

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU

Ankara 2007

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Ankara 2007

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VII

KAYNAKÇA.....	X

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI, TERMİNOLOJİ, CULPA IN CONTRAHENDONUN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, TARİHİ GELİŞİMİ VE MODERN HUKUKLARDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1- KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
I- KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	5
§ 2- TERMİNOLOJİ.	7
§ 3- CULPA IN CONTRAHENDONUN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	11
I- HİLE VE CULPA IN CONTRAHENDO	11
II- FİİLİ SÖZLEŞME İLİŞKİLERİ VE CULPA IN CONTRAHENDO.....	15
III- ÖNSÖZLEŞME VE CULPA IN CONTRAHENDO.....	22
§ 4- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE MODERN HUKUKLARDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	25
I- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	25
A- GENEL OLARAK.....	25

B-	ROMA HUKUKU VE ESKİ KANUN METİNLERİNDE	
	CULPA IN CONTRAHENDO	26
	1- Roma Hukukunda Culpa in Contrahendo	26
	2- Eski Kanun Metinlerinde Culpa in Contrahendo	31
C-	CULPA IN CONTRAHENDONUN GENEL BİR SORUMLULUK	
	FİKRİ OLARAK DOĞUŞU: JHERING'İN TEORİSİ.....	35
D-	CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU FİKRİNİN	
	UYGULAMA VE ÖĞRETİDE GELİŞMESİ	41
II-	CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN MODERN	
	HUKUKLARDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	46
A-	YABANCI HUKUKLARDA CULPA IN CONTRAHENDO	
	SORUMLULUĞUNUN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	46
B-	TÜRK HUKUKUNDA CULPA IN CONTRAHENDO	
	SORUMLULUĞUNUN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	52

I. BÖLÜM

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 5-	CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ	
	NİTELİĞİNİN KLASİK SORUMLULUK KAYNAKLARI İÇİNDE	
	ARANMASI	1
I-	SÖZLEŞME KURAMLARI VE ELEŞTİRİSİ.....	57
A-	SÖZLEŞME KURAMLARI.....	57
	1- Kurulacak (Hedeflenen) Sözleşme Kuramı	57
	a- Kurulacak Sözleşmenin Geçersizliğini Esas Alan Görüş	59
	b- Kurulacak Sözleşmenin Geçerliliğini Esas Alan Görüş	61
	2- Bağımsız Sözleşme Kuramı	63
	a- Açıklama ve Koruma Yükümlülüklerini İçeren Bağımsız	
	Sözleşme Görüşü	64
	b- Sosyal Temastan Doğan Fiili Sözleşme İlişkisi Görüşü	68
B-	SÖZLEŞME KURAMLARININ ELEŞTİRİSİ	70

II-	HAKSIZ FİİL KURAMI VE ELEŞTİRİSİ	76
	A- HAKSIZ FİİL KURAMI	76
	1- Culpa in Contrahendonun Kendisini Hukuka Aykırılık Olarak Kabul Eden Görüş	78
	2- Culpa in Contrahendoyu Tehlike İlkesinden Doğan Genel Davranış Yükümlülükleri Kapsamında Hukuka Aykırı Kabul Eden Görüş.....	81
	3- Culpa in Contrahendoyu Dürüstlük Kuralı Kapsamında Hukuka Aykırı Kabul Eden Görüş	85
	B- HAKSIZ FİİL KURAMININ ELEŞTİRİSİ.....	88
III-	KARMA KURAMLAR VE ELEŞTİRİSİ	108
	A- KARMA KURAMLAR.....	108
	1- Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Sorumluluk Modalitelerini Ayrı Ayrı Değerlendiren Görüş	109
	2- Culpa in Contrahendo Sorumluluğunu Her Bir Somut Olay Bakımından Ayrı Ayrı Nitelendiren Görüş	113
	B- KARMA KURAMLARIN ELEŞTİRİSİ.....	115
§ 6-	CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİN KLASİK SORUMLULUK KAYNAKLARI DIŞINDA ARANMASI	119
I-	GENEL OLARAK	119
II-	SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNİN KANUNİ BİR BORÇ İLİŞKİSİ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ	120
III-	EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI.....	122
IV-	EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ	130
	A- GENEL OLARAK	130
	B- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİNİN DOĞUŞU: SOSYAL TEMAS VEYA HUKUKİ İŞLEM TEMASI KAVRAMLARI	133

C- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ	
İLİŞKİLERİNİN DAYANAĞI OLARAK GÜVEN ESASI.....	142
D- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ	
İLİŞKİLERİNİN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ	153
1- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Sözleşme	
Öncesindeki Görünümü.....	154
2- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin	
Sözleşmenin Devamı Sırasındaki Görünümü	155
3- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Sözleşme	
Sonrasındaki Görünümü.....	172
4- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Üçüncü	
Kişiyi Koruyucu Etkisi	173
V- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİNİN	
İHLÂLİNDEN DOĞAN SORUMLULUK:	
GÜVEN SORUMLULUĞU	182

II. BÖLÜM

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

§ 7- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ÖZEL	
ŞARTLARI.....	203
I- BİR GÜVEN KONUSUNUN VARLIĞI.....	204
II- MEVCUT GÜVENİN NORMATİF ANLAMDA KORUNMAYA	
DEĞER OLMASI	208
A- ÖZEL BAĞLANTI.....	209
1- Genel Olarak Özel Bağlantı	209
2- Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Özel Bağlantı:	
Sözleşme Görüşmeleri İlişkisi.....	211
B- İYİNİYET	219

III-	NORMATİF ANLAMDA KORUNMAYA DEĞER GÜVENİN İHLÂLİ	224
A-	DOĞRUDAN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ İLİŞKİSİYLE BAĞLANTILI YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLÂLİ	224
1-	Sözleşme Kurma Niyeti Olmaksızın Sözleşme Görüşmesi Yapmak	225
2-	Sözleşme Görüşmelerini Dürüstlüğe Aykırı Biçimde Yarıda Kesmek	228
B-	GÖRÜŞMELERİ YAPILAN SÖZLEŞMEYLE BAĞLANTILI YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLÂLİ	235
1-	Sözleşmenin Geçersizliğine Sebebiyet Vermek	235
a-	Geçerlilik Şekline Aykırı Sözleşme Yapmak	236
b-	İçeriği İmkânsız veya Hukuka, Ahlâka Aykırı Sözleşme Yapmak	243
c-	Yetkisiz Temsilde Bulunmak veya Ehliyetsizliğini Gizlemek	249
d-	İrade Sakatlığına Sebebiyet Vermek	258
2-	Karşı Taraf İçin Sözleşmenin Elverişliliğini Azaltan Davranışlarda Bulunmak	269
a-	Açıklama Yükümlülüğünün İhlâli	271
b-	Özenli Şekilde Bilgi Verme Yükümlülüğünün İhlâli	285
C-	BÜTÜNLÜK MENFAATLERİNİN İHLÂLİ	295

§ 8-	CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN GENEL ŞARTLARI	306
I-	ZARAR	306
II-	KUSUR	310
III-	İLLİYET BAĞI	318

III. BÖLÜM
CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN
HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 9- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA TAZMİNAT	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	323
I- GENEL OLARAK	323
II- TAZMİNAT İLİŞKİSİNİN TARAFLARI	324
A- TAZMİNAT ALACAKLISI	324
B- TAZMİNAT BORÇLUSU	326
III- TAZMİNATIN KAPSAMI	330
§ 10- YARDIMCI KİŞİLERDEN SORUMLULUK, ZAMANAŞIMI VE	
İSPAT YÜKÜ	339
I- YARDIMCI KİŞİLERDEN SORUMLULUK	339
II- ZAMANAŞIMI	349
III- İSPAT YÜKÜ	351
§ 11- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN DİĞER	
SORUMLULUK SEBEPLERİ İLE YARIŞMASI	354
I- HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE YARIŞMA	354
II- SÖZLEŞME SORUMLULUĞU İLE YARIŞMA	356
SONUÇ	360
ÖZET	375
ABSTRACT	376

KISALTMALAR

AcP	Archiv für civilistische Praxis
ABD.	Ankara Barosu Dergisi
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AC.	Adliye Ceridesi
AD.	Adalet Dergisi
ALR	Allgemeine preußische Landrecht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AÜEHFD.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bent
BAG	Bundesarbeitsgericht
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	Borçlar Kanunu
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bkz.	bakınız
C.	Cilt
c.	cümle
Cc.	Code civil
çev.	Çeviren

Diss.	Dissertation
dpn.	Dipnot
E.	Esas
HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
Inst.	Institutiones
Jhering Jahrbücher	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
karş.	karşılaştırınız
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
m.	madde
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
MHAD.	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	Türk Medeni Kanunu
N.	Numara / Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
RG	Reichgericht
RG.	Resmi Gazete

RGZ	Reichgerichtszeitung
S.	Sayı
s.	sahife / seite
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
SBArD.	Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi
TKHK.	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
V.	Volume
vd.	ve devamı
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
YD.	Yargıtay Dergisi
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

KAYNAKÇA ⁽ⁱ⁾ ⁽ⁱⁱ⁾

- ADAL Erhan,** Culpa in Contrahendo, Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk, İstanbul 1980 (yayımlanmamış doçentlik tezi).
- AKINTÜRK Turgut,** Medeni Hukuk, İstanbul 2004.
- AKİPEK Jale /**
- AKINTÜRK Turgut,** Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2004.
- AKMAN Sermet G.,** Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- AKÜNAL Teoman,** "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması", YD. 1988, s. 222 vd.
- AKYOL Şener,** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006.
- Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, C. II, İstanbul 1992, (AKYOL, Uygulama Örnekleri).

⁽ⁱ⁾ Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadlarıyla gösterilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, atıf yapılan eser, kısaltılmış şekliyle ayrıca belirtilmiştir. Soyadları aynı olan yazarlarda ise, önadların ilk harfleri de gösterilerek, yazarlar arasında bir ayrıma gidilmiştir.

⁽ⁱⁱ⁾ Dipnotlarda virgülden sonra kullanılan ve önünde herhangi bir kelime veya işaret bulunmayan rakamlar, sayfa numaralarını gösterir.

- "Venire Contra Factum Propium Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasağı", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 77 vd., (AKYOL, Eren'e Armağan).
- ALTAŞ Hüseyin,** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- ALTOP Atilla,** Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996.
- ALTUNKAYA Mehmet,** Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- ARAL Fahrettin,** Kötü İfa, Ankara 1985 (yayımlanmamış doktora tezi).
- "Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukuki Sorumluluğu", BATİDER 1980, C. X, S. 3, s. 733 vd., (ARAL, Temyiz Kudreti).
- ARSEBÜK Esad,** Borçlar Hukuku, İstanbul 1943.
- ARSLAN Ramazan,** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- ATAMER Yeşim,** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996.
- "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini", YD. 1996, S. 1-2, s. 99 vd., (ATAMER, YD. 1996).
- ATEŞ Derya,** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007.

- AYDINLI İbrahim,** İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004.
- AYİTER Kudret,** "Sigorta Ettirenin Mukavele Yapılırken Mevcut İhbar Mükellefiyeti", Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 27 Nisan – 3 Mayıs 1959, Ankara 1960, s. 217 vd.
- AYLİ Ali,** "Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Kuruluşundaki İhbar Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Yeniden Değerlendirilmesi", SBArD. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul 2006, s. 203 vd.
- AYRANCI Hasan,** Ön Sözleşme, Ankara 2006.
- BALLERSTEDT Kurt,** "Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter", AcP 1951, s. 501 vd.
- BÄLZ Ulrich,** Zum Strukturwandel des Systems zivilrechtlicher Haftung, Tübingen 1991.
- BAR Christian,** "Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag", JuS 1982, s. 637 vd.
- BLAUROCK Uwe,** "Culpa-Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit", Zum deutschen und internationalen Schuldrecht (Kolloquium aus Anlaß des 75. Geburtstag von Ernst von Caemmerer), Tübingen 1983, s. 51 vd.

- BAŞPINAR Veysel,** Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, (BAŞPINAR, Özen Borcu).
- Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, (BAŞPINAR, Butlan).
- BATTAL Ahmet,** Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.
- BAYGIN Cem,** "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD. 2000, C. IV, S. 12, s. 345 vd.
- BERGER Bernhard,** "Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung", Recht 2002, s. 201 vd., (BERGER B.).
- BERGER Erich,** Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Göttingen 1935, (BERGER E.).
- BERGER Moritz,** Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im US-amerikanischen und deutschen Recht, Göttingen 2003, (BERGER M.).
- BERGJAN Ralf,** "Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent nach neuem Schuldrecht", ZIP 2004, s. 395 vd.
- BİLGE Necip,** Hukuk Başlangıcı, Ankara 1994.
- BODEWIG Theo,** "Rechtsfolgen vorvertraglichen Verschuldens bei Abbruch von Vertragsverhandlungen", Jura 2001, s. 1 vd.

- BOHRER Michael,** Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach, 1980.
- BUCHER Eugen,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1988, (BUCHER, AT).
- "Die Obligations-Entstehungsgründe ausserhalb von Verträgen und Delikten", Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 25 vd., (BUCHER, Obligationsentstehungsgründe).
- "Was soll man aus einem Fall von Putativ-Vertrauenshaftung lernen kann", Recht 2001, s. 65 vd., (BUCHER, Recht 2001).
- BÜHLER-REIMANN Theodor,** "Zum Problem der culpa in contrahendo", SJZ 1979, s. 357 vd.
- BUZ Vedat,** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- CANARIS Claus-Wilhelm,** Bankvertragsrecht, Berlin, New York 1988, (CANARIS, Bankvertragsrecht).
- Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münschen 1971 (CANARIS, Vertrauenshaftung).
- "Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo", JZ 1998, s. 603 vd. (CANARIS, JZ 1998).

- "Schutzgesetze, Verkehrspflichten, Schutzpflichten",
Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag,
München 1983, s. 27 vd., (CANARIS, FS Larenz).
- "Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und
Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", JZ
1965, s. 475 vd., (CANARIS, JZ 1965).
- CHOI Heung-Sub,** Die vorvertragliche Haftung (Culpa in Contrahendo)
und der deliktsrechtliche Schutz primärer
Vermögensinteressen, Frankfurt am Main, Bern, New
York, Paris 1990.
- von CRAUSHAAR Götz,** Der Einfluss des Vertrauens auf die
Privatrechtsbildung, München 1969.
- DAYINLARLI Kemal,** "Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu
Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole LANDO
İlkeleri", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara
2006, s. 327 vd.
- DÖLLE Hans,** "Aussergesetzliche Schuldspflichten", ZGesStW 1943,
s. 67 vd.
- EDİS Seyfullah,** Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı
Tekeffül Borcu, Ankara 1963, (EDİS, Ayıba Karşı
Tekeffül).
- "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği",
Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı,
Ankara 1975, s. 447, (EDİS, Güven Kuralları).

- EISENHARDT Ulrich,** "Die Rechtsfolgen bei Abbruch von Vertragsverhandlungen und Abschluß eines nicht erwartungsgerechten Vertrages", Brücken für die Rechtsvergleichung, Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, s. 144 vd.
- EMMERICH Volker,** Das Recht der Leistungsstörungen, München 2005.
- "Verschulden bei Vertragsverhandlungen, positive Vertragsverletzung und Sachmängelhaftung beim Kauf", Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1993, s. 267 vd., (EMMERICH, FS Günther).
- EREN Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara 1975, (EREN, İlliyet Bağ).
- "Hukuka Aykırılık Bağ veya Normun Koruma Amacı Teorisi" Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 vd., (EREN, Hukuka Aykırılık Bağ).
- ESEN B. N.,** "Akit Yapma Vaitleri", AC. 1939, S. 7-12, s. 1385 vd.
- ESSER Josef,** Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Karlsruhe 1960.
- FARNSWORTH E. Allan,** "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Columbia Law Reiew 1987, V. 87, No: 2, s. 217 vd.

- FEHLMANN Regula,** Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Sankt Gallen 2002.
- FLEISCHER Holger,** "Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung", AcP 2000, s. 91 vd.
- FREUDLING Gabriele,** "Schadenersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit und bei culpa in contrahendo", JuS 1984, s. 193 vd.
- FRICK G. Joachim,** Culpa in Contrahendo –eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie, Zürich 1992.
- FROST Marina,** Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflicht, Berlin 1981.
- GAUCH Peter /**
- SCHLUEP Walter R.,** Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil I, Zürich 1995.
- GERNHUBER Joachim,** "Gläubiger, Schuldner und Dritte", JZ 1962, s. 553 vd.
- GIARO Tomasz,** "Culpa in Contrahendo: eine Geschichte der Wiederentdeckungen", Das bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt am Main 2000, s. 113 vd.
- GLÖCKNER Hans-Peter,** "Die Positive Vertragsverletzung", Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt am Main 2000, s. 155 vd.
- GONZENBACH Rainer,** Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.

- GRIGOLEIT Hans Christoph,** Vorvertragliche Informationshaftung, München, 1997.
- GROTE Thomas,** Die Eigenhaftung Dritter als Anwendungsfall der culpa in contrahendo, Diss., Bochum 1983.
- GRUNEWALD Barbara,** "Aufklärungspflichten ohne Grenzen?", AcP 1990, s. 609 vd., (GRUNEWALD, Aufklärungspflichten).
- "Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund", JZ 1984, s. 708 vd., (GRUNEWALD, JZ 1984).
- GUTZWILLER Max,** Schweizerisches Privatrecht, II. Band, Einleitung und Personenrecht, Basel – Stuttgart 1967.
- GÜRPINAR Damla,** Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.
- GÜVEN Kudret,** "Sosyal Tipli Davranış ve Sözleşme Teorisine Etkisi: Fiili Sözleşme İlişkileri I", İBD. 1984, S. 3, s. 21 vd.
- HATEMİ Hüseyin,** Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- HAUPT Günter,** Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1943.
- HERZ Edgar,** Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1935.
- HERZOG Nicolas R.,** Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich 1999.
- HOHLOCH Gerhard,** "Vertrauenshaftung – Beginn einer Konkretisierung", NJW 1979, s. 2369 vd.

HONDIUS Ewoud H.,	Precontractual Liability, Deventer-Boston 1991.
HONSELL Heinrich,	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1996.
HORN Norbert,	"Culpa in Contrahendo", JuS 1995, s. 377 vd.
HUANG Mao-zong	Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo, Tübingen 1974.
HUBER Ulrich,	"Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss", Karlsruher Forum 2000: Aufklärungspflichten, Karlsruhe 2001, s. 5 vd.
İMRE Zahit,	"Gayrimümeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler", Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s. 335 vd.
İNAL Emrehan,	E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005.
İNAL Tamer,	Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004.
İNAN Ali Naim,	Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1984, (İNAN, Borçlar).
.....	"Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma I", AD. 1954, S. 7, s. 878 vd., (İNAN, I).

.....

"Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma 2", AD. 1954, S. 8, s. 999 vd., (İNAN, II).

JÄGGI Peter,

"Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung", Festschrift Wilhelm Schöenberg, Freiburg 1968, s. 181 vd.

von JHERING Rudolf,

"Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", Jherings Jahrbücher 1861, Band 4, s. 1 vd.ⁱⁱⁱ

KABAAĞAÇ Sina /

ALOVA Erdal,

Latince – Türkçe Sözlük, İstanbul 1995.

KÄNZIG Ernst,

Die Widerrechtlichkeit, Bern 1939.

KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, Roma Hukuku, Ankara 2004.

KARAFAKİH İ. H.,

"Müzakere Suçu – Culpa in Contrahendo", ABD. 1953, S. 2, s. 165 vd.

KARAKAŞ F.Tülay /

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Özlem,

"Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi", BATİDER 2006, C. XXIII, S. 3, s. 157 vd.

ⁱⁱⁱ Makalenin tam metni için ayrıca bkz. **SCHMIDT Eike**, Rudolf von Jhering Culpa in contrahendo – Hermann Staub Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, Zürich 1969, 7 vd. Çalışmamızda Jhering'in sözkonusu makalesine atıflar, Schmidt'in eserindeki metinden yapılmış, dolayısıyla sayfa numaraları orijinal metne göre değil, bu yazarın metnine göre verilmiştir.

KELLER Max /

GABI Sonja,

Haftpflichtrecht, Basel, Frankfurt am Main 1988.

KELLER Max /

SCHÖBI Christian,

Das Schweizerische Schuldrecht I – Allgemeine Lehren
des Vertragsrechts, Basel, Frankfurt am Main 1983.

KELLER Robert,

Vorvertragliche Schuldverhältnisse im
Verwaltungsrecht, Berlin 1997.

KENDER Rayegân,

Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2005.

KESSLER Friedrich,

"Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen
in der neueren amerikanischen Rechtsprechung",
Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70.
Geburtstag, Tübingen 1978, s. 873 vd.

KESSLER Friedrich /

EDITH Fine,

"Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and
freedom of contract: a comparative study", Harvard
Law Review 1964, s. 401 vd.

KILIÇOĞLU Ahmet,

Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2005.

.....

Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla
Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982,
(KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırı)

.....

"Fiili Sözleşme ilişkileri", ABD. 1985, S. 5-6, s. 738
vd., (KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme).

KLEIN John /

BACHECHI Carla, "Precontractual Liability and The Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions", Houston Journal of International Law 1994, V. 17, No:1, s. 1 vd.

KINDERHEIT Kai, "Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadenersatzklage bedarf – Rudolf von Jhering und die culpa in contrahendo", Zivilrechtliche Entdecker, München 2001, s. 107 vd.

KIRCA Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2001.

..... Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata).

KORNAU Dagmar, Schadenersatzansprüche bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Nürnberg 1998.

KOSCHAKER Paul /

AYİTER Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.

KOSTKIEWICZ J. Kren, "Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR", ZBJV 2001, s. 161 vd.

KREBS Peter, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, Münschen 2000.

KUHLMANN Kai, Leistungspflichten und Schutzpflichten, Berlin 2001.

- KUHN Moritz,** "Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung", SJZ 1986, s. 345 vd.
- KURŞAT Zekeriya,** Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003.
- KUTLU SUNGURBEY Ayfer,** Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- KÜNSTER Marion,** Die culpa in contrahendo in vortariflichen Rechtsbeziehungen, Diss., Bonn 1994.
- KÜPPER Wolfgang,** Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, Berlin 1988.
- von LACKUM Eugen,** Verschmelzung und Neuordnung von "Culpa in Contrahendo" und "positiver Vertragsverletzung", Bonn 1970.
- LARENZ Karl,** Lehrbuch des Schuldrechts, Band I Allgemeiner Teil, München 1987, (LARENZ, AT).
- "Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo", Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, Berlin 1975, s. 397 vd., (LARENZ, FS Ballerstedt).
- "Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen", NJW 1960, s. 78 vd., (LARENZ, NJW 1960).
- Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, s. 1897 vd., (LARENZ, sozialtypisches Verhalten).

- "Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt", MDR 1954, s. 515 vd., (LARENZ, sozialer Kontakt).
- LÜCHINGER Niklaus,** "Die Verjährung von Ansprüchen aus Culpa in Contrahendo", SJZ 2006, s. 197 vd.
- MABILLARD Ramon,** Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen, Basel, Genf, München 2004.
- MEDICUS Dieter,** Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, München 2005, (MEDICUS, AT).
- "Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 205 vd.
- "Grenzen der Haftung für Culpa in Contrahendo", JuS 1965, s. 209 vd., (MEDICUS, JuS 1965).
- MERTENS Bernd,** "Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform", AcP 2003, s. 818 vd.
- MERZ Hans,** Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg, Schweiz 1992.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi,** Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.
- MOSER Martin,** Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Bern 1998.
- NEGENDANCK Rolf,** Zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss, Diss., Marburg 1928.

- NICKL Ulrich,** Die Qualifikation der culpa in contrahendo im internationalen Privatrecht, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1992.
- NIRK Rudolf,** "Culpa in Contrahendo -eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung- Quo Vadis?, Festschrift für Philipp Möhring, Münschen 1975, s. 71 vd.
- OERTMANN Paul,** "Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Werkvertrags", LZ 1914, s. 14 vd.
- OFTINGER Karl,** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1975.
- OĞUZMAN Kemal /**
- ÖZ Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- OLZEN Dirk /**
- WANK Rolf,** Die Sculdrechtsreform, Köln, Berlin, Bonn, Münschen 2002.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin,** Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.
- ÖZTAN Bilge,** Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006.
- Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara 1993, (ÖZTAN, Şahsın Hukuku).
- ÖZTAN Fırat,** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2006.

- Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966, (ÖZTAN F., İhbar Mükellefiyeti).
- PICKER Eduard,** "Vertragliche und deliktische Schadenshaftung", JZ 1987, s. 1041 vd., (PICKER, JZ 1987).
- "Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt" AcP 1983, s. 369 vd., (PICKER, AcP 1983).
- PILPEL Drora,** Das Wesen der Culpa in Contrahendo, Diss., Bielefeld 1976.
- PIOTET Paul,** Culpa in contrahendo, et responsabilité prècontractuelle en droit privé suisse, Bern 1963.
- POHLMANN André,** Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, Berlin 2002.
- POSTACIOĞLU İlhan,** "Selahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Zıyanın Tazmini", İÜHFM. 1951, S. 3-4, s. 928 vd.
- POULIADIS K. Athanassios,** Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, Berlin 1982.
- RADO Türkan,** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1982.
- REİSOĞLU Safa,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- REY Heinz,** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, (REY, Haftpflichtrecht).

- "Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 231 vd., (REY, Sonderverbindung).
- SCHLEEJ Jörg,** Vorvertragliches Fehlverhalten und der Schutz Dritter, Tübingen 1965.
- SCHMIDT Eike,** Rudolf von Jhering Culpa in contrahendo – Hermann Staub Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, Zürich 1969.
- SCHÖNENBERG Wilhelm /**
- JÄGGI Peter,** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V Obligationsrecht, Teilband 1a Allgemeine Einleitung, Zürich 1993.
- SCHUTZ Markus,** UN-Kaufrecht und Culpa in Contrahendo, Frankfurt am Main 1996.
- SCHWAB Martin,** "Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht", JuS 2002, s. 872 vd.
- SCHWARZ Kyrill-A.,** Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, Baden-Baden 2002.
- SEROZAN Rona,** "Culpa İn Contrahendo, Akdin Müspet İhlâli ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD. 1968, s. 108 vd.

- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, (SEROZAN, İfa Engelleri).
- Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, (SEROZAN, Dönme).
- SIBER Heinrich,** "Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit", Jherings Jahrbücher 1921, s. 223 vd.
- SIEG Karl,** Korrektur von Rechtsgeschäften durch den Prozessrichter, NJW 1951, s. 506 vd.
- SİRMEN Lale,** Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, (SİRMEN, Şart).
- Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976, (SİRMEN, Tapu Sicili).
- "Taşınmaz Satımında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 305 vd., (SİRMEN, Akipek'e Armağan).
- SONNABEND Wolfgang,** Die Typen Culpa in Contrahendo –unter besonderer Berücksichtigung des Inhalts des Schadensersatzanspruchs, Bielefeld 1984.
- STAUB Hermann,** Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904^{iv}.

^{iv} Eserin tam metni için ayrıca bkz. **SCHMIDT Eike**, Rudolf von Jhering Culpa in contrahendo – Hermann Staub Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, Zürich 1969, 93 vd. Çalışmamızda Staub'un sözkonusu eserine atflar, Schmidt'in yeniden düzenlediği bu metin üzerinden yapılmış, dolayısıyla sayfa numaraları orijinal metne göre değil, Schmidt'in metnine göre verilmiştir.

- STEFFEN Clemens,** Culpa in Contrahendo und Stellvertretung, Köln 1933.
- STOLL Hans,** "Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo", Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, s. 435 vd., (STOLL H.).
- STOLL Heinrich,** "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", AcP 1932, s. 257 vd., (STOLL, AcP 1932).
- "Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen", LZ 1923, s. 532 vd., (STOLL, LZ 1923).
- STÖCKER Hans Adolf,** Die Rechtsgrundlage der culpa in contrahendo, Diss., Köln 1961.
- SYZ Carole,** Faktische Vertragsverhältnisse, Zürich 1991.
- ŞENOCAK Zarife,** Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- TANDOĞAN Haluk,** Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961.
- Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, (TANDOĞAN, Borçlar).
- Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, (TANDOĞAN, Üçüncü Şahsın Zararı).

- "Hukuka Aykırılık Bağı", BATİDER, Haziran 1979, C. X, S. 1, s. 1 vd., (TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık Bağı).
- TEKİNALP Ünal,** Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.
- TEKİNAY S. Sulhi /**
AKMAN Sermet /
BURCUOĞLU Haluk /
- ALTOP Atilla,** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1988.
- THIELE Wolfgang,** "Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung", JZ 1967, s. 649 vd.
- THIEMANN Rudolf,** Culpa in contrahendo, Gelsenkirchen 1984.
- von TUHR Andreas**
(çev.: Cevat EDEGE), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. I – II, Ankara 1983.
- TUNÇOMAĞ Kenan,** Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- ULUSAN İlhan,** "Culpa in Contrahendo Üzerine", Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 275 vd.
- UMUR Ziya,** Institutiones, İstanbul 1968.

- ÜNAL Mehmet,** "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD. 1981, C. 35, S. 1-4'den ayrı bası, s. 397 vd.
- ÜNAL Mehmet /**
- BAŞPINAR Veysel,** Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2007.
- VELİDEDEOĞLU H. Veldet,** Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar C. I, İstanbul 1956.
- Medeni Hukuk I, Şahsın Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 1945, (VELİDEDEOĞLU, Şahsın Hukuku).
- WAHRENBERGER André,** Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts, Zürich 1992.
- WALTER Hans-Peter,** "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts", ZSR 2001, s. 79 vd., (WALTER, ZSR 2001).
- "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", ZBJV 1996, s. 273 vd., (WALTER, ZBJV 1996).
- WERRO Franz,** "Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung", Recht 2003, s. 12 vd.
- WIDMER Corinne,** "Vertrauenshaftung –von der Gefährlichkeit des Überflüssigen", ZSR 2001, s. 101 vd.
- WITTHAUS Dieter,** Störungen im Schuldverhältnis, Bochum 1986.

- YALMAN Süleyman,** Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- YAVUZ Nihat,** "Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım I", YD. 1984, C. 10, S. 4, s. 448 vd.
- YILDIRIM M. Fadıl,** Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002.
- YILMAZ Hamdi,** Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa in Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, YD. 1985, C. XI, S. 3, s. 234 vd.
- ZEVKLİLER Aydın,** Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1988.
- ZIMMER Daniel,** "Das neue Recht der Leistungsstörungen", NJW 2002, s. 1 vd.

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI, TERMİNOLOJİ, CULPA IN CONTRAHENDONUN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, TARİHİ GELİŞİMİ VE MODERN HUKUKLARDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1- KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I- KONUNUN TAKDİMİ

Türk/İsviçre Borçlar Kanunu sorumluluk hukukunu, klasik Roma Hukuku'na dayanan ikili bir yapı içerisinde düzenlemiştir. Bu ikili yapı, "haksız fiil sorumluluğu" ve "sözleşme sorumluluğu" ayrımı ile kendisini gösterir. Haksız fiil sorumluluğu, objektif ve soyut hukuk kurallarının herkese yüklemiş olduğu bazı yükümlülüklerin ihlâlinden doğar. Söz konusu genel yükümlülüklerin ihlâli, haksız fiili karakterize eden "hukuka aykırılık" unsurunu ortaya çıkartır; öyle ki, hukuka aykırılığın bulunmadığı yerde haksız fiilden bahsedilemez. Buna karşılık sözleşme sorumluluğunun esasını, hukuka aykırılık değil, "borca aykırılık" oluşturur. Borç, haksız fiil hukukunun herkese yüklediği genel yükümlülüklerin aksine, sadece alacaklı ve borçlu taraflar arasında mevcut olan bir borç ilişkisinin, borçlu tarafa yüklediği bir yükümlülüktür. Bu bakımdan borca aykırılık ve dolayısıyla sözleşme sorumluluğu, belli kişiler arasında borca aykırı davranıştan önce kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını gerektirir.

"Sözleşme – haksız fiil" temel ayrımı ile kendisini gösteren bu ikili sorumluluk anlayışı, sürekli bir değişim ve gelişim gösteren sosyo-ekonomik hayatın ve bu hayat

içerisinde gittikçe karmaşık bir hal alan hukuki ilişkilerin yol açtığı bazı meselelerin çözümünde yetersiz kalmaktadır. Gerçekten hızla değişip gelişen, çeşitlenen iş ve ticaret hayatı içerisinde, "ne tam anlamıyla hukuka aykırı kabul edilebilen, ne de bir borca aykırılık teşkil eden", fakat yine de başka bir kimseye zarar veren bazı davranışlar ortaya çıkmakta ve hakkaniyet düşüncesi, bu zararın, zarar gören kimsenin üstünde kalmasını değil, zarar veren kimse tarafından tazmin edilmesini gerektirmektedir. Böyle bir hakkaniyet düşüncesi içerisinde hukuk doktrin ve uygulaması, uzun bir süreden beri, haksız fiil veya sözleşmenin ihlâli olarak nitelendirilemeyen bazı zarar verici davranışları da, sorumluluk hukukunun konusu haline getirme çabası içerisinde. İşte çalışmamızın konusunu oluşturan "culpa in contrahendo sorumluluğu", hukuk doktrin ve uygulamasının belli bazı durumlar için eksikliği hissedilen hakkaniyetin tesisi çabalarının çok önemli bir ürünüdür.

Culpa in contrahendo sorumluluğunu ortaya çıkartan hakkaniyetin tesisi ihtiyacı, öncelikle, şahsa veya eşyaya verilen zararlar dışında kalan "diğer zararlar" bakımından kendisini gösterir. Çünkü kişilerin, yaşamı, vücut bütünlük ve sağlığı, mülkiyet hakları gibi esasen haksız fiil hukuku ile korunan hukuki değer ve menfaatlerinin dışındaki "salt malvarlıklarına yönelik değer ve menfaatleri", özel bir koruma normunun veya geçerli bir sözleşmenin konusunu oluşturmadıkça, hukuken korunmazlar. Örneğin, kendi kusuruyla hataya düştükten sonra sözleşmeyi iptal eden kimsenin bu iptal yüzünden karşı tarafa verdiği zarar, ne haksız fiil hükümleri uyarınca tazmini gereken, şahsa veya eşyaya verilmiş bir zarardır ; ne de geçerli bir sözleşmenin konusunu oluşturan hukuki değer veya menfaatlerin ihlâli neticesinde ortaya çıkmış bir zarardır. Keza, yetkisiz temsilde bulunmak, ceza hukuku anlamında suç teşkil eden

başka bir fiilin unsurlarını da içermedikçe, haksız fiil olarak nitelendirilemez; aynı şekilde, yetkisiz temsil ile herhangi bir sözleşmenin ihlâl edildiğini kabul etmek de mümkün değildir. Oysa bu gibi hallerde ortaya çıkan zararların, teorik temeli, şartları ve sınırları belirli bir esas uyarınca tazmini, hakkaniyet düşüncesinin bir gereğidir.

Doktrin ve uygulamada hakkaniyetin tesisi amacıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulmuş haller, kişiye veya eşyaya verilen zararlar dışındaki diğer zararların tazmini hususunda ortaya çıkan boşluğun doldurulması ile sınırlı değildir. Gerçekten culpa in contrahendo sorumluluğunun, "haksız fiil oluşturduğu şüphe götürmeyen bazı şahıs ve eşya değerlerinin ihlâli" durumunda dahi, somut olay adaletinin daha iyi tesisi amacıyla kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, bir mağazada, "henüz satım akdinin kurulmasından önce" tezgâhtarın, ağır kumaş topunu kumaşa bakmak isteyen müşterinin üzerine düşürmesi ve müşteriyi yaralaması durumunda, esasen haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan bir değer ihlâl edildiği şüphesizdir. Bununla beraber, sözkonusu ihlâlin "sadece haksız fiil" olarak nitelendirilmesi, tezgâhtarın davranışından BK. m. 55 hükmüne göre sorumlu tutulacak mağaza sahibinin, yine bu hüküm uyarınca, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurabilir. Böyle bir sonuç, zararın tazmini için, işlerinin görülmesinde adam çalıştıran ve bunun sağladığı nimetlerden faydalanan güçlü mağaza sahibi yerine, ekonomik açıdan ondan daha zayıf durumdaki tezgâhtara başvurulması; dolayısıyla, kimi zaman zararın tam olarak karşılanamaması anlamını taşır. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu, yardımcı kişilerden sorumluluk, ispat yükü, zamanaşımı gibi hususlarda haksız fiil sorumluluğunun zarar gören için elverişsiz hükümleri ile somut

olay adaletinin yeterince sağlanamadığı buna benzer bazı durumlarda da, bir çıkış yolu olarak kullanılmaktadır.

Doktrin ve uygulamada culpa in contrahendo sorumluluğunun geliştirilmesi, sorumluluk hukukunun ikili yapısından kaynaklanan ve kısaca ortaya koymaya çalıştığımız bazı meselelerin çözümünde esaslı bir başlangıç noktası teşkil etmiştir. Gerçekten doktrin ve uygulama, culpa in contrahendo sorumluluğunu sağlam bir zemine, kendi içerisinde tutarlı bir yapıya kavuştururken, "koruma yükümlülükleri", sadece koruma yükümlülüklerini ihtiva eden "edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri", bu tür borç ilişkilerini doğuran "sosyal temas (veya hukuki işlem teması)", sözkonusu temasın borç ilişkisi tesis eden bir olgu olarak kabulünü haklı kılan "güven esası" gibi kavram ve esaslar üzerinde durmuş ve bunlar aracılığıyla sorumluluk hukukuna yeni bir yön vermiştir. Bu yön, teorik açıdan, sorumluluk hukukunun ikili yapısının aşılması katı kalıplardan kurtarılması; pratik açıdan ise, sözleşme sorumluluğunun uygulama sahasının haksız fiil sorumluluğu aleyhine genişletilmesi şeklinde tarif edilebilir. Ancak hakkaniyete daha uygun bir sorumluluk anlayışı geliştirme çabalarının hukuk güvenliğinin sarsılması sonucunu doğurmaması için, sözkonusu kavram ve esasların somutlaştırılması; bu kavram ve esaslardan yola çıkılarak açıklanan bir sorumluluğun da, şartları, sınırları, hüküm ve sonuçları belirli, kısacası "öngörülebilir" bir hale getirilmesi zaruridir.

Biz de bu çalışma ile, adı doktrin ve uygulamada sıklıkla anılmakla beraber, hukuki niteliği, şartları, hüküm ve sonuçları halen belirsiz bir sorumluluğun esasını teşkil eden culpa in contrahendoyu, "başlı başına bir sorumluluk sebebi olarak" ele almakta; böylece, yukarıda vurguladığımız "zaruretin" gereğini yerine getirmeyi

amaçlamaktayız. Gerçekten Türk Hukukunda culpa in contrahendonun, sorumluluk doğuran bir vâkıa ve Borçlar Kanunumuzda yer alan bazı düzenlemelerin de esası olduğu tartışmasız kabul edilmekte; fakat, culpa in contrahendo sorumluluğunu, niteliği, şartları, hüküm ve sonuçları ile bir bütün olarak inceleyen kapsamlı bir çalışmaya rastlanmamaktadır. Bu sebeple çalışmamızın, modern hukuk doktrin ve uygulamasının sorumluluk hukuku alanındaki en önemli ürünlerinden birisi olan culpa in contrahendoyu, temel unsurlarıyla aydınlatmaya yardımcı olacağını ve bu konuda Türk Hukukundaki önemli bir boşluğu dolduracağını düşünmekteyiz.

II- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Culpa in contrahendonun sorumluluk doğuran bir vâkıa olarak kabul edilmesi, sorumluluk hukukunun ikili yapısından kaynaklanan bazı meselelerin hakkaniyete uygun bir tarzda çözümlenmesi bakımından önemli bir başlangıç noktasıdır. Gerçekten, doktrin ve uygulamada culpa in contrahendo sorumluluğunun geliştirilmesi, hatta bu sorumluluğa, bazı münferit vakıalar ile de olsa, 1900'lü yıllarda yapılan kanunlarda yer verilmesi, sorumluluk hukukunda yeni bir sürecin başlamasına yol açmıştır. Bu süreç, "hukuka aykırı biçimde zarar verme fiilinden" ve "karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından" bağımsız olarak, salt haklı güvenin ihlâli olgusuna dayalı bir sorumluluğun ortaya çıkış sürecidir. Doktrinde "güven sorumluluğu (Vertrauenshaftung)" olarak adlandırılan bu sorumluluk, culpa in contrahendo sorumluluğunu da kapsamına alan daha genel bir sorumluluk türünü ifade eder ve culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin doktrin ve uygulamada ileri sürülen görüşlerin günümüzde ulaştığı önemli bir aşamayı ortaya koyar.

Bununla beraber, genel itibariyle sorumluluk hukukunun ikili yapısının aşılması çabaları ve başlı başına bir sorumluluk türü olarak güven sorumluluğu, bizim çalışmamızın konusu dışında kalmaktadır. Bizim çalışmamızın konusu, "sözleşme görüşmeleri ilişkisi" şeklinde nitelendirilebilecek özel türde bir hukuki ilişki içerisinde ortaya çıkan kusura, yani culpa in contrahendo'ya bağlanan hukuki sorumluluk ile sınırlıdır. Çalışmamızda "culpa in contrahendo sorumluluğu" olarak ifade ettiğimiz bu sorumluluk, salt haklı güvenin ihlâli olgusuna dayalı diğer güven sorumluluğu hallerinden farklı olarak, bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin varlığını gerektirir. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu, yukarıda değindiğimiz gibi, salt haklı güvenin ihlâli olgusuna dayalı bir sorumluluk türünün geliştirilmesi sürecine başlangıç teşkil etmiş olsa da, bu türden bir sorumluluğa nispetle daha özel ve kendine özgü şartları bulunan alt türde bir sorumluluğu ifade eder. Bu bakımdan biz, doktrinde güven sorumluluğuna yol açtığı kabul edilen bütün vâkıaları ayrı ayrı ele almamakta ve güven sorumluluğu anlayışına, sadece culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması noktasında değinmekteyiz. Konumuzu oluşturan culpa in contrahendo sorumluluğunu ise, özel ve münferit bir uygulama alanını esas alarak değil; hukuki niteliği, şartları, hüküm ve sonuçları ile bir bütün halinde ve genel bir sorumluluk türü olarak incelemekteyiz. Böylece çalışmamız, culpa in contrahendo sorumluluğunun, münferit bir culpa in contrahendo vâkiasından hareketle "özelden genele" ulaşılarak ele alındığı bir çalışma olmayıp, "genelden özele" gidilerek incelendiği bir çalışma niteliğindedir.

§ 2- TERMİNOLOJİ

Latince bir tabir olan “culpa in contrahendo”, kelime anlamı itibariyle bir sorumluluk türüne değil, sadece özel bir zamandaki kusura işaret eder. Gerçekten de “culpa” kelimesi Türkçede kusuru¹, “contrahendo” kelimesi ise sözleşme kurma eylemini yani akdetmeyi² karşılamakta; böylece culpa in contrahendo tabiriyle “bir sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki kusur” ifade edilmiş olmaktadır³. Almancada kullanılan “Verschulden bei Vertragsverhandlungen”⁴; “Verschulden vor/bei Vertragsschluss”⁵ gibi tabirler de aynı türden bir kusura işaret eder. Özel bir zamana, yani sözleşmenin akdedilmesine ilişkin olduğunu belirttiğimiz bu kusurdan doğan sorumluluğu belirlemek için ise, Almancada “Haftung für/aus culpa in contrahendo”⁶, “Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen/Vertragsschluss”⁷, “vorvertragliche Haftung”⁸ gibi ifadeler kullanılmaktadır. Aynı şekilde sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki kusurdan yani culpa in contrahendodan doğan sorumluluğu

¹ Bkz. **KABAAĞAÇ/ALOVA**, 142.

² Bkz. **KABAAĞAÇ/ALOVA**, 130 - 131.

³ Jhering, bunu “der culpa bei Abschluss von Contracten: culpa in contrahendo” şeklinde ifade etmektedir, bkz. **VON JHERING**, 11.

⁴ “Sözleşme görüşmelerinde kusur”, bkz. **MEDICUS**, AT, 45; **EMMERICH**, FS Günther, 267 vd.

⁵ “Sözleşmenin akdedilmesinde kusur”, bkz. **ESSER**, 31.

⁶ “Culpa in contrahendodan sorumluluk”, bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, 177; bkz. **BALLERSTEDT**, 501 vd.; **LARENZ**, FS Ballerstedt, 397 vd.; **MEDICUS**, JuS 1965, 210 vd.; **STOLL H.**, 435 vd.

⁷ “Sözleşme görüşmeleri / sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki kusurdan sorumluluk”, bkz. **BERGER E.**, 2 vd.; **NEGENDANCK**, 1; **OERTMANN**, 14 vd.

⁸ “Akit öncesi sorumluluk”, bkz. **CHOI**, 171 vd.

karşılama üzere, Fransızcada “responsabilité précontractuelle”⁹ ve İngilizcede “precontractual liability”¹⁰ kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.

Türk hukuk doktrininde ise culpa in contrahendo kavramına işaret eden çok çeşitli ifadeler rastlanılmaktadır. Bazı yazarlar culpa in contrahendo kavramını, “sözleşme görüşmelerinde kusur”¹¹, “ilk müzakereler sırasında işlenen kusur”¹², “müzakere sırasında irtikap olunan kusur”¹³, “sözleşmenin müzakereleri sırasındaki kusur”¹⁴, “akde takaddüm eden müzakerelerde kusurlu olarak hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketlerde bulunmak”¹⁵ “akdin müzakeresi safhasında kusurlu davranış”¹⁶, “akit öncesi kusurlu davranışlar”¹⁷ gibi ifadelerle, Latince aslına uygun olarak sorumluluk kavramından bağımsız, sadece özel bir zamanda işlenen kusuru ortaya koyacak şekilde Türkçeleştirmektedirler. Buna karşılık bazı yazarlar, özel bir zamanda işlenen kusurun sorumluluk doğurucu bir vâkıa olarak kabulünden hareketle, culpa in contrahendoyu sorumluluk içeren ifadelerle ortaya koymaktadırlar. “Mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mesuliyet”¹⁸, “sözleşme öncesi kusurdan ötürü

⁹ “Akit öncesi sorumluluk”, bkz. **PIOTET**, 13 vd.

¹⁰ “Akit öncesi sorumluluk”, bkz. **KLEIN/BACHECHI**, 1; **FARNSWORTH**, 217.

¹¹ **YILMAZ**, 234.

¹² **EDİS**, Ayıba Karşı Tekeffül, 23.

¹³ **ARSEBÜK**, 285.

¹⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 8.

¹⁵ **TANDOĞAN**, 403.

¹⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, 321.

¹⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 1305.

¹⁸ **İNAN**, I, 878. Yazarın sonraki çalışmalarında ise “akit öncesi sorumluluk” kavramını tercih ettiği görülmektedir, bkz. **İNAN**, Borçlar, 482.

sorumluluk"¹⁹, “akit öncesi sorumluluk”²⁰, “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk”²¹, “müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi”²² ve hatta “müzakere suçu”²³ gibi ifadeler, yazarların kullandığı ifadelerden bazılarıdır.

Hemen belirtelim ki culpa in contrahendo tabiri, Latince aslıyla tüm hukuklarda olduğu gibi, Türk hukukunda da hemen hemen bütün yazarlarca aynen benimsenip kullanılan ortak bir tabirdir. Ancak bunun Türkçeleştirilmesinde tercih edilen ifadeler farklı olmakta ve bu durum bir kavram kargaşasına yol açmaktadır. Ayrıca kullanılan ifadelerden bazılarının culpa in contrahendoyu ve bundan doğan sorumluluğu belirtmekten uzak olduğu da görülmektedir. Örneğin, culpa in contrahendo sorumluluğunun “müzakere suçu” olarak ifade edilmesi, böylece ceza hukuku terminolojisinin bir hukuki sorumluluk müessesesini belirtmek için kullanılması, kabul edilebilir bir durum değildir. Aynı şekilde “müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi” ifadesi de culpa in contrahendodan ziyade “edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri” kavramına yakındır²⁴; zira culpa in contrahendo, sözleşme müzakerelerine girişme

¹⁹ SEROZAN, İfa Engelleri, 211.

²⁰ ADAL, 9.

²¹ EREN, 1083.

²² TUNÇOMAĞ, 211.

²³ KARAFAKİH, 165.

²⁴ Gerçi Tunçomağ da “müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi” kavramını direkt culpa in contrahendo sorumluluğunun yerini tutacak şekilde kullanmamış, hatta burada “edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi” deyimini kullanan yazarlardan bahsetmek suretiyle, müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi ile edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramları arasında paralellik kurmuştur, (bkz. TUNÇOMAĞ, 211). Bununla beraber, yazarın bu iki kavram arasında bire bir paralellik kurmuş olması, bu kavramlar arasında kapsam farkının bulunması sebebiyle kanaatimizce isabetli değildir. Gerçekten de edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kavramı, müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisi

vâkiasını değil, bu müzakereler sırasında işlenen kusuru ifade etmekte; hukuki sorumluluk ise sırf böyle bir müzakereye girişmiş olmaktan değil, müzakereler sırasında işlenen bu kusurdan doğmaktadır. “Sözleşme öncesi kusurdan ötürü sorumluluk” veya “akit öncesi sorumluluk” gibi deyimler ise, sözleşme öncesindeki aşamayı, “görüşme/müzakere” kavramından soyut bir şekilde ifade etmekte ve bu sebeple sözleşme öncesi aşamanın konumuz itibariyle bizi ilgilendiren somut görünümünü ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Gerçekten de “sözleşme/akit öncesi” tabiri, “görüşme” veya “sözleşme görüşmeleri” tabirine göre oldukça belirsizdir; çünkü, konumuzu oluşturan sorumluluk türüne sadece zamansal açıdan işaret etmekte, bu özel zamanı “sözleşme görüşmeleri ilişkisi” şeklinde somutlaştırmamaktadır. Aynı sebepten ötürü -her ne kadar Latince aslına daha uygun bir çeviri olsa da- “mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mesuliyet” tabirini de, culpa in contrahendo kavramını ve bundan doğan sorumluluğu ifade etmek için yeterli görmemekteyiz.

