 173; Nomer, s. 22-25; İsviçre hukukunda haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan zararlarda (bilhassa kullanım imkânının yoksunluğu hallerinde) normatif zarar teorisinin toptan reddedilmesinin çok da doğru olmayacağı yönünde görüş için bkz.: Gutmann, s. 149; ayrıca bkz. Roberto, § 25, Rn. 25.07.

¹⁰⁸ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019; BGH III ZR 62/64 am 13.12.1965, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1965-12-13/iii-zr-62_64/, E.T.: 09.05.2019; Detlefsen, s. 16; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 14c.

sadece bu hakkın (soyut kullanım hakkının) ihlali (*Beeinträchtigung einer abstrakten Benutzungsmöglichkeit*) bile tazminat için yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁹. Fakat biz bu görüşe, üzerine ihtiyatî tedbir kararı konulan mal varlığı açısından katılamamaktayız. Eğer soyut kullanım imkânı, bir malı kullanma hakkı gibi parasal bir değer olarak görülürse sadece soyut kullanım imkânının örneğin haczi ve satışı mümkün olacak, [özellikle ihtiyatî haciz açısından] üzerine geçici hukukî koruma kararı konulan mal varlığı değeri, esas eşya değerinden bağımsız bir değerın satışı ile borca garanti sağlayabilecekti. Soyut kullanım hakkı mal varlığı değerlerinin yazıldığı bilançoda da yer alan bir değer olarak görülemediği için bağımsız ve ihlal edilebilecek bir unsur olarak görülmemelidir¹¹⁰.

Alman hukukunda kabul edildiği üzere, yoksun kaldığı kullanma imkânına konu mal varlığı değerinin birden fazlasına sahip olan borçlu, yine de normatif olarak zarar gördüğünü dile getirerek tazmin talebinde bulunabilecektir. İki adet sürat teknesi olup birinin üzerine haksız ihtiyatî tedbir kararı konup uygulanan borçlu, sırf bu görüşün kabulü nedeniyle alacaklıdan tazminat talebinde bulunabilecektir ki, bu durum tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılamaması yasağına (*Bereicherungsverbot*) aykırılık teşkil edecektir.

Sadece manevî hazzı için satın aldığı, baktıkça mutlu olduğunu söylediği tablosuna ihtiyatî tedbir kararı ile el konulan borçlunun, tedbirin haksız çıkması halinde tablonun soyut kullanım hakkından yoksun kalması nedeniyle normatif zarar bağlamında tazminat davası açamaması gerekecektir. Fakat bu ihtimalde manevî olarak zarar görmüşse borçlu, manevî tazminatın diğer şartlarının da bulunması koşuluyla manevî tazminat davası açabilecektir. Bu örnekte de görüleceği üzere, normatif zarar teorisinin maddî zarar addettiği ve tazminini emrettiği zarar grupları (özellikle de manevî zarar) Türk-İsviçre hukukunda zaten diğer tazmin yolları ile karşılanabildiği için normatif zarar teorisine gidilmesine gerek kalmamaktadır.

Normatif zarar teorisinin kabul edilmesi ayrıca çok ve gereksiz dava açılmasına da sebebiyet verebilecektir. Hak arama yolundan beklediğini elde edemeyen, bir hakkından yoksun kalan veya günlük yaşamda herhangi bir olumsuzlukla karşılan taraf, bu teori bağlamında gereksiz davalar açabilecektir. Aynı şekilde, nelerin normatif zarar sayılıp tazmininin gerektiği

¹⁰⁹ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz.: **Köndgen**, s. 18-19.

konusundaki sınır koyma faaliyeti de çok kolay olmayacağından bu teorinin uygulanmaması doğru olacaktır¹¹¹.