Kanaatimizce culpa in contrahendo kavramı, Türkçede en iyi şekilde “sözleşme görüşmelerinde kusur” olarak ifade edilebilir. Bunu bir sorumluluk olarak ortaya koymak ise “sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk” ifadesiyle mümkün olabilir. Bununla beraber biz çalışmamızda, bu kavramı, hem daha pratik bulduğumuz, hem de tüm hukuklarda kullanılan ortak bir tabir olduğu için Latince aslıyla ifade etmeyi yeğliyoruz. Gerçekten de culpa in contrahendo, Latince aslıyla hem dünya hukuklarında, hem de Türk hukukunda tüm yazarlarca bilinip

kavramından daha kapsamlıdır ve ikincisi, birincisinin sadece bir alt türünü oluşturmaktadır, bkz. ileride § 6, IV, D.

kullanılan, adeta teknik terime dönüşmüş bir tabirdir. Dolayısıyla biz de, özel bir zamandaki -sözleşme görüşmeleri sırasındaki- kusuru ifade etmek için “culpa in contrahendo” deyimini; bu görüşmeler esnasında kusurlu bir davranışla zarara sebep olan kimsenin sorumluluğunu ifade etmek için ise “culpa in contrahendo sorumluluğu” deyimini kullanmaktayız.

§ 3- CULPA IN CONTRAHENDONUN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I- HİLE VE CULPA IN CONTRAHENDO

Culpa in contrahendo ile karşılaştırılması gereken ilk kavram, BK. m. 28’de düzenlenmiş olan “hile”dir²⁵. Gerçekten de, “sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan birinin, sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla karşı tarafta kasıtlı olarak hatalı bir kanaat uyandırması veya mevcut olan hatalı bir kanaati güçlendirerek devamını sağlaması”²⁶ ile “sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde, taraflardan birinin karşı tarafa, aralarında MK. m. 2 uyarınca kurulmuş bulunan güven ilişkisine aykırı davranmak suretiyle zarar vermesi” fiilleri arasında büyük benzerlik vardır. Hatta özellikle açıklama yükümlülüğünün ihlâli şeklinde ortaya çıkan culpa in contrahendo vâkıalarının kimisinde, aynı zamanda hilenin şartları da gerçekleşmiş olduğundan, somut olaya hile hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Bu sebeple, iki kurumun

²⁵ Hile ve culpa in contrahendonun karşılaştırılması için bkz. **FLEISCHER**, 91 vd.

²⁶ Hilenin tanımı için bkz. **YILDIRIM**, 7 vd.; **KURŞAT**, 2; **EREN**, 358; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 366; **OĞUZMAN/ÖZ**, 93.

sınırlarının doğru çizilip birbirinden ayrılması, özellikle her iki kurum hükümlerinin de uygulanma alanı bulduğu olaylar bakımından son derece önemlidir.

Hilede, bir kimsenin sözleşme yapmaya yönelik iradesi, henüz oluşum aşamasındayken, karşı tarafça kasten gerçekleştirilen yanıltıcı, aldatıcı bazı davranışlarla sakatlanmaktadır. Böylece kişi, sözkonusu aldatıcı davranış olmasaydı hiç yapmayacağı veya farklı şartlarla yapacağı bir sözleşmenin tarafı olmakta²⁷, ancak sakat iradeyle kurduğu bu sözleşmeyi süresi içerisinde iptal edebilmektedir²⁸. Hileye uğrayan kişiye tanınan iptal hakkı, borçlar hukukumuzun en temel prensibi olan “irade özerkliği”nin bir sonucudur²⁹; zira Borçlar Kanunumuz, benimsemiş olduğu liberal hukuk felsefesinin ve bunun en önemli aracı olan sözleşme özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesi için, sözleşme yapmaya girişen tarafların iradelerinin serbestçe oluşmasını ister. İradenin serbestçe oluşmadığı durumlarda iradesi sakatlanan taraf, bundan dolayı herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi sözleşmeyi iptal hakkına

²⁷ Aldatılan tarafın, yapmış olduğu sözleşmeyi, sözkonusu hile olmasaydı ya hiç yapmayacak ya da daha iyi şartlarla yapacak olması şartı, hilenin unsurlarından biri olarak beliren illiyet bağıını ifade eder, **EREN**, 361.

²⁸ Borçlar Kanunumuz irade sakatlıklarını düzenlerken iradesi sakatlanan tarafa açıkça bir iptal hakkı tanımış değildir. Gerçekten de Borçlar Kanunumuz hatayı hükme bağlayan 23. maddesinde, sözleşme yapılırken esaslı bir hataya düşen tarafın, o sözleşme ile ilzam olunamayacağını belirtmiş; aynı hükme m. 28/I’de de hile için yer vermiştir. BK. m. 29/I ise, tehdit ile yapılan sözleşmenin, tehdide uğrayan hakkında lüzum ifade etmeyeceğini hükme bağlamıştır. Kanunun bu belirsiz ifade tarzı, irade sakatlıklarının müeyyidesine ilişkin olarak doktrinde büyük tartışmalara yol açmıştır (sözkonusu tartışmalar için bkz. **YILDIRIM**, 224 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 347 vd.; **EREN**, 369 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, 100). Biz, konumuzun dışında kaldığı için bu tartışmalara girmeksizin, hakim görüşle birlikte iptal teorisini benimsiyoruz. Buna göre, sakat bir iradeyle kurulan "sözleşme, başlangıçta geçerlidir; ancak iptal beyanıyla bunun geçmişe etkili olarak geçersiz kılınması mümkündür” (**EREN**, 369).

²⁹ **VON TUHR**, 295; **YILDIRIM**, 2; **KURŞAT**, 4 vd.

sahiptir³⁰. Çünkü burada, bir zararın tazmini meselesi değil; her türlü hukuki işlemin temel kurucu unsuru olan irade beyanının, dolayısıyla iradenin serbestçe oluşup oluşmadığı ve serbestçe oluşmamış bir iradeyle kurulan sözleşmenin akıbetinin ne olacağı meselesi mevcuttur. Oysa culpa in contrahendoda, sözleşme kurmaya yönelik iradenin serbestçe oluşumunu korumak değil; sözleşme kurmak amacıyla hareket ederken hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açan ve bu değerlerinin dürüstlük kuralı gereğince karşı tarafça korunacağına güvenen kişilerin, bu güvenlerinin boşa çıkması sonucu uğradıkları zararların giderilmesi amaçlanmaktadır. Şüphesiz ki, sözleşme görüşmelerinde, tarafların, birbirlerinin sözleşme kurma yönündeki iradelerini, aldatıcı, yanıltıcı beyan ve davranışlarla sakatlamama yükümlülüğü de bulunur; ancak sözkonusu yükümlülüğe aykırılık, bir zarara sebebiyet vermediği sürece herhangi bir sorumluluğa yol açmaz. O halde culpa in contrahendoda, hileden farklı olarak, bir zararın tazmini meselesi mevcuttur³¹ ve culpa in contrahendonun hile ile aynı olay içerisinde bulunabilmesi, ancak hilenin, bir zarara da yol açtığı durumlarda mümkündür. Şöyle ki, hilenin bir zarara yol açtığı durumlarda, sadece sözleşmenin iptalini sağlamak, hileye uğrayan tarafı tatmin edecek bir sonuç değildir; o, ayrıca

³⁰ “Hatta hile veya ikrah, iyi bir maksatla yapılmış olsalar, bir kimsenin fikir ve muhakeme noksanlığı veya inatçılığı hasebi ile istemediği faydalı bir muameleyi yapmaya kendisini sevketmeye matuf bulunsalar bile, iptal mümkündür” (von TUHR, 293).

³¹ Bu nedenle culpa in contrahendo, hile ile kurulmuş dahi olsa, bir sözleşmenin iptaline dayanak oluşturamaz. Hile sebebiyle iradesi sakatlanmış olan taraf, sözleşmeyi, culpa in contrahendoya değil, Borçlar Kanunumuzun ilgili hükümlerine dayanarak iptal edebilir (BK. m. 28 ve m. 31).

zararının tazminini de isteyebilir³². İşte culpa in contrahendo bu noktada, zararın tazmini için bir dayanak oluşturur; çünkü hile, sözleşme yapma iradesinin serbestçe oluşumunu bozan bir davranış olduğu kadar, sözleşme görüşmelerinde karşı tarafı korumak için gösterilmesi gereken özeni de ihlâl edici bir davranıştır.

Hile ile culpa in contrahendo arasındaki farklar, sadece her iki kurumun korumayı amaçladıkları değerler ve dolayısıyla zararın doğumunun gerekip gerekmediği meselesinden ibaret değildir. Ayrıca sübjektif unsur bakımından da hile ve culpa in contrahendo arasında fark vardır. Gerçekten de BK. m. 28 anlamında hileden bahsedebilmek için, hileli davranışın karşı tarafı aldatma niyetiyle gerçekleştirilmiş olması gerekir. Doktrinde “hile kastı”³³ olarak ifade edilen bu durum, taraflardan birinin, hileli davranışıyla karşı tarafın hataya düşeceğini bilip bu sonucu istemesi şeklinde gerçekleşir³⁴. Oysa culpa in contrahendodan bahsedebilmek için, kusurun kast biçiminde özel bir derecesinin gerçekleşmiş olması gerekmez; sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde dürüstlük kuralından doğan koruma ve davranış yükümlülüklerini ihlâl ederek karşı görüşmeciyi zarara uğratan taraf, her türlü kusurundan sorumludur³⁵. Burada kusurun derecesi, sorumluluğun doğumunda değil, olsa olsa kapsamının belirlenmesinde rol oynar. Böylece sözleşmenin kuruluşu aşamasında taraflardan birinin kast derecesine varmamış bir kusurlu davranışıyla karşı tarafı yanıltarak

³² Hatta hileye uğrayan, sözleşmeyi iptal hakkını kullanmayarak, sadece hileden doğan zararının tazminini de isteyebilir; zira, BK. m. 31 /II’de, hile veya ikrah ile sakatlanmış bir akte icazetin, zarar ve ziyan isteminden feragati kapsamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

³³ Bkz. **YILDIRIM**, 126; **KURŞAT**, 25.

³⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, 95.

³⁵ **GONZENBACH**, 146.

sözleşme yapmaya sevketmesi durumunda, karşı taraf, hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edemez³⁶; ancak uğradığı bir zarar varsa, onu culpa in contrahendo esasına göre tazmin ettirebilir.

II- FİİLİ SÖZLEŞME İLİŞKİLERİ VE CULPA IN CONTRAHENDO

Culpa in contrahendo ile karşılaştırılması gereken bir diğer kavram, fiili sözleşme ilişkileri kavramıdır; zira fiili sözleşme ilişkileri teorisi, bugün için her ne kadar büyük ölçüde değerini yitirmiş görünmekte ise de³⁷, bir dönem Alman ve Türk/İsviçre Hukuklarında etkili olmuş³⁸ ve bu teoriyi benimseyen bazı hukukçular tarafından culpa in contrahendo, fiili sözleşme ilişkilerinin bir türü olarak gösterilmiştir³⁹.

“Fiili sözleşme ilişkileri teorisi”, sözleşme ilişkilerinin kurulması için her zaman irade beyanlarının gerekmediği, bazı durumlarda sadece fiili olgularla dahi doğurdukları hükümler bakımından sözleşmelerle bir tutulması gereken ilişkilerin kurulabilmesinin mümkün olduğu fikrine dayanır⁴⁰ ve fiili sözleşme ilişkileri kavramı da, sanki geçerli

³⁶ Böyle bir durumda yanılan tarafın, "hata" hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi düşünülebilir (bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 367); culpa in contrahendonun ise böyle bir iptale dayanak oluşturması mümkün değildir.

³⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 72.

³⁸ Belli bir dönem Alman Hukukunda büyük ölçüde taraftar bulan bu teori, Alman Federal Mahkemesince de bir süre benimsenmiş (bkz. NJW 1956, 1472; BGHZ 21, 319 vd., BGHZ 23, 175 vd.), oradan İsviçre ve Türk Hukuklarına nüfuz etmeye başlamıştır (bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 72 dpn. 18'de adı geçen yazarlar; ayrıca Yargıtayın bu teoriyi benimseyen bazı kararları için bkz. **YAVUZ**, 464 vd.; **AKYOL**, Uygulama Örnekleri, 230 vd.).

³⁹ Bkz. **HAUPT**, 9.

⁴⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 72.

bir sözleşme varmışçasına özel hükümler doğuran bazı fiili ilişkileri ifade eder⁴¹. Fiili sözleşme ilişkileri teorisinde, kişilerin hiç mevcut olmayan veya geçersiz olan irade açıklamalarının yerine, bazı fiili durum ve davranışlara hukuki sonuçlar bağlanmakta⁴²; böylece kişiler, belli bazı tip davranışları dolayısıyla tıpkı hukuki bir işlem yapmış gibi borç ilişkisine girmiş sayılmaktadır. Başka bir deyişle, bu teori, hukuki işlem iradesinden bağımsız olarak, sırf fiili bir durum ve davranışla da bir sözleşmenin kurulabileceğini, bu yolla irade beyanı olmaksızın da bir hukuki işlemin meydana gelebileceğini savunmaktadır⁴³. Böylece, herhangi bir irade açıklamasında bulunmayan, hatta bir hukuki sonuca yönelik açıklama yapmaya niyeti dahi olmayan kimsenin sadece davranışlarından, sözleşme hukuku kurallarını ilgilendiren bir borç ilişkisi ortaya çıkmış olmaktadır⁴⁴. Ancak her fiili durum ve davranışın da böyle bir borç ilişkisinin kaynağını oluşturması mümkün değildir.

Fiili sözleşme ilişkileri teorisinin kurucusu olan Haupt⁴⁵, bu teori uyarınca kendisine normatif bir geçerlilik kazandırılacak durum ve davranışları, dolayısıyla bunlardan hareketle ortaya çıkabilecek fiili sözleşme ilişkilerini üç grupta ele almaktadır⁴⁶. Bunlardan ilki, “sosyal temas” olarak adlandırılan ve tarafları, aralarında bir sözleşme kurmaya yönelik karşılıklı ve birbiriyle uyumlu irade açıklamaları bulunmasa veya mevcut irade açıklamaları hukuken geçersiz olsa da, sırf bu tür bir

⁴¹ TUNÇOMAĞ, 208.

⁴² KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme, 739.

⁴³ EREN, 126.

⁴⁴ İNAL, 24.

⁴⁵ Bkz. HAUPT Günter, Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1943.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme, 741.

temasın başlaması nedeniyle belli bir dikkat ve özen borcu altına sokan davranış biçimidir. Başka bir deyişle, burada, sözleşme kurmaya yönelik bir sosyal temas başlatan kişiler arasında, tarafları birbirlerine karşı dikkatli ve özenli davranma borcu altına sokan bir ilişki sözkonusudur ve bu ilişki, “sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır. Böylece Haupt, bu tür fiili sözleşme ilişkileri arasında her şeyden önce culpa in contrahendoyu dahil etmiş olmaktadır⁴⁷. Haupt, ayrıca, hatır taşımacılığını ve özellikle geçersiz kira akdi gibi, bünyesinde barındırdığı herhangi bir eksiklik veya bozukluk nedeniyle geçersiz kılınan sürekli borç ilişkilerini de daha geniş anlamda sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkileri arasında belirtmektedir⁴⁸.

Haupt’un fiili sözleşme ilişkilerinin kaynağı olarak gösterdiği ikinci durum, “fiili hizmet ve şirket ilişkileri”dir. Burada geçerli bir sözleşme bulunmaksızın, hizmet veya ortaklığın işletilmesi gibi edimlerin yerine getirilmesine başlanması ile doğan borç ilişkileri sözkonusudur⁴⁹. Buna göre, geçersiz bir hizmet veya şirket sözleşmesine rağmen taraflar edimlerini ifa etmişlerse, onların bu fiili davranışlarından bir borç ilişkisinin ortaya çıktığı kabul edilmelidir; zira, geçersiz bir hizmet veya şirket sözleşmesine rağmen ifa edilen edimlerin iadesi konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yetersizliği, ancak fiili bir sözleşme ilişkisinin varlığının kabulüyle giderilebilir⁵⁰.

Haupt, fiili sözleşme ilişkilerine meydan veren durum ve davranışlar içinde son olarak “sosyal edim yükümlülükleri”nden bahsetmektedir. Sosyal edim

⁴⁷ SYZ, 21.

⁴⁸ SYZ, 22.

⁴⁹ YAVUZ, 455; AKYOL, Uygulama Örnekleri, 232.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, Fiili Sözleşme, 743.

yükümlülüklerinden doğan fiili sözleşme ilişkileri, teorik ve pratik bakımdan fiili sözleşme ilişkilerinin en önemli ve en çok uygulanan türünü oluşturmaktadır. Çünkü Haupt, burada otobüs, tramvay gibi toplu taşıma araçlarının kullanılmasıyla ortaya çıkan bir fiili ilişkiden bahsetmektedir⁵¹. Buna göre, kitlelere yönelik şekilde sunulan toplu taşıma işleri gibi iş ve hizmetlerde, edimler, önceden belirlenmiş tarife ve esaslarla görülür ve bunlardan yararlanan kişiler, sözkonusu edimleri talep ve kabul ederlerken sözleşme kurmaya yönelik herhangi bir irade beyanında bulunmazlar⁵². Öyleyse bu tip ilişkilerde hangi davranışın icap hangisinin kabul olduğu belirsizdir ve sözleşmeye yönelik bir hukuki işlem iradesi olmaksızın sosyal tipteki bazı davranışlardan borç ilişkisi doğmaktadır⁵³.

Ortaya atıldığı ilk andan itibaren tartışma yaratan⁵⁴ fiili sözleşme ilişkileri teorisi, daha sonra Larenz tarafından “sosyal tipte davranış teorisi”ne dönüştürülerek geliştirilmiştir⁵⁵. Larenz’in sosyal tipte davranış teorisi, Haupt tarafından ortaya atılan sosyal edim yükümlülüklerinden doğan fiili sözleşme ilişkileri teorisiyle aynı esas ve düşüncelere dayanmaktadır. Buna göre, “çağımızın kitlesel ilişkilerinde, örneğin taşıma işlerinde yahut su, elektrik vs. gibi vazgeçilmez ihtiyaçların temin ve tedarikinde, bunlar taraflardan birince önceden belli edilmiş şartlarla umuma arz edilmekte ve kişilerin bunları talep etmeleri halinde, artık bildiğimiz anlamda karşılıklı irade beyanları ile bir sözleşme kurulmasına ihtiyaç olmaksızın, fiili bir borç ilişkisi meydana

⁵¹ **LARENZ**, sozialtypisches Verhalten, 1808.

⁵² **SYZ**, 24-25.

⁵³ **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme, 742.

⁵⁴ **SYZ**, 26, ayrıca 33 vd.

⁵⁵ Bkz. **LARENZ**, sozialtypisches Verhalten, 1897 vd.

gelmektedir”⁵⁶. Ancak Haupt’un teorisini esasta benimseyen Larenz⁵⁷, Haupt tarafından fiili sözleşme ilişkileri içerisinde kabul edilen üç ayrı tip ilişkinin, benzer niteliklerde görülüp aynı üst başlıkla ele alınmasını eleştirmekte ve bunların birbirlerinden tamamen farklı olduklarını belirtmektedir⁵⁸. Bu noktada Larenz, culpa in contrahendoyu da fiili sözleşme ilişkilerinden ayırmakta ve culpa in contrahendonun kanuni özen ve koruma yükümlerinden doğan ve asli edimi bulunmayan bir ilişki olduğunu söylemektedir⁵⁹.

Görüldüğü gibi fiili sözleşme ilişkileri veya Larenz’in terminolojisiyle sosyal tipte davranış teorisi, sözleşmelerin karşılıklı ve birbiriyle uyumlu irade açıklamaları ile gerçekleştirilen klasik anlamdaki kuruluşunu aşma ve sözleşme ilişkisinin oluşumuna, toplumsal hayattaki gelişmelerin doğurduğu ihtiyaçları gözeterek ayrı bir boyut getirme çabasının bir sonucudur. Burada amaçlanan, klasik sözleşme hukukunda hukuki işlemin kurucu unsuru olarak görülen irade beyanları olmaksızın da sözleşme niteliğinde borç ilişkilerinin yaratılabilmesine meydan vermektir. Başka bir deyişle, fiili sözleşme ilişkileri teorisinin nihai amacı, toplumsal yaşamda kaçınılmaz biçimde ortaya çıkan bazı durumlarda bir sözleşme ilişkisinin varlığını kabul ettirebilmek; ayırıcı özelliği ise, bu sözleşme ilişkisinin irade beyanları ile değil, bazı fiili davranış veya durumlarla oluştuğunu ileri sürmektir. Burada fiili durum ve davranışlarla kurulduğu belirtilen sözleşme ilişkisinin, tüm diğer sözleşme ilişkileri gibi asli edim yükümlülüklerini içerdiğine şüphe yoktur; zira, kuruluşuna ilişkin olarak hangi teori benimsenmiş olursa

⁵⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 74.

⁵⁷ SYZ, 29.

⁵⁸ LARENZ, sozialtypisches Verhalten, 1808.

⁵⁹ LARENZ, sozialtypisches Verhalten, 1808.

olsun, “tüm sözleşmeler, kural olarak asli edim yükümünü içerirler”⁶⁰. Oysa culpa in contrahendo teorisinde amaç, ortaya hiçbir şekilde bir sözleşme çıkartmak olmadığı gibi, taraflara asli edim yükümlülükleri yüklemek de değildir. Culpa in contrahendo teorisinde esas olarak, bir sözleşmenin kurulması veya kurulmaması meselesi değil, bir zararın tazmini meselesi mevcuttur; ancak, sözkonusu zarar, birbirleriyle sözleşme görüşmeleri başlatan kimselerden biri veya onun bir yardımcısı tarafından, karşı tarafa veya onun koruma alanı içerisinde bulunan bir üçüncü kişiye verilmiştir. Görüşmeleri gerçekleştirilen sözleşme sonuçta kurulmuş olsun veya olmasın, görüşmeler esnasında taraflardan birinin karşı tarafa kusuruyla verdiği zararlar, culpa in contrahendo esasına göre tazmin edilir; zira sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında, kaynağını MK. m. 2’de bulan bir güven ilişkisi doğmuştur. Şüphesiz ki fiili sözleşme ilişkileri teorisinin de temelinde doğruluk ve güven kuralları yatmaktadır. Gerçekten de “eğer bir ilişki, özünde saklı eksikliklere ve kusurlara rağmen hukuken korunabiliyor, kendisine sözleşme hükmü bağlamak mümkün olabiliyor ise, bunun temelinde doğruluk ve güven kuralları yatar. Sözleşmeye katılanların davranışlarından böyle bir sonucun çıkarılması zorunluluğu, doğruluk ve güven kuralları ile kuvvetlendirilmiş olarak uygun görülüyor ise fiili sözleşme ilişkisinin varlığına hükmedilecektir”⁶¹. Ancak doğruluk ve güven esaslarınca kurulduğu varsayılan böyle bir fiili sözleşme ilişkisinin taraflara yüklediği asli edimlerin yerine, culpa in contrahendo teorisi, taraflara koruma ve özen yükümlülükleri gibi ifası talep edilemeyen, ancak ihlâli halinde tazminat borcu doğuran

⁶⁰ EREN, 33.

⁶¹ GÜVEN, 21-22.

edimden bağımsız yükümlülükler yüklemektedir⁶². Nitekim sosyal tipte davranış teorisinin savunucusu Larenz bile, culpa in contrahendonun fiili sözleşme ilişkilerinin bir türü olarak gösterilmesine karşı çıkmıştır⁶³.

Fiili sözleşme ilişkileri teorisi, bu teorinin hareket noktasını oluşturan sosyal tipteki davranışların, aslında iradeyi gösteren davranışlardan ve dolayısıyla zımni irade beyanını oluşturan araçlardan ibaret olduğu⁶⁴ gerekçesiyle bugün neredeyse tamamen terkedilmiş durumdadır. Bugünkü hakim görüş, sosyal tipteki davranışlarla fiili borç ilişkilerinin kurulduğunun iddia edildiği durumlarda, meselelerin klasik hukuki işlem teorisi içinde kalarak çözüme kavuşturulabileceğini kabul etmektedir⁶⁵.

⁶² Ulsan, culpa in contrahendo ve fiili sözleşme ilişkileri ayrımını ortaya koyarken, iki kavram arasındaki kapsam farkına işaret etmekte ve "eylemsel" nitelikteki borç ilişkilerinin belli bazı eylemsel ilişkilere hasredilmek suretiyle kapsamının daraltılmış bulunduğunu; buna karşılık culpa in contrahendo'da böyle bir sınırlamanın söz konusu olmadığını, irade özgürlüğünün tümüyle baskın bulunduğu bir alan içinde sözleşme görüşmelerinin cereyan ettiğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, eylemsel borç ilişkilerinde herhangi bir hazırlık ilişkisi düşünülmezsizin görüşmelerden arık bir sözleşme varsayımına başvurulduğunu, bu sebeple sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun eylemsel borç ilişkileri altında incelenmesinin hiçbir şekilde onaylanmayacak mantıksal ve hukuksal bir çelişkiyi dile getirmekte olduğunu ifade etmektedir (bkz. **ULSAN**, 289-290).

⁶³ **LARENZ**, sozialtypisches Verhalten, 1808.

⁶⁴ **EREN**, 127. Ancak Kocayusufpaşaoğlu burada zımni irade beyanından değil, "irade faaliyeti yoluyla gerçekleştirilen irade açıklaması"ndan bahsetmektedir (bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 75). Yazar, irade faaliyeti kavramıyla, iradeyi başkalarına bildirmek amacı ile yapılmayıp, doğrudan doğruya bu iradenin gerçekleştirilmesine yönelmiş bulunan hareket tarzını kastetmekte ve bu tip davranışlarda, iradenin, zımni de olsa dışı vurumuna ilişkin bir bilincin yani beyan bilincinin bulunmadığını belirtmektedir. Bununla beraber, böyle bir ayrımın sadece teorik bir değerinin bulunduğunu Kocayusufpaşaoğlu da kabul etmekte ve aradaki yakın ilişkiyi ve benzerliği dikkate alarak, irade faaliyetlerini, zımni irade beyanları ile birlikte incelemekte bir sakınca görmemektedir (bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 135).

⁶⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 76. Karşı görüş için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 91.

III- ÖNSÖZLEŞME VE CULPA IN CONTRAHENDO

Önsözleşme ve culpa in contrahendo kavramları arasındaki fark ilk bakışta oldukça belirgin görünmektedir; bununla beraber, sözkonusu kavramlardan her ikisinin de yapılması arzulanan bir sözleşmenin öncesine ilişkin olması sebebiyle, bu kavramlar arasındaki teorik ve kurumsal farkların ortaya konulmasında fayda görmekteyiz.

Önsözleşme, taraflardan birinin veya her ikisinin, birbirleriyle veya bir üçüncü kişiyle, ileride “asıl sözleşme” adı verilen bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt ettikleri bir sözleşmedir⁶⁶. Başka bir deyişle önsözleşmede taraflar, klasik borçlar hukuku esaslarına uygun bir biçimde, yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla bir sözleşme kurmaktadır; ancak bu sözleşmenin konusunu, ileride başka bir sözleşmenin akdedilmesi oluşturmaktadır. Görüldüğü gibi önsözleşme ilişkisi de, culpa in contrahendoya benzer bir biçimde, sonradan akdedilecek bir sözleşmenin öncesine ilişkindir. Bununla beraber anlam ve içeriği bakımından bugün için hukuk doktrininde tartışmasız bir kavram olan önsözleşme⁶⁷, her şeyden önce, karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan, yani sözleşme görüşmeleri safhasını çoktan aşmış tam bir hukuki işlem, başlı başına bir sözleşme olup; esas sözleşmenin yapılmasını kolaylaştıracak görüşmeler

⁶⁶ Önsözleşme hakkında bkz. **AYRANCI Hasan**, Ön sözleşme, Ankara 2006.

⁶⁷ Günümüzde önsözleşmenin anlam ve içeriğinden çok, bir kurum olarak gerekliliği tartışılmaktadır. Gerçekten de modern hukuk doktrini, her iki tarafın da asıl sözleşmeyi yapma borcu altına girdiği önsözleşmelerin ancak real sözleşmelerin geçerli olduğu eski hukuklarda bir anlamı olabileceğini; yeni hukuk düzenlerinde ise real sözleşmelerin yerini rızai sözleşmelerin alması sebebiyle önsözleşme kurumunun amaca ulaşma yolunu gereksiz yere uzatmaktan başka bir işe yaramadığını belirterek, bu kurumun gerekliliğini tartışmalı hale getirmiştir. Önsözleşme hakkında bkz. **EREN**, 276 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 97-100; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 186.

niteliğini kesinlikle taşımaz⁶⁸. Ayrıca önsözleşmede de, tıpkı asıl sözleşmelerde olduğu gibi, bir asli edim yükümlülüğü bulunmaktadır; ancak bu yükümlülüğün konusunu, bir asıl sözleşmenin akdedilmesi oluşturmaktadır ve önsözleşme, diğer sözleşmelerden esas olarak bu noktada ayrılmaktadır. Önsözleşmeyle üstlenilen edim yerine getirilmez, başka bir deyişle, asıl sözleşme taahhüt edildiği gibi akdedilmezse, bu durum akde aykırılık teşkil edeceğinden bir dava konusu haline getirilebilir⁶⁹. Oysa sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar arasında ne açıkça, ne de zımnen kurulmuş bir sözleşme bulunmamakta ve taraflar, konusu ne olursa olsun herhangi bir edim yükümlülüğü altına girmemektedirler. Dolayısıyla sözleşme görüşmeleri ilişkisi, tarafları, görüşmelerini sürdürmekte oldukları sözleşmeyi akdetme borcu altına da sokmamaktadır. Başka bir deyişle, sözleşme görüşmelerine giren kişilerin, bir önsözleşme akdeden kişilerin aksine, sözleşmeyi kurma zorunlulukları yoktur⁷⁰ ve bu durum doktrinde, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansıması olarak görülmektedir⁷¹. Ancak bu kişiler, sözleşme görüşmelerini doğruluk ve güven ilkeleri doğrultusunda sürdürmek, aksi halde karşı tarafa verdikleri zararını tazmin etmek mecburiyetindedirler. Görüldüğü gibi önsözleşme ile taraflar arasında kurulan ilişki, tam bir sözleşme ilişkisi ve ortaya çıkan yükümlülük, dava edilebilir nitelikte bir asli edim yükümlülüğü iken; culpa in contrahendo halinde taraflar arasındaki ilişki, kaynağını MK. m. 2’de bulan bir

⁶⁸ ULUSAN, 293.

⁶⁹ Önsözleşmeden doğan “asıl sözleşmeyi yapma borcu”nun yerine getirilmemesi sonucu, bu borcun yerine getirilmesinin dava konusu haline getirilmesi durumunda mahkemenin vereceği hükmün niteliği ve doğuracağı sonuçların neler olduğu hususu doktrinde son derece tartışmalıdır. Bu konudaki çeşitli görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 101 -103.

⁷⁰ EREN, 1085; ayrıca bkz. ileride § 7, III, A, 2.

⁷¹ HERZOG, 77.

güven ilişkisi ve bundan doğan yükümlülük de, güvenin ihlâli halinde ortaya çıkan zararları tazmin yükümlülüğüdür⁷². Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, önsözleşme ile culpa in contrahendo arasındaki bu farklılıkları göz önünde bulundurarak, boşa çıkan sözleşme görüşmelerinin bir önsözleşme olarak yorumlanmasını kabul etmemiştir⁷³.

Ancak hemen belirtelim ki, tüm diğer sözleşmelerde olduğu gibi, bir önsözleşmenin akdedilmesinde de belli bir hazırlık aşaması ve taraflar arasında yapılan çeşitli görüşmeler söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bir önsözleşme görüşmelerini sürdüren taraflar da, doğruluk ve güven ilkesine uygun davranmak, aksi halde karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararları culpa in contrahendo sorumluluğu esasınca tazmin etmek zorundadırlar. O halde, her ne kadar bu iki kurum birbirinden farklı ise de, aynı olay içerisinde hem bir önsözleşmeden, hem de bir culpa in contrahendo sorumluluğundan söz edilmesi mümkündür⁷⁴. Ancak bu durumda dahi, söz konusu kurumlardan her biri kendi özellikleriyle ele alınmalı ve kendi özelliklerine göre hükümlere tâbi tutulmalıdır.

⁷² **SIEG**, 509; **HERZOG**, 75. Culpa in contrahendo ve önsözleşme arasındaki ayırım için ayrıca bkz. **ESEN**, 1391. Yazara göre, “akıt yapma vaadinde rızalarda husule gelen uygunluk bir vecibe ihdası maksadıyla husule gelmiştir. Müzakerelerde ise hakiki rıza uygunlukları mevcut olmakla beraber, bu anlaşmalar, katedilecek yolu işaretlemek ve asıl projenin bünyesini tespiti hizmet etmek gayesi ile vuku bulmuştur. Bu gibi anlaşmalar vecibeler sahasına yabancı olan anlaşmalardır. Şu halde akıt yapma vaadini akde taalluk eden müzakerelerden tefrik için bu iki halde iradenin vasıl olmak istediği gaye nazarı itibara alınmıştır. Akıt yapma vaadinde kat’i bir taahhüt mevzu bahis olur. Müzakerelerde ise sadece bazı noktalar üzerinde anlaşma husule gelmiştir” (**ESEN**, 1391). Yazarın sözleşme görüşmeleri ve önsözleşme kavramlarına ilişkin yaptığı bu ayırımın esasını isabetli bulmaktayız. Ancak sözleşme görüşmeleri aşamasında “anlaşma” tabirinin kullanılması, bizce doğru değildir.

⁷³ Bkz. **HERZOG**, 75 dpn. 438’de anılan kararlar.

⁷⁴ **HERZOG**, 81.

§ 4- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE MODERN HUKUKLARDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

A- GENEL OLARAK

1861’de kaleme aldığı “culpa in contrahendo (sözleşmenin akdedilmesi sırasında kusur) veya batıl ya da sakat sözleşmelerde zararın tazmini” başlıklı makalesi⁷⁵ ile Alman hukukçu Rudolf von Jhering⁷⁶, culpa in contrahendo doktrininin fikir babası olarak kabul edilir⁷⁷. Bununla beraber, culpa in contrahendo vâkıası ve bundan bir sorumluluk doğurma düşüncesi, Jhering’in dönemi için aslında yeni değildir. Gerçekten de Jhering, teorisini oluştururken, Roma hukuku kaynaklarında ve kendi döneminde yürürlükte olan ülke kanunlarında rastladığı bazı münferit olay ve hükümlerden yararlanmış⁷⁸; söz konusu olay ve hükümler, Jhering’in teorisinin hukuk kaynakları bakımından da sağlam bir zemine oturmasına⁷⁹ ve Roma hukuk düşüncesi noktasında meşruiyet kazanmasına yardım etmiştir.

⁷⁵ Bkz. **VON JHERING Rudolf**, “Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, Jherings Jahrbücher 1861, Band 4, 1-112. Jhering’in söz konusu makalesinin tam metni için ayrıca bkz. **SCHMIDT Eike**, Rudolf von Jhering Culpa in contrahendo – Hermann Staub Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, Zürich 1969.

⁷⁶ Pandekt hukukunun bir temsilcisi olan Rudolf von Jhering, 1818-1892 tarihleri arasında yaşamış ve tarihçi hukuk okuluna yeni bir yön vermiştir, **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 98. Jhering hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KINDERHEIT**, 107 vd.

⁷⁷ **SCHUTZ**, 78; **GIARO**, 113; **EMMERICH**, 73; **BAYGIN**, 346; **VON LACKUM**, 63.

⁷⁸ **YILMAZ**, 235.

⁷⁹ “... böylece teorim, kaynak bakımından sağlam temel ve esasa oturmuş oluyor ve iş, kaynakların ifade ettiğinden ziyade gizlediği anlamı (içeriği) ortaya çıkartmaya kalıyor” (**JHERING**, 12).

Bu sebeple Jhering'in culpa in contrahendo teorisi ele alınmadan önce, onun teorisini delillendirmek üzere başvurduğu bu kaynaklara değinmek uygun olur.

B- ROMA HUKUKU VE ESKİ KANUN METİNLERİNDE CULPA IN CONTRAHENDO

1- Roma Hukukunda Culpa in Contrahendo

Roma hukuk sisteminde, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışlardan doğan zararların tazminine ilişkin düzenleyici ve genel bir hükme rastlanmaz⁸⁰. Bu sebeple doktrinde hakim görüş, Roma hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğunun kural olarak bulunmadığı yönündedir⁸¹. Klasik Roma hukukunda, sözleşme öncesi aşamada kusurdan değil, kasıttan sorumluluk bilindiğinden⁸², “culpa” in contrahendo’dan değil, ancak “dolus” in contrahendo’dan bahsedilebilirdi⁸³.

Roma’da "dolus" kavramı, esasen kusurun özel bir derecesi olan “kasıt”ı ifade etmekte; bunun yanı sıra, bir irade sakatlığı hali olan “hile”yi de karşılamaktadır⁸⁴. Klasik Roma döneminde, sözleşmenin kurulması sırasında ihmalî davranışlarla değil, ancak kastî davranışlarla karşı tarafı zarara uğratmak, hile kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde bir tazminat borcu doğurabilirdi. Burada sözkonusu olan da bir haksız fiil tazminatıydı; zira Roma’da hile (dolus), praetor hukukunun⁸⁵ geliştirdiği

⁸⁰ FRICK, 105.

⁸¹ FRICK, 105.

⁸² GIARO, 114.

⁸³ FRICK, 105; BERGER M., 168-169.

⁸⁴ RADO, 31.

⁸⁵ MÖ. II. yüzyılın ortalarında, devletin sınırlarının genişlemesine paralel olarak Roma toplumunun yapı ve niteliği de değişmiş; bunun sonucunda, o zamana kadar Roma yurttaşlarına uygulanan bölgesel nitelikteki ius civile, toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. Bu dönemde

bir haksız fiil türüydü⁸⁶. Bununla beraber henüz klasik devirde dahi uygulama, dolus kavramını genişletmiş ve iyiniyete aykırı her türlü fiili dolus olarak değerlendirmiştir⁸⁷. Gerçekten “önceden sadece hileli davranışlar nedeniyle mevcut bulunan sorumluluk, devletin büyümesine paralel biçimde gelişip daha ince bir nitelik kazanmış ve salt hileye dayanan bu sorumluluğun yetersizliği belirterek yavaş yavaş bona fides’e aykırı davranışların da sorumluluğa bağlı kılınması düşüncesi yer etmiştir”⁸⁸. Böylece Roma hukukunda ilk başlarda, dar anlamda hilenin etkisiyle bir işlem yapmış olana karşı açılan davada kullanılmak üzere tanınan hile def’ine (exceptio doli), daha sonraları işlemin iyiniyete aykırı olduğu bütün hallerde başvurulur hale gelmiş ve dar anlamda

Roma hukukunun yeni toplumsal ve ekonomik gerçeklere uygun hale getirilebilmesi, praetorların yargı alanındaki faaliyetleri sırasında yaratmayı başardıkları hukuk kurallarıyla sağlanmış; böylece praetor hukuku, ius civilenin yanında ikinci bir hukuk sistemi olarak varlığını sürdürmüştür. Zaman içerisinde ius civile ile kaynaşan praetor hukuku, Iustinianus zamanında ius civile niteliği kazanmıştır (**KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 58).

⁸⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, eski Romanın haksız fiil anlayışı ile günümüz hukukunun haksız fiil anlayışı aynı değildir. Eski Roma’da haksız fiil, ceza hukukundaki suç kavramı ile iç içedir. Gerçekten de eski Roma’da suçlar, delicta publica (kamu suçları) ve delicta privata (özel suçlar) olarak ikiye ayrılıyor ve bunlardan ikincisi, kamu yararını ihlâl eder nitelikte görülmediğinden devlet tarafından değil, ondan zarar gören tarafından takip ediliyordu (**KOSCHAKER/AYİTER**, 257). Delicta privata (bugünkü anlamda haksız fiil) sonucu zarar gören kimse, açtığı dava ile zararının tazminini değil, failin cezalandırılmasını istemekteydi ve bu ceza da genellikle bir para cezasıydı. Görüldüğü gibi delicta privatadan (haksız fiilden) bir borç doğuyordu; fakat bu borç, bugünkünün aksine bir zararı tazmin borcu değil, bir cezanın ödenmesi borcuydu. Ancak bu ceza, yine günümüz hukukunun aksine devlete değil, doğrudan zarar görene ödendiğinden, onun uğradığı zararlar da giderilmiş oluyor; böylece tazminat, haksız fiilin doğrudan olmasa da, dolaylı bir sonucu olarak beliriyordu (bkz. **RADO**, 181). Hile durumunda başvurulabilen “actio doli” de hile sonucu elde edilmiş olanların iadesine veya uğranılan zararların tazminine bu şekilde imkân veren ancak esas itibarıyla cezai nitelikte bir davaydı. Iustinianus hukukunda ise actio doli, artık bir tazminat davasına dönüşmüştür (**RADO**, 199).

⁸⁷ **KOSCHAKER/AYİTER**, 269.

⁸⁸ **ULUSAN**, 293.

hile hallerinde kullanılan özel hile def'i (exceptio doli specialis) ile her türlü iyiniyete aykırılık hallerinde kullanılan genel hile def'i (exceptio doli generalis) birbirlerinden ayrılmıştır⁸⁹; genel hile def'i, hak ve nesafetin ve iyiniyet fikrinin hukuka uygulanması için praetor'un elinde bulunan önemli araçlardan birini oluşturmaya başlamıştır⁹⁰.

Bu gelişim doğrultusunda, örneğin, akit görüşmelerinin yarıda bırakılmasının⁹¹ veya sözleşme öncesi kusur açısından özel bir önem arz eden açıklama yükümlülüğünün ihlâlinin de (dar veya geniş anlamda) dolus olarak değerlendirilebildiği ölçüde sorumluluğa yol açtığını belirtmek gerekir. Gerçekten Roma'da, bir işlemin yapılmasında hayati önemi bulunan şartları susarak gizlemek yoluyla yapılan hile durumunda açıklama yükümlülüğünün ihlâli ve buna bağlı tazminat isteminin varlığı kabul ediliyordu⁹². Hakim görüş, Roma hukukunda bu sonucun, kural olarak "hilekârca susma" ile sınırlı olduğu; dolusun dışındaki kusurun, açıklama yükümlülüğünün ihlâli olarak değerlendirilmediği yönündedir⁹³. Bununla beraber, ödünç ve vedia sözleşmelerinde, ihmalden sorumluluk da sözkonusu edilebilirdi⁹⁴. Ayrıca zaman içerisinde köle ve koşum hayvanı satımlarında satıcının, açık olmayan

⁸⁹ **RADO**, 198-199; **KOSCHAKER/AYİTER**, 269.

⁹⁰ **KOSCHAKER/AYİTER**, 160.

⁹¹ **FRICK**, 106.

⁹² Çiçero'dan (M.Ö. 106 – M.Ö. 43) aktarıldığına göre: Roma'da, kâhinlerin kuş uçuşlarını gözlemelerine engel olduğu için yıkılması talep edilen bir ev, sahibi tarafından, alıcıya sözkonusu yıkım talebi bildirilmeksizin satılmıştır. Bu durumda evin yıkılması zorunluluğundan habersiz olan alıcının tazminat talebi kabul edilmiştir (**FRICK**, 107).

⁹³ **FRICK**, 107.

⁹⁴ **FRICK**, 107. Örneğin, ödünç verilen kölenin bulaşıcı bir hastalığı olup da bunun ödünç alana ihmalen de olsa bildirilmemesi sonucu, hastalığın diğer kölelere de bulaşması halinde doğan zararlarda olduğu gibi (bkz. **RADO**, 74).

ayıplar için kusurdan bağımsız bir açıklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edildi⁹⁵. Bu yükümlülüğün ihlâli halinde, alıcı, akdin feshi veya semenin tenzili davası açabilir; ayrıca uğradığı zararları da, sadece hile davası olan *actio doli* ile değil⁹⁶, alıcının davası olan “*actio empti*”⁹⁷ ile tazmin ettirebilirdi⁹⁸. Böylece açıklama yükümlülüğünün ihlâlinin, sadece hile kapsamında değerlendirilmesi düşüncesinden uzaklaştırıldığı, ancak *culpa in contrahendodan* ziyade ayıba karşı tekeffül hükümlerine yaklaştırıldığı söylenebilir. Gerçekten de, sözkonusu hükümler, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışın değil, geçerli bir satım akdinde, satıcının borçlandığı şeyi gereği gibi ifa etmemesinin müeyyidelendirilmesinden ibarettir; zira, burada, “kusurdan bağımsız” ve alıcının “ifa menfaatini” karşılamaya yönelik bir sorumluluk vardır⁹⁹.

⁹⁵ **FRICK**, 107. *Ius civile* döneminde satıcının satım konusu maldaki ayıplardan sorumluluğu sadece belli niteliklerin varlığına veya belli ayıpların yokluğuna dair verdiği özel teminat hallerine inhisar ediyor; ayrıca sattığı şeyin ayıplarını bildiği halde susan satıcı bu hileli hareketinden dolayı sorumlu tutuluyordu. Daha sonraları çarşı ve pazarların kontrolü ile görevli olan “*aedilus curulis*”ler, satıcıları, sattıkları köle ve hayvanların ayıplarından haberdar etmeye mecbur tutmuşlardı. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen satıcılar, kendilerinin dahi bilmedikleri gizli ayıplardan sorumlu tutuluyorlardı (**RADO**, 128).

⁹⁶ **KOSCHAKER/AYİTER**, 232.

⁹⁷ Roma hukukunda *actio empti*, alıcının, alım-satım akdinden doğan davasıdır ve bir hüsniyet davası niteliğindedir (bkz. *Inst.* 4, 6, 28). Roma hukukunda hüsniyet davaları (*Iudicia bonae fidei*), fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı kalınmasını gerektiren dar hukuk davalarının (*Iudicia stricti iuris*) aksine, hukuki ilişkinin genel ahlâk ve dürüstlük kuralına uygun olarak ölçülendirildiği; başka bir deyişle, daha geniş bir takdir yetkisine sahip olan yargıcın “hüsniyet gereklerine göre” karar verme imkânının bulunduğu davalardı (**KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 303). Böylece alıcının, maldaki ayıp yüzünden uğradığı zararlara karşılık iyiniyet kurallarınca belirlenen bir meblağı tazminat olarak alması, akdi nitelikteki bir dava ile (*actio empti*) mümkün oluyordu.

⁹⁸ **RADO**, 128. *Actio empti* ile, sadece maddi ayıp halinde değil, hukuki ayıp (zapta karşı tekeffül) halinde de zararları tazmin ettirmek mümkündür (bkz. **RADO**, 126).

⁹⁹ *Actio empti* ile istenebilecek tazminatın ifadan doğan faydayı kapsamı Iustinianus zamanında kabul edilen bir yeniliktir (**KOSCHAKER/AYİTER**, 232).

Roma hukukunda, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan zararların akdi bir tazminat talebi ile giderilmesine, ancak Bizans döneminde (MS. 330 -1453) rastlanmaktadır¹⁰⁰. Gerçekten de Jhering, bu dönemin ünlü imparatoru Iustinianus'un (MS. 527 – 565) hukuku birleştirme ve klasik dönem hukukunu modernleştirmek suretiyle yeniden geçerli kılma çabalarının bir sonucu olarak hazırlattığı Corpus Iuris Civilis'de¹⁰¹, culpa in contrahendodan bir sorumluluk meydana getirme düşüncesine işaret eden iki vâkıanın varlığını tespit etmiştir¹⁰².

Bu vâkıalardan ilki ticaret dışı bir malın satımına ilişkin olup, Institutiones'de¹⁰³ şöyle geçmektedir: “Bir kimse bile bile, mukaddes, dini veya ammeye ait bir yeri, mesela bir meydanı, bir kiliseyi satın alırsa, batıl bir muamele yapmış olur: fakat, satıcı tarafından aldatılmak suretiyle, onları, mukaddes veya ammeye ait olmayan yerler zannederek satın alırsa, elde etmesi lazım geldiğini elde edemediği için, alıcının davasını (actio ex empto) haiz olur ve bu suretle aldanmamış olmasının icap ettirdiği menfaati elde eder. Hür kimseyi köle olarak satın alırsa, hukuki durum aynıdır”¹⁰⁴. Corpus Iuris Civilis'de geçen diğer bir vâkıa¹⁰⁵ ise mevcut olmayan terekenin satımına ilişkindir. Burada, örneğin terekesi satılan miras bırakanın aslında ölmemiş olması veya

¹⁰⁰ **FRICK**, 105.

¹⁰¹ Corpus Iuris Civilis hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KOSCHAKER/AYİTER**, 27 vd.

¹⁰² Bkz. **JHERING**, 9-10.

¹⁰³ “Hukuk müesseseleri” anlamına gelen Institutiones, Corpus Iuris Civilis'in hukuk öğrenimine başlayanlar için bir ders kitabı niteliğinde, fakat aynı zamanda kanun gücünde olan ilk bölümüdür, **KOSCHAKER/AYİTER**, 28. Institutiones'in Türkçe çevirisi için bkz. **UMUR Ziya**, Institutiones, İstanbul 1968.

¹⁰⁴ Inst. 3, 23, 5 (**UMUR**, 269).

¹⁰⁵ D. 18. 4. 8-9 (Iavolenus) (**FRICK**, 105 dpn. 834).

satıcının miras bırakanmış gibi davranarak hiç olmayan terekesini satması durumunda alıcının sahip olduğu tazminat hakkından söz edilmektedir¹⁰⁶.

Görüldüğü gibi Corpus Iuris Civilis’de bahsi geçen her iki durumda da, konu (şey) ve semen üzerinde anlaşmanın sağlanması sonucu “dış görünüş itibariyle” kurulmuş satım sözleşmeleri sözkonusudur¹⁰⁷; ancak ilkinde konunun satıma elverişsizliği, ikincisinde ise şeyin hiç mevcut olmaması sebebiyle sözleşme geçersizdir¹⁰⁸. Böyle bir durumda satım konusu şeye ilişkin eksikliği bilmeyen alıcının, uğradığı zararları akdi bir tazminat ile gidermesine imkân tanınmış olması, culpa in contrahendo sorumluluğu fikrine işaret eden bir bulgu olarak görülebilir; böylece culpa in contrahendo vâkıası ve bundan bir sorumluluk doğurma düşüncesinin, birkaç münferit olay bakımından, Corpus Iuris Civilis’e kadar uzandığı kabul edilebilir.

2- Eski Kanun Metinlerinde Culpa in Contrahendo

Jhering culpa in contrahendoyu genel bir sorumluluk sebebi olarak ortaya koymadan önce sadece Roma hukuku kaynaklarını değil, yaşadığı dönemin kanunlarını da incelemiş; bunlardan Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)¹⁰⁹ ve özellikle Prusya

¹⁰⁶ **JHERING**, 14. Terekenin objektif olarak mevcut bulunması, fakat satıcıya ait olmaması durumunda ise, ifa talep edilebilir (**JHERING**, 13); zira bu durumda ortada geçerli bir sözleşme vardır. Terekenin satıcıya ait bulunmaması, başka bir deyişle, satıcının sattığı terekenin mirasçısı olmaması ise, tıpkı başkasına ait bir malın satımında olduğu gibi, ancak ifaya ilişkin bir problem doğurur.

¹⁰⁷ **JHERING**, 13.

¹⁰⁸ **ULUSAN**, 295.

¹⁰⁹ 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich), o dönemde hakim olan tabîi hukuk anlayışıyla hazırlanmış kanunlardan biridir ve -çağdaşı diğer kanunlar gibi- Pandekt hukukundan ziyade Germen hukukunun özelliklerini taşımaktadır (**BİLGE**, 88; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 96).

Devletleri Genel Kanununda (ALR)¹¹⁰ kendi fikrini destekleyen hükümlere rastlamıştır¹¹¹. Söz konusu hükümler, özellikle, ehliyetsiz olduğunu veya başlangıçtaki imkânsızlığı bildiği halde bir sözleşme yapan yahut icaptan rücu eden fakat bunu vaktinde bildirmeyen, keza sözleşmenin kurulması sırasında kendi kusuruyla hataya düşen kimselerin, karşı tarafa verdikleri zararlardan sorumluluklarına ilişkindir¹¹².

Gerçekten de Prusya Devletleri Genel Kanununda, karşı tarafın ehliyet durumu hakkında gereken soruşturmayı yapmasına rağmen gerçek durumu öğrenemeyen ve ehliyetsiz bir kimse tarafından sözleşme yapmaya sevk edilen kişinin, malvarlığında bu yüzden ortaya çıkan zararların giderilmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır (ALR, I 5 §33)¹¹³. Yine aynı kanunun başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin 53. paragrafına göre, imkânsız bir işlemi veya edimi taahhüt eden kimse, şart koşulan bu imkânsızlığı biliyor idiye, karşı tarafın tüm zararını gidermek zorundadır. Başlangıçtaki imkânsızlıkla ilgili olarak ayrıca Avusturya Medeni Kanununda da hüküm bulunmaktadır. Buna göre, açıkça imkânsız olan (fiili imkânsızlık) veya izin verilmeyen (hukuki imkânsızlık),

¹¹⁰ Almanya’da, ilk başlarda çeşitli eyaletlere özgü münferit kanunlar yapma şeklinde ortaya çıkan kanunlaştırma hareketinin en önemli ürünü, 1793 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunudur (allgemeine preußische Landrecht). Yine tabii hukuk doktrininin etkisiyle hazırlanmış bu kanun, kazuistik metodu ve özel hukuk ilişkilerinin yanı sıra kamu hukuku alanını da düzenlemeyi hedefleyen 17.000’den fazla madde içermesiyle ünlüdür (**BİLGE**, 86).

¹¹¹ **JHERING**, 39.

¹¹² Bkz. **JHERING**, 40 vd.

¹¹³ Aynı kanunun 36. paragrafında ise, ehliyetsizliğini bile bile bir başkasını sözleşme yapmaya teşvik eden (onu bu hususta kandıran) kişinin, dolandırıcı gibi cezalandırılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Jhering, §36’da “ehliyetsizliğini bile bile (bilinçli şekilde)” ifadesi özellikle vurgulanırken, §33 hükmünde böyle bir vurgulama olmamasından hareketle; ilk durumda “dolusun (hilenin)”, ikinci durumda ise kasıt gibi özel bir niteliği bulunmayan herhangi bir kusurun (dolayısıyla culpa in contrahendonun) söz konusu olduğu sonucuna varmaktadır (bkz. **JHERING**, 40).

dolayısıyla ifa edilemez nitelikteki edimler, geçerli bir akdin konusunu oluşturamaz; bu tür vaatlerle karşı tarafı aldatan, imkânsızlığı bilmesi gerekirken bilmeyerek karşı tarafın vaktini alan veya onun zararından fayda elde eden kişi, tüm bunlardan sorumludur (ABGB, §878). Bunlardan başka, Prusya Devletleri Genel Kanununa göre, icaptan dönen kişi, bunu, kanunun izin verdiği süre içerisinde karşı tarafa bildirmezse, kabul beyanını vaktinde bildiren karşı tarafın bu geçen süre zarfında akdin ifası amacıyla yaptığı hazırlıklardan doğan zararını gidermek zorunda kalır (ALR, I 5 §105). Aynı kanun, irade açıklamasında bulunan kişiyi, kendi fahiş veya abes sayılabilecek ihmali ile hataya düşmesi ve karşı tarafın da bunu bilmemesi halinde, doğacak zararların tazmini ile yükümlü tutmuştur (ALR, I 4 §79).

Zikrettiğimiz bu münferit hükümlerin dışında Prusya Devletleri Genel Kanunu, culpa in contrahendo ya adeta genel bir sorumluluk niteliği kazandıran çok önemli bir hükme daha yer vermiştir. Gerçekten ALR, I 5 §285'e göre, "akdin ifası sırasındaki kusurundan dolayı borçluya yüklenen şey, sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin bu akdetme ilişkisinin kendisine yüklediği ödevleri ihmal etmesi durumunda da geçerlidir"¹¹⁴. Her ne kadar, Prusya kanun koyucusunun sözkonusu hüküm ile akit görüşmelerindeki kusurdan dolayı genel bir dava esası oluşturmayı, bilinçli olarak, isteyip istemediği doktrinde tartışmalı ise de¹¹⁵; felsefi temelleri tabîi hukuka dayanan bir kanunda böyle bir hükme yer verilmiş olması, tabîi hukukun akla dayalı adalet

¹¹⁴ bkz. **JHERING**, 44.

¹¹⁵ **SCHUTZ**, 78. Jhering, kendi culpa in contrahendo teorisinin kabulünün, ALR, I 5 §285 hükmünde ifade edildiğinden daha açık bir biçimde olamayacağını belirttikten sonra, Prusyalı hukukçuları bu kadar önemli bir hükmü gözden kaçırdıkları için eleştirmekte ve Prusya kanun koyucusunun bu hükmü vaaz ederken bilinçli davranıp davranmadığını sorgulamaktadır (**JHERING**, 44).

anlayışında culpa in contrahendo vâkiasının ve ondan bir sorumluluk doğurma düşüncesinin tanındığına bir işarettir. ALR’de o dönem için oldukça ileri kabul edilebilecek böyle bir hükmün yer alması, sorumluluk sebeplerini “sözleşme” ve “haksız fiil” olmak üzere iki temel gruba ayıran, bu iki gruba dahil edilemeyen durumlar için dahi ancak “sözleşme benzeri” ve “haksız fiil benzeri” gibi sorumluluk sebepleri oluşturan Roma Hukuk düşüncesinin¹¹⁶, "tabîî hukuk" anlayışının etkisi ile aşılmaya başlanması şeklinde açıklanabilir¹¹⁷.

¹¹⁶ Roma hukukunun borç kaynaklarına ilişkin sözleşme ve haksız fiil esasına dayalı ikili tasnifi, Gaius’un Institutiones’ine dayanır: “Her borç ya bir akitten veya bir haksız fiilden doğar (Gai.Inst. 3, 88). Iustinianus’un Institutiones’inde ise, bu iki temel borç kaynağına “sözleşme benzerleri” ve “haksız fiil benzerleri”nin eklenmesiyle oluşturulan dörtlü bir tasnif göze çarpmaktadır (Inst. 3, 13, 2) (**RADO**, 50-51).

¹¹⁷ XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Avrupa’yı etkisi altına alan akla dayalı düşünce akımının (rasyonalizm) hukuk alanında da her zaman ve her yerde geçerli olan ve akla dayanan bir hukukun varlığını savunması, daha önceleri tabiat felsefesi ve dini felsefeyle temellendirilmiş “tabîî hukuk düşüncesi”nin bu defa akla dayalı olarak yeniden canlanmasını sağladı. Akla dayanan tabîî hukuk, pozitif hukukun üstünde kabul edildi ve hukukun, geçmiş geleneklerle bağlantısı reddedilerek yeniden düzenlenmesi yoluna gidildi. Böylece Roma hukukunun mutlak otoritesi sarsıldı ve özellikle Alman devletlerinde özel hukuka ilişkin kanunlaştırma hareketleri başladı (**KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 95). Prusya Devletleri Genel Kanunu da, böyle bir akımın etkisi ile hazırlanan kanunlardan birisidir (bkz. yukarıda dpn. 110).

C- CULPA IN CONTRAHENDONUN GENEL BİR SORUMLULUK FİKRİ OLARAK DOĞUŞU: JHERING'İN TEORİSİ

Jhering, sorumluluk hukukunda adeta yeni bir çığır açan ünlü makalesine¹¹⁸, bir sözleşmenin kurulması sırasında kusuruyla hataya düşen ve böylece sözleşmenin geçersizliğine¹¹⁹ yol açan tarafın, bundan dolayı karşı tarafın uğradığı zararlardan sorumlu olup olmadığını sorarak başlamıştır¹²⁰. Böyle bir durumda, kusuruyla hataya düşerek karşı tarafı zarara uğratan kişinin, sözleşmenin hiç kurulamaması veya geçersiz olması sebebiyle sözleşmeye ve şartlarının gerçekleşmemiş olması sebebiyle de haksız fiile¹²¹ dayanılarak sorumlu tutulamadığını tespit etmiştir¹²². Ona göre, burada, “kusurlu taraf sorumsuz kılınırken; kusursuz taraf, kendisinden kaynaklanmayan bir kusurun

¹¹⁸ Bkz. yukarıda dpn. 75.

¹¹⁹ Günümüz hukukunda, hata ve diğer irade sakatlıkları, sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz; hakim görüşün benimsediği iptal teorisine göre, sakat bir irade beyanıyla kurulmuş olan sözleşme, başlangıçta geçerli, ancak iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak geçersiz kılınabilen bir sözleşmedir. Ancak Jhering'in döneminde hakim olan irade teorisi, iç iradeye uymayan bir irade beyanıyla geçerli bir hukuki işlemin kurulmasını mümkün kılmadığından (irade teorisi hakkında bkz. **EREN**, 136-137), birçok durumda sözleşmenin de hükümsüzlüğüne yol açıyordu. Görüldüğü gibi, kendi döneminde irade teorisinin ağırlık kazanması, Jhering'in culpa in contrahendo sorumluluğu fikrini geliştirmesinde etkili olmuştur (**GIARO**, 114).

¹²⁰ **JHERING**, 7.

¹²¹ Jhering, bu noktada “legis Aquilia”dan bahsetmekte, yani haksız fiil sorumluluğuna, Roma hukukundaki Lex Aquilia açısından yaklaşmaktadır. Roma’da MÖ. 286’ya doğru yapıldığı rivayet edilen Lex Aquilia, sadece mala (doğrudan mülkiyet hakkına) verilen zararların tazminini düzenlemiştir (bu kanunun gelişim seyri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **RADO**, 192). Dolayısıyla bu kanun, bir malvarlığı zararı doğmakla beraber, herhangi bir mutlak hak ihlâlinin sözkonusu olmadığı durumları (saf -veya salt- malvarlığı zararlarını) kapsamına almamaktadır (**GIARO**, 114).

¹²² **JHERING**, 8.

kurbanı olmaktadır!"¹²³. Jhering, burada varlığını ileri sürdüğü kusuru, “sözleşmelerin akdedilmesi esnasındaki kusur” olarak nitelendirdikten sonra, buna, Latince bir tabir olan “culpa in contrahendo” adını vermiştir¹²⁴. Böyle bir kusurun (culpa in contrahendonun) yol açtığı zararların mutlaka tazmin edilmesi gerektiği fikrinden hareket eden Jhering, öncelikle, culpa in contrahendo hallerinde ortaya çıkan zararların giderilmesi bakımından akit dışı davaların yeterli olmadığını ortaya koymuş¹²⁵; ardından, buradaki zarar tazmini talebinin, “ortada geçerli bir akit bulunmamasına rağmen” akdi kusura dayandırılıp dayandırılmayacağını sorgulamıştır¹²⁶. Bu noktada Jhering’in özellikle üzerinde durduğu husus, sözleşmenin akdedilmesi esnasındaki kusurun niteliğidir. Jhering bu kusurun “akit ilişkisiyle bağlantılı olarak ortaya çıktığını” belirlemiş¹²⁷, buradan hareket ederek sözkonusu kusurdan doğan zararların akdi bir tazminat talebi ile giderilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Böylece Jhering, tarafların birbirlerine karşı kusursuz davranma, “özen gösterme” yükümlülüklerini henüz akdin kurulmadığı bir zamana çekmiş olmaktadır. Bu fikri Jhering şu şekilde izah etmektedir: “sözleşme görüşmesi yapan bir taraf, akit dışı ilişkinin salt menfi ödevler

¹²³ **JHERING**, 8.

¹²⁴ Bkz. **JHERING**, 11.

¹²⁵ Burada Jhering’in ele aldığı ve culpa in contrahendo hallerini yeterince karşılamadığına hükmettiği iki dava “actio doli (hile davası)” ve “actio legis Aquiliae (haksız fiil davası)”dır. Jhering’e göre bu davalarla zararı tazmin amacının gerçekleştirilebilmesi, ancak, actio doli bakımından “kasıt” ve actio legis Aquiliae bakımından “doğrudan mülkiyet hakkına yönelik bir zarar” şartının göz ardı edilmesi halinde mümkündür (bkz. **JHERING**, 23-24).

¹²⁶ Bkz. **JHERING**, 25.

¹²⁷ Bkz. **JHERING**, 25.

yükleyen sahasından, sözleşmenin müspet ödevler yükleyen sahasına girer¹²⁸; bunun sonucunda o kişinin yüklendiği ilk ve genel yükümlülük, sözleşmenin akdedilmesi sırasında gereken özeni sarfetmektir. Sadece mevcut sözleşme ilişkileri değil, halihazırda oluşmakta olan sözleşme ilişkileri de kusura ilişkin kuralların koruması altında olmalıdır"¹²⁹. Böylece Jhering, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan zararların akdi bir dava ile tazminini mümkün kılan bir prensibi ortaya koymakta ve culpa in contrahendonun genel bir sorumluluk fikri olarak belirmesini sağlamaktadır.

Jhering yukarıda açıklamaya çalıştığımız teorisini, tümevarım yöntemiyle oluşturmuştur¹³⁰. Gerçekten de Jhering, teorisini, hem oluştururken hem de delillendirirken, Roma Hukuku kaynakları ile kendi döneminin kanunlarından yararlanmış¹³¹; bu hukuk kaynaklarında rastladığı farklı olaylardaki ortak noktalara dikkat ederek genel bir sonuca ulaşmıştır. Söz konusu münferit olayların en belirgin ortak özelliği, bir “akdetme (sözleşme kurma)” hadisesinin varlığıdır. Bir başka deyişle, Jhering’in teorisine göre, bir sözleşmenin kurulması söz konusu değilse culpa in contrahendodan sorumluluk da yoktur¹³². Çünkü Jhering’e göre, culpa in contrahendo teorisine kaynak olarak gösterdiği olaylarda akdi tazminat talebinin kabul edilmesini haklı kılan unsur, kendi edimini ifa etmek veya ifa hazırlığına girişmek suretiyle zarara

¹²⁸ Jhering böylece, sözleşme görüşmelerine giren taraflardan herbirinin, “sadece zarar verici davranışlardan kaçınmak değil, karşı tarafın somut olayın şartlarına göre ondan bekleyebileceği pozitif davranışlarda da bulunmak şeklinde yükseltilmiş yükümler üstlendiğini” ifade etmektedir (bkz. **KIRCA**, 161).

¹²⁹ **JHERING**, 37.

¹³⁰ **PILPEL**, 6; **KIRCA**, 162.

¹³¹ Bkz. yukarıda § 4, I, B.

¹³² **PILPEL**, 6.

uğrayan tarafın, bir sözleşmenin varlığına ilişkin inançla hareket etmiş olmasıdır. Bununla beraber, sözkonusu sözleşme, batıl (geçerlilik kazanamamış) veya sakat (sağlamlık kazanamamış) olmalıdır. Gerçekten de Jhering, geçerli sözleşmeler bakımından sözleşme öncesi bir sorumluluk geliştirmeyi esasen gereksiz görmüş ve teorisini geçersiz olarak kurulan sözleşmelerle sınırlandırmıştır¹³³. Geçersizlik sebeplerini ise “öznenin ehliyetsizliği (Unfähigkeit des Subjects)”, “konunun elverişsizliği (Unfähigkeit des Objects)” ve “akit kurma iradesinin itimada şayan olmaması (Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens)” olmak üzere üç grupta toplamıştır¹³⁴. Öznenin ehliyetsizliği, sözleşme ilişkisine giren kişinin yaş küçüklüğü veya sarhoşluk gibi sebeplerle fiil ehliyetinden yoksunluğunu; konunun elverişsizliği ise, genel olarak başlangıçtaki objektif imkânsızlık hallerini kapsamaktadır¹³⁵. Akit kurma iradesinin itimada şayan olmaması şeklinde adlandırdığı üçüncü grupta ise Jhering, esasen sözleşmenin kuruluşundaki beyan hatalarını ele almış; ayrıca icaptan rücu, ulak, temsilci gibi bir aracı vasıtasıyla kurulan akitlerde temsil yetkisinin aşılması veya geri alınması, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde icapçının kabulden önce ölmesi ve ilan suretiyle yapılan vaadlerden dönme hallerinde de belli şartlarla culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkamayacağını tartışmıştır¹³⁶.

Jhering, ortaya koyduğu bu sebeplerden ötürü geçersiz de olsa, akdedilen bir sözleşmenin, böyle bir akdetmeyle bağlantılı olarak ortaya çıkan zararların tazminini sağlama bakımından etkisini sürdürdüğü görüşündedir. Daha açık bir ifadeyle,

¹³³ GIARO, 115.

¹³⁴ Bkz. JHERING, 48.

¹³⁵ PILPEL, 6.

¹³⁶ Bkz. JHERING, 71 vd.

Jhering'e göre, "bir sözleşmenin kurulması sadece ifaya ilişkin bir yükümlölük doğurmakla kalmaz; aksine, kurulan sözleşmenin ifa yükümlölüğü doğuran bu etkisi herhangi bir hukuki engel dolayısıyla ortadan kalkarsa, şartları gerçekleştiğinde, tazminat yükümlölüğünü de doğurur. Sözleşmenin geçersizliğı ifadesi, Roma Hukukuna ve bugünkü anlayışa göre, sadece ifa yükümlölüğü doğurmaya ilişkin etkinin yokluğuna işaret eder; yoksa tüm etkilerin tamamen ortadan kalktığını göstermez"¹³⁷. Jhering bu şekilde, hem culpa in contrahendodan doğan tazminat talebinin akde dayandırılmasındaki gerekçeyi ortaya koymuş, hem de bu talebin kapsamını belirlemiş olmaktadır. Buna göre, culpa in contrahendo sadece sözleşmenin geçersizliğı halinde sözkonusu edilebildiğinden ve bu geçersizlik sebebiyle herhangi bir ifa yükümlölüğü hiç doğmamış olduğundan, talep edilebilecek tazminat da ifa menfaatine yönelik olamaz; burada sadece geçerli bir sözleşmenin varlığına duyulan güvenin boşa çıkması sonucunda ortaya çıkan zararların tazminine ilişkin bir talep sözkonusudur. Görüldüğü gibi Jhering, talep edilebilecek tazminatın tür ve kapsamını belirlerken, sözleşmenin geçerliliğı veya geçersizliğini esas almakta¹³⁸; ilk halde "pozitif sözleşme menfaatleri" olarak ifade ettiğı ifa menfaatinin, ikinci halde ise "negatif sözleşme menfaatleri"nin tazminini kabul etmektedir¹³⁹. Böylece, Jhering'in sadece geçersiz sözleşmeler için kabul ettiğı culpa in contrahendo hallerinde de esas olarak negatif sözleşme menfaatinin sağlanması¹⁴⁰; başka bir deyişle, geçerli bir sözleşmenin gereğı gibi ifa edilmesi halinde

¹³⁷ JHERING, 29 -30.

¹³⁸ KIRCA, 162 dpn. 879.

¹³⁹ JHERING, 17-18. Bununla beraber Jhering'e göre, bazı durumlarda negatif sözleşme menfaatlerinin pozitif sözleşme menfaatlerinin yüksekliğine ulaşması da mümkündür (bkz. JHERING, 21).

¹⁴⁰ JHERING, 20.

elde edilebilen menfaatlerin değil, geçersiz bir sözleşmenin hiç kurulmamasına ilişkin menfaatlerin tazmin edilmesi gerekmektedir.

Jhering, culpa in contrahendonun uygulama alanını geçersiz sözleşmelerle ve sorumluluğun kapsamını da negatif sözleşme menfaatiyle sınırlı tuttuğu için doktrinde eleştirilmiştir¹⁴¹. Hatta onun döneminde “akit öncesi özen yükümlülüğü” anlayışının, bazı kanunlarda¹⁴², üstelik onun ortaya koyduğu biçimin daha ötesinde yer almakta olduğu belirtilerek¹⁴³, Jhering’in bugünkü anlamıyla culpa in contrahendoyu gerçekten keşfetmiş olup olmadığı sorgulanmıştır¹⁴⁴. Bununla beraber her ne kadar culpa in contrahendoya temel teşkil eden anlayışın Jhering’den önce bilindiği söylenebilirse de, Jhering, bu anlayışın gözden kaçan yapısal unsurlarını keşfetmiş¹⁴⁵ ve bu unsurlardan hareketle sözleşme öncesi özeni başarılı bir biçimde genelleştirmiştir. Bu sebeple Jhering’in teorisinin, bugünkü culpa in contrahendo sorumluluğunun gelişimine atılmış ilk adım olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁶.

¹⁴¹ **GIARO**, 118.

¹⁴² Bkz. yukarıda, § 4, I, B, 2.

¹⁴³ Gerçekten de Prusya Devletleri Genel Kanunu §284, akit öncesi özen yükümlülüğünü kurulması amaçlanan sözleşmenin geçersizliği ile sınırlandırmadığı gibi, böyle bir yükümlülüğün ihlali halinde ödenecek tazminatı da “sözleşmenin ifası sırasındaki kusurdan dolayı hak edilen şeyi” yani ifa menfaatini kapsayacak biçimde düzenlemiştir (bkz. **SCHUTZ**, 78).

¹⁴⁴ **GIARO**, 118.

¹⁴⁵ **GIARO**, 113.

¹⁴⁶ **SCHUTZ**, 79.

D- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU FİKRİNİN UYGULAMA VE ÖĞRETİDE GELİŞMESİ

Jhering'in culpa in contrahendo teorisi, 1900'de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanununun (BGB) yapılması sırasında dikkate alınmıştır. Ancak kanun koyucunun tutumu, sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusurdan sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm vaaz etmek şeklinde değil, bu sorumluluğa birbirinden farklı münferit hükümlerde yer vermek şeklinde olmuştur¹⁴⁷. Böylece temel düşüncesini culpa in contrahendonun oluşturduğu bazı sorumluluk halleri kanuni bir zemine oturmuş; fakat böyle bir sorumluluğun hukuki niteliğinin ve tâbi olduğu hükümlerin ne olduğu, kanun koyucu tarafından çözümü doktrin ve uygulamaya terk edilmiş bir mesele olarak kalmıştır¹⁴⁸.

BGB'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Yüksek Mahkeme (o dönemin Alman İmparatorluk Mahkemesi), culpa in contrahendo sorumluluğunu uygulamaya başlamıştır. Ancak ilk zamanlarda culpa in contrahendo sorumluluğu, sadece BGB'nin açıkça hükme bağladığı durumlarda kabul görmüş; diğer hallerde ise kanun koyucunun suskunluğu karşısında Yüksek Mahkeme, culpa in contrahendo sorumluluğunu uygulama hususunda çekingen davranmıştır¹⁴⁹. BGB'nin açıkça hükme bağlamadığı

¹⁴⁷ **SCHUTZ**, 79. BGB'de culpa in contrahendo teorisinin dikkate alındığı başlıca hükümler, bağlanma iradesinin yokluğu sebebiyle geçersiz veya hataya dayanılarak iptal edilmiş bir irade açıklamasında bulunan kişinin, bundan dolayı karşı tarafın veya üçüncü kişilerin uğradığı zararları tazmin yükümlülüğünü öngören §122; yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen §179; başlangıçtaki kusurlu imkânsızlıktan doğan sorumluluğu düzenleyen eski §307; sözleşmenin içeriğinin kanuna aykırı olması halinde buna sebebiyet vereni, imkânsız bir edimi taahhüt eden gibi sorumlu kılan eski §309'dur.

¹⁴⁸ **CHOI**, 176.

¹⁴⁹ **SCHUTZ**, 80.

akit öncesi yükümlülüğün ihlâline ilişkin bu gibi durumlarda Yüksek Mahkeme, kanunda düzenlenmiş culpa in contrahendo hallerini kıyas yoluyla uygulamak yerine, şartları gerçekleşmişse haksız fiil hükümlerini uygulamayı tercih etmiştir¹⁵⁰. Ancak kısa bir süre sonra, varlığı uzun zamandır genel hukuk bilincinin ayrılmaz bir parçası halini alan akit öncesi özen yükümlülükleri fikrinin de katkısıyla, Alman haksız fiil hukukunun belli bazı durumlardaki yetersizliğini dengelemek için¹⁵¹, BGB’de culpa in contrahendo olarak yer almayan bazı ihlâller, “kurulacak (hedeflenen) sözleşmenin ön etkisi” şeklinde nitelendirilen kuruma tâbi kılınmıştır¹⁵². Gerçekten de Yüksek Mahkemenin Luisinlicht olayında¹⁵³ verdiği karara göre, “bazı hukuki ödevlerin, sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra ortaya çıkmaları bakımından aralarında fark bulunmamaktadır. Bir sözleşme kurulmasıyla sonuçlanan görüşmeler ile sözleşmenin kurulması, bir bütün oluşturmaktadır; çünkü görüşme safhasına ilişkin ödevler, sözleşmeden doğan ödevler içerisinde sayılmakta; bu iki safhaya ilişkin ödevlerin etkileri bakımından farklı düzenlenmeye tâbi kılınmaları için yeterli sebep bulunmamaktadır”¹⁵⁴. Bu görüşü ile Yüksek Mahkeme, sözleşme öncesi özen ödevini,

¹⁵⁰ Yüksek Mahkemenin bu türden kararları için bkz. **GIARO**, 128-130.

¹⁵¹ Alman haksız fiil hukukunun yetersizliği özellikle salt (saf) malvarlığı zararlarının tazminine ve yardımcı kişiden sorumluluğa ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır, **CHOI**, 177.

¹⁵² **SCHUTZ**, 80-81.

¹⁵³ Yüksek Mahkemenin 26.04.1912 tarihli kararına konu olan ünlü Luisinlicht olayında bir firma ürünlerinin satış hakkını bir tacire devretmiştir. Söz konusu ürünlerin piyasaya sürümünü gerçekleştirebilmek için birkaç satış yeri açtıktan sonra tacirin faaliyetleri, -ürünlerin satış hakkını veren firmanın da haberdar olduğu- patent hakkı gerekçesiyle rakip bir firma tarafından durdurulmuş; bunun üzerine tacir, gereksiz yere bir satış ağı kurmasından kaynaklanan zararının tazminini talep etmiştir, bkz., RG JW 1912, 743.

¹⁵⁴ **CHOI**, 177.

sonradan geçerli şekilde kurulan sözleşmeye dayandırmakta; böylece, sözleşme öncesi özen ödevinin söz konusu edilebilmesi için, geçerli bir sözleşmenin kurulmasını şart koşmuş olmaktadır. Oysa Jhering'in culpa in contrahendo teorisinin esası, burada kabul edilen esasın tam tersidir. Gerçekten de Jhering, culpa in contrahendo için bir akit kurma vâkiasının varlığını gerekli görmekle birlikte, kurulan bu akdin geçersizliğini esas almaktadır. İki görüş arasındaki bu fark sebebiyle Yüksek Mahkeme, buradaki sorumluluğu culpa in contrahendo sorumluluğu olarak nitelendirmemiştir¹⁵⁵.

Aynı şekilde Yüksek Mahkeme, ünlü “Linoleumteppich” olayında da Jhering'in culpa in contrahendo teorisini aşarak, vücut bütünlüğüne verilen zararların sözleşme hükümlerince tazminine imkân tanımış¹⁵⁶; böylece o zamana kadar sadece haksız fiil niteliğinde görülen bazı ihlâllerin, sözleşme sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesinin önünü açmıştır. Bu sonuca Yüksek Mahkeme, “ taraflar arasında sözleşme benzeri bir nitelik taşıyan ve satım sözleşmesini hazırlayan hukuki bir ilişkinin bulunduğu; bu ilişkinin her iki tarafa, diğer tarafın sağlığına ve malına özen gösterme yükümü yüklediği”¹⁵⁷ fikrinden hareketle ulaşmıştır. Görüldüğü

¹⁵⁵ Yüksek Mahkeme bu kararında, Leonhard'ın kurulacak (hedeflenen) sözleşme (Zielvertrag) teorisinden etkilenmiştir (**CHOI**, 177). Bu teoriye göre akit öncesi özen yükümlülükleri tıpkı akdi ifa yükümlülükleri gibi sözleşmeden doğmaktadır ve bundan dolayı sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmasını gerektirmektedir. Leonhard, geçerli bir sözleşmenin kurulmasını şart koşan bu teorisini, - culpa in contrahendo olarak değil- “Verschulden beim Vertragsschluß (sözleşmenin kurulmasında kusur)” şeklinde adlandırarak Jhering'in teorisinden ayırmak istemiştir, **BOHRER**, 119; **CHOI**, 178.

¹⁵⁶ Yüksek Mahkemenin 07.12.1911 tarihli kararına konu olan bu olayda, tezgahların (ifa yardımcısının) ağır muşamba topunu mala bakmak isteyen müşterinin üstüne düşürmesi ve müşteriye sakatlaması söz konusudur, bkz. RGZ. 78, 239. Burada Yüksek Mahkeme, mağaza sahibini, BK. m. 55'i karşılayan BGB §831'e göre değil; BK. m. 100'ü karşılayan BGB §278'e göre sorumlu tutmuştur.

¹⁵⁷ **KIRCA**, 164.

gibi burada hem verilen zarar, klasik culpa in contrahendo teorisinde öngörülenin aksine, bir mutlak hakkın ihlâlinden doğmaktadır; hem de ortada geçersiz dahi olsa herhangi bir akdetme (sözleşme kurma) hadisesi bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme, daha sonraki kararlarında culpa in contrahendo sorumluluğunu geçerli veya geçersiz bir sözleşmenin akdedilmesi hadisesine bağlı olmaktan tamamen çıkarmış; ayrıca, kanunda düzenlenmiş culpa in contrahendo hallerinde benimsenen esasların, kıyas yoluyla benzer durumlara da uygulanmasını kabul etmiştir¹⁵⁸.

Aynı dönemde doktrinde de, akit öncesi özen yükümlülüklerini “kurulacak (hedeflenen) sözleşmenin ön etkisi” olarak değerlendirip, sadece geçerli bir sözleşmenin kurulması halinde kabul eden anlayış eleştirilmiş¹⁵⁹ ve sözleşme görüşmeleri sırasında bir hukuki ödevin kusurlu olarak ihlâlinden doğan tazminat talebi, “salt sözleşme görüşmelerine girişme vâkıası”na dayandırılmıştır¹⁶⁰. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığı, kurulacak sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliğinden bağımsız olarak kabul edilmiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme de ileriki

¹⁵⁸ Mutabakatın sağlanmamış olması sebebiyle sözleşmenin hiç kurulmadığı “Weinsteinsäure” olayında verdiği 05.04.1922 tarihli kararında Yüksek Mahkeme, culpa in contrahendoya dayanan tazminat talebinin genellikle bir sözleşmenin meydana gelmesi halinde kabul edildiğini; ancak herhangi bir sözleşmenin hiç meydana gelmediği bazı hallerde de kanunun, menfi zararın tazminine izin verdiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu esasın (menfi zararın tazminine izin veren anlayışın), benzer olayları da kapsayacak şekilde genişletilip genişletilemeyeceğinin tartışmalı olduğunu söylemiş; bununla beraber, uygulama ve öğretinin artık benzer olaylar bakımından böyle bir genişletmeyi mümkün gördüğüne işaret ederek tazminat talebini kabul etmiştir, bkz. RGZ. 104, 265-267 (**CHOI**, 179).

¹⁵⁹ **CHOI**, 179.

¹⁶⁰ **STOLL**, LZ 1923, 547.

yıllarda verdiği kararlarında, culpa in contrahendonun bağımsız varlığını kabul eden anlayışı devam ettirmiştir¹⁶¹.

Görüldüğü gibi Jhering'in belli bazı durumlarda eksikliğini hissettiği bir hakkaniyet arayışının ürünü olarak ortaya çıkan culpa in contrahendo sorumluluğu, doktrin ve uygulamada gerek temel felsefesi, gerek uygulama alanı bakımından sürekli genişletilmiştir. Gerçekten de zaman içerisinde, “tek ortak noktası, davalının muhtemel bir sözleşme kurma vâkiasından önce kusurlu bir davranışta bulunması” olan birbirinden farklı birçok olay, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır¹⁶². Böylece uygulama ve doktrinde culpa in contrahendonun, genel bir sorumluluk kuralına dönüştürülmesinden ziyade, pozitif hukuk bakımından diğer sorumluluk esaslarının kabul edilemediği, ancak zarara uğrayana tazminat hakkı tanınmasının hakkaniyetin gereği olarak görüldüğü durumlarda kullanılması eğilimi oluşmuştur¹⁶³. Başka bir deyişle culpa in contrahendo, sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluğu tamamlayıcı veya salt adaleti sağlayıcı bir araç olarak kullanılmıştır¹⁶⁴.

¹⁶¹ Bkz. **CHOI**, 180-181’de anılan kararlar.

¹⁶² **CHOI**, 182.

¹⁶³ **CHOI**, 182.

¹⁶⁴ **GONZENBACH**, 4.

II- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN MODERN HUKUKLARDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A- YABANCI HUKUKLARDA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Doğuşunu ve gelişimini ortaya koymaya çalıştığımız culpa in contrahendodan bir sorumluluk yaratma fikrine, günümüzde bir çok ülkenin hukukunda rastlanmaktadır. Ancak böyle bir sorumluluğa hukuk düzeni içerisinde yer verme biçimi bakımından çeşitli ülkelerin farklı tercihleri olduğu görülmektedir. Gerçekten de bazı ülkeler, culpa in contrahendo sorumluluğuna kanunlarında açık ve genel bir hükümle yer vermişken; bazı ülkeler, böyle bir düzenleme yapmamayı tercih etmiştir. Culpa in contrahendo sorumluluğuna kanunlarında yer veriş biçimleri bakımından çeşitli ülkelerin hukuk düzenlerini, üç grupta toplamak mümkündür¹⁶⁵.

İlk grupta, culpa in contrahendo sorumluluğunu açık ve genel bir hükümle kanunlarında düzenleyen hukuk sistemleri yer alır. Bu hukuk sistemlerine örnek olarak, İtalyan, Yunan ve Alman hukuk sistemleri gösterilebilir¹⁶⁶. Gerçekten de İtalyan

¹⁶⁵ **FRICK**, 107.

¹⁶⁶ Aynı şekilde Arjantin ve İsrail hukuklarına da bu grupta yer verilebilir, bkz. **FRICK**, 180. Ancak culpa in contrahendo sorumluluğuna kanunlarında genel bir düzenleyici hükümle yer vermeleri bakımından benzerlik gösteren bu hukuk düzenlerinin, sözkonusu sorumluluğa uygulanacak hükümler hususunda tercihleri farklı olabilmektedir. Örneğin, İtalyan hukukunda açıklama yükümlülüğünün ihlâli şeklinde ortaya çıkan culpa in contrahendo hallerinde genellikle akdi bir talebin varlığı kabul edilirken (bkz. **FRICK**, 84), koruma yükümlülüklerinin ihlâlinde haksız fiil görüşü ağır basmakta (bkz. **PILPEL**, 121-122); aynı şekilde Yunan hukukunda culpa in contrahendo kapsamında değerlendirilen bazı olay grupları için haksız fiili geniş bir biçimde düzenleyen §914 hükmü tamamlayıcı olarak uygulanmaktadır (bkz. **PILPEL**, 120). Buna karşılık Alman hukukunda culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki nitelendirmesine ilişkin görüşler oldukça farklıdır. Biz burada sözkonusu hukuk sistemlerini, sadece,

Medeni Kanununun 1337. maddesi, bir sözleşmenin görüşülmesi ve kurulması sırasında tarafları dürüstlük kuralına uygun biçimde hareket etmekle mükellef kılmış; 1338. maddesi ise bu mükellefiyeti tamamlayıcı bir hüküm vaaz ederek, sözleşmenin geçersizliğine ilişkin sebepleri karşı tarafa bildirmeyen tarafı, doğacak güven zararlarından sorumlu tutmuştur¹⁶⁷. Aynı şekilde Yunan Medeni Kanununda da sözleşme görüşmelerinde kusurdan doğan sorumluluğun açık bir düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler sırasında taraflar, karşılıklı olarak, dürüstlük kuralına ve örf-adete göre belirlenen davranışlara riayet etmekle yükümlüdürler (m. 197); bu görüşmeler sırasında karşı tarafa kusurlu davranışıyla zarar veren kişi, sözleşme meydana gelmemiş olsa dahi bunu tazmin etmek zorundadır (m. 198)¹⁶⁸. Culpa in contrahendo sorumluluğunu kanunlarında açık ve genel bir hükümle düzenleyen en önemli hukuk sistemi ise, günümüz Alman hukuk sistemidir. Gerçekten de yukarıda, culpa in contrahendo teorisinin izlerine çeşitli münferit hükümlerinde rastlandığını belirlediğimiz Alman Medeni Kanunu, 01.01.2002’de yürürlüğe giren “Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun”¹⁶⁹ ile önemli ölçüde değişikliğe uğramış¹⁷⁰; bu değişikliklerin en

kanunlarında culpa in contrahendo sorumluluğuna işaret eden genel bir hükme yer verip vermemeleri bakımından gruplandırmakta; bu sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları ise ileriye bırakmaktayız, bkz. ileride § 5 vd.

¹⁶⁷ **SCHUTZ**, 89.

¹⁶⁸ **FRICK**, 107.

¹⁶⁹ 29.11.2001 tarihli “Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, bkz. Bundesgesetzblatt I 2001, 3138.

¹⁷⁰ Söz konusu değişikliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **OLZEN Dirk / WANK Rolf**, Die Schuldrechtsreform, Köln, Berlin, Bonn, Münschen, 2002; **BERGJAN Ralf**, "Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent nach neuem Schuldrecht", ZIP 2004, 395-401.

önemlilerinden biri de hukuki niteliği tartışmalı, fakat varlığı doktrin ve uygulamada tartışmasız kabul edilen culpa in contrahendo sorumluluğunun kanuni bir müesseseye dönüştürülmesi olmuştur. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin kuruluşunu düzenleyen yeni §311'de Alman kanun koyucusu, hukuki işlem yoluyla bir borç ilişkisinin kurulabilmesi ve içeriğinin değiştirilebilmesi için, kanun aksini emretmedikçe, taraflar arasında bir sözleşmenin var olması gerektiğini belirtmiş; ardından aynı maddenin ikinci fıkrasında, “sözleşme görüşmelerine başlamakla”, “bir tarafın, muhtemel bir hukuki işlemsel ilişki bağlamında diğer tarafa, haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini etkileme imkanını sağlaması veya bunları diğerinin hakimiyet alanına bırakması sonucunu doğuran bir sözleşme kurma sürecine girilmesiyle” ve son olarak “benzer işlem temalarıyla” da bir borç ilişkisinin kurulabileceğini kabul etmiştir¹⁷¹. Ancak yine kanun koyucunun düzenlemesine göre §311/II'de belirtilen şekillerde kurulan borç ilişkisi, BGB §241'in ikinci fıkrası anlamında bir borç ilişkisi olup, edim yükümlülüklerini değil, sadece koruma yükümlülüklerini ihtiva eder¹⁷².

Culpa in contrahendo sorumluluğuna yer veriş biçimlerini ortaya koymak üzere ele aldığımız hukuk sistemlerinden ikinci grubu, bu sorumluluğu kanunlarında genel bir hükümle şekillendirmeyen; bununla birlikte, bu tür bir sorumluluğun temelini teşkil eden düşünceye çeşitli münferit hükümlerle yer veren hukuk sistemleri oluşturmaktadır. Avusturya, Fransız ve İsviçre hukuk sistemleri bu grupta sayılabilir. Gerçekten de

¹⁷¹ Karş. **KIRCA**, 174.

¹⁷² Borç ilişkilerinden doğan ödevleri düzenleyen BGB §241, ilk fıkrasında edim yükümlülüklerini ikinci fıkrasında ise koruma yükümlülüklerini ele almıştır. BGB §241/II'ye göre, “borç ilişkisi, içeriğine göre her bir tarafı, karşı tarafın haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü kılabilir”. Bu konuda ayrıca bkz. **BERGER M.**, 177 vd.

Avusturya Medeni Kanunu §869, bir sözleşmenin kurulması sırasında iradelerin serbestçe, kesin ve anlaşılır bir biçimde beyan edilmesinin zorunlu olduğunu, aksi halde sözleşmenin meydana gelmeyeceğini belirttikten sonra, karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için belirsiz ifadelerden yararlanan veya görünüşte bir işlem yapan kişiyi, zararın tazmini ile mükellef tutmuştur. Yine aynı kanun §874 göre, bir sözleşmeyi hile veya tehditle yapan kişi bunun zararlı sonuçlarını gidermek zorundadır. Başlangıçtaki imkânsızlığı düzenleyen §878 ise, sözleşmenin kurulması sırasında imkânsızlığı bilen veya bilmesi gereken kişiyi, sözleşmenin geçerliliğine duyduğu güven sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlü kılmıştır. Aynı şekilde Fransız Medeni Kanununun 1599. maddesi de, temelini culpa in contrahendo teorisinde bulan hukuki düşüncenin bir ifadesi olarak göze çarpmaktadır¹⁷³. Buna göre, kendisine ait olmayan bir malı satmak suretiyle akdin geçersizliğine yol açan satıcı, böyle bir geçersizlik sebebini bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen alıcının bu yüzden uğradığı zararları tazminle yükümlüdür¹⁷⁴. Söz konusu hükümden, akitlerin geçerliliğini sağlamak hususunda taraflara genel bir özen ödevinin yüklendiği sonucunu çıkarmak mümkündür¹⁷⁵. İsviçre’de de Borçlar Kanununun 26. ve 39. maddeleri ile 31. ve 36. maddelerinin ikinci fıkraları; ayrıca Medeni Kanunun 411. maddesinin ikinci fıkrası, temel düşüncesini culpa in contrahendo sorumluluğundan alan başlıca hükümlerdir¹⁷⁶.

Üçüncü ve son grubu, kanunlarında ne genel bir hükümle ne de bu sorumluluğun temel fikrini içeren münferit hükümlerle culpa in contrahendo

¹⁷³ SCHUTZ, 91.

¹⁷⁴ Bkz. PILPEL, 118.

¹⁷⁵ SCHUTZ, 91.

¹⁷⁶ SCHUTZ, 86; KIRCA, 163.

sorumluluğuna yer veren hukuk sistemleri oluşturur. Bağımsız bir culpa in contrahendo sorumluluğu fikrinin yerleşmediği bu tip hukuk sistemleri, sözleşme görüşmelerinde işlenen kusurun yol açtığı zararların tazminini, ya Portekiz hukukunda olduğu gibi sadece haksız fiilin genel hükümlerini kullanarak mümkün kılmaktadırlar¹⁷⁷; ya da Amerikan hukukunda olduğu gibi, gelişimi ve sistematığı culpa in contrahendodan farklı, fakat culpa in contrahendo teorisiyle ulaşılanlara benzer sonuçlar doğuran çeşitli kurumlarla sağlamaya çalışmaktadırlar¹⁷⁸. Gerçekten de Amerikan hukuku, benimsediği “caveat emptor (alıcının özenli olması)”¹⁷⁹ ve “consideration (her vaadin, uğruna yapıldığı bir karşı değer varlığını gerektirmesi)”¹⁸⁰ gibi ilkeler sebebiyle, esasen culpa

¹⁷⁷ **FRICK**, 108.

¹⁷⁸ **FRICK**, 104.

¹⁷⁹ Anglo-Amerikan hukuk çevresinde sözleşme hukukunun temel prensiplerinden biri olan caveat emptor, “satıcının, alıcıyı bilgilendirmek hususunda bir zorunluluğunun bulunmamasını, alıcının kendi kendisini aldatmasına göz yummasını” ifade eder. Başka bir deyişle, bu prensip uyarınca, bir sözleşmenin kurulması sırasında taraflar, birbirlerinin bilgisizliği veya hatasından faydalanmakta serbesttirler; diğer tarafın yanlış telakkileri karşısında sessiz kalmak, hile veya dürüstlüğe aykırı bir davranış olarak değerlendirilmez. Bu hukuk sistemi, aksi bir değerlendirmeyi, ticaret hayatının gereklerine ve taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun görmemektedir, bkz. **KESSLER/EDITH**, 439-440.

¹⁸⁰ İngiliz ve Amerikan hukuklarında bir sözleşme, ancak karşılıklı vaadler yoluyla kurulabilir. Başka bir deyişle sözleşme kurmaya yönelik her vaad, bir “consideration” ile desteklenmelidir; “Restatement of Contract §75’e göre, bir vaadin consideration’ı, bu vaad hususunda uyuşulan ve bu vaade karşılık olarak verilen bir karşı vaad ya da yapılan bir fiildir. Uğruna yapıldığı bir karşı vaad yani consideration bulunmuyorsa, hiçbir vaad, kural olarak bağlayıcı değildir, dolayısıyla yerine getirilmesi talep olunamaz” (**BAYGIN**, 368 dpn. 56). Consideration ilkesi, bir karşılıklılık fikrini ortaya koymakla beraber, sadece “edim-karşı edim” meselesiyle ilgili değildir; daha ziyade, bir vaade karşılık ödenmek zorunda olan ve para ile ifade edilen iktisadi bir değerle ilgilidir. Burada vaad ve consideration mübadele edilmekte ve bir vaad, ancak bedeli ödenmişse veya bedele ilişkin bir karşı vaadde bulunulmuşsa, akdi bir davanın konusu olabilmektedir. Böylece, Amerikan hukukunda müteakip bir sözleşmeden bağımsız olarak salt sözleşme görüşmelerinden yaratılmış bir ilişkinin, hukuken dikkate değer olması sözkonusu edilemez (**SCHUTZ**, 92).

in contrahendo doktrininin gelişimine elverişsiz olan bir hukuk sistemidir¹⁸¹. Bununla beraber, sözkonusu ilkelerin bazı istisnalar yaratılarak yumuşatılması sonucunda, culpa in contrahendo teorisine neredeyse tamamen yabancı bu hukuk sisteminde dahi, sözleşme görüşmeleri sırasındaki bazı kusurlu davranışların yol açtığı zararların tazmini mümkün hale gelmiştir. Bu istisnalardan biri, “misrepresentation (yanlış sunum/tanıtma)” kurumudur¹⁸². Bu kurum, “bile bile veya kusurlu olarak karşı tarafta yanlış kanaat uyandıran izah ve beyanlarda bulunmayı”¹⁸³ yasaklamaktadır. Başka bir deyişle, her ne kadar caveat emptor kuralı gereğince taraflar birbirlerinin bilgisizliğinden veya hatasından yararlanmakta serbest iseler de, böyle bir bilgisizlik veya hatanın oluşumuna aktif olarak katılmamalıdır¹⁸⁴; aksi halde zarara uğratılan tarafın tazminat istemesi mümkündür¹⁸⁵.