SONUÇ

Talepte bulunan tarafın haklarını koruma amacıyla mahkemece karar verilen ve şartları Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 ve devamı hükümlerinde düzenlenen ihtiyatî tedbir, bünyesindeki aciliyet gereği çok teferruatlı incelemeye tâbi olmamaktadır. Kanun koyucu da yaklaşık ispat ve karşı tarafın dinlenmemesine müsaade ettiği için hukuka uygun bir mahkeme kararına dayanan ihtiyatî tedbir kararları her zaman “haklı” olmayabilir. İhtiyatî tedbir kararının tarafları arasındaki menfaat dengesini yeniden sağlamak isteyen kanun koyucu (uygulaması başkaca hükümlere dayanılarak yapılsa da) ilk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 hükmü ile haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasını öngörmüştür.

Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında, haksız ihtiyatî tedbire maruz kalan taraf (inceleme konusu davanın davacısı) malın kullanım hakkından bir süre mahrum kaldığı için zarara uğradığı iddiasında olabilir. Bir malın kullanım hakkının bir süreliğine de olsa sahibinin elinden alınması Alman hukukunda normatif zarar teorisi bağlamında ele alınmakta ve mal varlığı unsurunun esas değerinden bağımsız bir değer olduğu kabul edilmektedir. Yani Alman hukukunda belli şartların varlığı ile, sadece malın soyut kullanım hakkından yoksunluk (mahrumiyet) bile tek başına zarar sayılıp tazmini istenebilmektedir. Bu ve buna benzer hususların normatif zarar teorisi içerisinde ele alınıp tazminin istenmesinin ortaya çıkışı, BGB § 253'teki sınırlama nedeniyle aslında manevî değer sayılabilecek hususların maddî değer içerisinde görülmesi ve zarara uğrayanın bu manevî husus için tazminat isteyebilmesinin önünü açmaktır. Yani manevî değer aslında ticarileştirilmekte ve para ile tazmini sağlanmaktadır.

Türk hukuku bakımından ise söz konusu uygulamaya başvurulmasına gerek yoktur. Bir malın kullanım hakkından mahrum kalarak zarar gören kişi, (diğer şartlarında varlığı halinde) ortaya çıkan zararın türüne göre maddî veya manevî tazminat davasını zaten açabilmektedir. Türk hukukunda bu yönde herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Aksinin kabulü maddî-manevî zarar ayrımının yok olmasına ve her türlü yoksunluk için normatif zararın oluştuğu, dolayısıyla dava açılabilceği anlamına gelecektir. Bu durum aynı zamanda çok ve gereksiz dava açılmasına da sebebiyet verebilecektir.

¹¹¹ Benzer yönde bkz.: **Nomer**, s. 23-24.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Haksız İhtiyati Tedbir Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/3, Ankara 2013, ss. 171-194.
- Arslan**, Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Y. Ocak 2013, ss. 7-27.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018. (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medenî Usul)
- Baur**, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967.
- Brehm**, Roland, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR (Heraus.: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), 4. überarbeitete Auflage, Bern 2013.
- Brinker**, Jürgen, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982.
- Burcuoğlu**, Halûk, "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", DÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 1984, ss. 163-173.
- Büyüksağış**, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.
- Deren Yıldırım**, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- Detlefsen**, Peter: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969.
- Deutsch**, Erwin/**Ahrens**, Hans-Jürgen: Deliktsrecht, 5., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009.
- Deutsch**, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2., völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1996.
- Ehrenzweig**, Albert A.: Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht, Wien 1936.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014. (Eren, Borçlar Genel).
- Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara 1975. (Eren, Uygun İlliyet)

- Erişir**, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Gauch**, Peter: Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf, E. T.: 25.12.2017.
- Grunsky**, Wolfgang: “Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden”, NJW 1975, H. 14, S. 609, ss. 609-612.
- Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018.
- Gutmann**, Christoph: Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Basel-Genf-München 2006.
- Honsell**, Heinrich: “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, FS für fünfzigjährigen Bestehen, Zürich-Basel-Genf 2010, (Heraus.: Stephan Fuhrer), ss. 255-272.
- Huber**, Christian: Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993.
- Huber**, Ulrich: “Schadensersatz statt der Leistung”, AcP 210, Y. 2010, ss. 319-353.
- İmre**, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- Kapancı**, Kadir Berk: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), İstanbul 2016.
- Karakaş**, Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004. (Karakaş, Normatif Zarar)
- Karakaş**, Fatma Tülay: “Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, AÜHFD, C. 55, S. 2, Y. 2006, ss. 143-156. (Karakaş, Çalışma Gücünün Kaybı)
- Kaufmann**, Karl: Die Schadenersatzpflicht bei Arrest und einstweiligen Verfügungen nach Art 945 ZPO, Breslau 1921.
- Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.
- Keskin**, A. Dilşad: Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat, Ankara 2016.
- Köndgen**, Johannes: “Ökonomische Aspekte des Schadensproblems Bemerkung zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs”, AcP 177, Y. 1977, H. 1, ss. 1-34.