Amerikan hukukunda culpa in contrahendo teorisiyle elde edilenlere benzer sonuçlar doğuran bir diğer kurum ise consideration ilkesine istisna getiren “promissory estoppel (bir vaade güvenmek)”dir¹⁸⁶. Restatement Second of Contract’ın 90. paragrafında yer alan bu kurala göre “bir vaadde bulunan kimse, makul olarak, yapmış olduğu vaadin kendisine vaadde bulunulan şahsı maddi bir hareket veya katlanmaya sevkedeceği inancında bulunur ve vaad de hakikaten kendisine vaadde bulunulan tarafın bir hareket veya katlanmasıyla sonuçlanırsa, bir haksızlıktan kaçınmanın ancak bu

¹⁸¹ **SCHUTZ**, 92.

¹⁸² **KESSLER/FINE**, 444; **FRICK**, 86; **SCHUTZ**, 96.

¹⁸³ **BAYGIN**, 368.

¹⁸⁴ **FRICK**, 86-87.

¹⁸⁵ **KESSLER/FINE**, 445.

¹⁸⁶ **KESSLER/FINE**, 447.

vaadin yerine getirilmesiyle mümkün olduğu hallerde, yapılan vaad bağlayıcı sayılır"¹⁸⁷. Promissory estoppel kurumu, Amerikan hukukunda, taraflardan birinin karşılıksız (consideration ile desteklenmeyen) bir taahhüde duyduğu güvenden doğan zararlarının tazminini mümkün hale getirmiştir¹⁸⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunun bu gibi istisnai kurumların işletilebilmesi için öngördüğü şartlar ve bunlardan elde ettiği sonuçlar, culpa in contrahendo sorumluluğunun şart ve sonuçlarıyla tamamen örtüşmemektedir¹⁸⁹; zira sözkonusu kurumlar, kıt'a Avrupası hukukuna göre oldukça farklı ilke ve esasları barındıran Amerikan hukukunun kendine özgü ihtiyaçlarını gidermeye yöneliktir ve ancak bu hukuk sisteminin kendi içindeki tutarlılığını bozmayacak şekilde kullanılmaktadır¹⁹⁰.

B- TÜRK HUKUKUNDA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Yabancı hukuklara ilişkin olarak yukarıda ortaya koyduğumuz ayırım esas alındığında, culpa in contrahendo sorumluluğunu düzenleyiş biçimi bakımından Türk hukukunun, Avusturya, Fransa ve İsviçre'nin de dahil olduğu ikinci grup içinde yer aldığı görülmektedir. Buna göre, tıpkı bu hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukuku

¹⁸⁷ **BAYGIN**, 368.

¹⁸⁸ **BAYGIN**, 368.

¹⁸⁹ Sözkonusu kurumların culpa in contrahendo sorumluluğuyla mukayesesi için bkz. **BAYGIN**, 367-369.

¹⁹⁰ Culpa in contrahendonun Amerikan hukukundaki uygulaması hakkında ayrıca bkz. **KESSLER Friedrich**, "Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung", Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, 873-890; ayrıca Amerikan hukukunda genel olarak dürüstlük kuralı ve sözleşme öncesi açıklama yükümlülükleri hakkında bkz. **BERGER M.**, 15 vd.

bakımından da culpa in contrahendo sorumluluğu, kanunda genel bir hükümle şekillendirilmiş, başka bir deyişle, açıkça düzenlenmiş bir sorumluluk türü değildir. Bununla beraber, culpa in contrahendonun, kanunda yer alan bazı sorumluluk hükümlerinin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁹¹. Söz konusu sorumluluk hükümlerinin başlıcaları, kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden tarafın bundan doğan zararları tazminine ilişkin BK. m. 26/I; temsil yetkisinin sona ermesine rağmen daha önce vermiş olduğu yetki belgesini temsilciden almayan mümessilin üçüncü kişilerin bu yüzden uğradıkları zararları tazminine ilişkin BK. m. 36/II; yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 39/I hükümleri ile gerçeğe aykırı biçimde kendisini ehil gösteren vesayet altındaki kimsenin sorumluluğunu düzenleyen MK. m. 452/II hükmüdür. Bunların dışında doktrinde, BK. m. 3 ve m. 5 ile, satıcının, bağışlayanın ve vedia verenin (mudinin) sorumluluğuna ilişkin BK. m. 192/II, m. 205/III, m. 243, ve m. 464/II hükümlerinin de, sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan kusurlu bir davranışla ilgili olduğu belirtilmektedir¹⁹².

Görüldüğü gibi Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, kaynak İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu gibi, Jhering'in düşüncelerinin etkisi ile vaaz edilen¹⁹³ ve culpa in contrahendo fikrine işaret eden hükümler ihtiva etmektedir. Ancak bu hükümlerin hiçbirisi, culpa in contrahendoya genel ve bağımsız bir sorumluluk niteliği

¹⁹¹ EREN, 1088; YILMAZ, 240; KIRCA, 163 dpn. 884; SEROZAN, İfa Engelleri, 214.

¹⁹² Bkz. EREN, 1088; YILMAZ, 241; ancak bu hallerde sorumluluk, culpa in contrahendo sorumluluğuna değil, doğrudan sözleşmeye aykırılık esaslarına bağlı tutulmuştur (YILMAZ, 241). Culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu karşısındaki tâliliğine ilişkin bu mesele hakkında bkz. ileride § 11, II.

¹⁹³ EREN, 1088.

kazandırmamaktadır. Bununla beraber, doktrin, kanunun açıkça düzenlediği ve temel düşüncesini culpa in contrahendo sorumluluğunda bulan bu hükümlerin, akit öncesi yükümlülüğün ihlâline ilişkin kanunda açıkça düzenlenmeyen diğer hallere de kıyas yoluyla uygulanmasını kabul etmektedir¹⁹⁴. Dolayısıyla yukarıda zikrettiğimiz hükümler, culpa in contrahendo sorumluluğunun kabulü bakımından sınırlayıcı bir etki yapmamakta; tersine, kanunda açıkça düzenlenmemiş başka bazı culpa in contrahendo hallerinin varlığının kabul edilmesine dayanak oluşturmaktadırlar.

Yargıtayımızın da çeşitli kararlarında culpa in contrahendoyu tazminat yükümlülüğü doğuran bir vâkıa olarak kabul ettiği görülmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ **YILMAZ**, 241.

¹⁹⁵ Bkz. 19. HD. 28.04.2005 tarih ve E. 2005/1932 K. 2005/4790 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 13. HD. 13. 11. 1995 tarih ve E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

I. BÖLÜM

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Günümüzde culpa in contrahendo vâkıası, gerek Türk hukukunda, gerek yabancı hukuklarda tanınmakta ve böyle bir vâkıadan sorumluluk doğması gerektiği tartışmasız kabul edilmektedir. Ancak culpa in contrahendodan doğan bu sorumluluğun hukuki niteliği üzerinde fikir birliği bulunmamaktadır. Gerçekten de culpa in contrahendonun genel bir sorumluluk fikri olarak ortaya atılmasının ardından, doktrin ve uygulama, böyle bir vâkıadan doğan sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanması gerektiği hususunu yoğun şekilde tartışmıştır¹⁹⁶. Söz konusu tartışmalar, esas olarak culpa in contrahendonun sözleşme (hukuki işlem) sahasında mı yoksa haksız fiil sahasında mı belirdiği üzerinde toplanmış; buna bağlı olarak culpa in contrahendo sorumluluğuna da sözleşme sorumluluğu hükümlerinin mi yoksa haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin mi uygun düştüğü hususunda farklı kuramlar ileri sürülmüştür. Ancak klasik Roma Hukukuna dayanan bir düşünceyle sorumluluk hukukunu, “sözleşme - haksız fiil” temel ayrımında ele alan bu kuramlar, söz konusu sorumluluk kaynaklarının culpa in contrahendonun bünyesiyle tam olarak örtüşmemesi sebebiyle yetersiz kalmıştır. Böylece doktrin ve uygulama, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklamak için başka olgu ve esaslar üzerinde durmaya başlamıştır.

¹⁹⁶ GONZENBACH, 19.

Biz de culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini belirlerken, önce bu sorumluluğu klasik sorumluluk kaynaklarını esas alarak açıklamaya çalışan kuramlara; ardından, sözkonusu sorumluluğun temelinde yatan düşüncenin bu kaynakların dışında, farklı olgu ve esaslarla açıklanması çabalarına yer vermekteyiz. Sözkonusu kuramları ve bu kuramlar içerisinde yer alan çeşitli görüşleri açıklarken, ilk planda kronolojik bir tasnif yapmaya özen göstermiş bulunuyoruz; zira, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini ortaya koymaya çalışan kuramlardan bir kısmı, önceki bazı kuramların eksikliklerini tamamlamaya yönelik olup, bir bakıma onların eleştirisi niteliğindedir. Bununla beraber, culpa in contrahendo sorumluluğunu açıklamaya çalışan kuramlar bakımından tamamen kronolojik bir tasnif yapmak, mümkün olmadığı gibi, konunun anlaşılmasını güçleştirdiği oranda doğru da değildir. Çünkü sözkonusu kuramlardan bazıları, içerdikleri fikir itibarıyla daha önceki fikirlerin tekrarından ibaretken; diğer bazı kuramlar da daha ileriki yıllarda ortaya çıkan kuramların temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan kuramları, içerdikleri fikirle birlikte ulaştıkları sonuçları dikkate alarak tasnif etmeyi; böylece sözkonusu kuramların, ortaya çıkış tarihlerinden ziyade "hukuki esasın analizine hizmet ediş sıralarını"¹⁹⁷ ortaya koymayı daha uygun bulmaktayız.

¹⁹⁷ İNAN, I, 879-880.

§ 5- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİN KLASİK SORUMLULUK KAYNAKLARI İÇİNDE ARANMASI

I- SÖZLEŞME KURAMLARI VE ELEŞTİRİSİ

A- SÖZLEŞME KURAMLARI

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini klasik sorumluluk kaynaklarının dışına çıkmadan ortaya koymaya çalışan görüşlerin bazıları, “sözleşme kuramları” adı altında bir araya getirilebilir¹⁹⁸. Söz konusu görüşlerin ortak noktası, culpa in contrahendo vâkiasını sözleşme temeline oturtmaları¹⁹⁹, böylece sözleşme öncesi özen ödevinin ihlâlini, sözleşmenin ihlâli olarak değerlendirmeleridir. Bununla birlikte sözleşme kuramları adı altında topladığımız bu görüşlerden bazısı, culpa in contrahendo vâkiasının, “görüşmelerine girilen sözleşmeye bağlı” olarak ortaya çıktığını savunmakta; buna karşılık, diğer bazı görüşler, culpa in contrahendoyu, “kurulması amaçlanandan bağımsız bir sözleşmenin ihlâli” olarak değerlendirmektedirler. O halde sözleşme kuramlarını, bu ayrımı esas alarak iki başlık altında incelemek isabetli olur.

¹⁹⁸ Sözleşme kuramları adı altında toplamayı uygun gördüğümüz bu görüşler, culpa in contrahendo vâkiasını doğrudan bir sözleşmenin ihlâli olarak nitelendiren görüşlerdir. Sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin "kıyas yoluyla" culpa in contrahendo sorumluluğuna da uygulanması gerektiğine ilişkin görüşlere bu başlık altında yer vermemekteyiz.

¹⁹⁹ **ULUSAN**, 305.

1- Kurulacak (Hedeflenen) Sözleşme Kuramı

Doktrinde “doğacak akit nazariyesi”²⁰⁰ veya “amaç sözleşme teorisi”²⁰¹ olarak da adlandırılan bu kuram, culpa in contrahendo sorumluluğunu, geçerli olarak kurulması istenilen ve bu amaçla görüşmeleri yapılan sözleşmeye dayandırmaktadır²⁰². Bu kurama göre, “sözleşme öncesi yükümlülükler, geçerli olarak meydana gelmesi tasavvur edilen sözleşmeye dahil olup, bu sözleşme ile bir bütün oluşturur”²⁰³. Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan bir kusurun yol açtığı zararlardan sorumluluk da, bu görüşmelerin bir parçasını oluşturduğu sözleşmeden doğan sorumlulukla aynı niteliktedir.

Görüldüğü gibi kurulacak sözleşme kuramı, tarafların, sözleşme görüşmelerinden doğan karşılıklı özen yükümlülüklerine, geçerli olarak kurulması amaçlanan sözleşmeden bağımsız bir nitelik vermemekte; başka bir deyişle, sözkonusu yükümlülükler, kurulacak akde ait olmaktadır²⁰⁴. Böylece sözkonusu görüşmelerin, kurulacak sözleşmeye bir geçit hazırlamaktan başka bir işlevi de bulunmamaktadır²⁰⁵.

Doktrinde kurulacak sözleşme kuramının, görüşmeleri yapılan sözleşmenin geçersizliğini veya geçerliliğini esas almasına göre iki farklı biçimde belirttiği görülmektedir²⁰⁶.

²⁰⁰ Bkz. İNAN, II, 999.

²⁰¹ ULUSAN, 305; BAYGIN, 348; İNAL, 65.

²⁰² HERZ, 30.

²⁰³ BAYGIN, 348.

²⁰⁴ İNAN, II, 1000.

²⁰⁵ İNAN, II, 1001.

²⁰⁶ Kurulacak (hedeflenen) sözleşme kuramı, esas olarak, Franz Leonhard’ın “kurulacak sözleşmenin geçerliliğini esas alan” görüşü ile özdeştir (bkz. ileride § 5, I, A, 1, b). Gerçekten de Leonhard’ın görüşü,

a- Kurulacak Sözleşmenin Geçersizliğini Esas Alan Görüş

Culpa in contrahendo sorumluluğunu kurulacak sözleşmeye dayandıran görüşlerden ilki, bu sözleşmenin geçersizliğinden hareket etmektedir. Bu görüş, esasen culpa in contrahendo teorisinin çıkış noktasını oluşturmaktadır²⁰⁷. Gerçekten de culpa in contrahendo vâkıasından bir sorumluluk doğurulması gerektiği düşüncesi, ilk olarak, kurulan bir sözleşmenin geçersizliği durumunda kendini göstermiştir. Daha açık bir ifadeyle, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranarak karşı tarafı zarara uğratan kişinin, sözkonusu davranış haksız fiil niteliğinde olmadığından haksız fiile; kurulan sözleşme de geçersiz olduğundan sözleşmeye dayanılarak sorumlu tutulamamasının yarattığı haksızlık, culpa in contrahendo sorumluluğunun geliştirilmesiyle giderilmeye çalışılmıştır²⁰⁸.

Temsilciliğini ünlü Alman hukukçu Jhering'in yaptığı bu görüş uyarınca, bir sözleşme kurmak için görüşmelere girişen tarafların yüklendiği ilk ve genel yükümlülük

Hildebrandt tarafından, Almanca “Zielvertragstheorien” (kurulacak, hedeflenen sözleşme kuramı) olarak adlandırılmıştır (von LACKUM, 67). Bununla beraber doktrinde, kurulması amaçlanan sözleşmenin geçersizliğini esas alan görüşü de bu başlık altına yerleştiren yazarlar vardır (bkz. HERZ, 30-31; İNAN, II, 1000; ULUSAN, 305; İNAL, 65). Bu sebeple biz de, sözleşme görüşmelerindeki kusuru kurulacak aktin bir parçası olarak görmeleri bakımından benzerlik arz eden bu iki görüşü, kurulacak (hedeflenen) sözleşme kuramı adı altında ele almayı; ancak hareket noktalarındaki farklılığı vurgulayabilmek için “kurulacak sözleşmenin geçersizliğini veya geçerliliğini esas almalarına göre” birbirinden ayırmayı uygun bulduk.

²⁰⁷ Sözkonusu görüşe, culpa in contrahendo sorumluluğunun tarihçesi içerisinde de ayrıca yer vermiş bulunuyoruz (bkz. yukarıda § 4, I, C). Bu sebeple yukarıda üzerinde durduğumuz hususları tekrarlamaktan kaçınmakta ve sözkonusu görüşe yalnızca culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini dayandırdığı esas bakımından bir kez daha değinmekteyiz.

²⁰⁸ KIRCA, 160-161.

bu sözleşmenin kurulması sırasında gereken özeni göstermektir²⁰⁹. Söz konusu özen yükümlülüğü henüz sözleşmenin kurulmadığı bir aşamada ortaya çıkmaktadır; bununla beraber bu özen yükümlülüğünün kaynağı, kurulması amaçlanan sözleşmedir. Sözleşmenin geçersiz olarak kurulması, söz konusu özen ödevlerinin ihlâli halinde istenebilen tazminatın bu sözleşmeye dayandırılmasına engel değil, sebep oluşturur. Öyle ki, sözleşmenin geçersizliği, sadece ifaya ilişkin yükümlülüklerle etki ederek onları ortadan kaldırır; oysa bir sözleşmenin kurulması ile sadece ifa yükümlülüğü doğmuş olmaz, bu yükümlülüğün herhangi bir sebeple ortadan kalkması halinde tazminat yükümlülüğü de doğmuş olur. Sözleşmenin geçersizliği durumunda ifaya ilişkin yükümlülük ortadan kalksa da tazminat yükümlülüğü devam eder²¹⁰.

Görüldüğü gibi ortaya koyduğumuz bu görüş, bir yandan culpa in contrahendo sorumluluğunu kurulacak sözleşmeye dayandırmakta; öte yandan söz konusu sorumluluğun varlığını bu sözleşmenin geçersizliğine bağlamaktadır. Buna göre, sözleşmenin geçerli olarak kurulması halinde sözleşme öncesi kusurdan dolayı özel bir sorumluluk geliştirmek, sözleşmeden doğan yeterince dava hakkı bulunduğundan, esasen gereksizdir²¹¹.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun temelini kurulacak geçersiz sözleşmeye dayandıran bu görüş, culpa in contrahendo vâkiasına ilk kez sistematik bir biçimde dikkat çekmesi ve bu vâkıadan genel bir sorumluluk fikri oluşturmayı hedeflemesi

²⁰⁹ JHERING, 37.

²¹⁰ JHERING, 29-30; ayrıca bkz. yukarıda §4, I, C.

²¹¹ GIARO, 115.

bakımından dikkate değerdir. Nitekim bu görüşün başlıca savunucusu olan Jhering, aynı zamanda culpa in contrahendo sorumluluğunun fikir babası olarak gösterilmektedir²¹².

b- Kurulacak Sözleşmenin Geçerliliğini Esas Alan Görüş

Culpa in contrahendo sorumluluğunu kurulacak sözleşmeye dayandıran görüşlerden bir diğeri bu sözleşmenin geçerliliğini esas almakta ve culpa in contrahendo sorumluluğunu, sadece sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu haller için kabul etmektedir²¹³.

Esas olarak ayıplı ifadan sorumluluk üzerine kurulu bir çalışmada²¹⁴ yer alan bu görüşün temel noktası, geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmede, kuruluş ve ifa aşamalarının bir bütün oluşturduğudur²¹⁵. Böylece sözleşme öncesi ödevler bakımından yine akdi nitelikte bir sorumluluk ortaya çıkmaktadır; ancak bunun için “sözleşme görüşmelerinin geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanması gerekir; zira,

²¹² Bkz. yukarıda § 4, I, C,

²¹³ **HERZ**, 31. Bu görüşün başlıca savunuculuğunu Alman hukukçu Franz Leonhard yapmıştır. Ancak Leonhard, sözleşmenin kurulması sırasındaki kusura ilişkin teorisini, culpa in contrahendo olarak adlandırmış veya bu teorisi ile culpa in contrahendo sorumluluğunun niteliğine ilişkin yeni bir görüş ortaya koymayı amaçlamış değildir. Tersine, Leonhard teorisini, sözleşme öncesi kusura sadece geçersiz sözleşmeler bakımından akdi nitelik tanıyan Jhering’in culpa in contrahendo teorisinden ayırmak için “Verschulden beim Vertragsschluß (sözleşmenin kurulmasında kusur)” olarak adlandırmıştır (bkz. **BOHRER**, 119).

²¹⁴ Bkz. **LEONHARD Franz**, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse, Göttingen, 1896 (**BOHRER**, 118). Bu eserinde yazar, satım, kira, hizmet, istisna, sigorta ve yayım gibi sözleşmelerde beliren bazı boşlukların, haksız fiil, ifa kusuru veya (tarafklar arasında bir garanti sözleşmesinin kurulmasına yol açtığı iddia edilen) zımni kabul ile doldurulmasını mümkün görmemiş (**ULUSAN**, 306) ve bunları “sözleşmenin kurulmasında kusur” adını verdiği kendi teorisıyla doldurmuştur. Yazar söz konusu teorisini, Alman Medeni Kanununun ayıplı ifadan sorumluluğa ilişkin hükümlerine başvurarak gerekçelendirmiştir (**HERZ**, 31-32).

²¹⁵ **von LACKUM**, 67.

taraflar, en erken, geçerli bir sözleşmenin kurulduğu anda akdi nitelikte bir özen borcu altına girmiş olurlar. Böylelikle, ancak geçerli bir sözleşme akdi nitelikte bir sorumluluğa meydan verir. Aynı şekilde şarta bağlı sözleşmelerde özen yükümlülüğü, şart gerçekleşmeden önce mevcuttur; fakat bu özen yükümlülüğünün ihlâli halinde akdi sonuçların doğması, ancak şartın gerçekleşmesinden sonra olur"²¹⁶. Bu görüş uyarınca, sözleşmenin kurulması sırasındaki özen yükümlülükleri, sadece bilgilendirme ve açıklama gibi yükümlülüklerle sınırlı olmayıp, haksız fiil hukukunun konusuna giren menfaatleri korumaya ilişkin yükümlülükleri de içerir²¹⁷. Söz konusu yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesinde ise dürüstlük kuralına başvurulmalıdır²¹⁸.

Bu görüş, 1900 tarihli Alman Medeni Kanununun kabul edildiği ilk yıllarda Yüksek Mahkemenin, culpa in contrahendo sorumluluğunun sadece kanunda açıkça düzenlenmiş hallerde uygulanması yolundaki tutumunun değişmesini sağlamış²¹⁹; böylece bu sorumluluğunun uygulama alanını genişletmiştir²²⁰. Gerçekten de bu dönemde Yüksek Mahkeme, culpa in contrahendo sorumluluğunu kanunun öngördüğü hallerle sınırlı olarak uygulamakta ve Alman Medeni Kanunu geçerli sözleşmeler bakımından culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin herhangi bir münferit düzenleme içermediğinden, sözleşmenin geçerli olması durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunu kabul etmemekteydi²²¹. Oysa sözleşme görüşmelerinde

²¹⁶ LEONHARD, 58 (von LACKUM, 67'den naklen).

²¹⁷ LEONHARD, 11 vd., 17 (BOHRER, 119'dan naklen; ayrıca karş. KIRCA, 165).

²¹⁸ LEONHARD, 60-62 (BOHRER, 119'dan naklen; ayrıca karş. KIRCA, 165).

²¹⁹ von LACKUM, 66.

²²⁰ CHOI, 178.

²²¹ KIRCA, 164.

ortaya çıkan kusurun niteliğini kurulacak (hedeflenen) sözleşmenin geçerliliğini esas alarak açıklayan bu görüşle birlikte, böyle bir kusura akdi sonuçlar bağlanması, culpa in contrahendo teorisi adı altında olmasa da²²², mümkün hale gelmiştir.

2- Bağımsız Sözleşme Kuramı

Culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşmeye dayandıran kuramlardan diğeri, kurulacak (hedeflenen) sözleşme kuramının aksine, sözleşme öncesi özen yükümlülüğünü, kurulması amacıyla görüşmelerine girilen sözleşmeden ayrı tutmakta²²³; böyle bir yükümlülüğün ihlâlinden doğan sorumluluğa bağımsız bir nitelik tanımaktadır. Başka bir deyişle bu kurama göre sözleşme görüşmeleri, kurulması hedeflenen sözleşmenin bir parçasını değil; tersine, ondan ayrı, özel bir hukuki işlemi²²⁴ "bağımsız bir sözleşmeyi" oluşturur²²⁵.

²²² Gerçekten de Yüksek Mahkemenin 1912 tarihli "Luisinelicht" olayında (bkz. yukarıda § 4, I, D) verdiği karara göre, "burada geçersiz sözleşmelere ilişkin olan culpa in contrahendodan sorumluluk bulunmamaktadır. Çünkü (karara konu olan olayda) sözleşme geçerlidir. ... Bununla birlikte, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulmasının bir bütün oluşturması dolayısıyla, açıklama yükümlülüklerinin ihlâlinin sözleşmeye göre yaptırıma bağlanması, dürüstlük ilkesinin bir gereğidir" (KIRCA, 164).

²²³ ULUSAN, 307.

²²⁴ HERZ, 33.

²²⁵ Bizim "bağımsız sözleşme kuramı" olarak isimlendirdiğimiz bu teori, Alman doktrininde "Haftungsgeschäftstheorien / sorumluluk işlemi teorisi (bkz. HERZ, 33)"; Türk doktrininde ise "muamele mesuliyeti nazariyesi (bkz. İNAN, II, 1004)" veya "bağımsız işlem kuramı (bkz. ULUSAN, 307; BAYGIN, 349) olarak anılmaktadır. Aradaki bu farklılık, bizim, bağımsız işlem kuramları içerisinde sözleşme öncesi dönemi tek taraflı ilişkiler olarak niteleyen görüşe -adı anılan yazarların aksine- sözleşme kuramları başlığı altında yer vermememizden kaynaklanmaktadır. Bize göre, doktrinde "giriş teorisi" olarak da adlandırılan ve sözleşme öncesi dönemi "tek taraflı ilişkiler" olarak niteleyen görüşün, sözleşme kuramları başlığı altında ele alınması doğru değildir. Aynı şekilde, bizim bağımsız sözleşme kuramının bir alt başlığı olarak ele aldığımız "açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız sözleşme görüşü", adı anılan yazarların "Haftungsvertragstheorien / sorumluluk sözleşmesi teorisi (bkz. HERZ, 35)", "akit mesuliyeti nazariyesi (bkz. İNAN, II, 1005)" yahut "sözleşme öncesi

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini bağımsız bir sözleşmeyle açıklamaya çalışan kuramları, "açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız sözleşme görüşü" ve "sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisi görüşü" olmak üzere iki başlık altında ele almak mümkündür.

a- Açıklama ve Koruma Yükümlülüklerini İçeren Bağımsız Sözleşme Görüşü

Bu görüş, sözleşme görüşmeleri ilişkisini, kurulacak sözleşmeden önce ortaya çıkan ve ondan bağımsız nitelik taşıyan bir sözleşme olarak kabul etmekte; culpa in contrahendo sorumluluğunu da bu sözleşmenin ihlâline dayandırmaktadır²²⁶. Ancak hemen belirtelim ki, bu görüşün culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini ortaya koymak amacıyla başvurduğu bağımsız sözleşme kavramı, bir sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ortaya çıkan ve bu sözleşmenin kurulması borcunu doğuran yahut sözleşmenin kurulmasını hazırlayan diğer sözleşmelerden farklıdır²²⁷. Gerçekten de önsözleşme gibi bir sözleşmenin kurulması borcunu doğuran²²⁸ veya başka bir sözleşmeyi hazırlama amacına yönelmiş sözleşmeler, içerdikleri asli edim yükümlülüğü sebebiyle ifaları talep edilebilen gerçek anlamda birer sözleşmedir²²⁹.

dönemi iki taraflı ilişkiler olarak niteleyen bağımsız işlem görüşü" (bkz. **ULUSAN**, 307; **BAYGIN**, 349)" gibi isimler altında açıkladıkları görüşe tekabül etmektedir.

²²⁶ Bkz. **SİBER**, 223 vd.

²²⁷ **HERZ**, 33-34.

²²⁸ Culpa in contrahendo ile önsözleşme kavramlarının karşılaştırılması için bkz. yukarıda § 3, III.

²²⁹ **HERZ**, 34. Yazar, başka bir sözleşmeyi hazırlama amacına yönelmiş sözleşmeye örnek olarak, bir öğrencinin kitapçıdan -ilk planda satın almak için değil- sadece görmek için birkaç kitap ısmarlamasını ve kitapçının da bunu kabul etmesini göstermektedir. Yazarın "bakmak için ödünç" olarak isimlendirdiği bu durumda tarafların iradeleri, kitapların mülkiyetini geçirmeye yönelik olmayıp; sadece kitapçının kitapları öğrenciye göndermesi, öğrencinin ise kitaplara bakıp bunları geri göndermesine yöneliktir (bkz.

Oysa bu kuramın culpa in contrahendo sorumluluğunu dayandırdığı sözleşme, bu türden ifası talep edilebilir nitelikte bir sözleşme değildir. Burada esas olarak açıklama ve karşı tarafın bütünlük menfaatlerini²³⁰ koruma yükümlülüklerini içeren, bu yükümlülüklerin ihlâli halinde ise zarar gören tarafa tazminat talep etme hakkı veren bir sözleşme sözkonusudur. Açıklama ve koruma yükümlülüklerine ilişkin bu sözleşme, kurulması hedeflenen sözleşmenin görüşmelerinin kabul edilmesiyle zımni olarak kurulur²³¹. Görüldüğü gibi burada, tarafların sözleşme kurmaya yönelik iradelerinden değil, sözleşme görüşmelerine girişme yolundaki iradelerinden doğan bir sözleşme mevcuttur²³². Sözkonusu kuram bu sonucu, BGB §157 hükmü gereğince, tarafların iç iradelerine değil, dürüstlük kuralının ticari hayatın gerektirdiği objektif ölçülerine uygun şekilde yapılan bir yorumdan çıkartmaktadır²³³. Tarafların basit sosyal temas sınırını iradeleriyle aşarak ticari görüşmeler alanına girmeleri, böyle bir yorumun

HERZ, 34). Ancak öğrenci, ihtiyaç duyması halinde bu kitaplardan bazılarını satın alabilir. Böylece bakmak için ödünç sözleşmesi, sonradan kurulan satım sözleşmesini hazırlayıcı nitelikte, fakat aynı zamanda kendi asli edim yükümlülüklerini içeren, dolayısıyla ifası talep edilebilen, gerçek bir sözleşme olarak belirir.

²³⁰ "Bütünlük menfaati" kavramı, kişinin, edim menfaati dışında kalan kişi ve mal varlığı değerlerinin bütününe ifade eden bir kavram olup; koruma yükümlülüklerinin konusunu oluştururlar (bkz. ileride § 7, III, C).

²³¹ **SIBER**, 223 vd.

²³² Sözleşme görüşmelerine ilişkin bu yaklaşım, icabın tek taraflı bağlayıcılık gücünü kabul etmeyen Fransız hukukunda özellikle itibar görmüştür. Gerçekten Fransız hukuk çevresinde, culpa in contrahendo sorumluluğu ile icaptan dönme arasında sıkı bir bağlantı kurulmakta; culpa in contrahendo teorisinden, icabın tek taraflı bağlayıcılık gücünün kabulünü sağlayacak bir kurum olarak yararlanılmaktadır (**HERZ**, 37-38). Bu amaçla Fransız hukukçu Planiol, her icabın, biri hukuki işlemin kurulmasına yönelik esas teklif, diğeri ise icabın bağlayıcılığına yönelik yan teklif olmak üzere iki ayrı teklifi içerdiğini ileri sürmüştür (**HERZ**, 35; ayrıca karş. **ULUSAN**, 308).

²³³ Bkz. **SIBER**, 259.

yapılması için yeterlidir²³⁴. Bu kurama göre, "bir sözleşmenin kurulmasına öncülük eden görüşmeler, sadece koruma yükümlülüklerinden oluşan bir sözleşmeyi de ihtiva ederler. Özellikle mağaza, lokanta gibi yerlerde kişisel güvenliğin korunması yükümlülüğü, bu türden bir koruma sözleşmesine dayandırılabilir; burada sözleşme kurulması teklifi (icap), bu tip yerlerin müşterilere sunulmasıyla, diğer bir deyişle, dükkânın hizmete açılmasıyla olmaktadır"²³⁵. Açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bu sözleşme, kurulması hedeflenen sözleşmeden tamamen bağımsız olduğundan, onun geçerliliği veya geçersizliğinden etkilenmez; başka bir deyişle, sözleşme öncesi yükümlülükler ile geçerli bir sözleşme kurma hadisesi arasında bir ilişki bulunmamaktadır²³⁶.

Böylece bu kuramla birlikte, culpa in contrahendo teorisinin kabulü bakımından belirleyici olduğu düşünülen "kurulacak sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği

²³⁴ **SIBER**, 259.

²³⁵ Bohrer'den aynen naklettiğimiz bu görüşün savunucusu yine Siber'dir (bkz. **BOHRER**, 121). Aynı şekilde Hildebrandt da sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerini, sözleşme görüşmelerine giren taraflar arasında mevcut olan özel ve bağımsız bir koruma sözleşmesine dayandırmaktadır. Yazara göre sözkonusu koruma sözleşmesi, örneğin lokanta, mağaza, tiyatro gibi yerlere veya bir avukatın ya da doktorun odasına girilmesiyle zımnen akdedilmekte ve bunun içeriği, karşı görüşmecinin korunmasıyla sınırlı olmaktadır (**SCHLEEH**, 57; **von LACKUM**, 72). Yazarın koruma yükümlülüklerini kurulması hedeflenen sözleşmeden bağımsız, özel bir koruma sözleşmesine dayandırması, Siber'in aksine, bu yükümlülükleri, görüşme ilişkisinin tamamen dışında görmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de Hildebrandt, sözleşme öncesi açıklama yükümlülükleriyle koruma yükümlülüklerini birbirinden ayırarak, koruma yükümlülüklerini görüşme ilişkisinin dışına çıkartmakta (**von LACKUM**, 71); açıklama yükümlülükleri bakımından ise, görüşmeci taraflar arasında bir sözleşme kurma niyetiyle ortaya çıkan özel bir bağlantıdan söz etmektedir (**LARENZ**, AT, 41 dpn. 3). Hildebrandt, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından esas olarak açıklama yükümlülükleri üzerinde durmuş ve bu konuda kendi sistemini oluşturmuştur (**KIRCA**, 167).

²³⁶ **BOHRER**, 121.

meselesi" önemini yitirmekte; sözleşmenin geçersizliğinden hareket eden klasik culpa in contrahendo teorisi ile sözleşmenin geçerliliğinden hareket eden sözleşmenin kurulmasında kusur teorisi²³⁷ tek bir bağımsız sözleşme kuramı altında birleşmektedir²³⁸. Başka bir deyişle, bu teorilerin her ikisinin de aynı vâkıya ve bu vâkıyadan doğan aynı türden bir sorumluluğa işaret etmekte oldukları hususu tartışmasız hale gelmektedir. Sözleşme görüşmeleri ilişkisini kurulması amaçlanan sözleşmenin bir parçası olmaktan çıkarak bağımsız bir niteliğe büründüren bu kuram, ayrıca, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin belirlenmesini de sağlamıştır. Buna göre sözkonusu yükümlülükler, bir yandan açıklama, ihbar gibi yükümlülüklerden, diğer yandan karşılıklı olarak bütünlük menfaatlerinin korunması yükümlülüğünden oluşmaktadır²³⁹. Böylece esasen haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan menfaatlerin de culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi fikri²⁴⁰, bağımsız bir koruma sözleşmesi zeminine oturtularak gerekçelendirilmiş olmaktadır²⁴¹.

²³⁷ Bkz. yukarıda dpn. 214

²³⁸ **KIRCA**, 166; **BOHRER**, 122.

²³⁹ **BOHRER**, 122.

²⁴⁰ Sözleşmenin kurulması sırasındaki özen yükümlülüklerinin, sadece bilgilendirme ve açıklama gibi yükümlülüklerle sınırlı olmayıp, haksız fiil hukukunun konusuna giren menfaatleri korumaya ilişkin yükümlülükleri de içerdiği düşüncesi, Leonhard tarafından savunulan kurulacak (hedeflenen) sözleşme kuramında da dile getirilmiş; ancak bu düşünce, gerekçelendirilmemiştir (bkz. yukarıda § 5, I, A, 1, b).

²⁴¹ **BOHRER**, 121.

b- Sosyal Temastan Doğan Fiili Sözleşme İlişkisi Görüşü

Genel olarak fiili sözleşme ilişkileri teorisi, esasında culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklamaya yönelmiş bir teori olmaktan ziyade, sözleşmelerin icap ve kabul ile gerçekleşen kuruluş biçimini aşma ve böylece sözleşme ilişkilerinin oluşumuna, toplumsal hayattaki gelişmelerin doğurduğu ihtiyaçları gözeterek ayrı bir boyut getirme amacına yönelmiş bir teoridir²⁴². Bununla birlikte, ortaya atılış amacı ne olursa olsun, fiili sözleşme ilişkileri teorisi, aynı zamanda culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini ortaya koyan bir görüş olarak belirmektedir; zira, bu teoriye göre culpa in contrahendo, fiili sözleşme ilişkisi doğuran vâkıalardan biridir²⁴³.

Gerçekten de sözkonusu teori, mevcut veya geçerli bir irade beyanı olmaksızın varlığını kabul ettiği sözleşme ilişkilerini, "sosyal temas", "fiili hizmet ve şirket ilişkileri" ve "sosyal edim yükümlülükleri" olmak üzere üç tür vâkıaya dayandırmakta²⁴⁴; bunlardan "sosyal temas" kavramının kapsamına öncelikle, culpa in contrahendo hallerini dahil etmektedir²⁴⁵. Böylece, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesi meselesi de "sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisi" kavramı ile çözümlenmiş olmaktadır; zira, culpa in contrahendoda açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız bir sözleşmenin ihlâl edildiğini savunan görüş²⁴⁶, sözleşme öncesi sorumluluğun gerekçelendirilmesi

²⁴² Bkz. yukarıda § 3, II.

²⁴³ **SYZ**, 21.

²⁴⁴ **KILIÇOĞLU**, Fiili Sözleşme, 741.

²⁴⁵ Bkz. yukarıda § 3, II.

²⁴⁶ Haupt bu noktada, Siber'in görüşünü eleştirmektedir. Siber'in görüşü için bkz. yukarıda § 5, I, A, 2, a.

noktasında yetersiz kalmaktadır²⁴⁷. Bununla beraber sözkonusu görüşün, bir dükkân sahibi için dükkâna gelen müşterinin herhangi bir üçüncü kişi sayılamayacağı yolundaki tespiti de dikkate değerdir. Gerçekten de bir dükkâna gelen müşteri ile dükkân sahibi arasındaki ilişki, "en erken zararın vukuu anında kurulan bir hukuki ilişki" ile aynı olmayıp; bu bakımdan, müşteri, dükkân sahibi açısından herhangi bir üçüncü kişi sayılamaz²⁴⁸. Böylece sözleşme öncesi kusur bakımından haksız fiil hukukunun da yeterli bir kapsama sahip olmadığı görülmektedir²⁴⁹. O halde bu gibi durumlarda "bir akdetme (sözleşme kurma) hadisesi bulunmaksızın sözleşme ilişkisinin varlığı" kabul edilebilmelidir. Bu ilişkiye akdi nitelik kazandıran unsur, hukuki işlem kurmaya yönelik bir mutabakat değil, objektif olarak ortaya çıkan özel bir sosyal temastır²⁵⁰.

Görüldüğü gibi sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkisi görüşü, culpa in contrahendo sorumluluğunu açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız bir sözleşmeye dayandıran görüşe oldukça yakındır²⁵¹. Ancak bu görüş, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin belirlemeyi, sözleşme ilişkilerinin kurulması için her zaman irade beyanlarının gerekmediği, bazı durumlarda sadece fiili olgularla dahi bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesinin mümkün olduğu²⁵² fikrinden hareketle yapmaktadır. Böylece, sırf culpa in contrahendo sorumluluğu meselesine değil, genel anlamda sözleşmelerin kuruluşu meselesine ilişkin bir görüş

²⁴⁷ Bkz. HAUPT, 10.

²⁴⁸ HAUPT, 11.

²⁴⁹ HAUPT, 13.

²⁵⁰ HAUPT, 11.

²⁵¹ BOHRER, 135.

²⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 72.

olarak ortaya çıkmaktadır²⁵³. Bununla birlikte, sözkonusu görüşün özellikle üzerinde durduğu "sosyal temas" kavramının, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesinde yol gösterici nitelikte olduğu da söylenebilir.

B- SÖZLEŞME KURAMLARININ ELEŞTİRİSİ

Culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşme sorumluluğu olarak nitelendiren kuramların her biri, culpa in contrahendo sorumluluğunun gelişimine belli bir katkıda bulunmuştur. Çünkü bu kuramların hepsinin ortak amacı, culpa in contrahendonun sorumluluk doğurucu bir vâkıa olarak tanınmasını ve bu sorumluluğa sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktır. Esasen culpa in contrahendo teorisine orijinallik kazandıran husus da, henüz geçerli bir sözleşmenin kurulmadığı bir aşamada ortaya çıkan kusura akdi sonuçlar bağlanabileceği düşüncesidir. Bununla beraber sözkonusu kuramlar, böyle bir sonucun elde edilmesinde isabetli olmayan noktalardan hareket etmişler ve culpa in contrahendo sorumluluğunun açıklanmasında yetersiz kalmışlardır:

1. Öncelikle kurulacak (hedeflenen) sözleşme kuramının, culpa in contrahendonun hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kaldığını belirtmek gerekir. Sözkonusu kuramın yetersizliği, ilk olarak, culpa in contrahendo vâkiasını oldukça dar bir alana indirgemesinde görülür. Gerçekten de kurulacak sözleşme kuramı, culpa in

²⁵³ Fiili sözleşme ilişkileri teorisince belli bazı fiili durum ve davranışlarla kurulduğu kabul edilen sözleşme ilişkisinin culpa in contrahendodan doğan sözleşme ilişkisiyle ne derece örtüştüğü hususu ise, bu teorisinin, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından uygulanabilirliği noktasında başlıca problemi oluşturmaktadır. Culpa in contrahendonun benzer kavramlarla karşılaştırılması yapılırken, bu konu üzerinde özellikle durularak, her iki teori arasındaki farklılıklar ortaya koyulmuştur (bkz. yukarıda § 3, II).

contrahendoyu sadece bir sözleşme kurma (akdetme) hadisesinin bulunduğu hallerle sınırlamaktadır. Böylece bir sözleşme kurma hadisesinin bulunmadığı durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanmasını reddetmiş olmaktadır²⁵⁴. Oysa sözleşme görüşmelerini başlatmakla bir sözleşme kurma sürecine girmiş olan tarafların, bu süreçte ortaya çıkan kusurlu bir davranış sebebiyle sözleşmeyi hiç kurmamış olmaları mümkündür. Culpa in contrahendonun hukuki niteliğini kurulacak sözleşmeden hareketle açıklayan kuram, bu gibi hallerde ortaya çıkan zararların tazminini sağlamak hususunda yetersiz kalmaktadır²⁵⁵. Üstelik, kurulacak (hedeflenen) sözleşme kuramı, sözleşmenin ya sadece geçersiz olması²⁵⁶, ya da sadece geçerli olması²⁵⁷ halinde culpa in contrahendo vâkıasından bahsetmekle, bu vâkıadan doğan sorumluluğun uygulama alanını iyice daraltmış olmaktadır.

Ayrıca kurulacak sözleşme kuramı kendi içerisinde mantıksal bir çelişkiyi de barındırmaktadır. Gerçekten de akit öncesi yükümlülüklerin sonradan kurulacak bir sözleşmeden çıkarılması, "sonda olması gerekenin başa çekilmesi" anlamına gelir ki²⁵⁸, böyle bir anlayışın kabul edilmesi mantıken mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, diğer tarafa karşı yüklenilen özel hukuki ödevler, ya sözleşmenin kurulmasından önce zaten mevcuttur; ya da en erken sözleşmenin kurulmasıyla ortaya çıkmaktadır. İlk ihtimalde, sözkonusu ödevlerin sözleşme kurulmaksızın da geçerli olduğunun; ikinci

²⁵⁴ MABILLARD, 79.

²⁵⁵ HERZ, 32.

²⁵⁶ Bkz. JHERING, 48 vd.

²⁵⁷ LEONHARD, 58, 60 (BOHRER, 119'dan naklen).

²⁵⁸ HERZ, 33. Yazar buradaki mantıksal çelişkiyi, yunanca tabiriyle "Hysteron proteron (öne gelmiş sondaki)" olarak nitelendirmektedir.

ihtimalde ise, sözleşmeyle birlikte geçerlilik kazandığının kabulü gerekir²⁵⁹. Görüldüğü gibi sözkonusu kuram, sözleşmenin kurulmasından önceki bir safhada ortaya çıkan davranışlarla ileride kurulacak bir sözleşmeden doğan akit öncesi yükümlülüklerin ne şekilde ihlâl edildiğini ikna edici bir biçimde açıklayamamış²⁶⁰ ve pozitif hukukun ilkelerine ters düşmüştür. "Gerçekten İsviçre, Türk ve Alman hukuklarında henüz kurulmamış veya geçerli olarak kurulmamış olan bir sözleşmenin, meydana gelişinden önceki bir safhaya ait fiil ve işlemlere sözleşmeden doğan bir hukuki etki yansıtabilmesi mümkün değildir. ... Sözleşmelerin ve özellikle henüz kurulmamış olanların, böylesine ve geçmişe yürüyen bir etkisi yoktur"²⁶¹. Üstelik kurulması hedeflenen sözleşmenin geçersizliğinden hareket eden görüş uyarınca akit öncesi etkiler, ileride kurulacak "geçersiz" bir sözleşmeden doğmaktadır. Sözkonusu etkilerin "bir durumun geçersizliğine bağlanmak istenmesi" ayrıca mantık dışıdır²⁶². Gerçi sözleşmenin geçersizliğine rağmen bazı hukuki etkilerin ortaya çıktığını iddia etmek mümkündür; "fakat sözkonusu hukuki etkilerin geçersiz olan bu işlemten doğduğunu iddia etmek, yanlıştır. O halde, sözkonusu hukuki etkilerin temeli kurulması hedeflenen sözleşme olmayıp, başka bir şey olmalıdır"²⁶³.

2. Böylece culpa in contrahendonun, kurulacak sözleşmeden bağımsız bir hukuki niteliğe büründürülmesi gerekliliği açık biçimde kendisini göstermiş olmaktadır. Ancak bu bağımsızlık, sözleşme görüşmelerinin bağımsız bir sözleşmenin kaynağı

²⁵⁹ STOLL, LZ 1923, 543.

²⁶⁰ PIOTET, 26 (İNAL, 66'dan naklen).

²⁶¹ İNAL, 66.

²⁶² HERZ, 32.

²⁶³ HERZ, 32; karşı. SEROZAN, 111.

olarak gösterilmesi yoluyla sağlanamaz. Başka bir deyişle, sözleşme görüşmelerine girişmiş olan tarafların, birbirlerine karşı özen yükümlülükleri altına girmiş oldukları kabul edilebilir; ancak bu özen yükümlülüklerinin tarafların zımni iradeleriyle kurulmuş bağımsız bir açıklama ve koruma sözleşmesinden doğduğunu iddia etmek, ikna edici değildir.

Gerçekten de tarafların sözleşme görüşmelerine girişmeleriyle veya bir kimsenin mağaza, lokanta ya da bir avukat bürosu gibi iş yerlerine müşteri olarak girmesiyle, konusu koruma yükümlülükleri olan bağımsız bir sözleşmenin zımnen akdedilmiş olduğunu kabul etmek²⁶⁴, pozitif hukuka ters düşen bir faraziyenin benimsenmesi anlamına gelir. Çünkü pozitif hukuka göre, bir sözleşme, ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur (BK. / OR m. 1). İrade beyanı her türlü hukuki işlemde olduğu gibi, sözleşmelerde de kurucu unsurdur²⁶⁵. Söz konusu irade beyanı, açık olabileceği gibi, zımni (örtülü) de olabilir. Ancak iradenin zımnen beyan edildiği durumlarda dahi, içsel (deruni) iradenin bir unsurunu oluşturan işlem (hukuki sonuç) iradesinin²⁶⁶ mevcut olması gerekir. Başka bir deyişle, zımni irade beyanlarında da işlem iradesi vardır; fakat söz konusu iradenin varlığı sonucuna, beyan sahibinin söz veya davranışlarıyla "doğrudan doğruya" değil, diğer durum ve şartların göz önünde

²⁶⁴ Bkz. yukarıda § 5, I, A, 2, a.

²⁶⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 87.

²⁶⁶ İrade beyanın sübjektif yönünü oluşturan içsel (deruni) irade, "fiil iradesi", "beyan iradesi" ve "işlem (hukuki sonuç) iradesi" olmak üzere üç unsurdan oluşur. Bunlardan işlem (hukuki sonuç) iradesi, "beyan sahibinin hukuki bir işlem yapma ve bu suretle bir hakkı veya hukuki bir ilişkiyi kurma, değiştirme, devretme veya ortadan kaldırma iradesi"ni ifade eder. Başka bir deyişle, işlem iradesi, "irade beyanının muhteva ve konusu olup, bununla beyanda bulunan kişinin ulaşmak istediği hukuki sonuç belirtilmektedir" (EREN, 120).

bulundurulmasıyla "dolaylı olarak" ulaşılmaktadır²⁶⁷. Öyleyse, işlem iradesinin varlığı sonucuna dolaylı olarak dahi ulaşılamayan durumlarda, hukuki işlemin kurulmuş olduğundan bahsedilemez; yeter ki, muhatap, irade beyanında sözkonusu hukuki sonucu doğurmaya yönelik bir işlem iradesinin bulunduğunu düşünmekte haklı olmasın. Culpa in contrahendo hallerinde de tarafların beyan ettikleri iradeler, aralarında açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bir sözleşme kurmaya yönelik olmayıp²⁶⁸, sadece sözleşme görüşmelerine girişmeye yöneliktir. Öyleyse bu gibi hallerde, konusu açıklama ve koruma yükümlülükleri olan bir sözleşmenin kurulmasına yönelik bir işlem (hukuki sonuç) iradesi bulunmamaktadır. Sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre yorumlanmasını öngören BGB §157'den hareketle, tarafların, sözleşme görüşmelerine girişme yönündeki iradelerinden koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız bir sözleşme kurma iradesine ulaşılması da mümkün değildir. Başka bir ifadeyle tarafların basit sosyal temasın gerektirdiği sınırı iradeleriyle aşarak sözleşme görüşmelerine girişmiş olmaları, konusu koruma yükümlülükleri olan bir sözleşmenin kurulması yönündeki iradenin varlığı şeklinde yorumlanamaz; BGB §157 hükmü gerekçe gösterilerek böyle bir sonuca ulaşılamaz. Çünkü sözkonusu hüküm, geçerli bir sözleşmenin nasıl kurulacağı sorununa değil, varlığı tartışmasız olan bir sözleşmenin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkindir²⁶⁹. Gerçi dürüstlük kuralı ve buna dayanan güven ilkesi, sözleşme henüz kuruluş aşamasındayken irade beyanlarının yorumlanmasında da dikkate alınır;

²⁶⁷ "Başka bir deyişle, kapalı (zımni) irade beyanlarında beyan sahibinin davranışı, işlem iradesini dolaylı bir şekilde ifade eder; onun davranışından, dolaylı olarak işlem iradesine sahip olduğu sonucu çıkar" (EREN, 125).

²⁶⁸ HERZ, 36.

²⁶⁹ von LACKUM, 71.

ancak sözkonusu ilke, "zımnen de olsa beyan edilmemiş" bir iradenin varlığı sonucuna ulaşmayı sağlayan bir ilke değildir²⁷⁰. İrade beyanlarının yorumlanmasında güven teorisi²⁷¹, mevcut bir irade beyanının ne şekilde anlaşılması gerektiğinin belirlenmesinde rol oynar ve irade beyanlarına makul, dürüst bir muhatabın vereceği anlamın esas alınmasını öngörür²⁷². Görüldüğü gibi burada, irade beyanına beyan sahibi ile muhatabın farklı anlamlar yüklemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluğun dürüstlük kuralı ve güven ilkeleri esas alınarak giderilmesi sözkonusudur. Mevcut olmayan, dolayısıyla taraflar arasında farklı yorumlanmaktan kaynaklanan bir uyumsuzluğa dahi meydan vermemiş bir irade beyanının, dürüstlük kuralından hareketle taraflara zımnen yükletilmesi ise mümkün değildir²⁷³. Böyle bir anlayış, ne iş hayatının gerçekleriyle, ne de pozitif hukukun gerekleriyle örtüşmekte²⁷⁴; dolayısıyla sözleşme görüşmecileri arasında kurulan bağımsız açıklama ve koruma sözleşmesi, bir faraziyeden öteye geçememektedir²⁷⁵.

Aynı şekilde culpa in contrahendoyu "sosyal temastan doğan bir fiili sözleşme ilişkisi" olarak nitelendiren görüş de, benzer gerekçelerle reddedilmelidir. Nitekim fiili

²⁷⁰ **AKYOL**, 34.

²⁷¹ Bkz. **EREN**, 130 vd.

²⁷² **AKYOL**, 27. "Güven ilkesine göre, bir irade beyanının ne anlama geldiğini anlamak için karşı tarafın kendisince bilinebilen bütün olguları (hal ve şartları), MK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralının ışığı altında gereği gibi değerlendirerek bu beyana ne anlam vermesi gerektiğine bakılır" (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 124).

²⁷³ "Güven ilkesini önemi, kendisini anormal durumlarda (yani iradeye uymayan bir beyan mevcut ise ve karşı taraf bunu fiilen doğru biçimde anlamamışsa) gösterecektir ... Güven ilkesi, irade ilkesinden tamamen bağımsız, onun yerini alan bir ilke değildir. Tam tersine, irade ilkesinin mevcudiyetini farz etmekte, ona dayanmaktadır" (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 125).

²⁷⁴ **HERZ**, 37.

²⁷⁵ **ULUSAN**, 308; **BAYGIN**, 350.

sözleşme görüşünü "sosyal tipte davranış teorisi" adı altında tekrar savunan yazarların dahi culpa in contrahendoyu fiili sözleşme ilişkilerinin dışına çıkarttığına²⁷⁶; ayrıca sosyal tipteki davranışlarla borç ilişkilerinin kurulduğunun iddia edildiği durumlarda, meselelerin klasik hukuki işlem teorisi kapsamında çözülebileceği gerekçesiyle fiili sözleşme ilişkileri teorisinin günümüzde reddedildiğine²⁷⁷ daha önce değinilmişti²⁷⁸.

II- HAKSIZ FİİL KURAMI VE ELEŞTİRİSİ

A- HAKSIZ FİİL KURAMI

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini klasik sorumluluk kaynakları içerisinde ortaya koymaya çalışan ikinci kuram, haksız fiil kuramıdır. Culpa in contrahendo sorumluluğunu doğrudan bir sözleşmenin ihlâline dayandıran kuramların yetersizlikleri, aslında geçmişin bir teorisi sayılabilecek²⁷⁹ haksız fiil görüşünü yeniden canlandırmıştır. Belirtmek gerekir ki, haksız fiil kuramı da culpa in contrahendo vâkiasını tanımakta ve böyle bir vâkıadan sorumluluk doğması gerektiği fikrini benimsemektedir²⁸⁰. Ancak bu kuram, culpa in contrahendoda haksız fiil

²⁷⁶ **LARENZ**, sozialtypisches Verhalten, 1808.

²⁷⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 76.

²⁷⁸ Bkz. yukarıda § 3, II.

²⁷⁹ **HERZ**, 26. **İNAN**, I, 882.

²⁸⁰ **MABILLARD**, 74. Bununla beraber, yine belirtilmesi gerekir ki, culpa in contrahendo teorisi, esasen culpa in contrahendo sorumluluğuna sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüşlerle özdeşleşmiştir; zira bu teorisinin çıkış noktasını oluşturan görüş, culpa in contrahendoyu, bir sözleşme kusuru olarak değerlendirmekte (bkz. **JHERING**, 25); söz konusu teorisinin orijinalitesini de bu değerlendirme oluşturmaktadır. Dolayısıyla, culpa in contrahendo sorumluluğuna haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan kuram, culpa in contrahendo teorisinin çıkış noktasını oluşturan sözleşme sorumluluğu fikrini reddettiği oranda, culpa in contrahendo teorisini de reddetmiş olmaktadır.

karakteri görmekte; dolayısıyla, bundan doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁸¹.

Haksız fiil kuramının başlıca dayanağı, sözleşme olmaksızın sözleşme sorumluluğunun tesis edilemeyeceği; sözleşme sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda ise, zararın tazmini meselesinin ancak haksız fiil sorumluluğu ile çözülebileceği fikridir²⁸². Başka bir ifadeyle haksız fiil kuramı, culpa in contrahendo vâkıasının ortaya çıktığı aşamada sözleşmenin henüz kurulmamış olduğu gerçeğinden hareket ederek, bu aşamada beliren kusurlu davranışların ancak haksız fiil olarak nitelendirilebileceği fikrini savunmaktadır. Çünkü "akdi sorumluluk, genel mahiyette olan haksız fiil sorumluluğuna nazaran istisnai ve özeldir. BK. m. 41 mevcut bir borcun ademi ifası anlamı taşımayan bütün yasaklanan hareketleri ihtiva etmektedir. Culpa in contrahendonun mahiyetinden hareketle kanun tarafından nizamlanan akit öncesi sorumluluk, bir hukuki muameleye istinat etmediğine göre, onun, ancak haksız fiile dayanabileceği sonucuna varılabilir"²⁸³.

Böylece sözkonusu kuram bakımından başlıca mesele, culpa in contrahendonun haksız fiil karakterinin ortaya konulması; başka bir deyişle, haksız fiil sorumluluğunun

²⁸¹ Günümüz hukuk literatürü bakımından haksız fiil kuramının başlıca savunucuları olarak, İsviçre hukukunda Piotet (bkz. **PIOTET**, 24 vd.), Merz (bkz. **MERZ**, 82 vd.), Keller/Schöbi (bkz. **KELLER/SCHOBI**, 36 vd.); Alman hukukunda Thiemann (bkz. **THIEMANN**, 148 vd.); Türk hukukunda ise Kılıçoğlu (bkz. **KILIÇOĞLU**, 56 vd.), Adal (bkz. **ADAL**, 11 vd.) gösterilebilir.

²⁸² **GONZENBACH**, 20; **HERZ**, 27. Herz, haksız fiil kuramının dayandığı bu fikri "sözleşmesiz sözleşme sorumluluğu olmaz; sözleşme sorumluluğu yoksa, haksız fiil sorumluluğu vardır" şeklinde özetlemektedir. Türk hukukunda aynı fikir, "akdi sorumluluk kaidelerinin tatbik edilmediği ve tazmin yükümlülüğü doğuran bütün kusurlu zarar verici fiil ve hareketler BK. m. 41 anlamında bir haksız fiil teşkil eder" cümlesiyle ifadesini bulmuştur (bkz. **ADAL**, 94).

²⁸³ **ADAL**, 94.

şartlarının culpa in contrahendo hallerinde de gerçekleşmiş olduğunun belirlenmesidir. Bu noktada haksız fiil kuramının savunucuları arasında bazı görüş farklılıklarının bulunduğu göze çarpmaktadır. Söz konusu görüş farklılıkları, özellikle culpa in contrahendoda "hukuka aykırılık unsuru" üzerinde toplanmıştır. Gerçekten bu kuram, culpa in contrahendoyu bir tür haksız fiil olarak nitelendirirken, culpa in contrahendonun BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırı olduğunu da kabul etmiş olmaktadır. Ancak haksız fiil sorumluluğu bakımından kurucu bir unsur olan hukuka aykırılığın, culpa in contrahendo sorumluluğunda ne şekilde belirdiği hususunda farklı esaslardan hareket edildiği görülmektedir.

1- Culpa in Contrahendonun Kendisini Hukuka Aykırılık Olarak Kabul Eden Görüş

Culpa in contrahendonun kendisini hukuka aykırılık olarak kabul eden görüş, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı görüşmeciye kusurlu olarak zarar verilmesi durumunu, sadece "neminem leadere (kimseye zarar vermeme)" kuralının ihlâli olarak değerlendirmektedir²⁸⁴. Bu değerlendirmeye göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, işlek bir caddede otomobil kullanan kişinin kamuya karşı olan sorumluluğu ile karşılaştırılabilir; "nasıl ki otomobil sürücüsü diğer kişilere özen göstermekle yükümlüdür, sözleşme görüşmecileri de birbirlerine karşı tıpkı böyle bir yükümlülük altındadır"²⁸⁵. Sözleşme görüşmelerinin belirli kişiler arasında cereyan etmesinden hareketle culpa in contrahendoyu buradakinden farklı bir sorumluluğa dayandırmak

²⁸⁴ ULUSAN, 302.

²⁸⁵ DÉMOGUE Réne, Traité des obligations en général I, Paris 1923, no. 35 (HERZ, 27'den naklen; ayrıca karşı. İNAN, I, 884).

isabetli değildir; zira, karayolunda otomobiliyle seyreden şahsın sorumluluğu da ancak belirli bir veya birkaç kişiye karşıdır; o, örneğin, önünde giden motosikletliye karşı, emniyetli bir geçiş için yolun serbest ve görüş sahasının elverişli olmasını gözetme, motosiklete emniyetli bir mesafeden yaklaşma gibi bazı ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür²⁸⁶. O halde "ihlâlleri, şüphe götürmez bir tarzda haksız fiil sorumluluğu doğuran çok sayıda genel vecibeler de, ancak muayyen bir veya müteaddit şahıslara karşı bulunabilir"²⁸⁷. "Akit öncesi vecibeler, genel mahiyette olup, -akdi vecibelerin aksine- özel bir mükellefiyet hali teşkil etmediklerinden"²⁸⁸, bunların ihlâli, sadece haksız fiilin bir görünümünü oluşturur. Buradaki görünüm, karşı görüşmeciye kusuruyla zarar veren tarafın, kimseyi zarara uğratmama hususunda herkes için geçerli olan, herkesten uyması beklenen soyut özen yükümünü ihlâl etmesinden ibarettir²⁸⁹. Böyle bir özen yükümlülüğünün ihlâli hukuka aykırılığın doğması için yeterlidir; başka bir deyişle culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık, "karşı âkidin geçerli bir sözleşme yapıldığı hususuna güvenmesi sonucunu doğuran kusurlu davranıştır"²⁹⁰ ve bu bakımdan culpa in contrahendonun kendisi, hukuka aykırı bir davranış oluşturur²⁹¹.

Söz konusu görüş, hukuka aykırılık unsurunu bu şekilde belirlemekle, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin basit ve sade bir çözümü de

²⁸⁶ ADAL, 103.

²⁸⁷ ADAL, 103.

²⁸⁸ PIOTET, 43 (ADAL, 104'den naklen).

²⁸⁹ ULUSAN, 302.

²⁹⁰ PIOTET, 39 (ADAL, 96'dan naklen).

²⁹¹ ADAL, 96.

ortaya koymuş olmaktadır²⁹². Gerçekten de bu görüş, sözleşme kuramının meseleyi yanlış bir yöne sürükleyerek gereksiz yere karmaşıktırdığını ileri sürmektedir²⁹³. Buna göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu ile açıklanması çabalarının sebebi, haksız fiilin, özellikle yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluk bakımından zarar gören aleyhine sonuçlar doğuruyor olmasıdır. Öyleyse culpa in contrahendonun haksız fiil karakterini değiştirmek yerine, haksız fiil hukukunun zarar gören açısından elverişsiz olan hükümleriyle mücadele edilmesi daha isabetli olur²⁹⁴.

²⁹² **ULUSAN**, 303. Nitekim, Kılıçoğlu da culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği bakımından haksız fiil kuramını benimserken, buna gerekçe olarak sözkonusu kuramın sadeliğini göstermektedir. Yazara göre, "sözleşme öncesi hazırlık görüşmeleri aşamasında tarafların birbirlerine zarar vermemeleri, kusuruyla verdiği zararı giderme yükümlülüğünün haksız fiil sorumluluğuyla açıklanması daha kolay olmaktadır" (**KILIÇOĞLU**, 60).

²⁹³ Bkz. **PIOTET**, 32, 33 (**SCHLEEH**, 60'dan naklen). Piotet'e göre, sözleşme kuramının culpa in contrahendo halleri bakımından ulaştığı sonuçlar, Alman hukukunda bir ihtiyacı karşılamaktadır. Oysa haksız fiil sorumluluğunu geniş kapsamlı düzenleyen İsviçre hukuku bakımından sözkonusu görüşün benimsenmesine gerek yoktur, (**İNAL**, 70).

²⁹⁴ **PIOTET**, 33 (**SCHLEEH**, 60'dan naklen). Bu noktada Piotet, yardımcı kişilerin davranışlarından sorumlulukta haksız fiil hukukunun elverişsiz hükümlerinden kaçabilmek için "yardımcı kişi kullanan aleyhine akit öncesi kendine özgü bir sorumluluk (la responsabilité précontractuelle sui generis du fait d'autrui)" geliştirilmesini önermekte (bkz. **PIOTET**, 74 vd.; **SCHLEEH**, 60'dan naklen) ve bu özel sorumluluk türünü, kıyas yoluyla BK. / OR m. 101'e değil, vasıtanın hatasına ilişkin BK. / OR m. 27'e dayandırmaktadır. Bu görüş hakkında bkz. ileride § 10, I.

2- Culpa in Contrahendoyu Tehlike İlkesinden Doğan Genel Davranış Yükümlülükleri Kapsamında Hukuka Aykırı Kabul Eden Görüş

Culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğu ile açıklayan bir diğer görüş, culpa in contrahendoda hukuka aykırılık unsurunu tehlike ilkesinden doğan genel davranış yükümlülüklerinin ihlâlüne dayandırmaktadır. Culpa in contrahendoda haksız fiil niteliği gören tüm görüşler gibi, bu görüş de, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışların, esas olarak, "kimseye zarar vermeme (neminem leadere)" kuralını ihlâl ettiğini kabul etmektedir; zira bu kural, sorumluluk hukukunun temelini oluşturur. Bununla beraber, söz konusu görüş uyarınca, culpa in contrahendo sorumluluğu, işlek bir caddede otomobil kullanan kişinin sorumluluğu gibi de değildir; çünkü sözleşme görüşmelerinde taraflar arasında bir hukuki ilişki meydana gelmiş²⁹⁵, böylece taraflar, herhangi bir haksız fiil ilişkisine nazaran birbirlerine daha yakın bir konuma kavuşmuşlardır. Bu durum, tarafların birbirlerine karşı, "yükseltilmiş bir özen ödevi (eine erhöhte Sorgfaltspflicht)"²⁹⁶ ile yükümlü kılınmalarını gerektirir. Ancak tarafların birbirlerine karşı yükseltilmiş bir özen yükümlülüğü altına girmelerinin, sözleşme ilişkisine mahsus olduğunu iddia etmek doğru değildir; çünkü, sözleşme hukukunun dışında kalan haksız fiil sahası içerisinde de yükseltilmiş özen yükümlülüklerinin varlığı "tehlike ilkesi (Gefahrensatz)" kapsamında zaten kabul

²⁹⁵ KELLER/SCHÖBI, 37.

²⁹⁶ Bkz. MERZ, 86.

edilmiş bulunmaktadır²⁹⁷. Başka bir deyişle haksız fiil hukukunun geliştirmiş olduğu tehlike ilkesi, taraflara yükseltilmiş bir özen ödevi yüklenmesini gerektiren bir çok somut olayın haksız fiilin kapsamı içerisinde değerlendirilmesini mümkün kılmıştır²⁹⁸.

Tehlike ilkesi²⁹⁹, "başkalarının hukuki varlıklarını tehlikeye sokan kişilerin zararın doğmasını önleyen gerekli tedbirleri almak zorunda olması"³⁰⁰ şeklinde özetlenebilecek, yazılı olmayan bir koruma normudur. Bu ilkeye göre, tehlikeli bir faaliyette bulunulması halinde bundan doğabilecek zararın önlenmesi için şartların gerekli kıldığı tüm önlemler alınmalıdır. "Örneğin, bir elektrik işletmesi özellikle tehlikeye maruz kalan bölgelere uyarı levhaları koymalıdır; atış talimi yaptıran veya inşaat faaliyetlerinde bulunan kişiler bu faaliyetlerini sürdürdükleri yerlere set çekmelidir; patlayıcı madde bulunduran yerler bakımından çevrenin güvenliği temin edilmelidir"³⁰¹. Bu önlemleri almayan, başka bir deyişle "tehlikeyi önleme yükümlülüğünü"nü yerine getirmeyen kişinin bu şekildeki "yapmama/kaçınma"

²⁹⁷ **MERZ**, 86. Keller/Schöbi de culpa in contrahendonun haksız fiil karakterini ortaya koyarken tehlike ilkesinden bahsetmektedir. Ancak o, bu ilkedan, culpa in contrahendonun hukuka aykırılığı meselesine çözüm getirmek için değil, yükseltilmiş özen ödevlerinden hareketle culpa in contrahendoya sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşamayacağını ortaya koymak için yararlanmaktadır (**KELLER/SCHÖBI**, 36).

²⁹⁸ **MABILLARD**, 74.

²⁹⁹ Tehlike ilkesi (Gefahrensatz) olarak ifade ettiğimiz bu kavram, Alman hukukunda "tehlikeyi önleme yükümlerine (Verkehrssicherungspflichten) tekabül etmektedir (**KIRCA**, 48). Türk hukukunda ise bu kavramın karşılığı olarak "birlikte yaşama ödevleri", "tehlikeyi uzaklaştırma yükümü", "güvenlik önlemleri alma yükümü" gibi ifadeler kullanılmaktadır (bkz. **KIRCA**, 46 dñn. 227). Yazarın kendisi ise tehlike ilkesini, "genel davranış yükümlerine aykırılık" olarak ifade etmeyi tercih etmiştir (bkz. **KIRCA**, 46 vd.).

³⁰⁰ **HONSELL**, 50; **EREN**, 551; **KIRCA**, 46; **KELLER/SCHÖBI**, 36.

³⁰¹ **KELLER/SCHÖBI**, 36.

davranışı, hukuka aykırı bir fiil oluşturur³⁰². Ancak benzer bir hukuka aykırılık, sadece tehlikeyi önleme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, yani pasif bir davranış ile değil, zorunluluk (kaçınılmazlık) bulunmamasına rağmen başkalarının kişi ve mal varlıklarının tehlikeye düşürülmesi şeklinde beliren aktif bir davranış ile de ortaya çıkabilir³⁰³. Böylece tehlikeyi önleme yükümlülüğü, tehlikeyi hiç yaratmama yükümlülüğünü de kapsamına alarak bir tür "genel davranış yükümlülüğüne (Verkehrspflicht)" dönüşmektedir³⁰⁴. Böyle bir yükümlülüğe aykırılık ise, haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık ile eş değerdedir.

Görüldüğü gibi başkalarının hukuki değerleri aleyhine tehlike yaratmama, tehlike yaratmanın kaçınılmaz olduğu hallerde ise gerekli her türlü tedbiri alma şeklinde somutlaşan genel davranış yükümlülüklerinin³⁰⁵ kabulü, haksız fiil hukukunun uygulama alanını genişletmektedir. Çünkü haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş sayılması için genel davranış yükümlülüklerinin ihlâlini yeterli gören bu anlayış, genel davranış yükümlülüğünü ihlâl eden davranışın

³⁰² **EREN**, 551-552.

³⁰³ Tarihsel açıdan bakıldığında tehlikeyi önleme yükümlülükleri, "yapmama/kaçınma" yoluyla verilen zararların haksız fiil kapsamına alınması amacıyla geliştirilmiştir. Gerçekten de kural olarak aktif bir davranışla başkalarını zarardan korumayı emreden bir genel davranış kuralının bulunmayışı, içtihadi yoldan zamanla, bir tehlike kaynağı yaratan kişinin bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemleri alması gerektiği yolunda bir ilke yaratılmasına yol açmıştır. Ancak sözkonusu ilkedен doğan tehlikeyi önleme yükümlülüğü, zamanla, zorunlu olmayan veya kaçınılması mümkün olan bir tehlikenin hiç yaratılmaması ödevini de kapsamına almış; böylece örneğin çevreye sıçrama ihtimali olan bir ateşin hiç yakılmaması, normalde içecek ihtiva eden şişelere zehirli maddeler doldurulmaması gibi ödevler de bir tehlikeyi önleme yükümlülüğü olarak değerlendirilmiştir (**ATAMER**, 17).

³⁰⁴ **KIRCA**, 49.

³⁰⁵ **ATAMER**, 18.

yol açtığı her türlü zararı, haksız fiilin kapsamına dahil etmektedir³⁰⁶. Başka bir deyişle "genel davranış yükümlülüğünü ihlâl etmiş olan kişi, ayrıca ihlâl edilen değerin ne olduğuna bakılmaksızın hukuka aykırı davranmıştır. Bu itibarla salt (saf) malvarlığı zararını³⁰⁷ korumayı amaçlayan özel bir koruma normu bulunmasa bile, genel davranış yükümlülüğünü ihlâl eden kişi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur"³⁰⁸. Böylece bir çok culpa in contrahendo halinin de haksız fiil olarak değerlendirilmesi mümkün hale gelmektedir. Gerçekten de culpa in contrahendo hallerinde haksız fiil sorumluluğunun kabulünü engelleyen husus, haksız fiili, Lex Aquilia'ya³⁰⁹ dayanan bir bakış açısıyla esas olarak mutlak hak ihlalleriyle sınırlayan; mutlak hak dışında kalan hukuki menfaatlerin ihlâlinin haksız fiil olarak değerlendirilebilmesi için ise özel bir koruma normunun varlığını şart koşan anlayıştır. Oysa ihlâl edilen hukuki menfaatin "mutlak hak veya mutlak hak dışında kalan diğer bir menfaat" olup olmadığına bakılmaksızın genel davranış yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden her davranışın hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi, bu anlayışı yıkmış olmaktadır. Böylece culpa in contrahendo bakımından da genel davranış yükümlülüğüne aykırılık şeklinde belirlenen

³⁰⁶ Bu görüş için bkz. **WIDMER**, 110 vd. Gerçi yazar burada genel davranış yükümlülüklerinin ihlâlinden değil, özen yükümlülüklerinin ihlâlinden (Sorgfaltspflichtverletzung) bahsetmektedir. Ancak hukuka aykırı bir davranışın yol açtığı her türlü zararın haksız fiilin kapsamına sokulması bakımından "genel davranış yükümlülüklerine aykırılık görüşü" ile "özen yükümlülüklerine aykırılık görüşü" arasında belirgin bir farklılık bulunmamakta (benzer değerlendirme için bkz. **KIRCA**, 49-50); dolayısıyla culpa in contrahendoda hukuka aykırılık unsurunun belirlenmesi noktasında bu iki görüş birbirinin tekrarını oluşturmaktadır. Bu sebeple, culpa in contrahendonun hukuka aykırılığını özen yükümlülüğünün ihlâline dayandıran yazarların görüşlerine de burada yer vermekte bir sakınca görmüyoruz.

³⁰⁷ Salt veya saf malvarlığı kavramı için bkz. ileride § 5, II, B.

³⁰⁸ **KIRCA**, 49.

³⁰⁹ Lex Aquilia hakkında bkz. yukarıda dpn. 121.

hukuka aykırılık unsuru sayesinde, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan her türlü zararın haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesinin önü açılmaktadır.

3- Culpa in Contrahendoyu Dürüstlük Kuralı Kapsamında Hukuka Aykırı Kabul Eden Görüş

Culpa in contrahendonun haksız fiil sorumluluğuna yol açacağını savunan görüşlerden bir diğeri, culpa in contrahendoyu dürüstlük kuralı kapsamında hukuka aykırı saymaktadır. Bu görüşün özelliği culpa in contrahendoyu MK. / ZGB m. 2/I'de ifadesini bulan dürüstlük kuralının ihlâli olarak kabul etmesi ve dürüstlük kuralını ihlâl eden davranışların haksız fiil oluşturduklarını ileri sürmesidir.

Gerçekten de culpa in contrahendoda hukuka aykırılık unsurunu, dürüstlük kuralının ihlâliyle açıklayan bu görüş³¹⁰, temel koruma normları olarak kabul edilen, başkasının "yaşam hakkını", "ruh ve beden bütünlüğünü", "kişiliğini", "ayni hakkını" ihlâl yasağı içeren normlara, "dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağı"nı da eklemektedir³¹¹. Bu görüşün beşinci temel koruma normu olarak ele aldığı dürüstlük

³¹⁰ Bu görüşün başlıca savunucusu, İsviçreli hukukçu Max Keller'dir (bkz. **KELLER/GABI**, 38 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, 37; Keller'e ait bu görüş için ayrıca bkz. **REY**, Haftpflichtrecht, 145; bkz. **REY**, Sonderverbindungen, 231 vd.; ayrıca karş. **KIRCA**, 40). Gerçi Keller, culpa in contrahendonun haksız fiil karakterini ortaya koyarken tehlike ilkesinden de bahsetmektedir; ancak ona, göre tehlike ilkesi, haksız fiillerin hukuka aykırılık unsuruyla değil, kusur unsuruyla ilgilidir. Culpa in contrahendoda hukuka aykırılık unsuru ise, dürüstlük kuralına aykırılık olarak belirir (**KELLER/SCHÖBI**, 37).

³¹¹ **KELLER/GABI**, 39. Aynı şekilde, dürüstlük kuralını temel koruma normu içerisinde ele alan diğer yazarlar için, bkz. **KIRCA**, 40 dpn. 189'da anılan yazarlar; ayrıca **OFTINGER**, 130; Türk hukukunda **EREN**, 555; **OĞUZMAN/ÖZ**, 499. Buna karşılık hakim görüş dürüstlük kuralının temel bir koruma normu olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir (**FEHLMANN**, 151). Bu görüş için, bkz. **REY**, Haftpflichtrecht, 142, N. 719'da anılan yazarlar; ayrıca **HONSELL**, 49. Culpa in contrahendonun hukuki niteliği bakımından haksız fiil kuramını savunan Merz de, dürüstlük kuralına aykırılığın haksız fiil sorumluluğu anlamında bir hukuka aykırılık yaratmayacağı görüşündedir. Bu sebeple yazara göre, culpa

kuralı, BK. / OR m. 41/II anlamında etik açıdan kınanabilir bir zararlı davranışın aynı zamanda diğer koruma normlarını ihlâl etmediği hallerde uygulama alanı bulur³¹². Böylece sözkonusu görüş, etik açıdan kınanabilir olmasına rağmen kasıt unsuru bulunmadığı için BK. m. 41/II kapsamında hukuka aykırı sayılmayan ve aynı zamanda bir mutlak hakkın ihlâli sonucunu da doğurmayan zarar verici davranışları, dürüstlük kuralı kapsamında hukuka aykırı saymış olmaktadır. Ancak bu görüş, sözkonusu zarar verici davranışların tamamını, dürüstlük kuralının ihlâli olarak değerlendirmemekte; sadece " taraflar arasında özel bir hukuki bağlantının (eine rechtliche Sonderverbindung) varlığı durumunda " etik açıdan kınanabilir zarar verici bir davranışın dürüstlük kuralını ihlâl ettiğini kabul etmektedir³¹³. Böylece sözkonusu davranışlar bakımından dürüstlük kuralının uygulanmasına bir sınırlama getirilmiş olmaktadır. Buna göre, zarar veren ve zarar gören arasında güven ve sadakat ilişkisi (besonderes Vertrauens- und Treueverhältnis) olarak da adlandırılabilen özel bir hukuki bağlantının var olup olmadığı, dürüstlük kuralının uygulanmasında belirleyici unsurdur³¹⁴.

in contrahendonun hukuka aykırılığı, dürüstlük kuralının ihlâline dayandırılmaz: "Art. 2 ZGB (MK. m. 2) zararın tazminini öngören bir hüküm değildir. Gerçi karşılıklı olarak özen gösterme yükümlülüğünün bir zarara yol açacak biçimde ihlâli, kusurlu ve hukuka ya da ahlâka aykırı bir davranış olarak belirlediği sürece, haksız fiil sorumluluğunun şartları ile Art. 2 ZGB (MK. m. 2)'nin şartları birbiriyle örtüşebilir. Bu durumda sözkonusu davranış, haksız fiil hukuku kapsamında görülebilir; fakat, bu, dürüstlük kuralı gerekçe gösterilerek yapılamaz" (MERZ, 85). Türk hukukunda, dürüstlük kuralının bir temel koruma normu olarak değerlendirilemeyeceği görüşü için bkz. KIRCA, 41 vd.; AKYOL, 13.

³¹² REY, Sonderverbindung, 232.

³¹³ "Sadece özel bir hukuki bağlantının varlığı durumunda etik açıdan kınanabilir zarar verici bir davranış, dürüstlük kuralının ihlâlini oluşturur", REY, Haftpflichtrecht, 146.

³¹⁴ REY, Haftpflichtrecht, 146.

Bu noktada sözkonusu görüş, culpa in contrahendoyu, taraflar arasında dürüstlük kuralının uygulanmasını haklı kılacak özel bir hukuki bağlantının bulunduğu hallerden birisi olarak göstermektedir³¹⁵. Çünkü sözleşme görüşmelerinin kabulü ve sürdürülmesi, taraflar arasında, doğrudan bir ilişki yakınlığının (unmittelbare Beziehungsnähe) doğmasına sebep olur³¹⁶. Başka bir deyişle sözleşme görüşmelerine girişen taraflar arasında özel bir hukuki bağlantı mevcuttur. Bu sebeple tarafların birbirlerine karşı yükseltilmiş bir özen ve dikkat yükümlülüğü altına girdikleri, her türlü

³¹⁵ Taraflar arasında özel bir hukuki bağlantının bulunmasını dürüstlük kuralının uygulanması bakımından bir önşart olarak kabul eden Keller, sözkonusu özel hukuki bağlantıyı, yüksek mahkeme kararlarına başvurarak somutlaştırmaktadır. Buna göre yazarın, dürüstlük kuralının uygulanmasını haklı kılacak "özel hukuki bağlantı" olarak belirlediği durumlar şunlardır: yargısal bir işlem veya usul hukukundan doğan ilişki (örneğin, kabul edilmeyeceği baştan beri belli haksız bir itirazda bulunularak yargılama sürecinin kasten veya ağır ihmalle uzatılması suretiyle dürüstlük kuralının ihlâli); sözleşme görüşmelerine girmekten doğan ilişki (örneğin, sözleşmenin kurulması kararına etki edecek hususlardan karşı tarafın haberdar edilmemesi suretiyle dürüstlük kuralının ihlâli -culpa in contrahendo halleri-); herhangi bir sözleşmeye dayanmaksızın bilgi ve tavsiye vermeden doğan ilişki (üçüncü kişiye yanlış bilgi veya tavsiye verilmesi suretiyle dürüstlük kuralının ihlâli); yazılı belge ve dokümanların başkasına verilmesinden doğan ilişki (örneğin, gerçeği yansıtmayan itibar mektubu veya iş şahadetnamesi tanzim edilmesi suretiyle dürüstlük kuralının ihlâli) (**REY**, Haftpflichtrecht, 146-147). Bunların dışında Keller, sözleşme ilişkisini de dürüstlük kuralının uygulanmasını haklı kılacak özel bir hukuki bağlantı olarak göstermekte ve doktrinde "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme" olarak bilinen sözleşmeler üzerinde durmaktadır. Buna göre, her türlü sözleşme ilişkisi değil; sadece, tarafları birbirlerinin koruma alanı içerisindeki üçüncü kişiler üzerinde etki edebilecekleri bir konuma getiren sözleşme ilişkileri, zarar veren taraf (sözleşen taraf) ile üçüncü kişi (sözleşme tarafı olmayan fakat karşı sözleşmecinin koruma alanı içerisinde kalan kişi) arasında özel bir hukuki bağlantı yaratır. Bu özel hukuki bağlantı, sözleşme ilişkisiyle aynı anda doğar; fakat direkt sözleşmenin akdedilmesine değil, dürüstlük kuralına dayanır; dolayısıyla sözleşen taraf ile üçüncü kişi arasındaki bu özel bağlantının ihlâli, dürüstlük kuralının ihlâli anlamına gelir ve haksız fiil sorumluluğuna yol açar (**REY**, Sonderverbindung, 236).

³¹⁶ **REY**, Sonderverbindung, 234.

şüpheden uzaktır³¹⁷. Sözleşme görüşmeleri ilişkisi, taraflara özellikle, akdin kurulması kararına ve şartlarına etki edecek hususlardan birbirlerini haberdar etme ödevini yükler³¹⁸. Söz konusu özen yükümlülüklerinin ihlâli ise, dürüstlük kuralının (MK. / ZGB m. 2/I) ihlâl edilmesi anlamına gelir. Dürüstlük kuralının ihlâli, haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için yeterli olduğundan, culpa in contrahendoda kusuruyla karşı tarafa zarar veren görüşmeci, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur.

Görüldüğü gibi, culpa in contrahendoda hukuka aykırılık unsurunu dürüstlük kuralının ihlâliyle açıklayan bu görüş, her şeyden önce, sözleşme görüşmelerine giren taraflar arasında özel bir hukuki bağlantının varlığını kabul etmektedir. Ancak bu görüş uyarınca söz konusu özel hukuki bağlantı, haksız fiil sorumluluğunu engelleyici bir unsur olarak değil; aksine, dürüstlük kuralının uygulanmasını gerektirdiği ölçüde bu sorumluluğun kabulünü haklı kılan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle söz konusu görüş, sözleşme görüşmelerine giren taraflar arasında varlığını kabul ettiği özel hukuki bağlantıdan hareketle haksız fiil sorumluluğu fikrine ulaşmaktadır.

B- HAKSIZ FİİL KURAMININ ELEŞTİRİSİ

Culpa in contrahendoda haksız fiil niteliği gören ve dolayısıyla bu sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan kuram da çeşitli açılardan eleştirilebilir. Bu eleştirilere haksız fiil kuramının hareket noktasını oluşturan "sözleşme olmaksızın sözleşme sorumluluğu olmaz; sözleşme sorumluluğu yoksa, haksız fiil

³¹⁷ KELLER/SCHÖBI, 37; REY, Sonderverbindung, 234.

³¹⁸ KELLER/SCHÖBI, 35.

sorumluluğu vardır" şeklinde özetlenebilecek fikrin ne derece isabetli olduğu tartışılarak başlanmalıdır.

1. Buna göre, haksız fiil kuramının "sözleşmesiz sözleşme sorumluluğu olamayacağı" yönündeki fikri, kanaatimizce, isabetlidir. Gerçekten de klasik borçlar hukuku öğretisinin sözleşme kavramı, sözleşmenin kurulmasını ve geçerliliğini sağlayan unsurlar, kuruluş anı gibi hususlara ilişkin benimsediği esaslar bellidir. Söz konusu esasların dışında kalan durumlarda geçerli bir sözleşmenin kurulmuş bulunduğunu iddia etmek mümkün olmadığına göre, bu gibi hallerde, geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektiren sözleşme sorumluluğundan da bahsedilemez. Ancak sözleşme sorumluluğuna başvurulamayan ve ortada tazmini gereken bir zararın bulunduğu her durumda haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği de iddia edilemez. Başka bir deyişle, haksız fiil kuramının "... sözleşme yoksa, haksız fiil sorumluluğu vardır" şeklindeki tespiti isabetli değildir³¹⁹. Çünkü geçerli bir sözleşmenin kuruluşuna ilişkin esasları belirleyen klasik borçlar hukuku öğretisi, haksız fiil sorumluluğunun şartlarını da ortaya koymuştur. Sözleşme sorumluluğuna gidilemediği durumlarda haksız fiil sorumluluğunun uygulanabilmesi, ancak haksız fiilin unsurlarının gerçekleşmiş olması durumunda mümkündür. Haksız fiilin, "davranış", "zarar", davranış ile zarar arasındaki "uygun illiyet bağı" ve "kusur" unsurlarının culpa in contrahendo hallerinde de ortaya çıktığı hususu tartışmasızdır. Bununla beraber, haksız fiil olgusunu asıl karakterize eden "hukuka aykırılık unsuru"nın³²⁰ culpa in contrahendo

³¹⁹ Aynı doğrultuda bkz. **KIRCA**, 140.

³²⁰ Gerçekten de davranış, zarar, illiyet bağı ve kural olarak kusur unsurları, "borca aykırı fiiller"den doğan sorumluluğun (akdi sorumluluğun) da şartları arasında gösterilmektedir (bkz. **EREN**, 1009 vd.). O

hallerinde ortaya çıkıp çıkmadığı, haksız fiil kuramının kabul edilebilirliği bakımından asıl belirleyici olan meseledir. Bu sebeple, öncelikle haksız fiillerde hukuka aykırılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

2. Haksız fiillerde hukuka aykırılık unsurunu açıklamak üzere doktrinde başlıca iki teorinin savunulduğu görülmektedir³²¹:

Sübjektif hukuka aykırılık teorisine veya kısaca sübjektif teoriye göre hukuka aykırılık, failin zarar verici fiili işlemeye hakkı olmamasından ibarettir³²². Başka bir deyişle "zarar verici fiil, ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırıdır"³²³. Böylece hukuka aykırılık, "haksızlık" ile aynı anlama gelir³²⁴; çünkü fail "herhangi bir hakka dayanmaksızın" başkasına zarar verdiği için hukuka aykırı davranmış olmakta, dolayısıyla verdiği zarardan sorumlu tutulmaktadır. Görüldüğü gibi sübjektif teori için, ihlâl edilen hukuki değerin niteliği değil, failin o zarar verici fiili işlemeye hakkının olup olmaması önemlidir. O halde, failin, davranışının haklı bir sebebe dayandığını, başka bir deyişle, somut olayda olduğu gibi davranmaya hakkının bulunduğunu ispatlaması halinde, fiilin haksızlığı (hukuka

halde, geniş anlamda hukuka aykırı fiillerin iki alt türünü oluşturan haksız fiiller ile borca aykırı fiilleri birbirinden ayıran unsur, davranışın, ilk halde hukuka aykırı, ikinci halde ise özel bir borç ilişkisine aykırı olmasıdır (hukuka aykırı fiiller hakkında bkz. **TANDOĞAN**, 3 vd.) ve bu bakımdan haksız fiili asıl karakterize eden unsurun hukuka aykırılık olduğu söylenebilir.

³²¹ Söz konusu teoriler için bkz. **KÄNZIG**, 41 vd; **KILIÇOĞLU**, Basın Yoluyla Saldırı, 42 vd.

³²² Bu sebeple sübjektif hukuka aykırılık teorisine "olumsuz hukuka aykırılık teorisi (die negative Widerrechtlichkeit)" de denmektedir, bkz. **KÄNZIG**, 41.

³²³ **EREN**, 545.

³²⁴ **KÄNZIG**, 41, 42; **KILIÇOĞLU**, Basın Yoluyla Saldırı, 42; **EREN**, 545.

aykırılığı) ortadan kalkar³²⁵; aksi halde failin zarar verici her türlü fiili, hukuka aykırıdır.

Objektif hukuka aykırılık teorisine veya kısaca objektif teoriye göre ise hukuka aykırılık, "kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılıktır"³²⁶. Buna göre, failin davranışının hukuka aykırı olmasının sebebi, failin bu şekilde davranmaya hakkının olmaması değil; davranışın, başkalarının hukuki değer ve menfaatlerini koruyan objektif bir hukuk normuyla yani bir "koruma normu"yla³²⁷ çatışmasıdır. Hukuka aykırılığın bu şekilde tanımlanması, sözkonusu koruma normlarının belirlenmesini gerektirir. Bu noktada objektif teori, kişilerin hukukça korunan değer ve menfaatleri arasında bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, yaşam, ruh ve beden bütünlüğü, kişilik üzerindeki haklarla aynı hakların, kısacası, mutlak hakların ihlâli her zaman hukuka aykırılık teşkil eder; çünkü bu tip hakların ihlâl edilmemesi hususunda herkese düşen bir ödev sözkonusudur³²⁸. Gerçekten de mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymak zorunda olduğu hukuki değer ve menfaatleri ifade eder³²⁹ ve hukuk düzeni tarafından "temel

³²⁵ REY, 134.

³²⁶ EREN, 546. Objektif hukuka aykırılık teorisi bu şekilde tanımlandığında "normatif teori" ile aynı anlama gelmekte, bu sebeple objektif teoriye normatif teori de denebilmektedir (bkz. EREN, 546). Biz de konuyu objektif ve normatif hukuka aykırılık teorilerini tek bir başlık altında toplayan bu anlayış doğrultusunda ele almakta ve asıl konumuzdan uzaklaşmamak için her iki teori arasındaki farklılıklara değinmemekteyiz. Objektif ve normatif hukuka aykırılık teorileri için bkz. KÄNZIG, 49 vd., 64 vd.; KILIÇOĞLU, Basın Yoluyla Saldırı, 47 vd.

³²⁷ Koruma normları (Schutznormen), "bireylerin hukuki varlık ve menfaatlerini zarar verici fiil ve olaylara karşı koruma amacı güden davranış normlarıdır" (EREN, 553).

³²⁸ KIRCA, 15.

³²⁹ ÜNAL/BAŞPINAR, 33; BİLGE, 208.

koruma normu" denilen emir ve yasaklarla doğrudan doğruya korunur. O halde "temel koruma normlarına aykırı davranmak suretiyle mutlak hakları ihlâl eden her davranış, hukuka aykırıdır"³³⁰. Böylece objektif teori, mutlak hakların ihlâli bakımından "sonucun hukuka aykırılığı"nı³³¹ esas almış olmaktadır; zira, hukuka aykırılığı gideren özel bir sebep (hukuka uygunluk sebebi) bulunmadıkça bir mutlak hakkın ihlâli sonucunun doğması, hukuka aykırılığın oluşması için yeterlidir³³².

3. Görüldüğü gibi bir mutlak hakkın ihlâli halinde objektif teori ile sübjektif teori arasında, ulaşıkları sonuç bakımından bir farklılık bulunmamakta; her iki teori de farklı bakış açılarıyla aynı fikri savunmuş olmaktadır³³³. Buna karşılık, mutlak haklar dışında kalan diğer değer ve özellikle ekonomik menfaatlerin ihlâl edilmesi durumunda objektif teori, hukuka aykırılık hükmünü doğrudan sonuca değil, davranışa bağlamakta³³⁴ ve sadece "söz konusu menfaatleri koruma amacı güden özel bir

³³⁰ **EREN**, 554.

³³¹ "Sonucun hukuka aykırılığı" tanımlaması, bazı yazarlara göre doğru değildir; çünkü, zararlı sonucun kendisi hukuka aykırı olamaz. Hukuk kurallarının muhatabı insanlar olduğuna göre, hukuka aykırı olan da ancak bir insan davranışı olabilir (bkz. **EREN**, 557; **ATAMER**, 11). Oysa, sonucun hukuka aykırılığından bahsedildiği durumlarda da hukuka aykırı olan husus, şüphesiz yine bir insan davranışdır; ancak bu gibi durumların özelliği, hukuka aykırılık hükmünün tespitinde failin davranışının değil, davranışın yol açtığı sonucun dikkate alınmasıdır.

³³² "Yalnızca mutlak hak ihlâlinin kanıtlanması hukuka aykırılık karinesinin doğumu için yeterlidir. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığını artık zarar veren ispatlamalıdır", **ATAMER**, 10.

³³³ **EREN**, 547; **von TUHR**, 363 dñn. 17. Gerçekten de, örneğin "başkasının vücut bütünlüğünü ihlâl yasağına aykırılık nedeniyle hukuka aykırılığı kabul etmek ile fiilen başkasının vücut bütünlüğü ihlâl edildiği için hukuka aykırılığı kabul etmek arasında herhangi bir fark olmaması gerekir" (**ATAMER**, 26).

³³⁴ "Davranışın hukuka aykırılığı" olarak tanımlanan bu durumda hukuka aykırılık, sonuç yönünden yani zarar gören bakımından değil, kullanılan araç veya davranış, yani fail açısından değerlendirilir (**EREN**, 557).

normu"³³⁵ ihlâl edici davranışı hukuka aykırı saymaktadır. Burada, mutlak hak veya diğer herhangi bir hak niteliğinde olmayan ekonomik veya ticari menfaatler sözkonusudur ve bunların ihlâlleri de malvarlığında azalmaya yol açar³³⁶. Malvarlığında bu şekilde oluşan azalma, doktrinde, "saf malvarlığı zararı (reiner Vermögensschaden)"³³⁷ ya da sadece -salt (bloß)- "malvarlığı zararı (Vermögensschaden)"³³⁸ yahut "diğer zararlar (sonstige Schäden)"³³⁹ olarak adlandırılmaktadır. Sözkonusu değer ve menfaatler, hukuk düzeni tarafından doğrudan doğruya korunmazlar; başka bir deyişle bu tip değer ve menfaatlerin korunmasına ilişkin genel bir davranış kuralı, herkesten uyması beklenen genel bir özen ödevi bulunmamaktadır. Bu sebeple objektif teori, sözkonusu değer ve menfaatlerin ihlâlinin

³³⁵ Bu noktada hukuk düzeni içerisinde yer alan herhangi bir normun, örneğin, sadece toplumu ve özellikle devleti koruyan veya belli bir teşkilatın düzenlenmesine ilişkin normların ihlâlinin haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık oluşturmayaacağına dikkat çekilmelidir. "İhlal edilen normun belirli bir şahsı veya hukuki varlığı korumak yahut da zarar tarzını yasaklamak, önlemek için düzenlenmediği hallerde, bir zarar gerçekleşmiş olsa bile, zarar verenin bundan sorumlu tutulmaması" olarak tanımlanabilecek bu anlayış, doktrinde, normun koruma amacı veya hukuka aykırılık bağı teorisi olarak adlandırılmaktadır (bu konuda bkz. **EREN**, Hukuka Aykırılık Bağı, 461 vd.; **TANDOĞAN**, Hukuka Aykırılık Bağı, 1 vd). Bu teoriye göre, fail, sadece ihlâl edilen normun önleme amacını güttüğü zararlardan sorumludur (**EREN**, Hukuka Aykırılık Bağı, 461). O halde, ihlâl edilen hukuk normunun koruma amacıyla, geniş anlamda hukuka aykırı bir fiilin meydana getirdiği zararlı sonuç arasında bir ilişki, yani "hukuka aykırılık bağı" yoksa, BK. m. 41/Te göre sorumluluk doğmaz.

³³⁶ Örneğin, bir kimsenin iş yerinin yanına aynı iş kolunda çalışan bir başka iş yerinin açılması, ilk işyeri açısından ticari bir menfaatin ihlâlini oluşturur ve malvarlığında bir azalmaya yol açar. Özellikle zarar kavramı, "bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma" olarak tanımlandığında (bkz. **EREN**, 473) ikinci işyeri sahibinin bu davranışı -serbest piyasa ekonomisinin normal rekabet koşulları içerisinde kalsa dahi- ilk işyerini zarara uğratan bir davranış olarak değerlendirilebilir.