- König**, Bernhard, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Wien 1994.
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016. (Kuru, İstinaflı İcra İflâs)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017. (Kuru, İcra Ders Kitabı)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016. (Kuru, İstinaflı Medenî Usul)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017. (Kuru, Usul Ders Kitabı)
- Lange**, Hermann/**Schiemann**, Gottfried: Schadensersatz, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003.
- Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953.
- Löwe**, Walter: “Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?”, NJW 1964, H. 16, ss. 701-705.
- Magnus**, Ulrich, Schaden und Ersatz, Tübingen 1987.
- Martens**, Sebastian: “Schadensersatz für entgangene Theaterfreuden?”, AcP 209, Y. 2009, ss. 445-465.
- Meier**, Isaak: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983.
- Meier**, Isaak/**Sogo**, Miguel: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010.
- Neuner**, Robert: “Interesse und Vermögensschaden”, AcP 133, Y. 1931, ss. 277-314.
- Nomer**, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Nörr**, Dieter: “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, AcP 158, H. 1, Y. 1959/1960, ss. 1-15.
- Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013.
- Oral**, Tuğçe: Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini, İstanbul 2018.
- Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999. (Özekes, İhtiyati Haciz)
- Özekes**, Muhammet: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, İstanbul 2017. (Özekes, Pekcanıtez Usûl)

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018.
- Pekdiñer, R. Tamer:** “Haksız Rekabet Davalarında Davacı Sıfatının Belirlenmesi Açısından “Zarar” Kavramının Değerlendirilmesi (Y. 11. HD.sinin 23.01.2012 Tarih ve 2010/8615 E. 2012/611 K. sayılı kararı çerçevesinde)”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C. II, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Temmuz 2016 (Özel Sayı), Ankara 2016, ss. 451-466.
- Roberto, Vito:** Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Bern 2018.
- Selb, Walter:** Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963.
- Serozan, Rona:** “Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, ss. 67-101.
- Sprau, Hartwid:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018
- Sprecher, Thomas:** Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Heraus.: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik), 3. Auflage, Zürich 2017.
- Stoll, Hans:** Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973.
- Türkel, Doğuş Taylan:** Gemilerin İhtiyatî Haczinde Borçlunun Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017.
- Ulusan, İlhan:** Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, İstanbul 1981.
- Vrba, Karl/Lampelmayer, Manfred/Gegen-Baur, Wulf:** Schadenersatz in der Praxis, Wien 1990.
- Yılmaz, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001.
- Zeuner, Albrecht,** “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, AcP 163, Y. 1963, ss. 380-400.
- Zevkliler, Aydın:** “Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, C. III, İstanbul 2016, ss. 799-819.
- Zöllner, Richard/Vollkommer, Max:** Zöllner Zivilprozessordnung, 31. neubearbeitete Auflage, Köln 2016.

KISALTMALAR

AcP	: Archiv für civilistische Praxis
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Bundesgerichts-Entscheidungen (Schriftensammlung über Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Bundesgerichtshof Zivilsachen
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DM	: Deutsche Mark
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Einf.	: Einführung
FS	: Festschrift
H.	: Heft
HD	: Hukuk Dairesi
Heraus.	: Herausgeber
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	: Nummer
OLG	: Oberlandesgericht
RG	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayıları (Aralığı)
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZR	: Zivilrecht
ZS	: Zivilsenat