³³⁷ **KIRCA**, 9; **GONZENBACH**, 83; **REY**, 135.

³³⁸ **GIARO**, 114; **HONSELL**, 9; **ATAMER**, 26.

³³⁹ **EREN**, 547.

hukuka aykırılık oluşturabilmesini, özel bir koruma normunun ihlâlüne bağlamaktadır³⁴⁰. Daha açık bir ifadeyle, objektif teoriye göre, failin zarar verici davranışının sözkonusu değer veya menfaate ilişkin özel bir koruma normunu ihlâl etmemesi durumunda hukuka aykırılık yoktur; dolayısıyla salt (saf) malvarlığı zararının haksız fiil hükümlerince tazmini mümkün değildir. Oysa ihlâl edilen değer ve menfaatin niteliğine bakmaksızın, her türlü zarar verici fiili kural olarak hukuka aykırı kabul eden sübjektif teori uyarınca, salt malvarlığı zararlarının da haksız fiil hükümleriyle tazmini mümkündür³⁴¹. İşte bu noktada, culpa in contrahendo hallerinde ortaya çıkan zararların haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilip edilemeyeceği, dolayısıyla haksız fiilin unsurlarının culpa in contrahendo halleriyle örtüşüp örtüşmediği meselesi, hukuka aykırılığı açıklayan teorilerden hangisinin benimsendiğiyle yakından ilgilidir. Çünkü culpa in contrahendo hallerinde ortaya çıkan zararların önemli bir kısmı, mutlak hak dışında kalan diğer menfaatlerin ihlâlinin yol açtığı salt malvarlığı zararlarıdır³⁴². O halde sübjektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesi, culpa in contrahendodan doğan zararların haksız fiil hükümlerine göre tazminine imkân verilmesi anlamına

³⁴⁰ "Örneğin, haksız rekabet hükümleri, dolandırıcılık ve yalancı şahitlik hakkındaki normlar, kartel yasaları ile getirilen sınırlamalar, grevlere ilişkin düzenlemelerin hepsi gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak bireyleri salt malvarlığı zararlarına karşı korumak için getirilen hükümlerdir. Bir malvarlığı zararı da ancak bu normlardan birine aykırı bir davranışla meydana getirilmişse hukuka aykırıdır" (**ATAMER**, 26).

³⁴¹ **REY**, 135; **KIRCA**, 12.

³⁴² Culpa in contrahendo hallerinde ortaya çıkan zararlar, kural olarak, mevcut veya halihazırda oluşan malvarlığının azalması şeklinde beliren salt malvarlığı zararlarıdır. Burada haklı bir güvenin boşa çıkması sonucu uğranılan her türlü zarar sözkonusudur (**GONZENBACH**, 84). Örneğin, kurulmakta olan bir sözleşmede hileye maruz kalınması veya karşı tarafın temsilcisinin yetkisiz olması sonucunda uğranılan zararlar, bir mutlak hakkın ihlâlinden değil, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına yönelik menfaatin ihlâlinden doğmakta ve salt malvarlığında bir azalma oluşturmaktadır.

gelirken; objektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesi, salt malvarlığı zararlarını haksız fiil hukukunun konusu dışına çıkarttığı ölçüde, culpa in contrahendo hallerine haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını engellemektedir³⁴³.

4. Hukuka aykırılık teorilerinden hangisine üstünlük tanınması gerektiği hususunda hukuk sistemlerinin farklı tercihleri olduğu görülmektedir:

a. Alman hukukunda hakim görüş, objektif hukuka aykırılık teorisini benimserken; Fransız hukuk çevresi, sübjektif hukuka aykırılık teorisini kabul etmiştir³⁴⁴. Hukuka aykırılığın değerlendirilmesine ilişkin hukuk sistemlerindeki bu farklılık, öncelikle, Alman ve Fransız hukuklarında haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hükümlerin kaleme alınış biçiminden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de Alman hukukunda haksız fiillere ilişkin genel bir norm görünümünde olan BGB §823, ilk fıkrasında kazuistik bir yöntem izleyerek sadece bazı mutlak hak ihlallerini kapsayan haksız fiil olgularını tek tek belirleme yoluna gitmiş³⁴⁵; ikinci fıkrasında ise bir başkasını koruma amacı güden normların ihlâline de haksız fiil hükmünü

³⁴³ **MABILLARD**, 77.

³⁴⁴ **EREN**, 547.

³⁴⁵ BGB §823/I'e göre, "Kasten veya ihmalle bir başkasının hayatını, vücudunu, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlâl eden kişi, o şahsa karşı, bundan doğan zararı tazminle yükümlüdür" (karş. **ATAMER**, 7; **EREN**, Hukuka Aykırılık Bağı, 468 dpn. 34). Madde metninde geçen "...diğer bir hak ..." ibaresinin içi, Alman hukuk öğretisi ve uygulamasında esas olarak, sınırlı ayni haklar, ihraz hakları, isim ve resim üzerindeki haklar, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar gibi, "sınırları kesin hatlarla belirli" olan haklarla doldurulmuştur. Ancak kişilik hakkı ve işletme üzerindeki haklar alanında bu paragrafın günün ihtiyaçlarına cevap veremez duruma düşmesiyle, yüksek mahkeme ve öğreti, "genel bir kişilik hakkı" ve "faaliyet göstermekte olan işletme üzerindeki haklar" gibi bazı çerçeve hakların varlığını kabul ederek, bunları da "... diğer bir hak ..." ibaresinin kapsamına sokmuştur. Bununla beraber §823 /I'in içeriği hiçbir zaman, genel olarak "malvarlığı" koruma kapsamına alınacak kadar genişletilmemiştir (**ATAMER**, 7,8).

bağlamıştır³⁴⁶. Böylece Alman hukukunda hukuka aykırılık bakımından objektif teorisinin benimsenmesi adeta kanundan kaynaklanan bir durumdur. Buna karşılık Fransız hukukunda haksız fiillere ilişkin genel hüküm niteliğinde olan ve BGB §823'e nazaran son derece soyut bir biçimde kaleme alınan Code civil (Cc.) m. 1382, bir başkasına kusuruyla zarar veren kimseyi bu zararın tazmininden sorumlu tutmuş ve bu noktada hukukça korunan değer ve menfaatler arasında hiçbir ayırım gözetmemiştir. Böylece haksız fiil hükümleri kapsamında salt malvarlığı zararlarının tazminine de imkân veren³⁴⁷ Cc. m. 1382, Fransız hukukunda sübjektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesinin sebebini oluşturmaktadır. Ancak Fransız hukukunda sübjektif teoriye üstünlük tanınması, sadece haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel normun kaleme alınış biçiminden değil, bu hukuk sisteminde hukuka aykırılık unsurunun, kusur unsuru içerisinde değerlendirilmesinden de kaynaklanmaktadır. Gerçekten de kusurlu bir davranışla verilen her türlü zararın tazminini öngören Fransız hukukunda davranışın hukuka aykırılığı "objektif kusur" olarak değerlendirilmekte³⁴⁸ ve haksız fiilin değil, kusurun bir unsurunu oluşturmaktadır³⁴⁹. Buna göre, failin kusuruyla bir zarara sebebiyet vermiş olması, doğrudan doğruya hukuka aykırı kabul edilmektedir. Kusur ile hukuka aykırılık unsurlarının bu şekilde birleştirilmesi, Fransız hukukunda culpa in contrahendonun haksız fiil olarak değerlendirilmesini teorik açıdan mümkün kılar; zira

³⁴⁶ BGB §823/II'e göre, "Aynı yükümlülük, bir başkasını koruma amacı güden normu ihlâl eden kişi için de mevcuttur. Kanunun kapsamına göre, böyle bir ihlâlin kusur olmaksızın da gerçekleştirilmesi mümkün olsa dahi, tazminat yükümlülüğü ancak kusur halinde ortaya çıkar" (karş. **ATAMER**, 7; **EREN**, Hukuka Aykırılık Bağı, 468 dpn. 34).

³⁴⁷ **SCHUTZ**, 92.

³⁴⁸ **TANDOĞAN**, 61.

³⁴⁹ **KIRCA**, 57 dpn. 298.

böyle bir düşünce tarzı, culpa in contrahendo halleri bakımından da hukuka aykırılık unsurunu, failin kusuruyla zarar vermesi olgusundan ibaret hale getirir. Buna karşılık aynı bakış açısının Alman hukukunda taraftar bulması mümkün değildir; çünkü Alman hukukunda kusur ve hukuka aykırılık unsurları, birbirlerinden net bir biçimde ayrılmıştır³⁵⁰. Söz konusu ayırım, BGB §823 I'nin metninde de göze çarpmaktadır.

b. Türk/İsviçre hukukunda haksız fiillerin düzenleniş biçimi ise, Alman ve Fransız hukuklarının bir karması görünümündedir. Gerçekten de haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki BK. / OR m. 41, genel ve soyut bir biçimde kaleme alınışı bakımından Fransız hukukunun etkisini taşımakta iken³⁵¹; madde metninde "hukuka aykırılık" unsuruna açık bir biçimde yer vermesi sebebiyle, Alman hukukunun "hukuka aykırılıkla kusur unsurunu birbirinden ayıran düşünce tarzını" ortaya koymaktadır³⁵². Daha açık bir ifadeyle, Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, BGB §823'ün aksine münferit haksız fiil olguları belirleme yoluna gitmemiş, tıpkı Fransız Medeni Kanununda olduğu gibi haksız fiilin unsurlarını ortaya koyan genel bir hüküm vaaz etmekle yetinmiştir. Buna karşılık, "hukuka aykırılığı" açıkça haksız fiilin

³⁵⁰ Bkz. **OFTINGER**, 134 vd.

³⁵¹ **KIRCA**, 57.

³⁵² BK. / OR m. 41/I'e göre "Gerek kasten, gerek ihmal ve tesaşşyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğerk kimseye bir zarar ika eden şahıs tazmine mecburdur". Madde metninde yer alan "... haksız bir surette ..." ifadesi ile hukuka aykırılık, haksız fiilin ayrı bir kurucu unsuru olarak vurgulanmıştır. Bununla beraber, söz konusu ifadenin "... haksız bir surette ..." şeklinde değil, "... hukuka aykırı bir surette ..." şeklinde olması gerekirdi; nitekim, mehzaz kanun aynı hususu "haksızlık (Unrecht)" olarak değil, "hukuka aykırılık (Widerrechtlichkeit)" olarak ifade etmektedir (**EREN**, 544). 1988 yılında 3444 sayılı kanunla yapılan değışiklikten önce MK. m. 24 ve BK. m. 49'da da "haksız bir surette" ifadesi yer almaktaydı. Ancak söz konusu değışiklikte bu ifade yerine "hukuka aykırı olarak" ifadesi tercih edilmiştir (**KILIÇOĞLU**, 196).

kurucu unsurlardan birisi olarak göstermiş ve böylece Fransız hukukunun haksız fiil anlayışından ayrılarak Alman hukuk sistemine yaklaşmıştır. Gerçekten de Türk/İsviçre hukuk sisteminde kusur ve hukuka aykırılık, Alman hukuk sisteminde olduğu gibi, haksız fiilin iki ayrı unsurudur³⁵³. Her ne kadar "kusurun objektifleştirilmesi"³⁵⁴ eğilimi, bu iki unsur arasındaki farkın tespitini güçleştirmiş ise de, hukuka aykırılık kavramının, kusura göre tamamen objektif bir niteliği haiz olduğu söylenebilir³⁵⁵. Çünkü hukuka aykırılık, failin sübjektif durumuna göre değil, hukuk düzeninin objektif bir biçimde belirlediği normatif esaslara göre belirlenir. Böylece kanunda genel ve soyut bir biçimde ifadesini bulan hukuka aykırılık unsurunun "hangi normatif esaslara göre belirleneceği", başka bir ifadeyle, bu unsurun kusurdan bağımsız bir şekilde "içinin doldurulması"³⁵⁶, Türk/İsviçre borçlar hukuku sistemi bakımından da çözülmesi zaruri

³⁵³ **TANDOĞAN**, 61-62; **EREN**, 572; **KIRCA**, 57.

³⁵⁴ "Kusurun objektifleştirilmesi" veya "objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisi", hukuka aykırı sonucun doğmaması için failin göstermesi gereken özenin objektif bir ölçüye göre belirlenmesi fikrine dayanır. Buna göre, gerekli özenin tespitinde, somut olaydaki failin zarara ilişkin öngörüsü değil, failin mensup olduğu sosyal sınıfa, meslek veya yaş grubuna dahil ortalama bir kişinin sahip olması gereken öngörü esas alınır (**ATAMER**, 20). Başka bir deyişle, "gerekli dikkat ve ihtimamın gösterilip gösterilmediği normal ve vasat bir insanın aynı vaziyette yapacağı hareket göz önünde tutularak tayin olunmakta" (**TANDOĞAN**, 50, 51); eğer failin davranışı bu örnek davranıştan sapıyorsa, bu sapma, kusur olarak nitelendirilmektedir. "Böylece bu teoriye göre, zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif bir insan tipinin, yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fikri gücü esas alınmaktadır" (**EREN**, 531).

³⁵⁵ **EREN**, 572. Başka bir deyişle, kusur, ne kadar objektif bir biçimde değerlendirilirse değerlendirilsin, her zaman için sübjektif bir yöne sahiptir. Failin temyiz kudreti, kusurun, sözkonusu sübjektif yönünü oluşturur. Bu bakımdan, failin temyiz kudretinin bulunmaması, fiilinin kusurlu olmadığı anlamına gelir. Oysa "fail temyiz kudretine sahip olmasa bile onun fiili hukuka aykırı olabilir" (**EREN**, 572).

³⁵⁶ **ATAMER**, 24.

bir meseledir. Bu noktada, sözkonusu hukuk sisteminde hukuka aykırılık unsurunun, Alman hukukundakinden farklı bir biçimde değerlendirilmediği³⁵⁷; objektif hukuka aykırılık teorisinin burada da, bizim de katıldığımız hakim görüşü³⁵⁸ oluşturduğu görülmektedir. Böylece Türk/İsviçre Borçlar Kanununda soyut bir biçimde ifadesini bulan hukuka aykırılık unsuru, BGB §823'de münferit biçimde belirlenen haksız fiil olgularıyla somutlaştırılmış olmaktadır³⁵⁹. Buna göre, Türk/İsviçre hukukunda da mutlak hakların ihlâli her zaman hukuka aykırılık teşkil eder. Buna karşılık mutlak hakların ihlâli dışında kalan diğer menfaatlerin yani salt malvarlığının ihlâli, ancak özel bir koruma normunun ihlâlinden kaynaklanmışsa hukuka aykırılık oluşturur. Objektif teori tarafından hukuka aykırılığın belirlenmesi için ortaya konulan bu normatif ölçüye, culpa in contrahendo hallerinde de başvurulmasını engelleyecek hiçbir tatmin edici sebep bulunmamaktadır. Buna karşılık, sübjektif teorisinin kabulünün haksız fiil sorumluluğunu öngörülemez biçimde genişletecek olması, sözkonusu teorisinin reddedilmesi için yeterli bir sebep olarak gösterilebilir.

5. Gerçekten salt malvarlığı ihlâllerini -dolayısıyla culpa in contrahendo hallerinin de bir çoğunu- hukuka aykırılık olarak değerlendiren sübjektif teorisinin

³⁵⁷ ATAMER, 26, 75.

³⁵⁸ Bkz. REY, 133; OFTINGER, 128; EREN, 547; TANDOĞAN,18; KIRCA, 14; ATAMER, 26. Türk hukukunda Kılıçoğlu, "Haksızlık ya da hukuka aykırılık unsuru, fiilin haklı ya da hukuka uygun olmaması halinde, sorumluluğun sözkonusu olmayacağını ifade eder" demek suretiyle, hukuka aykırılığı sübjektif teoriye yakın bir biçimde tanımlamıştır (bkz. KILIÇOĞLU, 196).

³⁵⁹ Bu durumda maddenin Fransız hukukundaki düzenlemeyi çağrıştırır bir biçimde genel bir ifadeyle kaleme alınmasının sebebi, doktrinde, "-BGB §823/I'deki gibi- sınırlı saymanın yetersiz olması dolayısıyla, sayılanlar dışındaki değerlerin de (örneğin fikri haklar) hukuk düzenine aykırı bir şekilde ihlâlini hukuka aykırı kılmak" olarak gösterilmektedir (bkz. KIRCA, 57, 58).

kabulü, haksız fiilin kapsamını öngörülemez bir biçimde genişletmekte ve bu durum, haksız fiil sorumluluğu ile getirilmek istenen korumanın amacına ters düşmektedir. Zira haksız fiil hükümleriyle korunması amaçlanan esas alan, mutlak haklar alanıdır³⁶⁰. Gerçekten haksız fiil sorumluluğu, belirsiz bir çevre içerisinde herkese karşı yüklenilen bazı genel ödevlerin ihlâlinden doğar³⁶¹ ve herkesin başkalarına karşı bazı yükümlülükler altında olduğu kabul edilen bu saha, mutlak haklar sahasına tekabül eder. Böylece mutlak hakların her zaman herkese karşı koruma altına alınması haksız fiil hükümleriyle sağlanmış olur. Hukuk düzeninin haksız fiil sorumluluğu kapsamında herkesi mutlak haklara saygı göstermekle yükümlü tutması, bu tip hakların, herkes tarafından bilinebilir ve genel olarak fark edilebilir olması yani aleniyeti sayesinde mümkündür. Bu bakımdan aleniyet, mutlak hakların herkese karşı ileri sürülebilir olmasını sağlayan, bu tip haklara herkesçe saygı gösterilmesi mecburiyetini haklı kılan başlıca özelliktir³⁶². O halde mutlak haklardakine benzer bir aleniyete sahip olmayan

³⁶⁰ "Haksız fiil kurallarının asıl işlevi kişilik hakkı, fikri hak ve ayni hak gibi klasik mutlak hakların ihlâlini yaptırma bağlamaktır" (SEROZAN, İfa Engelleri, 244); ayrıca bkz. ULUSAN, 282.

³⁶¹ von TUHR, 361; İNAN, I, 885; TANDOĞAN, 7; SEROZAN, 245.

³⁶² ÜNAL/BAŞPINAR, 93; SİRMEN, Tapu Sicili, 1. Yazarlar burada genel olarak mutlak hakların değil, ayni hakların aleniyetinden bahsetmekte; ancak ayni haklara hakim olan aleniyet ilkesini, bu tip hakların mutlak hak olma özelliğiyle ilişkilendirmektedir. Buna göre, "(ayni hakların) mutlak karakteri onun mevcudiyetinin üçüncü kişiler tarafından tanınabilen ve anlaşılabilen bir şekle bürünmesini zorunlu kılar" (ÜNAL/BAŞPINAR, 93). "... Nitekim ayni hak, mutlak, yani herkese karşı ileri sürülebilen bir hak olduğundan, bütün üçüncü kişiler ayni hak sahibinin bu hakkından doğan yetkilerine riayet etmek zorundadırlar. ... İşte bu nedenledir ki ayni hak ilişkilerinde, hak ve işlem güvenliğinin sağlanabilmesi her şeyden önce ayni hakların bütün üçüncü kişiler tarafından açıkça görülebilecek bir biçimde dışa aksetmesine, başka bir deyişle aleni olmasına bağlıdır (SİRMEN, Tapu Sicili, 1-2). Ayni hakların dışında yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü üzerindeki mutlak hakların aleni olduklarına da şüphe yoktur; zira bunların kapsam ve sınırları maddeten bellidir. Buna karşılık maddi bir varlığı bulunmayan kişilik hakları

hakların, hatta hak olarak dahi nitelendirilemeyecek bazı menfaatlerin haksız fiilin koruma sahası içerisine sokulması, haksız fiil sorumluluğunun amaç ve fonksiyonuna aykırı düşer; hiç kimseden aleni olmayan bir menfaate saygı göstermesi beklenemez³⁶³. Bununla beraber özel bir norm kapsamında korunan malvarlığı değerlerinin ihlâli, haksız fiil sorumluluğuna sebep olur. Ancak bu gibi hallerde dahi hukuka aykırı olan husus, salt malvarlığına ilişkin bir menfaatin ihlâli değil, özel bir koruma normunun ihlâlidir. Başka bir deyişle, "koruma normunda tanımlanan olgunun gerçekleşmesi ile, yani bu normun ihlâli ile hukuka aykırılık oluşmuştur"³⁶⁴. Böylece özel bir koruma normunun konusunu oluşturan menfaatler bakımından da aslında herkese düşen bir özen yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilir; ancak sözkonusu özen yükümlülüğü, doğrudan mameleki menfaatin korunmasına yönelik değil, koruma normunun ihlâl edilmemesine yöneliktir³⁶⁵. O halde, herkesin böyle bir koruma normuna saygı göstereceği beklentisini haklı kılan husus, -mutlak hakların aksine- o normun korumayı amaçladığı menfaatin aleniyeti değil, "kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağı"

ve özellikle fikri hakların aleniyeti çok belirgin değildir. Bununla beraber, aslında bu tip mutlak hakların aleniyet bakımından arz ettikleri durum, örneğin mülkiyet hakkınınkinden çok da farklı değildir; çünkü "mülkiyet hakkının da herkes tarafından bilinir ve fark edilebilir olduğu söylenemez. ... bir eşyanın bir kimsenin mülkü olacağı herkes için açıktır, fakat onun sahipsiz veya belli bir kimseye ait olup olmadığı herkesçe bilinen ve fark edilen bir olay değildir. Mülkiyet olarak adlandırdığımız eşyanın kişiyle bağlantısı, kültür anlayışımızdan doğan bir tasarıma dayanır" (**KILIÇOĞLU**, Basın Yoluyla Saldırı, 8).

³⁶³ "... hiç kimseden bilmediği veya görmediği şeye riayet etmesi istenemez" (**ÜNAL/BAŞPINAR**, 93).

³⁶⁴ **ATAMER**, 13.

³⁶⁵ Bu sebeple mutlak hak niteliğinde olmayan hak veya menfaatler bakımından, doktrinde, dolaylı bir korumanın varlığından bahsedilmektedir (bkz. **EREN**, 553).

kuralıdır³⁶⁶. Özel bir koruma normunun bulunmadığı durumlarda ise, herkesin salt malvarlığına ilişkin menfaatlere saygı göstermesini beklemek, haklı olamaz. Aksi bir tutum "genel davranış özgürlüğünü ve ekonomik rekabet özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlar"³⁶⁷. Bu sebeple sübjektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesi mümkün değildir.

6. O halde, gerek sübjektif teorisinin kabulünü mümkün hale getirecek biçimde "kusur ve hukuka aykırılık unsurlarını iç içe sokan"; gerek bu teoriyle aynı sonuçları doğuracak biçimde "salt malvarlığına ilişkin menfaatlerin haksız fiil hükümleriyle korunmasını sağlayan" her türlü görüşün de reddedilmesi gerekir.

a. Bu bağlamda, öncelikle "culpa in contrahendonun kendisini hukuka aykırılık olarak kabul eden görüş" reddedilmelidir. Gerçekten de "karşı akidin geçerli bir sözleşme yapıldığı hususuna güvenmesi sonucunu doğuran kusurlu davranışı"³⁶⁸ hukuka aykırılık olarak nitelendiren bu görüş, açık bir biçimde, Fransız hukukunun hukuka aykırılık ile kusur unsurlarını bir arada değerlendiren bakış açısını yansıtmaktadır. Bu bakış açısı, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Fransız hukuku bakımından culpa in contrahendonun haksız fiil olarak değerlendirilmesini teorik açıdan mümkün kılar. Ancak sözkonusu görüşün, haksız fiillerde kusur ve hukuka aykırılık

³⁶⁶ Böylece mutlak hak dışında kalan diğer menfaatlerin ihlâli durumunda kusur unsuru da farklılık arz etmektedir. Gerçekten bu gibi hallerde failin kusuru, ortaya çıkan zararın öngörülebilirliğine ilişkin olmayıp, yalnızca koruma normlarının ihlâline ilişkindir. "Bu tür soyut tehlike normlarında artık önemli olan failin önceden görebileceği sonuçlar değil, yasa koyucunun zaten görmüş olduğu ve o normla engellemek istediği sonuçlardır" (ATAMER, 9).

³⁶⁷ KIRCA, 52.

³⁶⁸ PIOTET, 39 (ADAL, 96'dan naklen).

unsurlarını birbirinden kesin bir surette ayıran Türk/İsviçre borçlar hukuku sistemi ile çelişki içerisinde olduğu açıktır.

b. Aynı şekilde, "culpa in contrahendoyu tehlike ilkesinden doğan genel davranış yükümlülükleri kapsamında hukuka aykırı kabul eden görüş"ün de reddedilmesi gerekir. Çünkü sözkonusu görüş de, aslında haksız fiilin kusur unsurunu hukuka aykırılık unsuruyla karıştırmakta; böylece Alman ve Türk/İsviçre hukuk sistemlerinden uzaklaşarak Fransız hukuk sistemine yaklaşmaktadır³⁶⁹. Gerçekten de tehlike ilkesi uyarınca, tehlikeli bir faaliyette bulunan kişinin bundan doğabilecek zararların önlenmesi için şartların gerekli kıldığı tüm tedbirleri almakla yükümlü olması, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuruyla değil, kusur unsuruyla ilgilidir³⁷⁰. Başka bir deyişle, tehlikeli bir faaliyetten doğabilecek zararların önlenmesi için gerekli tedbirleri almayan failin, hukuka aykırı davrandığından değil, kusurlu davrandığından bahsedilebilir; çünkü, tehlike ilkesinin öngördüğü "yükseltilmiş özen yükümlülüğü", aslında benzer şartlar altındaki örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine ilişkin bir kriteri ortaya koymaktadır. Burada, "kusurun objektif yönü"³⁷¹ yani, önceden tahmin edilebilen bir zararın önlenmesi için aynı şartlar altındaki kişilerden beklenen özen vurgulanmakta; sözkonusu özenin ihlâl edilip edilmediği veya ne derece ihlâl edildiği ise, failin kusurunun veya bu kusurun derecesinin tespitinde rol oynamaktadır.

³⁶⁹ **KIRCA**, 57.

³⁷⁰ Tehlike ilkesinin haksız fiilin hangi unsuruna ilişkin olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır (bkz. **REY**, 148). Ancak yeni öğreti, tehlike ilkesini hukuka aykırılık unsuruyla ilişkilendiren görüşü isabetli bir biçimde reddetmekte ve bu ilkenin, kusurun belirlenmesinde rol oynadığı fikrini savunmaktadır (**REY**, 148). Hatta, culpa in contrahendoyu haksız fiil olarak nitelendiren Keller/Gabi gibi bazı yazarlar dahi, tehlike ilkesinin haksız fiilin kusur unsuruyla ilgili olduğunu kabul etmektedir (**HONSELL**, 50).

³⁷¹ **EREN**, 533.

Tehlike ilkesinden hareketle genel davranış yükümlölükleri oluşturmak ve bu yükümlölüklerin ihlâlini haksız fiil anlamında hukuka aykırılık olarak değerlendirmek, objektif kusur kavramının, hukuka aykırılık olarak yorumlanması anlamına gelir ki, böyle bir anlayışın, Türk/İsviçre hukuk öğretisi bakımından kabul edilmesi mümkün değildir³⁷². Kaldı ki genel davranış yükümlölüklerinin ihlâlinin haksız fiil anlamında hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edilse dahi, buradan hareketle, salt malvarlığı zararlarının haksız fiil hükümlerince tazminine imkân tanınamaz. Çünkü, "tehlike kuralının soyut olarak ihlâli, tek başına hukuka aykırılığı oluşturmaz. Hukuka aykırılık, ancak tehlike normunun korumayı amaçladığı bir mutlak hakkın, hukuk düzenince korunan bir varlığın ihlâli halinde gerçekleşir"³⁷³. O halde, bir mutlak hakkın ihlâli sözkonusu olduğunda hukuka aykırılık, tehlike ilkesinden doğan genel davranış yükümlölüğünün ihlâlinin değil, mutlak hakkın ihlâlinin sonucudur. Mutlak hak dışındaki diğer bir menfaatin ihlâli durumunda ise genel davranış yükümlölüğüne aykırılığın hukuka aykırılık oluşturması, sözkonusu menfaatin, "hukuk düzenince korunan bir menfaat" olmasına bağlıdır. Hukuk düzenince korunmayan, başka bir deyişle, lehine özel bir koruma normu bulunmayan bir menfaatin ihlâlini genel davranış yükümlölükleri kapsamında hukuka aykırı saymak, "sadece malvarlığını koruyan genel davranış yükümlölüklerinin" kabul edilmesi anlamına gelir ki, bu durum salt malvarlığı zararları dolayısıyla sınırsız bir sorumluluğa sebep olur³⁷⁴.

³⁷² HONSELL, 49.

³⁷³ EREN, 552.

³⁷⁴ KIRCA, 56.

c. Son olarak, "culpa in contrahendoyu dürüstlük kuralı kapsamında hukuka aykırı kabul eden görüş"ün de reddedilmesi gerektiği belirtilmelidir. Gerçi bu görüş, Türk/İsviçre borçlar hukuku öğretisine uygun olarak, haksız fiilin kusur ve hukuka aykırılık unsurlarını birbirinden ayırmakta³⁷⁵ ve hukuka aykırılığın açıklanmasında objektif teoriye üstünlük tanımaktadır³⁷⁶. Bununla beraber, söz konusu görüşün dürüstlük kuralını bir temel koruma normu olarak nitelendirmesi, salt malvarlığı ihlallerinin de haksız fiil kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Gerçekten de dürüstlük kuralının mutlak hakları koruyan temel koruma normlarıyla aynı nitelikte görülmesi, ihlâl edilen değer ne olursa olsun, dürüstlük kuralına aykırı davranışı hukuka aykırı hale getirir. Oysa dürüstlük kuralının fonksiyonu, hukuka aykırılığın tespitinde bir ölçü oluşturmak; başka bir deyişle, kişilerin haksız fiil anlamında hukuka aykırılık oluşturma ihtimali olan davranışlarını dürüstlük ölçüsüyle sınırlandırmak değildir. Haksız fiilin koruma sahası içerisinde herkes, başkalarının mutlak haklarına saygı göstermekle yükümlüdür; fakat, herkes, başkalarına karşı, her zaman ve her durumda dürüst davranmakla yükümlü değildir. Medeni Kanun m. 2/I, herkesi, sadece haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmakla yükümlü kılmıştır. O halde dürüst davranma yükümlülüğü, kişilerin başkalarına karşı özen yükümlülükleri altında bulundukları haksız fiil sahasında değil³⁷⁷; taraflar arasında

³⁷⁵ Bkz. **OFTINGER**, 134 vd.

³⁷⁶ Bkz. **OFTINGER**, 128 vd.

³⁷⁷ Dürüstlük kuralının temel bir koruma normu olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki görüş için, bkz. **REY**, Haftpflichtrecht, 142, N. 719'da anılan yazarlar; ayrıca **HONSELL**, 49; **MERZ**, 85. Türk hukukunda **KIRCA**, 41 vd.; **AKYOL**, 12.

özel bir hukuki bağlantının bulunduğu durumlarda mevcuttur³⁷⁸. Böylece taraflar arasında dürüstlük kuralının uygulanmasını haklı kılacak biçimde özel bir hukuki bağlantının bulunması, aynı zamanda haksız fiil sahasının dışına çıkıldığını gösterir³⁷⁹ ve dürüstlük kuralının ihlâlinin, haksız fiil anlamında hukuka aykırılık oluşturamayacağının kabulüne gerekçe oluşturur. Bunun aksini iddia etmek, yani taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerine girişmekten kaynaklanan özel hukuki ilişkiyi, "haksız fiil sorumluluğunu engelleyici bir unsur olarak değil; aksine, dürüstlük kuralının uygulanmasını gerektirdiği ölçüde bu sorumluluğun kabulünü haklı kılan bir unsur olarak"³⁸⁰ değerlendirmek, özel hukuki bağlantıları dahi haksız fiil hukukunun kapsamına dahil eder³⁸¹. Böyle bir sonuç, hem haksız fiil ile getirilmek istenen korumanın amacına aykırı düşer³⁸², hem de "taraflar arasındaki hukuki ilişkinin en erken zararın vukuu anında kurulduğu haksız fiil sahası"³⁸³ ile taraflar arasında özel ölçüde bir güven yaratan özel hukuki bağlantılar sahasının birbirine karışmasına yol açar.

7. Oysa bizzat kanun koyucu, "herkese yönelik genel ve soyut özen yükümlülüklerinin sözkonusu edildiği haksız fiil sorumluluğu sahası" ile "sadece belirli kişiler arasında mevcut olan somut nitelikte özen yükümlülüklerinin sözkonusu edildiği

³⁷⁸ **KIRCA**, 41.

³⁷⁹ **MABILLARD**, 75, 77; **GONZENBACH**, 73, 74.

³⁸⁰ Bkz. yukarıda § 5, II, A, 3.

³⁸¹ **KIRCA**, 54.

³⁸² **KIRCA**, 52-53.

³⁸³ **HAUPT**, 11; ayrıca bkz. **EREN**, 461.

sözleşme sorumluluğu sahasını"³⁸⁴ birbirinden ayırmış ve her iki sorumluluk türüne farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Bu noktada, özellikle zamanaşımı, ispat yükü ve yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından sözleşme sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğuna nispetle zarar göreni daha fazla koruyan hükümler içerdiğine dikkat edilmelidir. Çünkü kanun koyucunun bu tutumundan, belirli bir veya birkaç kişiye karşı olan somut özen yükümlülüklerinin ihlâline karşı getirilen korumanın, herkese karşı olan soyut özen yükümlülüklerinin ihlâline karşı getirilen korumadan daha yüksek olması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Öyleyse "özel bağlantılar halinde haksız fiil sorumluluğunu uygulamak, bu durumda ortaya çıkan özel menfaatleri gerçekleştiremez. Çünkü özel bağlantılarda özel etki etme imkânı, ilişkinin amacı ve öngörülebilirliği gibi etkenler rol oynar"³⁸⁵. Culpa in contrahendo halleri bakımından da, ortada kurulmuş veya geçerlilik kazanmış bir sözleşme bulunmasa dahi, tarafların sözleşme görüşmelerine girişmekle birbirlerine karşı elde ettikleri pozisyon, daha açık bir ifadeyle, birbirlerinin özel menfaatlerine etki etme imkânına kavuşmaları, onları haksız fiil sahasının dışına çıkartır ve birbirlerine karşı haksız fiil sorumluluğunun tâbi olduğu hükümlerden daha elverişli hükümlerle korunmalarını haklı kılar.

³⁸⁴ **ULUSAN**, 303.

³⁸⁵ **KIRCA**, 54.

III- KARMA KURAMLAR VE ELEŞTİRİSİ

A- KARMA KURAMLAR

Karma kuramlar başlığı altında topladığımız görüşlerin ortak özelliği, bu görüşlerin culpa in contrahendoyu kesin bir biçimde sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmekten kaçınmalarıdır³⁸⁶. Bu görüşler, culpa in contrahendonun hem akdi hem de akit dışı sorumluluğa ait unsurları olaydan olaya değişen bir ağırlıkla içinde barındırdığını³⁸⁷; bu sebeple culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu şeklinde tek ve genel bir belirleme yapılamayacağını savunmaktadırlar³⁸⁸. Bu kurama göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun sadece sözleşme veya haksız fiile bağlanması esas itibariyle anlamlı da değildir. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin asıl mesele, bu sorumluluğun ne şekilde nitelendirildiği değil, bu sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanması gerektiğidir. Öyleyse, ya her türden sorumluluk için belirlenmesi kaçınılmaz olan, zamanaşımı, ispat yükü, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi hususların (sorumluluk modalitelerinin) culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından da ayrı ayrı değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir³⁸⁹; ya da culpa in contrahendo sorumluluğu, bu sorumluluğun belirttiği

³⁸⁶ Bkz. **BUCHER**, Obligationsentstehungsgründe, 29; **BUCHER**, AT, 286 vd.; **SCHÖNENBERG/JÄGGI**, 405; **BÜHLER-REIMANN**, 364-365.

³⁸⁷ Bkz. **BUCHER**, AT, 287.

³⁸⁸ **BUCHER**, Obligationsentstehungsgründe, 29.

³⁸⁹ **SCHÖNENBERG/JÄGGI**, 405 vd.

somut olaydan ayrı tutulmaksızın, her bir münferit olay bakımından ayrı ayrı nitelendirilmeli ve bu nitelendirmeye uygun hükümlere tâbi tutulmalıdır³⁹⁰.

1- Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Sorumluluk Modalitelerini Ayrı Ayrı Değerlendiren Görüş

Sözkonusu görüş uyarınca, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini tartışmak gereksizdir³⁹¹. Culpa in contrahendo sorumluluğunu, sözleşme veya haksız fiil gibi, tüm modaliteleriyle bir bütün oluşturan tek bir sorumluluk sebebine dayanarak açıklamak yerine, her bir sorumluluk modalitesi ayrı ayrı ele alınmalı ve bunlara hangi hükümlerin uygulanması gerektiği ortaya konulmalıdır. Bu görüşün "sorumluluk modalitesi" olarak nitelendirdiği hususlar, "kusuru ispat yükü", "yardımcı kişilerden sorumluluk" ve "zamanaşımı"dır³⁹². Buna göre, kusuru ispat yükü bakımından culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel bir kural belirlemek mümkün değildir; çünkü sözkonusu sorumluluğun dayandığı vâkıalar, birbirinden çok farklıdır³⁹³. Yardımcı kişilerin karşı görüşmeciye sadece "sözleşme görüşmeleriyle fonksiyonel bağlılık içerisinde verdikleri zararlar" bakımından ise, BK. / OR m. 55 değil, BK. m. 100 / OR m. 101 uygulanmalıdır³⁹⁴. Buna karşılık, zararın tazminine ilişkin taleplerin tâbi olduğu zamanaşımının belirlenmesi bakımından culpa in

³⁹⁰ BÜHLER-REIMANN, 364.

³⁹¹ SCHÖNENBERG/JÄGGI, 405.

³⁹² Bkz. SCHÖNENBERG/JÄGGI, 405-406; ayrıca karş. YILMAZ, 246-247.

³⁹³ SCHÖNENBERG/JÄGGI, 405. Bununla birlikte yazarlar, esasında haksız fiil kuramının bir savunucusu olan Piotet'in (bkz. yukarıda § 5, II, A, 1) "bir özen yükümünün ihlâl edildiği her durumda ispatın kusurun bulunmadığına ilişkin olduğu" yönündeki görüşüne değinerek, BK. m. 96 / OR m. 97 hükmüne de işaret etmektedirler (bkz. SCHÖNENBERG/JÄGGI, 405).

³⁹⁴ SCHÖNENBERG/JÄGGI, 406.

contrahendo vâkıalarına uygun düşen yegâne hüküm, BK. / OR m. 60 hükmüdür. Çünkü BK. m. 125 / OR m. 127 ve BK. m. 128 / OR m. 130 hükümlerinin culpa in contrahendo vâkıalarına uygulanması için amaca uygun hiç bir sebep bulunmamaktadır³⁹⁵.

Görüldüğü gibi sözkonusu görüş uyarınca, kanunda yer alan farklı sorumluluk türlerine ilişkin hükümlerin aynı olaya uygulanabilmesi mümkündür. Her bir sorumluluk türü için bir bütün oluşturacak şekilde düzenlenmiş hükümlerin parçalanarak başka bir sorumluluk türüne ilişkin hükümlerle bir araya getirilmesine imkân vermesi, bu görüşün, farklı sebeplere dayanan sorumlulukları tek bir tipe indirgemesinden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, bu görüş, "tek tip bir sorumluluğu esas aldığından, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin BK. m. 41 vd. hükümleri ile sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hakkında ve borcun ifa edilmediğine ilişkin BK. m. 96 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan ikili sistemde, birinden diğerine geçmeyi mümkün görmektedir"³⁹⁶. Gerçekten de bu görüş uyarınca tek bir sorumluluk sebebi vardır; o da BK. / OR m. 41'de ifadesini bulmaktadır³⁹⁷. Buna göre, zarar verici her davranış, sözleşmeden doğan nispi bir yükümlülüğün ihlâlîne ilişkin olsa bile, zarar verme yasağına riayetsizlik oluşturduğundan BK. / OR m. 41 anlamında hukuka aykırı sayılmalıdır³⁹⁸. Böylece bu görüş, akdi yükümlülüklerle aykırılık ile haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılığı birbirine eşitlemekte³⁹⁹

³⁹⁵ SCHÖNENBERG/JÄGGLI, 406.

³⁹⁶ İNAL, 69.

³⁹⁷ İNAL, 69.

³⁹⁸ JÄGGLI, 193 vd.

³⁹⁹ GONZENBACH, 68.

ve aynı türden bir sorumluluğun unsuru olarak değerlendirmektedir. Sözleşme sorumluluğuna ilişkin BK. m. 96 / OR m. 97 hükmünün ise, genel sorumluluk sebebi olan m. 41'in özel bir görünümünden ibaret olduğunu ve sadece belirli sebeplerin varlığı halinde, hatta gerektiğinde sadece belirli modaliteler bakımından, uygulama alanı bulacağını belirtmektedir⁴⁰⁰. Böylece BK. m. 96 / OR m. 97 vd. hükümlerinin, sorumluluğun çeşitli modaliteleri bakımından haksız fiil vâkıalarında da uygulanması mümkün hale gelmektedir⁴⁰¹. Culpa in contrahendo hallerinde de durum esasen bundan ibarettir. Örneğin, sözleşme görüşmeleri ile verilen zarar arasındaki fonksiyonel bağıllık, yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından BK. m. 100 / OR m. 101 hükmünün uygulanmasını gerektirmekte; buna karşılık zamanaşımı bakımından BK. m. 125 / OR m. 127 hükmünün uygulanması için buna benzer özel bir sebep bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi sözkonusu görüş, ulaştığı sonuçlar bakımından haksız fiil kuramına yaklaşmakta⁴⁰²; ancak somut olay adaletinin sağlanabilmesi için belli bazı hususlarda sözleşme sorumluluğu hükümlerine geçiş imkânı tanımaktadır⁴⁰³.

Bu görüşe karşılık, culpa in contrahendoyu yine çeşitli sorumluluk modaliteleri bakımından değerlendiren bir başka görüş, sözleşme kuramına yakın durmaktadır. Sözkonusu görüş uyarınca, culpa in contrahendo, hem sözleşme hem haksız fiil sorumluluğuna ilişkin unsurları, olaydan olaya değişen bir ağırlıkta bünyesinde barındıran⁴⁰⁴, bu sebeple kesin bir biçimde sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu

⁴⁰⁰ Bkz. JÄGGI, 193 vd.

⁴⁰¹ GONZENBACH, 67.

⁴⁰² BÜHLER, 364; MABILLARD, 84; EREN, 1087.

⁴⁰³ GONZENBACH, 24.

⁴⁰⁴ BUCHER, AT, 287.

olarak nitelendirilmesi doğru olmayan⁴⁰⁵ kendine özgü bir sorumluluk türüdür⁴⁰⁶. Böyle bir sorumluluğun, işlem ehliyeti, yardımcı kişilerden sorumluluk, zamanaşımı gibi hususlarda tâbi olduğu hükümlerin, taraf menfaatlerini gözeterek hukukun nihai amacına ve adalete en uygun düşecek biçimde belirlenmesi gerekir⁴⁰⁷. Bu noktada sözkonusu görüş tazminat alacağının BK. m. 125 / OR m. 127'e göre 10 yıllık zamanaşımına, yardımcı kişilerden sorumluluğun ise BK. m. 100 / OR m. 101 hükmüne tâbi kılınmasını önermektedir. Çünkü BK. m. 125 / OR m. 127 hükmü, BK. / OR m. 60 hükmüne nazaran genel niteliktedir ve kanunda açıkça düzenlenmiş culpa in contrahendo halleri bakımından özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğine ve culpa in contrahendo açık bir haksız fiil sorumluluğu oluşturmadığına göre, bunlar da genel hükme tâbidir⁴⁰⁸. Yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından BK. / OR m. 55 yerine BK. m. 100 / OR m. 101 hükmünün uygulanması ise, hakkaniyete daha uygun düşmektedir. Böylece sözkonusu görüş, her ne kadar culpa in contrahendonun hukuki niteliği üzerine ileri sürülmüş kavramsal ve sistematik düşüncelerin bir tarafa

⁴⁰⁵ **BUCHER**, Obligationsentstehungsgründe, 29. Yazara göre, kanunda eksik bırakılmış, fakat doktrin ve öğreti tarafından sonradan tamamlanmış culpa in contrahendo gibi borç kaynaklarının tâbi olacağı hükümlerle ilgili tek tip bir düzenleme yapmak, her ne kadar arzu edilen ideal bir yöntem ise de, münferit olayların değerlendirilmesine imkân vermemesi bakımından risklidir.

⁴⁰⁶ Bu sebeple sözkonusu görüş, doktrinde, "kendine özgü sorumluluk görüşü" olarak da adlandırılmaktadır, bkz. **EREN**, 1087; **BAYGIN**, 352.

⁴⁰⁷ **BUCHER**, Obligationsentstehungsgründe, 29.

⁴⁰⁸ **BUCHER**, AT, 287, 288. Türk hukukunda da Kılıçoğlu, culpa in contrahendoda haksız fiil karakteri görmesine rağmen, Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş culpa in contrahendo vâkıalarından doğan tazminat alacakları için BK. m. 125 hükmünün uygulanması gerektiğini, benzer bir gerekçeyle, belirtmektedir. Buna karşılık yazara göre, Türk Borçlar Kanunu dışındaki "diğer kanunlarda düzenlenmiş olan ve kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşme öncesi kusur sorumluluklarında ise zamanaşımı süresi haksız fiillerle ilgili BK. m. 60 hükmüne tâbi olmalıdır" (bkz. **KILIÇOĞLU**, 60).

bırakılması ve konunun somut hukuki meseleler dikkate alınarak çözümlenmesi gerektiğini iddia etse de⁴⁰⁹, sonuç itibarıyla sözleşme kuramına yaklaşmış olmaktadır.

2- Culpa in Contrahendo Sorumluluğunu Her Bir Somut Olay Bakımından Ayrı Ayrı Nitelendiren Görüş

Karma kuramlar başlığı altında ele aldığımız ikinci görüş uyarınca, culpa in contrahendoda sorumluluk modalitelerinden her birinin hangi hükümlere bağlanması gerektiği değil, her bir culpa in contrahendo vâkiası bakımından, bütün modaliteleriyle birlikte, hangi sorumluluk kaynağının esas alınması gerektiği araştırılmalıdır⁴¹⁰. Böylece bütün culpa in contrahendo vâkıalarının ya sözleşme ya da haksız fiil sorumluluğuna bağlanması anlayışı terk edilebilir⁴¹¹ ve culpa in contrahendo sorumluluğu bazı olaylar bakımından akdi, bazı olaylar bakımından ise akit dışı sorumluluk olarak nitelendirilebilir.

Söz konusu görüşün her bir culpa in contrahendo vâkiasını nitelendirirken esas aldığı ölçüt, sözleşme görüşmelerinde işlenen kusurun, sadece sözleşme görüşmecileri arasında kurulmuş bir ilişkinin sonucu olarak ortaya çıkıp çıkmadığı, başka bir deyişle, sözleşme görüşmeleri ile fonksiyonel bağlılık içerisinde olup olmadığıdır⁴¹². Buna göre kusurlu davranış, görüşmeler ile ilgili ise (kusur ile görüşmeler arasında fonksiyonel bağlılık varsa), sözleşme sorumluluğu; herkesin başkalarına karşı saygı göstermekle yükümlü bulunduğu hususlara ilişkinse, yani genel yükümlülükleri ihlâl etmekte ise,

⁴⁰⁹ BUCHER, AT, 287.

⁴¹⁰ BÜHLER-REIMANN, 364; ayrıca karş. YILMAZ, 248.

⁴¹¹ BÜHLER-REIMANN, 364.

⁴¹² BÜHLER-REIMANN, 364.

haksız fiil sorumluluğu vardır⁴¹³. Örneğin, karşı tarafın tüm hususlarda uzlaşıldığına dair bir güven uyandırması sonucu, sözleşmenin yerine getirilmesi için hazırlıklara girişen ve masraflar yapan tarafın bu güvenin boşa çıkması, sözleşme sorumluluğunun uygulanmasını haklı kılacak bir durumdur⁴¹⁴. Çünkü böyle bir durumda sözleşme görüşmeleri, açık biçimde culpa in contrahendonun kaynağıdır⁴¹⁵; taraflar arasında uyuşmanın sağlanıp sağlanmaması sözleşmenin kurulması bakımından belirleyici olduğundan, taraflardan birinin böyle bir uyuşmanın sağlandığı yolundaki kusurlu davranışı, sözleşme sorumluluğuna yol açacak nitelikte bir davranıştır. Yetkisiz temsilcinin BK. / OR m. 39/II'ye dayanan sorumluluğunda da aynı esastan hareket edilmelidir⁴¹⁶. Buna karşılık, taraflardan birinin, hiçbir şekilde yerine getiremeyeceği bir sözleşmeyi kurmak istediğine karşı tarafı inandırması, belirli bir sözleşme ilişkisine yönelik bir kusurlu davranış oluşturmaz; tersine genel yükümlülüklerin ihlâli anlamına gelir ve BK. / OR m. 41 hükmünün uygulanmasını gerektirir⁴¹⁷. Aynı şekilde kendisini ehil gösteren vesayet altındaki kimsenin MK. m. 452/II / ZGB m. 411/II'ye dayanan sorumluluğu da bir haksız fiil sorumluluğu oluşturur⁴¹⁸.

⁴¹³ Karş. YILMAZ, 248.

⁴¹⁴ BÜHLER-REIMANN, 364.

⁴¹⁵ BÜHLER-REIMANN, 364.

⁴¹⁶ BÜHLER-REIMANN, 365.

⁴¹⁷ BÜHLER-REIMANN, 365.

⁴¹⁸ BÜHLER-REIMANN, 365.

B- KARMA KURAMLARIN ELEŞTİRİSİ

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin temel meselenin, bu sorumluluğun nitelendirilmesine değil, hangi hükümlere tâbi tutulması gerektiğine ilişkin olduğu fikrinde birleşen karma kuramlar, uygulamada büyük itibar görmüştür. Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi, yakın zamanlara kadar, culpa in contrahendonun hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme yapmaktan kaçınmış, sadece bu sorumluluğun uygulanmasına ilişkin münferit problemleri çözüme kavuşturma yolunu tercih etmiştir⁴¹⁹. Ancak böyle bir tutumun ve bu tutumun dayandığı teorik kuramların, aslında culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklamaya değil, daha çok pratik ihtiyaçları karşılamaya yönelmiş olduğu açıktır. Bununla birlikte, sözkonusu kuramların benimsenmesi, aslında pratik açıdan dahi bir çelişkiyi beraberinde getirmektedir. Çünkü sadece belirli modaliteler bakımından da olsa hukuki niteliği ortaya konulmamış bir sorumluluk tipine hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek mümkün değildir⁴²⁰. Daha açık bir ifadeyle, culpa in contrahendo vâkiasını ve bundan doğan sorumluluğun niteliğini belirten genel bir prensip ortaya konulmadan, böyle bir sorumluluğa ilişkin

⁴¹⁹ Gerçekten 1994'te verdiği Swissair kararına kadar (BGE 120 II 331) İsviçre Federal Mahkemesi, Jäggi'nin culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından sorumluluk modalitelerini ayrı ayrı değerlendiren görüşü doğrultusunda hareket etmiş (bkz. **GONZENBACH**, 67 dpn. 16'da anılan kararlar) ve özellikle zamanaşımı hususunda BK. / OR m. 60'ı uygulamıştır (**LÜCHINGER**, 199; ayrıca bkz. **YILMAZ**, 247 dpn. 73-74'de anılan kararlar). Yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından ise Federal Mahkemenin tutumu, daha çok BK. m. 100'ün uygulanması yönünde olmuştur (bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 9 dpn. 14'te anılan karar). Daha eski kararlarında ise Federal Mahkeme culpa in contrahendoyu bazen akit dışı bazen akdi sorumluluğa bağlamaktaydı (**LÜCHINGER**, 199).

⁴²⁰ **KUTLU SUNGURBEY**, 124.

ispat yükü, zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi münferit meselelerin kıyas yoluyla çözümlenmesi isabetli bir tutum ve yöntem olarak görülemez⁴²¹.

Söz konusu kuramların benimsenmesine, pratik açıdan olduğu kadar teorik açıdan da imkân yoktur:

1. Öncelikle, sorumluluk modalitelerini ayrı ayrı değerlendiren ve her bir sorumluluk modalitesi için kanunda düzenlenmiş farklı sorumluluk tiplerine ilişkin hükümlere başvuran görüşün kabul edilemeyeceği belirtilmelidir. Çünkü aynı olaya kısmen sözleşme kısmen haksız fiil sorumluluğu hükümlerini uygulamak, kanunun öngördüğü sisteme aykırı düşer⁴²². Aynı olayda her iki sorumluluk türünün şartları bir arada gerçekleşmişse, ancak o zaman, davacı, ister sözleşme ister haksız fiil hükümlerine başvurabilir⁴²³. Fakat bu halde dahi kısmen sözleşme kısmen haksız fiil hükümlerine gidilemez; sorumluluk türlerinin çeşitli modalitelerine ilişkin hükümler arasında böyle bir geçiş yapılamaz. Zira kanun, söz konusu sorumluluk türlerini, tüm modaliteleriyle bir bütün oluşturacak şekilde düzenlemiştir ve bunu yaparken farklı noktalardan hareket etmiştir. Gerçekten sözleşme sorumluluğunun hareket noktası, tarafların kendi iradeleriyle kurmuş oldukları bir borç ilişkisinden doğan nispi yükümlülüklerin ihlâli iken; haksız fiil sorumluluğunun hareket noktası, hukuk düzeninin taraf iradelerinden bağımsız olarak varlığını kabul ettiği genel ve mutlak yükümlülüklerin ihlâlidir⁴²⁴. Söz konusu yükümlülüklerin niteliklerindeki bu farklılık sebebiyle kanun koyucu, bunların ihlâlleri halinde doğan sorumlulukları da farklı

⁴²¹ MABILLARD, 83.

⁴²² YILMAZ, 247.

⁴²³ TANDOĞAN, 537.

⁴²⁴ TANDOĞAN, 5-7.

hükümlere tâbi kılmaktadır. Gerçekten kanun koyucu, BK. m. 41 hükmünü genel ve tek bir sorumluluk kaynağı olarak göstermemekte; aksine, sözleşme ve haksız fiili, şart ve hükümleri birbirinden farklı, iki ayrı sorumluluk kaynağı olarak düzenlemektedir⁴²⁵. Haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan genel yükümlülüklerin kapsamına sözleşmeden doğan yükümlülükleri de dahil etmek ve böylece sözleşmeye aykırılığı da bir tür haksız fiil olarak nitelendirmek, kanundaki bu ikili sistemle çelişmektedir. Söz konusu ikili sistemin ne derece anlamlı olduğu veya her iki sorumluluk kaynağı arasındaki ayırmadan hareketle, sorumluluğun çeşitli modalitelerine ne derece farklı hükümlerin uygulanması gerektiği tartışılabilir⁴²⁶. Ancak pozitif hukukun düzenlemesi bu şekilde olduğu sürece, her iki sorumluluk kaynağı arasındaki ayırım inkâr edilemez⁴²⁷. Böyle bir ayırımın varlığı ise, ancak, sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının yarışmasına imkân verir; bu sorumluluklar arasında çeşitli modaliteler bakımından geçiş yapılmasına ise engel olur.

2. Culpa in contrahendo sorumluluğunun tüm modaliteleri ile birlikte, fakat her bir somut olay bakımından ayrı ayrı nitelendirilmesi gerektiğini savunan görüş de kabul

⁴²⁵ Sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu kavramları için bkz. **EREN**, 460.

⁴²⁶ Bkz. **SEROZAN**, 116. İsviçre'de 1988'den beri çalışmaları yürütülen "sorumluluk hukukunun revizyonu ve birleştirilmesi hakkındaki kanun (Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts)" ile, borç kaynakları tek bir tipe indirilmeye çalışılmaktadır. Bu kanuna ilişkin öntasarının 46. maddesinin ilk fıkrasında, hukuk düzeni tarafından korunan bir hakkın ihlâlinden doğan zarar verme eyleminin hukuka aykırı olduğu belirtilmiş; ikinci fıkrasında ise söz konusu hukuka aykırılık, sözleşme-haksız fiil ayırımını ortadan kaldıracak şekilde somutlaştırılmıştır. Buna göre, "bir kişinin davranışına bağlanan zarar verme, hukuk düzeninin bir emrine veya yasağına, dürüstlük kuralına yahut bir sözleşmeye aykırı ise hukuka aykırıdır" (karş. **KIRCA**, 42). Söz konusu tasarının tam metni ve bu tasarıya ilişkin değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz. <http://www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.html> (09.08.2006).

⁴²⁷ **BÜHLER-REIMANN**, 364.

edilemez. Böyle bir tutumun, her şeyden önce, hukuk güvenliğini sarsacağı ve culpa in contrahendo vâkıaları bakımından bir hukuki istikrarsızlık yaratacağı açıktır. Gerçekten, pratik bir kolaylık elde etmek adına, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin teorik bir tanımlama yapma gerekliliğinden vazgeçilmesi, culpa in contrahendo vâkıalarına uygulanacak hükümlerin önceden tahmin edilemez (öngörülemez) olması sonucunu doğurur⁴²⁸.

Sözkonusu görüşün, her bir culpa in contrahendo vâkiasını "önceden tahmin edilebilir bir biçimde" nitelendirmek için ortaya koyduğu ölçüt ise, aslında culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine değil, sınırlandırılmasına ilişkindir. Gerçekten sözkonusu görüş, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan kusurlu davranışın, bu görüşmelerle ilgili olması halinde sözleşme sorumluluğu hükümlerinin; genel yükümlülüklerle ilişkin olması halinde ise haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmekle⁴²⁹, aslında culpa in contrahendo sorumluluğunu nitelendirmiş olmamaktadır. Sadece hangi türden vâkıaların culpa in contrahendo kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımını ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle, culpa in contrahendo sorumluluğunun çevresini "kusur ile görüşme ilişkisi arasında fonksiyonel bağlılığın bulunduğu vâkıalarla" sınırlandırmaktadır. Böylece görüşme ilişkisiyle fonksiyonel bağlılığı bulunmayan sözleşme öncesi kusurlu davranışların, culpa in contrahendo değil, basit bir haksız fiil oluşturacağını vurgulamış olmaktadır. Gerçekten de görüşme ilişkisiyle fonksiyonel bağlılığı bulunmayan, genel bir yükümlülüğün ihlâlinden ibaret kusurlu davranışlar bakımından haksız fiil sorumluluğu

⁴²⁸ MABILLARD, 83.

⁴²⁹ Bkz. BÜHLER-REIMANN, 364.

hükümlerinin uygulanması gerektiğinin belirtilmesi, bu gibi durumlar için dahi culpa in contrahendonun haksız fiil olarak nitelendirildiği anlamına gelmez; sadece, bu tip kusurlu davranışların culpa in contrahendo teorisi kapsamında değerlendirilmediği anlamına gelir⁴³⁰. Söz konusu fonksiyonel bağlılığın bulunduğu vâkılar bakımından ise bu görüş, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmekle sözleşme kuramına yaklaşmış olmaktadır.

§ 6- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİN KLASİK SORUMLULUK KAYNAKLARI DIŞINDA ARANMASI

I- GENEL OLARAK

Culpa in contrahendonun sorumluluk doğuran bir vâkıa olduğu; fakat söz konusu vâkıanın kanunda yer alan diğer sorumluluk kaynaklarıyla tam olarak örtüşmediği, hukuk doktrin ve uygulamasında ortaya konulmuştur. Böylece klasik Roma hukukunda "sözleşme (hukuki işlem) - haksız fiil" ikili ayrımıyla ele alınan temel sorumluluk kaynaklarının günümüzdeki karmaşık iktisadi ve hukuki ilişkiler karşısındaki yetersizliği, kendisini net biçimde göstermiş olmaktadır. Bu yetersizlik, culpa in

⁴³⁰ Benzer bir değerlendirme için bkz. **YILMAZ**, 249. Yazarın kendisi de “zararın sözleşme görüşmeleri dolayısıyla verilmiş olmasını“ culpa in contrahendo sorumluluğunun koşullarından birisi olarak kabul etmekte; bu koşulun bulunmadığı vâkıaları ise culpa in contrahendo olarak nitelendirmemektedir (bkz. **YILMAZ**, 238-239). Bu bakımdan Yılmaz’a göre de **BÜHLER-REIMANN**’ın ortaya koyduğu ölçüt culpa in contrahendonun nitelendirilmesine değil sınırlandırılmasına ilişkindir, “çünkü kusurlu davranış ile görüşmeler arasında belirtilen ilişki yoksa, culpa in contrahendo sorumluluğu zaten söz konusu olmaz” (**YILMAZ**, 249).

contrahendo sorumluluğunun sözleşme ve haksız fiil dışında, farklı olgu ve esaslara dayanılarak açıklanmasını kaçınılmaz hale getirmiştir.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun klasik sorumluluk kaynakları dışında farklı olgu ve esaslara dayandırılarak açıklanması çabaları, sözleşme görüşmelerinin kanuni bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmesinden başlayan ve bu ilişkiden doğan yükümlülüklerin ihlâlinin güven sorumluluğu doğuran bir vâkıa olarak kabulüne kadar varan bir süreç oluşturmaktadır. Gerçekten culpa in contrahendo vâkiasının sözleşme veya haksız fiil dışında ne şekilde nitelendirilmesi gerektiğini ele alıp inceleyen hukuk doktrini, bu konuda ileri sürülen her yeni görüşle adım adım "güven sorumluluğu" fikrine yaklaşmıştır. Bu durumda "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliğinin Klasik Sorumluluk Kaynakları Dışında Aranması" başlığı altında esas olarak bu sorumluluğun güven sorumluluğunun bir türü olarak nitelendirilmesi sürecini ele almak ve bu süreç içerisindeki her bir aşamayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

II- SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNİN KANUNİ BİR BORÇ İLİŞKİSİ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki nitelendirmesinde sözleşme ve haksız fiil kuramlarının yetersiz kalması, bu sorumluluğun, doğrudan doğruya pozitif hukuka dayandırılması sonucunu doğurmuştur. Culpa in contrahendo sorumluluğunu doğrudan kanuna dayandıran bu görüşler⁴³¹, BK. / OR m. 26/I, m. 39/I, MK. m. 452/II / ZGB m. 411 gibi hükümlerle pozitif hukukta düzenlemesini bulan somut culpa in contrahendo sorumluluğu hallerine dikkat çekmektedirler. Söz konusu münferit

⁴³¹ Bkz. **HERZ**, 41 dpn. 206'da anılan yazarlar; ayrıca bkz. **ULUSAN**, 310.

hükümlerle kanun koyucu, sözleşme görüşmeleri safhasını haksız fiil hükümlerine tâbi kılmayarak, özel olarak düzenlemiştir⁴³². O halde burada "sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi (Rechtverhältnis der Vertragsverhandlungen)" olarak nitelendirilebilecek ayrı bir ilişki bulunmaktadır⁴³³. Bu ilişki, "kanuni bir borç ilişkisi"dir⁴³⁴.

Sözleşme görüşmelerinin kanuni bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi, doktrinde, "haksız fiil ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin kanundan soyutlandığı izlenimini verdiği" ve "faydacı bir yaklaşım sonucu culpa in contrahendoya temel arama çabalarını ortadan kaldıracak" gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴³⁵. Gerçekten sözleşme görüşmelerinde "kanuni bir borç ilişkisinin sözkonusu olduğunun belirtilmesi, sözleşme görüşmecilerinin pozitif hukuktan doğan yükümlülüklerini içsel anlamda haklı kılan unsurun ne olduğunu ortaya koymadığından, tatmin edici değildir"⁴³⁶. Bununla beraber, sözkonusu görüşlerin sözleşme görüşmelerini diğer iki borç kaynağından bağımsız bir hukuki ilişki ve bilhassa bir "borç ilişkisi" olarak tanımlamış olmaları, borçlar hukuku öğretisi bakımından son derece önemlidir. Çünkü taraflara her hangi bir edim yükümlülüğü yüklemeyen sözleşme görüşmeleri ilişkisinin de bir borç ilişkisi olarak gösterilmesi, "edim yükümlülüklerini içermeyen borç ilişkilerinin varlığının kabul edilmesi" veya başka bir ifadeyle "borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin edim yükümlülüklerinden ibaret olmadığı" anlamına gelmektedir. Böylece hukuk öğretisi,

⁴³² **HERZ**, 41.

⁴³³ Akit öncesi yükümlülüklerin bağlantılı olduğu ilişkiyi "sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi" olarak ifade eden ilk kez von Tuhr olmuştur (bkz. **BOHRER**, 124).

⁴³⁴ **HERZ**, 43.

⁴³⁵ Bkz. **ULUSAN**, 311.

⁴³⁶ **BALLERSTEDT**, 505-506.

culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini ortaya koyarken borç ilişkisini ve bundan doğan yükümlülükleri yeniden tanımlama yoluna gitmiş ve edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerini birbirinden ayırmıştır⁴³⁷.

III- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI

Sözleşme görüşmelerinin kanuni bir "borç ilişkisi" olarak tanımlanması, öncelikle, borç ilişkisinin neyi ifade etmekte olduğu, özellikle böyle bir ilişkiden hangi yükümlülüklerin doğduğu meselesinin çözülmesini ve bu bağlamda edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerinin birbirinden ayrılmasını gerektirmiştir. Çünkü sözkonusu ayırım yapılmadan önce borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, doğuş ve içeriği bakımından sözleşmeye bağlı, edime yönelik yükümlülükler olarak anlaşılmaktaydı⁴³⁸. Oysa sözleşme görüşmeleri ilişkisi, bu türden yükümlülükler içermemekte; ancak yine de, pozitif hukukta düzenlemesini bulan hükümler karşısında kaçınılmaz olarak, kanuni bir borç ilişkisi şeklinde nitelendirilmekteydi⁴³⁹. Buradaki çelişki, borç ilişkisinden doğan "koruma yükümlülüğü" kavramının geliştirilmesiyle bertaraf edilmiştir.

Aslında culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğini "açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız sözleşme anlayışı" ile izah etmeye çalışan görüş de⁴⁴⁰ borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri benzer bir ayrıma tâbi tutmuş ve culpa in contrahendo vâkıaları bakımından özellikle "koruma yükümlülüğü" kavramı

⁴³⁷ Benzer değerlendirme için bkz. **FROST**, 13 vd.

⁴³⁸ **FROST**, 46.

⁴³⁹ Bkz. **HERZ**, 40 vd.

⁴⁴⁰ Bkz. yukarıda § 5, I, A, 2, a.

üzerinde durmuştur. Bu görüş, sözkonusu yükümlülüğü " tarafların zımni iradeleriyle kurulduğunu farz ettiği bir koruma sözleşmesi"ne dayandırması noktasında kabul görmemiştir. Ancak onun, sözleşme adı altında da olsa, sadece koruma yükümlülüklerinden ibaret bir hukuki ilişkiye işaret etmesi, edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerinin birbirinden ayrılması anlayışının çıkış noktasını oluşturmuştur⁴⁴¹. Gerçekten sözkonusu görüşün, varlığını kabul ettiği, fakat sözleşmenin kuruluşuna ilişkin borçlar hukuku öğretisi ile bağdaşmayacak bir biçimde sunduğu bu ayrım, daha sonra doktrinde şu şekilde ifadesini bulmuştur:

"Günümüzde her borç ilişkisi bir bonae fidei Iudiciadır⁴⁴². Dürüstlük kuralı, her iki tarafın yani hem borçlunun hem de alacaklının davranışlarına ölçü oluşturan temel ilkedir. Bunun anlamı, modern hukuka göre her türlü borç ilişkisinde, sadece pozitif edim amacının eksiksiz gerçekleştirilmesinin talep edilmesi değil, aksine, tarafların bütün davranışlarının dürüstlük kuralına göre değerlendirilmesi gerektiğidir. Borç ilişkisi yoluyla taraflar arasında, karşılıklı bir güven ilişkisi olarak kabul edilebilecek özel bir ilişki yaratılmıştır. Sözkonusu özel ilişki her iki tarafı diğer tarafın şahsına ve mallarına etki etme imkânına kavuşturur; bunun sonucu olarak, dürüstlük kuralından

⁴⁴¹ "Siber, borç ilişkisinin sadece ifaya yönelmiş borçlardan değil, hak-yüküm ilişkisinin kapsamlı bir silsilesinden oluştuğunu ilk defa ortaya koymuş, edim yükümleri dışında yan yükümlerin varlığını kabul etmiştir", **KIRCA**, 166.

⁴⁴² Buna göre, günümüzde her borç ilişkisi, Roma Hukukundaki iyiniyet davasına konu oluşturur. Roma Hukukunda iyiniyet davaları (Iudicia bonae fidei), - fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı kalınmasını gerektiren dar hukuk davalarının (Iudicia stricti iuris) aksine- hukuki ilişkinin genel ahlâk ve dürüstlük kuralına uygun olarak ölçülendirildiği; başka bir deyişle, daha geniş bir takdir yetkisine sahip olan yargıcın "hüsünüyet gereklerine göre" karar verme imkânının bulunduğu davalardır (**KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 303).

doğın yükümlölük, karşı tarafa zarar verecek her türlü etkiden kaçınma yükümlölüğüdür. Bu yükümlölüğün negatif bir amacı vardır: Karşı tarafı özel ilişkinin sonucu olabilecek zararlardan korumak! Söz konusu yükümlölük edim menfaatine değil, alacaklının korunma menfaatine hizmet eder. Burada koruma yükümlölüğünden bahsetmekteyiz"⁴⁴³.

Böylece koruma yükümlölüğü, hem kavramsal açıdan hem de doğuş ve amaç noktasında edim ilişkisinden net bir biçimde ayrılmış olmaktadır. Buna göre edim ilişkisi, tarafların sadece mübadele anlayışı içerisinde üstlenmiş oldukları edim yükümlölüklerinin temelini oluşturur. Edim yükümlölükleri ise alacaklının yalnızca edim menfaatini gerçekleştirmeye yöneliktir. Başka bir deyişle, borç ilişkisinin pozitif amacına, yani ifanın gerçekleştirilmesine hizmet eder⁴⁴⁴ ve sözleşmenin içeriğine göre belirlenir. Bu sebeple, geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirir. Oysa güven ilişkisi, edim ilişkisinin aksine, mübadele değil, güven düşüncesine dayanır⁴⁴⁵ ve koruma yükümlölüklerinin temelini oluşturur. Koruma yükümlölükleri varlık ve içerik bakımından sözleşmeden bağımsızdır; çünkü bu yükümlölükler, edim menfaatlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin olmayıp, birbirlerinin hukuk sahasına temas eden tarafların bundan doğabilecek zararlardan korunmalarına ilişkindir⁴⁴⁶. Bu sebeple söz konusu yükümlölüklerden bahsedebilmek için geçerli bir sözleşmenin varlığı şart değildir; akdi bir ilişkinin hazırlığına girişilmiş olması yeterlidir⁴⁴⁷. Görüldüğü gibi, tarafların edim

⁴⁴³ **STOLL**, AcP 1932, 289.

⁴⁴⁴ **STOLL**, AcP 1932, 287-288.

⁴⁴⁵ **STOLL**, AcP 1932, 288.

⁴⁴⁶ **STOLL**, AcP 1932, 289; ayrıca karşı. **FROST**, 46.

⁴⁴⁷ **SESSLER**, 116.

yükümlülükleri sözleşmenin geçerli olarak kurulması ile doğarken; koruma yükümlülükleri, daha önceki bir aşamada " tarafların birbirlerinin hukuki değerlerine etki etme imkânına kavuştukları anda" doğmaktadır⁴⁴⁸. Böylece borç ilişkisi, " tarafların sözleşme görüşmelerine girişmeleri anından sözleşme etkilerinin tamamen sona erdiği ana kadar aynı kalan, bu süreç içerisinde sadece görünüm biçimleri değişen"⁴⁴⁹ adeta canlı bir organizma (ein schuldrechtlicher Organismus) olarak karşımıza çıkmakta ve taraflar arasında kapsamlı bir hak ve yükümlülükler ilişkisini ifade etmektedir⁴⁵⁰.

Günümüz borçlar hukuku öğretisinde de borç ilişkisi, benzer bir biçimde tanımlanmakta ve ondan edim yükümlülüklerinin yanı sıra yenilik doğuran haklar, def'iler gibi bazı tali hakların, ayrıca koruma yükümlülüklerinin doğacağı kabul edilmektedir⁴⁵¹. Ancak borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin, özellikle edim yükümlülükleri dışında kalanların tasnifi noktasında doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır⁴⁵². Bununla beraber günümüz hukukunda edim yükümlülükleri ile

⁴⁴⁸ SEROZAN, 119.

⁴⁴⁹ STOLL, AcP 1932, 309; STOLL, LZ 1923, 544-545.

⁴⁵⁰ Stoll'un "sözleşmeden dönme"ye ilişkin görüşü de borç ilişkisini bir organizma olarak nitelendirmesiyle bağlantılıdır. Buna göre, sözleşmeden dönme sadece ifa menfaati üzerinde etkili olur, borç ilişkisinin ifa amacını ortadan kaldırır. Buna karşılık tarafların aralarında oluşan özel ilişki dönme ile ortadan kalkmaz; dönmeye rağmen varlığını sürdürür (STOLL, AcP 1932, 308-309).

⁴⁵¹ "Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha çok alacak hakkı ile asli yükümleri (edim yükümlerini), yenilik doğuran hak ve def'i hakkı gibi ikincil (tâli) haklarla bazı yan yükümleri ve özellikle koruma yükümlerini içeren bir hukuki ilişkidir" (EREN, 24). "Borç ilişkisi kompleks bir kavramdır. Ondan çeşitli dar anlamda borçlar (asli ve yan edim yükümlülükleri) veya yenilik doğuran haklar, defiler vs. doğabileceği gibi, bazı davranış (koruma) yükümlülükleri de doğabilir ... " (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 13).

⁴⁵² Bu konuda bkz. ARAL, 15 vd.

koruma yükümlülükleri arasındaki temel ayrımın artık yerleşmiş olduğu görülmektedir⁴⁵³.

Söz konusu temel ayrıma göre edim yükümlülükleri -veya yükümleri⁴⁵⁴- tarafların edim menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik yükümlülükleri ifade etmekte olup, borç ilişkisinin nitelik ve muhtevasını belirler⁴⁵⁵. "... edim yükümü, borçlunun alacaklı yararına borçlandığı, gerçekleştirmek zorunda olduğu bir menfaat, bir davranıştır"⁴⁵⁶. Edim yükümlülükleri de kendi içerisinde "asli edim yükümlülüğü" ve "yan edim yükümlülüğü" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Asli edim yükümlülüğü borç ilişkisine hukuki özelliğini, tipini veren edim yükümlülükleri olup⁴⁵⁷, alacak hakkının esasını ve tam karşısını oluştururlar⁴⁵⁸. Yan edim yükümlülükleri ise asli edim

⁴⁵³ Bkz. **KUHLMANN**, 36 vd.; **THIELE**, 649 vd.; **LARENZ**, AT, 6 vd.; Türk hukukunda bkz. **AYDINLI**, 57 vd.; **EREN**, 39 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 11 vd.; **SEROZAN**, 117 vd.; **ARAL**, 24 vd, 111 vd.; **ULUSAN**, 314 vd. Ayrıca bkz. 06.05.1992 tarih ve E. 92/13-213 K. 92/315 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası). Yargıtay'ın edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülükleri arasındaki ayrımı açıkça kabul ettiği bu kararına göre, " ... Korunma menfaati, alacaklının kişi ve mal varlığı değerlerinden oluşan menfaatlerin bütünüdür ifade eder. Bu itibarla koruma yükümleri, borç ilişkisinden doğan edim yükümleri ve bağımlı yan yükümlerin yanında yer alan ve fakat onlardan bağımsız bir kavramdır. Koruma yükümleri akid kurulmadan önce ve akdin müzakereleri safhasında mevcut olduğu gibi, edimin ifası sırasında da mevcuttur. Dolayısıyla bu yükümlerin hukuki dayanağı taraf iradeleri değil, kanundur".

⁴⁵⁴ Türk hukukunda "borç ilişkisinden doğan hak" kavramının karşısını ifade etmek üzere "yükümlülük" veya "yüküm" kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. "Yükümlülük" ve "yüküm" kavramları arasında her hangi bir teknik ayrım bulunmamakta, dolayısıyla bu iki kavramın kullanılmasında sadece bir tercih farklılığının bulunduğu görülmektedir, bkz. **ARAL**, 4 vd.; **EREN**, 30 vd; **KILIÇOĞLU**, 19 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 8 vd.

⁴⁵⁵ **ARAL**, 6.

⁴⁵⁶ **EREN**, 30.

⁴⁵⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 8.

⁴⁵⁸ **EREN**, 32; **ARAL**, 6-7.

yükümlülüğünün aksine borç ilişkisini karakterize etmeyen, ancak kanun hükmü gereğince veya taraf iradelerinin o yönde olması sebebiyle asli edime eklenmiş diğer edim yükümlülükleridir⁴⁵⁹. Bu tip yükümlülükler asli edime göre ikinci derecede önem taşır⁴⁶⁰; ancak, tıpkı asli edim yükümlülüğü gibi borç ilişkisiyle birlikte doğar ve bağımsız bir dava konusu olabilirler⁴⁶¹. Asli ve yan edim yükümlülüklerinin kaynağı, edim ilişkisidir.

Ancak borç ilişkisi edim ilişkisinden ibaret olmayıp, aynı zamanda bir güven ilişkisidir ve güven ilişkisinden de bazı yükümlülükler doğar. Bu yükümlülükler, doktrinde "yan yükümler/yükümlülükler" veya bu tip yükümlülüklerin ayrı bir ifa davasına konu olamamaları sebebiyle⁴⁶² "bağımlı yan yükümlülükler" yahut "diğer davranış yükümlülükleri", "özen gösterme yükümlülükleri" gibi birbirinden farklı kavramlarla ifade edilmektedir⁴⁶³. Güven ilişkisinden doğan yan yükümlülükler de genel olarak "ifaya yardımcı yan yükümlülükler" ve "koruma yükümlülükleri" olarak

⁴⁵⁹ Örneğin, aksine âdet ve sözleşme mevcut değilse, ölçmek veya tartmak gibi teslim masraflarının satıcıya; senet yapmak ve satılanı teslim almak için yapılan masrafların ise alıcıya yüklenmesi kanundan doğan bir yan edim yükümlülüğüdür (BK. m. 185). Buna karşılık bir kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödemenin (asli edim yükümlülüğü) yanı sıra, kiraladığı evin bahçesine de bakması kararlaştırılmışsa, kiracı açısından sözleşmeden doğan bir yan edim yükümlülüğü sözkonusu olur (benzer örnekler için bkz. **EREN**, 33 vd.). Ancak doktrinde "yan edim yükümlülüğü" kavramının, güven ilişkisinden doğan "ifaya yardımcı yan yükümlülük" anlamında da kullanıldığı görülmektedir, bkz. **SEROZAN**, 119.

⁴⁶⁰ Ancak yan edim yükümlülüklerinin ikinci derecedeki önemi, sadece o sözleşmedeki taraf menfaatleri açısından yapılan bir değerlendirmeyi ifade eder. Yoksa bir sözleşmede yan edim yükümlülüğü olarak belirlenmiş bir yükümlülüğün, başka bir sözleşmede asli edim yükümlülüğünü oluşturmaları mümkündür (**EREN**, 34).

⁴⁶¹ **ARAL**, 9.

⁴⁶² **EREN**, 37.

⁴⁶³ Güven ilişkisinden doğan yükümlülükleri ifade etmekte kullanılan bu kavramlar için bkz. **EREN**, 37.

ikiye ayrılmaktadır. İfaya yardımcı yan yükümlülükler asli edim yükümlülüğünün sözleşmenin amacına uygun biçimde yerine getirilmesine ilişkindir. "Bu yükümler gereğince borçlu, borçlanılan edimi tam olarak yerine getirmek için gerekli olan her şeyi yapmak; edimin amacını tehlikeye düşürecek veya âkim bırakacak her türlü davranıştan kaçınmakla mükelleftir"⁴⁶⁴. Görüldüğü gibi ifaya yardımcı yan yükümlülükler yine alacaklının edim menfaatinin tam ve doğru bir biçimde karşılanması amacına hizmet etmekte⁴⁶⁵; sözkonusu "tam ve doğru ifanın" ölçüsünü ise dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Oysa güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülüklerinin, sözleşmeden doğan asli veya yan edim yükümlülükleriyle hiçbir ilgileri yoktur⁴⁶⁶; bunlar, sözleşmenin somut içeriğinden tamamen ayrı yükümlülüklerdir⁴⁶⁷. Burada tarafların ifa menfaatlerinin değil, ifa dışında kalan diğer

⁴⁶⁴ **ARAL**, 13. Örneğin, satıcı sattığı fakat henüz teslim etmediği malı özenle muhafaza etmeli, onu paketleyip gönderirken hal ve şartların zorunlu kıldığı bütün dikkat ve ihtimamı sarfetmeli, satılan malın kullanılmasına ilişkin bazı tehlikeler mevcutsa bunlardan alıcıyı haberdar etmelidir" (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 11).

⁴⁶⁵ İfaya yardımcı yan yükümlülükler edim yükümlülükleriyle olan bu bağlantıları sebebiyle Canaris tarafından "en geniş anlamda yan edim yükümlülükleri"ne dahil edilmektedir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 11). Aslında yan edim yükümlülükleri ile dürüstlük kuralından doğan ifaya yardımcı yan yükümleri birbirinden ayırmak son derece güç bir iştir. Bu noktada doktrin, her iki yükümlülük tipi arasındaki ayrımı, "bağımsız olarak ifa davasına konu oluşturup oluşturamayacaklarına" göre yapmaktadır (**ARAL**, 15). Buna göre, "asli ve yan edim yükümlerinin ifası, edim ve içtinap davası yoluyla talep edilebilir. Yan yükümlerde ise, bunların edim yükümüne bağılılıkları sebebiyle, böyle bir imkân bulunmamaktadır. Münhasıran yan yükümleri ihlâl etmiş olan borçluya karşı alacaklı, ancak tazminat davası açma imkânına sahiptir. Bu tür yükümler için ifa davası açmak mümkün değildir" (bkz. **ARAL**, 15).

⁴⁶⁶ **EREN**, 40.

⁴⁶⁷ **AKYOL**, 47.

menfaatlerinin ve şahıslarının korunması sözkonusudur⁴⁶⁸. Koruma yükümlülüklerinin konusunu oluşturan bu menfaatlere doktrinde "korunma menfaati" veya "bütünlük menfaati" denilmektedir⁴⁶⁹. Böylece koruma yükümlülükleri, " tarafların borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme, bunları koruma yükümlülüğü"⁴⁷⁰ olarak belirmektedir.

Almanya'da 01.01.2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun, yaptığı yeni düzenlemeler ile edim yükümlülükleri - koruma yükümlülükleri ayrımını "kanuni bir ayrım" haline getirmiştir. Gerçekten Almanya'da Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanundan önce tek fıkra olarak kaleme alınan BGB §241 "borç ilişkisi ve edim yükümlülüğü" başlığını taşımakta; dolayısıyla borç ilişkisi bağlamında sadece edim yükümlülüklerinden bahsetmekte idi. Sözkonusu kanunun 01.01.2002'de yürürlüğe girmesinden sonra ise BGB §241'in başlığı "borç ilişkisinden doğan yükümlülükler" şeklinde değişmiş ve sözkonusu paragrafa yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, "borç ilişkisi, içeriğine göre taraflardan her birini, diğer tarafın haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü kılabilir". Böylece, borç ilişkisinin edim menfaatleri dışında kalan diğer hukuki değer ve menfaatlere ilişkin koruma yükümlülüklerini de içerdiği açıkça hükme bağlanmış olmaktadır.

⁴⁶⁸ ARAL, 24.

⁴⁶⁹ Bkz. EREN, 39.

⁴⁷⁰ EREN, 40.

Yargıtayımızın da borç ilişkisinin aynı zamanda bir güven ilişkisi olma niteliğini kabul eden bazı kararlarına, son zamanlarda rastlanmaktadır⁴⁷¹.

IV- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ

A- GENEL OLARAK

Koruma yükümlülüklerinin ve özellikle bunların edim ilişkisinden bağımsızlığının kabulü, edim yükümlülüklerini içermeyen, sadece koruma yükümlülüklerinden oluşan borç ilişkilerinin kabulünü de beraberinde getirmiş ve bu tür borç ilişkileri, doktrinde "edim yükümlülüğünden bağımsız kanuni borç ilişkileri (gesetzliche Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht)"⁴⁷² olarak adlandırılmıştır. Hatta edim yükümlülüğü - koruma yükümlülüğü ayırımına BGB §241'de açıkça yer veren günümüz Alman hukuku, sırf koruma yükümlülüklerden ibaret borç ilişkilerinin varlığını da aynı şekilde kabul etmiştir. Gerçekten sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin kuruluşunu düzenleyen yeni §311, ikinci fıkrasında, §241/II'ye göre belirlenen yükümlülükleri (koruma yükümlülüklerini) içeren bir borç ilişkisinin, sözleşme dışında, "sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla", "bir tarafın, muhtemel bir hukuki işlemsel ilişki bağlamında diğer tarafa, haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini etkileme imkanını sağlaması veya bunları diğerinin hakimiyet alanına bırakması sonucunu doğuran bir sözleşme kurma sürecine girilmesiyle" ve son olarak "benzer

⁴⁷¹ Bkz. 13. HD. 17.10.2005 tarih ve E. 2005/8367 K. 2005/15280 sayılı karar, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=17323> (15.10.2007); HGK. 12.03.1997 tarih ve E. 1996/13-850 K.1997/186 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 13. HD. 13.11.1995 tarih ve E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴⁷² Bkz. LARENZ, AT, 104 vd.

işlem temaslarıyla” da kurulabileceğini hükme bağlamıştır⁴⁷³. Böylece Alman hukukunda koruma yükümlülükleri gibi, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri de açık bir kanuni düzenlemeye kavuşmuş olmaktadır.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, taraflar arasında geçerli bir edim ilişkisinin kurulmasından önce doğan, bazı durumlarda ise edim ilişkisinin sona ermesine rağmen devam eden ve sadece koruma yükümlülüklerini içeren borç ilişkileridir⁴⁷⁴. Burada gerek doğuşu ve sona erişi, gerek içeriği bakımından edim ilişkisinden tamamen bağımsız borç ilişkileri sözkonusudur. Ancak bu tip borç ilişkilerinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlâli halinde, tarafların, doğan zararı tazmin yükümlülükleri mevcuttur⁴⁷⁵. Dolayısıyla edim ilişkisinden bağımsız olmaları sebebiyle herhangi bir asli veya yan edim yükümlülüğü içermeyen bu borç ilişkileri, ihlâlleri halinde "tali (ikincil) edim yükümlülüğü" doğururlar. Başka bir deyişle, bu tip borç ilişkilerinin edim yükümlülüğünden bağımsızlıkları, asli ve yan edim yükümlülükleri içindir; borç ilişkisinden doğan ilk (birincil) yükümlülüklerin ihlâli halinde sözkonusu olan ve doktrinde tali edim yükümlülüğü şeklinde ifade edilen tazminat yükümlülüğü ise edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ihlâli halinde de mevcuttur. Çünkü borç ilişkisinden doğan ilk yükümlülükler, asli veya yan edim yükümlülüklerinin yanı sıra, yan yükümlülükleri de kapsar⁴⁷⁶ ve sözkonusu yan yükümlülük, ifaya yardımcı bir yan yükümlülük niteliğinde olabileceği gibi, koruma yükümlülüğü niteliğinde de olabilir. Böylece koruma yükümlülükleri, edim

⁴⁷³ Karş. **KIRCA**, 174.

⁴⁷⁴ **SEROZAN**, 120 vd.

⁴⁷⁵ **KIRCA**, 157.

⁴⁷⁶ **EREN**, 41-42, 31.

yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri bakımından bir "ilk (birincil) yükümlülük" niteliği taşır ve ihlalleri halinde tali edim yükümlülüğü, yani tazminat borcu doğurur. Görüldüğü gibi bu tip borç ilişkilerinden doğan koruma yükümlülüklerinin ifası için bağımsız bir dava açılması mümkün değildir; "bu yükümlülükleri ihlâl eden borçluya karşı ancak tazminat davası açma imkânı vardır"⁴⁷⁷.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, edim ilişkisinin aksine, taraf iradesine dayanmaz⁴⁷⁸; dolayısıyla bunların doğuşu, tarafların o yönde bir iradelerinin bulunmasını gerektirmez. Burada "icap ve kabul beyanlarından soyut olarak, bir kimsenin kişi ve mal varlığını başka birisinin etki alanına sokan hukuken korunmaya değer amaca yönelmiş bir sosyal temasla başlayan ..." ⁴⁷⁹ bir borç ilişkisi mevcuttur. Kanuni dayanağını MK. m. 2' de bulan "edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, icap ve kabulle somut edim ilişkisi kurulduktan sonra da sürer, borçlar karşılıklı ifa ile söndükten sonra da süregelir ... ve yalnız sözleşenleri değil, fakat onların etki alanına ve güven ilişkisine giren üçüncü kişileri de içine alır"⁴⁸⁰. Böylece, modern borçlar hukuku doktrinde bir organizma olarak tanımlanan borç ilişkisinin çeşitli safhalarında, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin farklı görünümlerinden bahsetmek mümkün hale gelir.

O halde, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri kavramı açıklığa kavuşturulurken, bu tür borç ilişkilerinin doğuşu, sözkonusu borç ilişkilerinin temelini

⁴⁷⁷ EREN, 40.

⁴⁷⁸ ARAL, 28.

⁴⁷⁹ SEROZAN, 121.

⁴⁸⁰ SEROZAN, 121-122.

oluşturan esasın ne olduğu ve edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinin farklı görünimleri ayrı başlıklar altında ele alınmalıdır.

B- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİNİN DOĞUŞU: SOSYAL TEMAS VEYA HUKUKİ İŞLEM TEMASI KAVRAMLARI

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, ne sözleşme ilişkisinde olduğu gibi taraf iradesinden, ne de haksız fiillerde olduğu gibi hukuka aykırı bir müdahaleden doğmaktadır. Burada borç ilişkisinin doğuşu, tarafların, birbirlerinin hukuki varlık ve değerlerine özel olarak etki etme imkânına kavuşmalarıyla gerçekleşmektedir. Tarafların birbirlerinin hukuki varlık ve değerlerine etki etme imkânına kavuştukları an, taraflar arasında sosyal temasın kurulması şeklinde ifade edilebilir.

Doktrinde sosyal temas yoluyla bir borç ilişkisi kurulması düşüncesine fiili sözleşme ilişkileri teorisi kapsamında da rastlanmaktadır⁴⁸¹. Gerçekten bu teori, fiili bir sözleşme ilişkisine yol açan vâkıyalardan birisi olarak "sosyal teması" göstermektedir. Buna göre "katılımcılar arasında tipik bir tarzda ortaya çıkan özel sosyal ilişki, onları yan yana bulunan üçüncü kişiler olmaktan çıkararak, birbirleriyle taraf haline getirir"⁴⁸². Ancak bu teori uyarınca "objektif olarak ortaya çıkan özel sosyal temas"la kurulan bu ilişki, akdi niteliktedir; dükkâna giren müşteriye dükkân sahibi için herhangi bir üçüncü kişi olmaktan çıkaran sosyal temas, onları akdi bir ilişkinin tarafları yapmaktadır⁴⁸³.

⁴⁸¹ Filili sözleşme ilişkileri teorisi hakkında bkz. yukarıda § 3, II.

⁴⁸² HAUPT, 11.

⁴⁸³ HAUPT, 11 vd.

Oysa edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisinin özelliği, sosyal temas yoluyla kurulan ilişkinin bir edim ilişkisi değil, bir güven ilişkisi olduğunu kabul etmesi ve bu güven ilişkisini de bir borç ilişkisi olarak nitelendirmesidir. Çünkü modern öğretiyeye göre her borç ilişkisi mutlaka bir borcun varlığını gerektirse de, her borç, mutlaka sözleşme veya haksız fiilden doğmak zorunda değildir⁴⁸⁴. Burada "sosyal temastan doğan bir borç ilişkisi" mevcuttur⁴⁸⁵.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisini doğuran sosyal temas, günlük yaşamın gereği olarak ortaya çıkan basit sosyal temastan farklıdır. Burada tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine ve özellikle diğer tarafın hakim olduğu bir alana açılması sonucunu doğuran özel türde bir temas sözkonusudur⁴⁸⁶. Ancak arkadaşlık, akrabalık, komşuluk gibi ilişkiler de bireylerin hukuki değer ve menfaatlerinin başkalarının etkisine açılması sonucunu doğurabilirse de, bu gibi sosyal temaslar ile edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulamaz⁴⁸⁷. Öyleyse edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi kuran sosyal teması diğer sosyal temas türlerinden ayıran hususun ne olduğu ortaya konulmalıdır.

Bu noktada doktrinde bir görüşün "hukukten korunmaya değer bir amaca yönelmiş sosyal temas"tan bahsettiği görülmektedir⁴⁸⁸. Buna göre "hukukten

⁴⁸⁴ **MABILLARD**, 87.

⁴⁸⁵ Sosyal temas yoluyla sadece koruma yükümlülüklerini içeren böyle bir borç ilişkisinin kurulmasına ilişkin olarak bkz. **DÖLLE**, 67 vd.

⁴⁸⁶ Bkz. **DÖLLE**, 74.

⁴⁸⁷ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518.

⁴⁸⁸ Bkz. **SEROZAN**, 123; **ULUSAN**, 288-289, 316. Dölle ise aynı anlamda olmak üzere "hukuk düzeni tarafından uygun görülen belirli bir amaca ulaşmak için kurulmuş sosyal temas"tan bahsetmektedir (bkz. **DÖLLE**, 84).

yasaklanmamış bir amacın gerçekleşmesi için (kurulan) sosyal temas dolayısıyla, bir kişi hukuki değerlerini diğerinin etkisine, özellikle diğerinin hakim olduğu bir alana açar ve böylece diğerinin özen ve ihtimam göstereceğine güvenirse, yaşam alanına hakim olan kişi, diğerinin hukuki değerlerine bir zarar gelmemesi için özen göstermekle yükümlüdür"⁴⁸⁹. Bu görüş uyarınca sözkonusu özen yükümlülüğünün yerine getirilmesini beklemekte haklı olabilmek, başka bir ifadeyle, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin kurulduğunu kabul edebilmek için, "sözkonusu sosyal temasın mutlaka hukuki işlem kurma amacını gütmesi gerekmeyip, hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmesi yeterlidir"⁴⁹⁰. Böylece edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini kuran sosyal temas, "hukuki amaca yönelmiş olma" vasfı ile basit sosyal temastan ayrılmakta; fakat sözkonusu hukuki amacın "hukuki işlem kurma amacı" ile sınırlandırılması da reddedilmiş olmaktadır. Çünkü bu görüş uyarınca "değil mi ki davranış yükümleri ilişkisi belirli bir kişiye karşı özel, somut bir zarardan koruma yükümü kurmaktadır, o halde bu ilişkiyi kuran temasın, yakınlaşmanın, bir edim ilişkisinin kurulması amacına yönelmesi de gerekmez"⁴⁹¹.

Gerçekten edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin konusunu oluşturan koruma yükümlülüklerinin ve bunun dayandığı güven ilişkisinin, gerek doğuşu gerek içeriği bakımından edim ilişkisinden tamamen bağımsız olduğu modern hukuk öğretisinde kabul edilmiştir⁴⁹². Böyle bir bağımsızlığın kabulü sebebiyle, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin kurulmasını sağlayan özel türde

⁴⁸⁹ DÖLLE, 74, 75, 84 (KIRCA 169'dan naklen).

⁴⁹⁰ SEROZAN, 123.

⁴⁹¹ SEROZAN, 123. Aynı görüşte ULUSAN, 316.

⁴⁹² Bkz. yukarıda § 6, III.

temasın da "edim ilişkisi kurma amacına yönelmiş bir sosyal temas ile sınırlandırılmaması" kendi içerisinde tutarlı bir anlayış olarak değerlendirilebilir. Bununla beraber sözkonusu görüş, basit sosyal temastan farklı olarak hukuki bir amaç taşıyan, fakat bu hukuki amacın hukuki işlem sahasının dışında belirttiği bir özel temas türünü somutlaştırmakta yetersizdir. Başka bir ifadeyle, sosyal temasın mutlaka hukuki işlem kurmaya yönelik olmasının gerekmediği teorik olarak kabul edilse bile; basit sosyal temas sınırını aşarak hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş bir temasın, ancak "hukuki işlem sahası" içerisinde somutlaştırılması mümkün olmaktadır⁴⁹³. Ancak

⁴⁹³ Nitekim Serozan'ın kendi görüşünü somutlaştırmak amacıyla verdiği örneklerde de bu husus açıkça göze çarpmaktadır. Yazara göre örneğin, bir mağazaya -sözleşme kurmak amacıyla değil, tersine- hata sebebiyle iptal ettiği sözleşme gereğince zilyetliğine geçirmiş olduğu malı geri vermek üzere giren kimsenin sarhoş tezgahlardan yediği yumrukla yaralanması durumunda, işyeri sahibi akdi tazminat borçlusu olur. Çünkü malı geri vermek üzere mağazaya giren kişi ile işyeri sahibi arasındaki temas, sathi ve tesadüfi bir temas olmayıp, basit sosyal temasın ötesinde "hukuki amaca yönelmiş" bir sosyal temastır (SEROZAN, 126). Gerçekten işyeri sahibi, tıpkı sözleşme kurmak amacıyla mağazasına giren kişilere karşı olduğu gibi, iptal ettiği sözleşme dolayısıyla mağazaya giren kişiye karşı da akdi sorumluluk esaslarıncı sorumludur. Ancak kanaatimizce böyle bir durumda taraflar arasında, yazarın belirttiğinin aksine, geniş anlamda hukuki amaca yönelmiş bir sosyal temas değil, yine hukuki işlem kurmaya yönelik bir sosyal temas mevcuttur. Çünkü malı iade için mağazaya giren müşteri ile mağaza sahibi arasındaki edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi, müşterinin malı iade için mağazaya girmesiyle değil, ondan daha önceki bir aşamada yani iptal edilen sözleşmenin kurulmasına yönelik ilk sosyal temasla zaten kurulmuştur. Sözleşmenin iptal edilmesi, taraflar arasında bir kere kurulmuş bulunan sosyal teması ortadan kaldırmaz; dolayısıyla sözleşme iptal edilmiş olsa dahi "tüm etkiler ortadan kalkıncaya kadar aynı kalan bir organizma şeklinde tanımlanan borç ilişkisi" (bkz. STOLL, AcP 1932, 309) sebebiyle taraflar, birbirlerine karşı hâla akdi korunmanın etkisi altındadırlar. Yine Serozan'ın verdiği örneğe göre "kiracının evine gelen konuklar burada uğradıkları zarardan ötürü akdi giderim isteyemeyecekleri halde, kiracının evde oturan yakınları ve müstahdemleri kiraya verene karşı akdi giderim alacaklısı olabileceklerdir" (SEROZAN, 126). Aslında burada da kiracının koruma alanı içerisinde bulunan yakınlarının akdi korumadan yararlanmaları, "hukuki amaca yönelmiş bir sosyal temasın" değil, kiracı ile kirayaveren arasındaki hukuki işlem kurmaya yönelik temasın bir sonucudur. Yine yazarın belirttiği gibi,

"hukuki işlem kurmaya yönelik" bir sosyal temas belirlemesinin, sözkonusu temasın sadece "somutlaştırılması" meselesine değil, aynı zamanda "sınırlandırılması" meselesine de ilişkin olduğu vurgulanmalıdır. Gerçi hukuki amaca yönelik sosyal temas görüşü de, tarafları birbirlerinin hukuki değerlerine etki etme imkânına kavuşturan her türlü temastan, akdi korumayı gerektiren bir borç ilişkisi doğacağı iddiasında değildir⁴⁹⁴. Ancak bu görüş sözkonusu sosyal temasın ne derece yoğun olması gerektiği konusunda belirgin ve kesin bir ölçüt ortaya koyamamakta⁴⁹⁵; hukuken korunmaya değer amacın ne olduğu noktasındaki belirsizlik, akdi korumanın kapsamına giren

bir işletmeyi -herhangi bir sözleşme kurma amacı olmaksızın- sadece gezmeye gelen öğrenciler ile işletici arasındaki ilişkiden özel bir özen yükümü doğacağı doğrudur. Ancak bunun sebebi, öğrenciler ile işletme sahibi arasındaki ilişkinin "haksız fiil öncesi ilişkinin sathi ve tesadüfi temasının ötesine geçmiş olması" (**SEROZAN**, 126) değil; taraflar arasında zaten bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş bulunmasıdır. Gerçekten "... Serozan'ın verdiği bu örnekte öğrenciler işletme sahibinin onamıyla işletmeyi gezdiklerine göre, öğrencilerle işletme sahibi arasında bir sözleşme kurulmuş olup işletme sahibi, Medeni Yasa md. 2/T'deki dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesi uyarınca işletmeyi gezen öğrencilerin canına ve malına zarar vermemek yolunda davranış yükümleriyle yükümlü bulunmaktadır (**KUTLU SUNGURBEY**, 112)". Görüldüğü gibi edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin kurulması bakımından sözkonusu edilen sosyal temasın mutlaka hukuki işlem kurma amacını gütmesi gerekmeyip, hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmesini yeterli bulan bu görüşün verdiği örnekler, böyle bir düşüncüyü haklı çıkaracak ve buna bir uygulama alanı oluşturacak nitelikte değildir (aynı görüşte bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 112).

⁴⁹⁴ **BOHRER**, 143-144. Dölle hukuk düzeni tarafından uygun görülen belirli bir amaca ulaşmak için kurulmuş sosyal temastan doğan sorumluluğu şu şekilde sınırlandırmaktadır: "bu sorumluluğun hatları, hukuki çevre kavramının makul bir şekilde sınırlandırılmasından, sosyal temasın yöneldiği amaç ile ika edilen zarar arasındaki özel sebep sonuç ilişkisinden ve yine benzer bir biçimde, zarar ile sözkonusu hukuki çevre için kabul edilen özel tehlike arasındaki sebep sonuç ilişkisinden doğmaktadır" (**DÖLLE**, 77).

⁴⁹⁵ **KUTLU SUNGURBEY**, 110.

ilişkilerin sınırsız bir şekilde genişlemesi riskini doğurmaktadır⁴⁹⁶. Bu sebeple edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini kuran sosyal temasın, "hukuki işlem sahasına (Ebene des Geschäftsverkehr)"⁴⁹⁷ ilişkin olması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim doktrinde hukuki amaca yönelmiş sosyal temas kavramı "hukuki işlem kurmaya yönelik sosyal temas" şeklinde sınırlandırılarak somutlaştırılmakta ve "işlem teması (geschäftlicher Kontakt)" veya "hukuki işlem teması (rechtsgeschäftlicher Kontakt)" şeklinde ifade edilmektedir⁴⁹⁸.

Hukuki işlem temasını diğer sosyal temas türlerinden ayıran husus, böyle bir temasın "en azından, bir hukuki işlemin kurulmasına yol açma ihtimalini içinde barındırmasıdır"⁴⁹⁹. Örneğin trafikte seyreden kişiler de, bir an için bile olsa, hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açarlar ve trafikte seyreden diğer kişilerin, kendi değerlerini ihlâl etmeyeceklerine haklı olarak güvenirler. Ama hukuki değerlerin karşı tarafın etkisine bu şekilde açılmış olması, haksız fiil korumasının ötesinde akdi bir korumanın kabulünü haklı kılmaz⁵⁰⁰. Henüz herhangi bir sözleşmenin kurulmamış

⁴⁹⁶ "... sosyal temas doktrinin kabul edilmesi, bir başka deyişle sorumluluğun işlem alanı ile sınırlandırılmaması, sınırsız bir şekilde genişlemesine neden olur" (**KIRCA**, 171).

⁴⁹⁷ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518.

⁴⁹⁸ Bkz. **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518; **FEHLMANN**, 178; **CANARIS**, FS Larenz, 107; **WALTER**, ZSR 2001, 98. Türk hukukunda Kırca "hukuki işlemsel temas" kavramını (bkz. **KIRCA**, 171), Kutlu Sungurbey "işlemsel değinme" (bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 109 vd.) kavramını kullanarak, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini kuran temasın hukuki işlem sahasına ilişkin olması gerektiğini vurgulamaktadırlar. Bazı yazarlar ise sözkonusu borç ilişkilerinin -veya özel olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun- doğuşu bakımından esas olarak hukuki işlem temasını gerekli görmekte, fakat bunu farklı biçimlerde ifade etmektedirler, bkz. **EREN**, 41; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 10; **İNAL**, 32; **AKYOL**, 118; **BAYGIN**, 345. Bu hususta ayrıca bkz. **KIRCA**, 171 dpn. 929.

⁴⁹⁹ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518.

⁵⁰⁰ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 517.

olduğu bir aşamada sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını haklı kılan unsur, tarafların hukuki işlem menfaatleridir (geschäftliches Interesse)⁵⁰¹. Hukuki işlem menfaati, sadece ivazlı bir işlemde elde edilen parasal menfaatleri değil, iş sahibinin iş çevresi ve potansiyelinin genişlemesi sonucunu doğurabilecek her türlü iktisadi menfaati ifade eder⁵⁰². Örneğin, bir fabrikanın üretmekte olduğu traş bıçaklarından evlere numuneler dağıtması durumunda hukuki işlem temasının kurulmuş olduğu kabul edilebilir. Dolayısıyla bu numunelerin kötü paketlenmesi sebebiyle alıcının yaralanması veya paketin sepete konulması sırasında evin kapısının hasara uğratılması, fabrika sahibinin akdi sorumluluk esaslarıncıca sorumlu kılınmasını gerektirebilir. Böyle bir durumda fabrikanın numuneleri alan kişilerle temasa geçmesi, "hukuki işleme dair bir saik"⁵⁰³ ile olmakta; fabrika, traş bıçağı numunelerini sözleşme kurulması ihtimali dolayısıyla dağıtmaktadır.

Taraflar arasında hukuki işlem temasının bulunup bulunmadığını belirlemede, zarar görenin, muhtemel (potansiyel) müşteri olup olmadığı hususu önem kazanır⁵⁰⁴. Ancak muhtemel müşteri ölçütü, traş bıçağı numuneleri dağıtan fabrika örneğinde

⁵⁰¹ Bu sonuca Larenz, sözleşme hükümlerinin yardımcı kişilerden sorumluluk bakımından haksız fiile nazaran daha elverişli hükümler içermesinin arkasında yatan sebebi sorgulayarak ulaşmaktadır. Yazara göre burada kanun koyucu bir tür nimet-külfet dengesi gözetmiştir. Hukuki işlemde doğan borçlarını yardımcı kişi kullanarak ifa eden iş sahibi, iş ve faaliyet çevresini genişletmekte, böylece iktisadi bir menfaat elde etmektedir. Bunun sonucu olarak iş sahibi BGB §278 (BK. m. 100)'de, BGB §831 (BK. m. 55)'e nazaran daha ağır bir sorumluluk altına sokulmuştur. Öyleyse akit öncesi alanda da BGB §278 (BK. m.100)'ün uygulanması sadece işlemsel bir temasın bulunması durumunda haklı olur, bkz. **LARENZ**, sozialer Kontakt, 517-518.

⁵⁰² **von LACKUM**, 91-92; **FEHLMANN**, 180.

⁵⁰³ **von LACKUM**, 92.

⁵⁰⁴ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518.

numuneleri alan kişilerin kadın veya erkek olması gibi bir hususla ilgili değildir. Burada taraflar arasındaki temasın bütünlük menfaatlerinin korunması bakımından haksız fiil vâkıılarından ayırt edilebilmesi için kullanılan bir ölçüt sözkonusudur. Buna göre, özellikle "zarar gören" tarafından kurulan bir temasın varlığı durumunda⁵⁰⁵ hukuki işlem temasından bahsedebilmek için, zarar görenin müşteri veya en azından muhtemel müşteri olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Zarar görenin muhtemel müşteri olarak değerlendirilmesinde, onun davranışının genel tecrübeler ölçüsünce ve tipik olarak sözleşme kurmaya elverişli olup olmadığına bakılır⁵⁰⁶. Örneğin mağaza, dükkân gibi yerlere, o an için belirli bir satın alma niyeti bulunmasa da, teşhir edilen malı incelemek veya fiyat öğrenmek için giren kişiler muhtemel müşteridir⁵⁰⁷. Buna karşılık, arkadaşını ziyaret etmek, yağmurdan korunmak, ısınmak veya tanınmış bir kişiyi alışveriş yaparken seyretmek gibi amaçlarla mağazaya giren kişiler, muhtemel müşteri olarak değerlendirilmez⁵⁰⁸; dolayısıyla bu kimselerin uğradığı zararların tazmini bakımından haksız fiil hükümleri uygulanır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ von LACKUM, 92.

⁵⁰⁶ LARENZ, sozialer Kontakt, 518.

⁵⁰⁷ LARENZ, sozialer Kontakt, 518.

⁵⁰⁸ Ancak dükkân, mağaza gibi yerlere giren her kişinin kural olarak muhtemel müşteri olarak değerlendirilmesi, bunun aksini iddia eden işyeri sahibinin ise bu iddiasını ispatlaması, yani bu kişilerle hukuki işlem temasının kurulmuş olduğunun kabulüne engel oluşturan vâkıyı ortaya koyması gerekir (LARENZ, sozialer Kontakt, 518). Ayrıca bkz. ileride § 10, III.

⁵⁰⁹ LARENZ, sozialer Kontakt, 518. Yazar örnek olarak gösterdiği bu gibi durumlarda "işlem güvenliği ödevi (Verkehrssicherungspflicht)"nin ihlâl edildiğinden bahsetmektedir. İşlem güvenliği ödevi, herkese karşı ortaya çıkan genel bir hukuki yükümlülük olup, yükümlü olan kişi ile zarar gören arasında somut bir borç ilişkisi kurmaya elverişli değildir. Bu sebeple genel işlem güvenliğinin ihlâl edilmesi belirli bir kişiye karşı mevcut olan somut bir borcun ihlâli olarak değerlendirilemez ve haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını gerektirir (LARENZ, sozialer Kontakt, 516).

Görüldüğü gibi hukuki işlem temasının kabulü bakımından zarar görenin müşteri veya en azından muhtemel müşteri olarak değerlendirilebilmesine ilişkin bu ölçüt, sözleşmenin akdedilmesinden önce doğan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini sınırlandırmaktadır. Buna karşılık başka bir açıdan da sözkonusu ölçütün bu tür borç ilişkilerinin çevresini genişlettiği söylenebilir. Çünkü bu ölçüt uyarınca hukuki işlem temasından bahsedebilmek için zarar görenin muhtemel müşteri olarak değerlendirilebilmesi, gerekli olduğu kadar yeterli de sayılmaktadır. Öyleyse edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin doğuşu ve dolayısıyla haksız fiil sahasına nazaran "yükseltilmiş özen ve koruma yükümlülüklerinin kabulü"⁵¹⁰ bakımından sözleşme görüşmelerinin fiilen başlamış olması şartı aranmaz; "gerçek anlamda sözleşme müzakereleri başlamamış bile olsa, iş ilişkilerinin hazırlığına geçilmiş olması"⁵¹¹ yeterlidir. Buna göre örneğin, bir kimsenin müşteri veya muhtemel müşteri olarak başka bir kimsenin iş yerine girmesi (hukuki işlem temasının kurulması) ile taraflardan en azından birinin sözleşmenin akdedilmesine yönelik bir irade açıklamasında bulunması (sözleşme görüşmelerinin fiilen başlaması) aynı türden bir sorumluluğu haklı kılmaktadır⁵¹². O halde sözleşme görüşmeleri ilişkisinin fiilen oluşmadığı, bununla beraber hukuki işlem temasının kurulduğu durumların da bu ilişkinin kapsamına dahil edilmesine bir engel bulunmamakta; böylece sözleşme görüşmeleri ilişkisi kavramı daha esnek bir görünüme kavuşmaktadır. Nitekim herhangi bir edim yükümlülüğü içermeyen, sadece koruma yükümlülüklerinden ibaret borç

⁵¹⁰ KIRCA, 171.

⁵¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 10.

⁵¹² LARENZ, sozialer Kontakt, 518.

ilişkilerinin kuruluşunu düzenleyen BGB §311/II, ilk bendinde sözleşme görüşmelerinin fiilen başlamasından; ikinci ve üçüncü bendlerinde ise, sadece tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine açılması sonucunu doğuran bir sözleşme kurma sürecinden⁵¹³ ve benzer işlem temaslarından bahsetmekte ve her üç duruma da aynı sonucu bağlamaktadır.

C- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİNİN DAYANAĞI OLARAK GÜVEN ESASI

Edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerinin birbirlerinden ayrılması ve koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi ile ifade edilmesi, sözkonusu borç ilişkisinin varlığının kabulünü haklı kılan unsurun ne olduğu ortaya konulmadıkça içi boş bir belirleme olarak kalır⁵¹⁴. Gerçi edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin "hukuki işlem kurmaya yönelmiş bir sosyal temasla (hukuki işlem temasıyla)" doğmuş olduğu, borçlar hukuku doktrinde uzun zamandan beri kabul edilmektedir⁵¹⁵. Ancak böyle bir kabul, sözkonusu işlem temasının neden konusu koruma yükümlülüklerinden ibaret olan bir borç ilişkisi kurduğu sorusuna cevap oluşturmamakta; başka bir deyişle, hukuki işlem temasından bir borç ilişkisinin doğduğunun kabulüne dayanak oluşturan unsurun ne olduğunun ayrıca ortaya koyulması gerekmektedir. Bu unsur, doktrinde "güven unsuru

⁵¹³ BGB §311/II bend 2'de "bir tarafın, muhtemel bir hukuki işlemsel ilişki bağlamında diğer tarafa, haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini etkileme imkanını sağlaması veya bunları diğerinin hakimiyet alanına bırakması sonucunu doğuran bir sözleşme kurma süreci" olarak ifade edilen bu durum, zarar görenin muhtemel müşteri olarak değerlendirilebilmesinin yeterli sayılması anlayışını ortaya koymaktadır, bkz. **OLZEN/WANK**, 59-60; **BERGJAN**, 396.

⁵¹⁴ **FROST**, 47.

⁵¹⁵ Bkz. yukarıda § 6, IV, B

(Vertrauenstatbestand)" olarak gösterilmiştir⁵¹⁶. Buna göre bir hukuki işlem kurma amacıyla temasa geçen kişilerin arasında konusu koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisinin kurulduğunun kabulünü haklı kılan unsur, taraflar arasında hukuki işlem teması sebebiyle oluşmuş bulunan "güvendir"⁵¹⁷.

Genel anlamıyla güven, hayatın bir çok alanında mevcut olan psikolojik ve sosyolojik bir olgudur⁵¹⁸. Ancak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin dayanağını oluşturan güven esası, psikolojik, "içsel anlamda bir güven olgusunu"⁵¹⁹ değil, normatif anlamda korunmaya değer olan güveni yani, "normatif güven"⁵²⁰ ifade eder. Normatif güven, kanuni ifadesini Türk Medeni Kanununun 2. maddesinin 1.

⁵¹⁶ Bkz. **BALLERSTEDT**, 507 vd.; **DÖLLE**, 74 vd.; **STOLL**, AcP 1932, 288 vd; ayrıca bkz. **von LACKUM**, 98'de adı geçen yazarlar; **EMMERICH**, 75; **NIRK**, 75 vd. Türk hukukunda bkz. **AKYOL**, 45, 46, 119; **EREN**, 1083-1084; **SEROZAN**, 119; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 9; **KIRCA**, 133-134; **EDİS**, Güven Kuralları, 447-448.

⁵¹⁷ . "... Bizi koruma yükümlülüklerinin kabulüne zorlayan (husus), (taraflar arasında) gerçekleşen sosyal temasin bir başka özelliğidir (**DÖLLE**, 73). ... Sözleşme olmaksızın somut borç ilişkisinin doğrudan doğruya objektif bir sosyal temastan doğduğunun kabulü, eksik bir değerlendirmedir. Bugüne kadar çoğunlukla culpa in contrahendo sorumluluğu olarak kabul edilen tüm olaylarda, gerçekte, kişiye mahsus bir hukuki çevre veya ortaya konulan güven sebebiyle sorumluluk vardır" (**DÖLLE**, 75). "Yalnızca, güven, sorumluluk sebebi olarak telakki edilebilir. Taraflardan birinin görüşmeye hazır olduğuna dair açıklaması, karşı taraf bu açıklamaya güvenmemişse, (sorumluluğun doğması için) yeterli değildir. ... Koruma, muhafaza, açıklama yahut kaçınma yükümlülüklerinin ortaya çıkıp çıkmadığının veya hangilerinin ortaya çıktığının tespitinde belirleyici olan, görüşmelerin her bölümünde sağlanan güvenin derecesidir" (**BALLERSTEDT**, 506; ayrıca karş. **KIRCA**, 168).

⁵¹⁸ Güven kavramının çeşitli anlamları için bkz. **FEHLMANN**, 7 vd.; **von CRAUSHAAR**, 12 vd.

⁵¹⁹ İçsel anlamda güven olgusu, güven kavramının lügât anlamına tekabül etmekte ve "Bir şeye, kişiye veya kendine karşı duyulan emniyet hissi"ni belirtmektedir (bkz. **DOĞAN D. Mehmet**, Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 1981). "İçsel bir davranış biçimi"ne ilişkin bu olgu, hukuk biliminin konusu dışında kalan; dolayısıyla ortaya koymaya çalıştığımız edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin esasını ifade etmekten uzak bir olgudur.

⁵²⁰ "Normatif güven" ifadesi için bkz. **von LACKUM**, 100 vd.

fıkrasında (ZGB m. 2/I; BGB §242) bulur. Buna göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". Bu hükümle, esasında psikolojik ve sosyolojik bir anlama sahip olan güven kavramı normatifleştirilmekte ve hukukumuzun genel bir prensibi olan⁵²¹ güven esası, bilhassa haklı güvenin korunması anlayışı ortaya konulmaktadır. Gerçekten ilk bakışta sadece haklarını kullanan ve borçlarını ifa eden kişilerin davranışlarının dürüstlük ölçüsüyle sınırlandırılması gibi bir amaca yönelmiş görünen MK. m. 2/I hükmü, "esas olarak haklı güvenin korunması anlamına gelir"⁵²². Bu sebeple doktrinde temelini güven esasının oluşturduğu birçok kavram ve müessesenin kanuni dayanağı olarak MK. m. 2/I gösterilmektedir⁵²³. "Önceki davranışı ile çelişki (Venire Contra Factum Proprium) yasağı"⁵²⁴, "işlem temelinin çökmesi veya sarsılması sebebiyle hakimin sözleşmeye

⁵²¹ Güven esası sadece özel hukukta değil kamu hukukunda da dikkate alınan genel bir prensiptir. Güven esasının özel hukuktaki etkileri için bkz. **VON CRAUSHAAR Götz**, der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969. Kamu hukukunda güven esası için bkz. **SCHWARZ Kyrill-A.**, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, Baden-Baden 2002; **KELLER Robert**, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht, Berlin 1997. Türk hukukunda Akyol, güven esasının kamu hukukuna yansması hususuna değinmiştir, bkz. **AKYOL**, 73-74. Usul hukukunda güven esası için bkz. **ARSLAN Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. Güven esası için ayrıca bkz. **BATTAL**, 9 vd.

⁵²² **FEHLMANN**, 17. Ayrıca bkz. **EDİS**, Güven Kuralları, 447; **ARSLAN**, 24.

⁵²³ Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, 327 vd.; **ÖZTAN**, 174 vd.; **GÜRPINAR**, 215; **AKYOL**, 57 vd., 75 vd., 83 vd.; **ARSLAN**, 28 vd.

⁵²⁴ Önceki davranışı ile çelişki yasağı, açıkça veya davranışlarıyla bir hakkı kullanmak istemediğini ortaya koyan ve böylece o hakkın kullanılmayacağına dair karşı tarafta bir güven uyandıran şahsın, sonradan bu güveni sarsacak şekilde hareket etmesine hukukun müsaade etmemesini, yani hakkın kullanılmayacağına dair ilk davranış ile bağlı kalınmasını ifade eder (bkz. **AKYOL**, Eren'e Armağan, 77; **AKYOL**, 57). Burada karşı tarafın güvenin korunması için, çelişkili davranan şahsın hakkının kaybolması sözkonusudur (**AKYOL**, Eren'e Armağan, 77).

müdahalesi (emprevizyon nazariyesi)"⁵²⁵, "edimlerin ifasının gerçekleştirilmiş veya şekil eksikliğine kusur ile sebebiyet verilmiş olması durumlarında şekle aykırılığın ileri sürülememesi"⁵²⁶ gibi müessese ve uygulamalar dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır. Ayrıca hukuki işlemlerin kuruluşunda irade beyanlarının yorumlanması⁵²⁷; aynı şekilde

⁵²⁵ İşlem temelinin çökmesi veya sarsılması sebebiyle hakimin sözleşmeye müdahalesi, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin bir istisnası olarak, sözleşmelerin ancak mevcut ilişki temelden değişmediği sürece bağlayıcı olacağı kuralının (clausula rebus sic stantibus) uygulanmasıdır. Buna göre, bir sözleşmenin yapılmasından sonra şartlar önceden tahmin edilemeyecek şekilde değişmişse ve sözleşmenin bu haliyle devamı taraflardan birinin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse, hakimin, şartlarını değiştirmek veya tamamen feshetmek üzere sözleşmeye müdahalesi talep edilebilir (bkz. **ÖZTAN**, 177; **VELİDEDEOĞLU**, 327; **AKINTÜRK**, 93; **AKYOL**, 83 vd.). "Bu durumda sözleşmeye yeni bir biçim verilmesi, dürüstlük kuralının uygulanması ile gerçekleştirilir" (**ÖZTAN**, 177).

⁵²⁶ Doktrin ve uygulama, şekil eksikliği sebebiyle butlanı ileri sürmenin bazı şartların gerçekleşmesi durumunda dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını, dolayısıyla böyle bir iddianın ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir. Buna göre, "taraflar, şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılgıdan uzak bir biçimde bilerek ve isteyerek tümüyle ifa etmişlerse, bunun iadesini istemek hem dürüstlük kuralına aykırı düşer, hem de hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. ... İkinci olarak, şekil noksanlığına, karşı tarafı aldatarak veya bu noksanlığı bilerek kasden sebep olan taraf, daha sonra bu noksanlığa dayanarak sözleşmenin butlanını ileri süremez" (**EREN**, 261). Şekil noksanlığı sebebiyle butlan iddiasının MK. m. 2'ye aykırı olarak ileri sürülemeyeceği görüşü, Yargıtay kararları ile (bkz. 30.09.1988 tarih ve E. 87/2 K. 88/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı / Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası; bkz. 15. HD. 27.01.2004 tarih ve E. 2003/3899 K. 2004/408 sayılı karar / Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) Türk hukukunda yerleşik bir uygulamaya dönüşmüştür. Bu konuda bkz. **ALTAŞ Hüseyin**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998; ayrıca bkz. ileride § 7, III, B, 1, a.

⁵²⁷ Hukuki işlemlerin kuruluşunda irade beyanlarının güven esasına göre yorumlanması, "beyanın, muhatabın yani kendisine beyanda bulunulan kimsenin anlayışına göre değil, dürüst ve makul insanların, aynı hadisede böyle bir beyanı telakki edecek oldukları tarza göre tefsir edilmesini" ifade eder (**VELİDEDEOĞLU**, 328). Burada mevcut olmayan bir iradenin güven ilkesi uyarınca mevcudiyetinin ortaya koyulması değil, mevcut bir irade beyanına beyan sahibi ile muhatabın farklı anlamlar yüklemesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın dürüstlük kuralı ve güven ilkesi esas alınarak giderilmesi sözkonusudur. Böylece hukuki işlemlerin kuruluşunda güven esası, tarafların birbirlerini fiilen doğru olarak anlamadıkları durumlarda irade ilkesini düzeltici ve tamamlayıcı bir fonksiyon icra etmektedir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 125).

kurulmuş bir sözleşmenin yorumlanması⁵²⁸ ve tamamlanması⁵²⁹, dürüstlük kuralı ve güven esası doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Tüm bu hallerde hukuk mantığı ve hakkaniyet düşüncesinin yöneldiği ortak nokta, aralarında belli ölçüde bir güven ilişkisi kurulmuş bulunan kimselerin bu güven ilişkisine dayanan beklentilerinin, yani haklı güvenlerinin korunması anlayışıdır. Öyleyse MK. m. 2/I, aralarında normatif anlamda korunmaya değer bir güven ilişkisi bulunan kimseler için sözkonusu olur. Başka bir deyişle, dürüstlük kuralının uygulanabilirliği için, herkesin başkalarına karşı dürüst davranmak gibi bir hukuki yükümlülüğünün bulunmadığı haksız fiil sahasından çıkılmış ve özel bir güven ilişkisinden doğan yükseltilmiş özen yükümlülükleri sahasına girilmiş olması gerekir⁵³⁰. Gerçekten MK. m. 2/I, "hakların kullanılması" ve "borçların ifasından" söz ettiğine göre, dürüstlük kuralının uygulama alanı, haksız fiil hukuku olamaz. Gerçi güven fikrine, hukuk sisteminin genel bir prensibi olması sebebiyle

⁵²⁸ Sözleşmelerin yorumlanmasında güven esası, doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak devreye girer. Gerçekten bir yorum metodu olarak güven esası, sadece irade beyanlarının yorumlanmasında doğrudan doğruya uygulanır. Ancak sözleşmeler de irade beyanları ile kurulmuş bulunduklarına göre, irade beyanlarının yorumlanmasında doğrudan uygulanan bu esas, sözleşmelerin yorumlanmasında da "dolaylı olarak" uygulama alanı bulmuş olur (bkz. **EREN**, 142, 429).

⁵²⁹ Kurulmuş bulunan bir sözleşmede ikinci derecede önem arz eden noktaların taraflarca düzenlenmemiş olması halinde ortaya çıkan boşluklar, sözleşmelerin tamamlanması yoluyla doldurulur. Buna doktrinde "tamamlayıcı yorum" da denmektedir (bkz. **AKYOL**, 35 vd.). Doktrin, tamamlayıcı yorumun asıl amacının gerçek taraf iradelerinin araştırılması olduğunu kabul etmekte; ancak tamamlayıcı yorum ile gerçek veya gerçeğe yakın taraf iradelerinin araştırılması gereğini, dürüstlük kuralının bir sonucu olarak değerlendirmektedir (bkz. **AKYOL**, 42). Buna göre sözleşmelerin veya genel olarak hukuki işlemlerin dürüstlük kuralına göre tamamlanması, "taraflar böyle bir boşluğu görmüş olsalardı, bu noktaları düşünmüş olsalardı veya o durumu göz önünde bulundursalardı, o hususlara dair nasıl bir düzenleme getirecek idiyse, ona göre bu boşlukların doldurulmasıdır" (**ÖZTAN**, 175-176).

⁵³⁰ Aynı doğrultuda bkz. **KIRCA**, 41, 52 vd.

haksız fiil hukukunda da rastlanır⁵³¹. Ancak haksız fiil hukukundaki güven, özellikle mutlak haklara saygı gösterilmesi, bunların ihlâl edilmemesi hususunda hukuk düzenin koymuş olduğu genel bir kurala herkesin riayet edeceğine dair bir güvendir. Örneğin arabasını dışarıda park ederek evine giden bir kimse de arabasının çalınmayacağına belli bir oranda güvenmektedir. Ancak böyle bir güven, hukuk kurallarının cari olduğu, bu kurallara aykırı davranan kişilerin hukuki takibâta uğrayacağı ve sonuç olarak herkesin hakkına kavuşacağı fikrinin yerleşik olduğu bir toplumda, yani bir hukuk toplumunda yaşamanın gereğidir; geneldir, soyuttur⁵³², adeta "varsayımsal"dır. Oysa dürüstlük kuralı gereğince korunması haklı görülen güven, belli bir kimseye yönelik, özel ve somut bir güvendir⁵³³.

İşte bu noktada hukuki işlem temasının da, taraflar arasında, dürüstlük kuralı gereğince korunması haklı görülen bir güven yaratmış olduğu tespit edilmelidir. Gerçekten hukuki işlem teması, hukuk düzenine riayet edileceğine dair genel ve varsayımsal bir güvenle yaşayan kimseleri, somut bir güven ilişkisinin tarafları haline getirir. Doktrinde "özel bağlantı (Sonderverbindung)"⁵³⁴ olarak da ifade edilen bu güven ilişkisi, MK. m. 2/T'deki gibi hakların kullanımı ve borçların ifasının sözkonusu edildiği bir ilişkiye tekabül eder⁵³⁵. Çünkü hakların kullanılması ve borçların ifası, bir borç

⁵³¹ **PICKER**, JZ 1987, 1046.

⁵³² **SEROZAN**, İfa Engelleri, 245.

⁵³³ **SEROZAN**, 122 vd.

⁵³⁴ Bkz. **KREBS**, 6 vd.; **PICKER**, AcP 1983, 460 vd.; **GONZENBACH**, 73 vd.; **LARENZ**, AT, 7; **MABILLARD**, 89; **FROST**, 49 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, 37; **REY**, Haftpflichtrecht, 146; **REY**, Haftpflichtrecht, 146; **FEHLMANN**, 123; **TIELE**, 651. Türk hukukunda bkz. **KIRCA**, 119.

⁵³⁵ "Sözleşme görüşmeleri ilişkisi, dürüstlük kuralına uygun davranmaya ilişkin genel yükümlülüğün somutlaştığı bir hukuki ilişkidir" (**GAUCH/SCHLUEP**, 175).

ilişkisinin varlığını gerektirse de, bu borç ilişkisinin mutlaka bir "edim ilişkisi" olması gerekmez⁵³⁶. Günümüz hukukunda taraflar için hak ve borçlar doğuran borç ilişkisinin, basit bir edim ilişkisinden ibaret olmadığı, aynı zamanda bir güven ilişkisini kapsadığı ortaya konulmuş⁵³⁷ ve borç ilişkisi kavramı edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini de kapsayacak şekilde tanımlanmıştır⁵³⁸. Bu tanımlamaya göre, bir hukuki işlem kurma amacıyla bir araya gelen taraflar, bu amaç doğrultusunda hukuki değer ve menfaatlerini, karşı tarafın etkisine açarlar; hukuki değer ve menfaatlerinin karşı tarafça, haksız fiil hukukunun gerektirdiği özen yükümlülüğünün ötesinde bir özen ve dikkatle korunacağına güvenirler. Hukuki işlem temasına giren kişilerin böyle bir güven duymakta haklı oldukları kabul edilmelidir; çünkü sözkonusu temas, onları, birbirlerine karşı herhangi bir kişi olmaktan çıkartmakta ve edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi olarak adlandırılan somut bir hukuki ilişkinin tarafları haline getirmektedir⁵³⁹. Böylece edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin doğuşu, tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine açılması sonucunu doğuran bir sosyal temasla olmakta; sözkonusu sosyal temasın böyle bir hukuki etki yaratmasının içsel sebebinin ise güven esası oluşturmaktadır. "Güven ilişkisi,

⁵³⁶ SEROZAN, 119.

⁵³⁷ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. 13. HD. 17.10.2005 tarih ve E. 2005/8367 K. 2005/15280 sayılı karar, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=17323> (15.10.2007); HGK. 12.03.1997 tarih ve E. 1996/13-850 K.1997/186 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 13. HD. 13.11.1995 tarih ve E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁵³⁸ Bkz. yukarıda § 6, III.

⁵³⁹ GONZENBACH, 73 vd.; SEROZAN, 122 vd.; ULUSAN, 303.

sözleşme görüşmelerine girişmekle kurulan özel borç ilişkisinin hukuki etkiler yaratmasının sebebidir"⁵⁴⁰.

Bu noktada "hukuki işlem teması" ile "normatif anlamda (MK. m. 2/I anlamında) korunmaya değer güven" kavramlarının, varlıkları bakımından etkileşim halinde oldukları, adeta iç içe geçmiş bulundukları özellikle vurgulanmalıdır⁵⁴¹. Gerçekten hukuki işlem temasını basit sosyal temastan ayıran husus, böyle bir temasın, hukuki işlem kurma amacıyla bir araya gelen tarafların bu amaçla birbirlerinin etkisine açtıkları hukuki değerlerinin korunacağına dair duydukları güveni "haklı", yani "hukuken korunmaya değer" kılmasıdır. Aynı şekilde, normatif güveni içsel (psikolojik) güven olgusundan ayıran husus da, sözkonusu güvenin taraflar arasında kurulmuş bulunan hukuki işlem teması sebebiyle hukuken korunmaya değer olmasıdır. Başka bir deyişle, normatif güveni içsel güvene nazaran hukuken korunmaya değer kılan husus, taraflar arasında kurulmuş bulunan hukuki işlem temasıdır. Bu sebeple hukuki işlem

⁵⁴⁰ **BOHRER**, 145.

⁵⁴¹ Bununla beraber, bazı yazarlar "sözleşme görüşmelerine girişilmesi (hukuki işlem teması)" ve "taraflar arasında bir güven ilişkisinin kurulması"nı, culpa in contrahendo bakımından doktrinde iki ayrı sorumluluk sebebinin esas alınması olarak değerlendirmektedirler (bkz. **BOHRER**, 162 vd.). Buna göre, doktrinde culpa in contrahendo vâkıalarında sorumluluk esasının belirlenmesi noktasında açık bir ayrım vardır: "Burada, bir yandan somut münferit olaylardaki sorumluluk sebebi, özel güven ilişkisinin sübjektif açıdan ayırt edici unsuruna bağlanmaya çalışılmaktadır (sübjektif teoriler). Diğer taraftan sorumluluk sebebinin dışarıdan objektif olarak anlaşılabilen bir unsurda (durum veya davranışta) gören objektif teoriler vardır" (**BOHRER**, 162). Yazar sübjektif teorinin başlıca savunucuları olarak Dölle, Ballerstedt ve Medicus'u (bkz. **BOHRER**, 170 vd.); objektif teorinin savunucuları olarak ise Steinberg, Hildebrandt, Wolf, Fikentscher gibi yazarları göstermektedir (bkz. **BOHRER**, 164 vd.). Ancak kanaatimizce hukuki işlem teması ve güven kavramları, adeta aynı madalyonun iki ayrı yüzüdür. Dolayısıyla burada, culpa in contrahendonun sorumluluk sebebinin sübjektif ve objektif teoriler olmak üzere iki ayrı teori ile açıklanmasından değil, belki aynı sorumluluk sebebinin sübjektif (güven sağlanması) ve objektif unsurlarından (hukuki işlem teması) bahsedilebilir.

temasının bulunmadığı durumlarda, içsel anlamdaki güven MK. m. 2/I anlamında korunmaya değer olmadığından, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisinden bahsedilemez; dolayısıyla zarar veren aleyhine akdi bir sorumluluk işletilemez. Örneğin, yemek götürdüğü komşusunun bu yemekten zehirlenmesi durumunda zarar veren aleyhine akdi sorumluluk hükümlerine başvurulamaz. Çünkü yemekten zehirlenen kişinin, yemeği sağlıklı ve temiz yaptığına dair komşusuna duyduğu içsel güven, herhangi bir lokantacıya duyduğu güvenden çok daha yüksek olsa bile, normatif anlamda korunmaya değer değildir. Hukuki işlem temasının bulunmadığı böyle bir durumda normatif güvenin de bulunmadığı açıktır. Normatif güven, Medeni Kanun m. 2/I'de ifade edildiği gibi, taraflar arasında, edim yükümlülüklerinden bağımsız da olsa, bir borç ilişkisinin bulunduğu durumlarda karşımıza çıkar.

"Hukuki işlem teması" ile "hukuken korunmaya değer güven" kavramları arasında ortaya çıkan bu yakın ilişki, bir hukuki işlem temasının kurulmuş olduğunun objektif olarak tespit edilebildiği bazı durumlarda, tarafların birbirlerine karşı içsel anlamda güven duyup duymadıklarını önemsiz hale getirir⁵⁴². Örneğin, bir dükkânın merdivenlerini çevreleyen parmaklıkların sağlam olmaması sebebiyle yıkılıp müşterilerden birini yaralaması halinde, yaralanan müşterinin sözkonusu tehlikeyi daha önce görmüş, hatta bu hususta dükkân sahibini uyarmış olması, akdi tazminata hak kazanmasını engellememelidir⁵⁴³. Aksi bir anlayış, hayat tecrübesi, kişisel dikkati veya sırf karakteri sebebiyle, günlük hayatında başkalarına nazaran daha yüksek tedbirler alarak yaşayan kimselerin hukuken daha az korunması; başkalarına karşı körü körüne

⁵⁴² TIELE, 652.

⁵⁴³ von LACKUM, 100. Benzer bir örnek için bkz. TIELE, 651.

bir itimatla yaşayan kimselerin ise ödüllendirilmesi anlamına gelir⁵⁴⁴. Bu sebeple normatif güven kavramı mümkün olduğunca objektifleştirilmeli ve "her bir benzer temas durumu için aynı kapsam ve yoğunlukta ortaya çıktığı kabul edilen bir olgu"⁵⁴⁵ olarak anlaşılmalıdır.

Bununla beraber, normatif güven kavramı, içsel güvenden tamamen bağımsız olarak da değerlendirilemez. Çünkü hukuken korunması haklı bulunan güven, aynı zamanda güvenen kişinin iyiniyetli olmasını gerektirir⁵⁴⁶. Bu bakımdan içsel güvenin eksikliği, hak iddia eden kişinin iyiniyetli olarak değerlendirilmesini engellediği ölçüde normatif anlamda güveni de ortadan kaldırır. Başka bir deyişle güven esasına dayanarak hak iddia eden kişinin iyiniyetli olmaması, onun hukuken korunmaya lâyık olmadığı, yani normatif anlamda güven sahibi sayılmadığı anlamına gelir. Böylece içsel güvenin

⁵⁴⁴ von LACKUM, 101.

⁵⁴⁵ von LACKUM, 101. Thiele burada "objektif, tipikleştirilmiş bir güven vâkiasından" söz etmektedir (bkz. THIELE, 652). Türk hukukunda da Aral, Thiele'ye atıf yaparak "burada sözkonusu olan güven, münferit bir ilişkisinin tarafı olan kimsenin beklediği güven değildir; aynı şartlarda taraf durumunda olan herkesin bekleyebileceği bir güvendir" diyerek, aynı görüşü vurgulamaktadır (bkz. ARAL, 28). Ancak Ballerstedt, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin kurulmasını taraflar arasında "gerçekten-fiilen- bir güven sağlanmasına (tatsächlich gewährte Vertrauen)" bağlamakta (bkz. BALLERSTEDT, 506); böylece sözkonusu güveni bir anlamda psikolojik (içsel) güven olarak değerlendirmektedir. Yazar buna bağlı olarak, güvenen tarafın, "güvenmeye ehil olması (vertrauensfähig)" şartını da aramaktadır (bkz. BALLERSTEDT, 508). Ballerstedt'ın sözleşme görüşmeleri ilişkisine henüz geçerli bir akit bulunmamasına rağmen akdi etkiler bağlanmasının sebebi olarak güven unsurunu göstermesi, doktrinde büyük oranda kabul görmüş; ancak, sözkonusu güvenin içsel güven olarak değerlendirilmesi anlayışı eleştirilmiştir (FEHLMANN, 59). Medicus'a göre güvenin gerçekten sağlanmış olup olmadığının araştırılması gerekmez; özel türdeki güvenin objektif olarak yapılan bir değerlendirmeye göre korunmaya layık olması yeterlidir (BOHRER, 173-174; FEHLMANN, 60).

⁵⁴⁶ CANARIS, Vertrauenshaftung, 504 vd.; MOSER, 159; GÜRPINAR, 224; KIRCA, 193. Ayrıca bkz. ileride § 7, II, B.

yokluğu ile normatif güvenin yokluğu, birbiriyle örtüşebilir; ancak böyle bir durumda dahi iyiniyetli olmayan kişinin hukukten korunmamasının asıl sebebi, onun içsel güvene değil, normatif anlamda korunmaya değer bir güvene sahip olmamasıdır. Çünkü hukuk, kişilerin iç dünyalarına ilişkin psikik bir olgunun varlığı veya yokluğu meselesiyle uğraşmaz; hukukten önemli olan, her bir somut olay bakımından normatif anlamda korunmaya değer bir güvenin bulunup bulunmadığıdır⁵⁴⁷. Nitekim MK. m. 3/II hükmü, "durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağından" bahsetmektedir. Böylece, içsel anlamda güven sahibi olsa bile, kendisinden beklenen özeni göstermediği için iyiniyetli sayılamayacak bir kişinin güveninin, normatif anlamda korunmaya değer olmadığı vurgulanmaktadır⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ GÜRPINAR, 224.

⁵⁴⁸ Burada MK. m. 2/I ile m. 3/II hükümleri arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu göze çarpmaktadır. Gerçi hakların kazanılmasında iyiniyeti düzenleyen MK. m. 3 hükmü ile dürüstlük kuralını düzenleyen MK. m. 2 hükmü arasındaki kavramsal ve işlevsel farkları doktrin net bir biçimde ortaya koymakta (bkz. **VELİDEDEOĞLU**, 264 vd. - 324 vd.; **ÖZTAN**, 173 vd. – 184 vd.; **AKINTÜRK**, 79 vd., 91 vd.); biz de her iki hüküm arasında bilinen farklılıkların bulunduğunu aynen kabul etmekteyiz. Bununla birlikte, her iki hükmün birbirinden tamamen kopuk olduğu da iddia edilemez. Çünkü her iki maddenin de esasını güven fikri oluşturmaktadır. Gerçekten MK. m. 2, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında dürüst davranma yükümlülüğünü getirmekle, "hukuki ilişkilerde karşılıklı güvenin yer alması" (**ÖZTAN**, 174) gereğini vurgulamaktadır. Ancak burada sözkonusu edilen güven, "belirli vâkıaların hukuki değerlendirmesinde" (**FEHLMANN**, 18) esas alınan, kişiden kişiye değişmeyen "objektif" bir güvendir. MK. m. 3 hükmü ise, bir hukuki sonucun doğmasına engel oluşturan durumu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişinin güveninin korunmasına ilişkindir. Burada "bir vâkıaya ilişkin fiili veya sübjektif bir unsur sözkonusu olmakta" (**FEHLMANN**, 17) ve lehine bir hukuki sonuç doğması sözkonusu olan kişinin, bunun doğumuna engel oluşturan vâkıaların yokluğuna dair duyduğu "sübjektif" güven korunmaktadır. Ancak sözkonusu maddenin ikinci fıkrasına göre bu güvenin aynı zamanda "haklı" bir güven olması, yani lehine bir hukuki sonuç doğması sözkonusu olan kişinin, somut olayın şartlarına göre kendisinden beklenen özeni göstermesi gerekir. İşte beklenen özenin gösterilmemesine ilişkin bu fıkra, her iki madde arasındaki sıkı ilişkiyi ortaya koymaktadır. Çünkü durumun gereklerine göre gösterilmesi

D- EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri kavramının altında, koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüklerinden ayrılması ve borç ilişkisinin "sözleşme görüşmelerine girişilmesi anından sözleşme etkilerinin tamamen sona erdiği ana kadar aynı kalan, bu süreç içerisinde sadece görünüm biçimleri değişen canlı bir organizma"⁵⁴⁹ olarak tanımlanması anlayışı yatmaktadır. Çünkü bu tanımlamaya göre borç ilişkisi, basit ve durağan bir edim ilişkisinden ibaret değildir; aksine, edim ilişkisinden önce taraflar arasında özel türde bir güven yaratan ilk sosyal temasla (hukuki işlem temasıyla) başlayan ve ancak geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla birlikte edim ilişkisini de içine alan, bazı durumlarda ise edim ilişkisi sona erse bile varlığını sürdüren, esası aynı kalmak üzere bulunduğu safhaya göre farklı görünüm alan, komplike bir ilişkidir. Gerçekten borç ilişkisi geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önceki safhada edim yükümlülüklerinden bağımsız, sadece koruma yükümlülüklerini içeren bir güven ilişkisi görünümündedir; geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra ise, edim ilişkisini de kapsayan, ancak başlangıcını hukuki işlem kurmaya yönelik ilk sosyal temasın oluşturduğu bir güven ilişkisi olma özelliğini de muhafaza eden daha karmaşık bir hukuki ilişkiye dönüşür. Edim ilişkisinin çözülmesinden sonra ise, taraflar arasındaki güven ilişkisi ve bu ilişkinin sonucu olan koruma yükümlülükleri, belli bir süre daha devam eder.

gereken özenin ne olduğu, MK. m. 2/I hükmünden hareketle oluşturulan "dürüst, namuslu, normal ve orta zekâlı" bir kişiye göre belirlenir. Böylece "iyiniyetin m. 3/II'de yer alan sınırı, m. 3/I'deki unsurların hukuki değerlendirmesinin m. 2/I'in objektif ölçüsüne göre yapılmasını gerektirir" (FEHLMANN, 18).

⁵⁴⁹ STOLL, AcP 1932, 309; STOLL, LZ 1923, 544-545.

Görüldüğü gibi, borç ilişkisinin, özellikle de edim ilişkisinin henüz kurulmadığı veya sona ermiş olduğu durumlarda dahi varlığından bahsedilen bir güven ilişkisini kapsayacak şekilde tanımlanması, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri kavramına işaret etmekte ve tarafların bulundukları safhaya göre bu tür borç ilişkilerinin farklı görünümünü ortaya koymaktadır. Buna göre, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin sözleşme öncesindeki, sözleşmenin devamı sırasındaki, keza karşılıklı ifa ile sona erdirilmesi durumundaki görünümünden; ayrıca sözleşme ilişkisinin tarafı olmayan, fakat tarafların koruma alanı içerisinde kalan üçüncü kişilere yönelik etkisinden bahsedilebilir.

1- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Sözleşme Öncesindeki Görünümü

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, sözleşme kurma amacıyla bir araya gelen ve bu doğrultuda hukuki değer ve menfaatlerini birbirinin etkisine açan taraflar arasında, kurulması amaçlanan sözleşmeden önce ve bu sözleşmenin kurulup kurulmamasından bağımsız olarak doğar. Burada herhangi bir edim borcu içermeyen, sadece tarafların birbirlerinin etkisine açtıkları hukuki değer ve menfaatlerinin karşılıklı olarak korunmasını gerektiren bir güven ilişkisi söz konusudur⁵⁵⁰. Bu güven ilişkisi, birbirleriyle hukuki işlem temasına geçen ve böylece birbirlerinin hukuki değer ve menfaatlerine herhangi bir kimseden daha fazla etkide bulunma imkânına kavuşan taraflar arasında MK. m. 2/I hükmü uyarınca kurulmuştur. Kurulan bu ilişki, taraf iradelerinden bağımsız olup, doğrudan doğruya kanuna dayanır⁵⁵¹. Henüz herhangi bir

⁵⁵⁰ STOLL, AcP 1932, 298.

⁵⁵¹ CANARIS, JZ 1965, 476; THIELE, 650; MABILLARD, 92.

sözleşmenin hiç kurulmadığı veya kurulan sözleşmenin geçerli olmadığı, ancak tarafların, hukuki işlem temasına geçmiş olmaları sebebiyle artık haksız fiil sahası içerisinde de bulunmadıkları bu aşama, culpa in contrahendo sorumluluğu aşamasıdır. Başka bir deyişle bu aşamada tarafların, aralarında MK. m. 2/I hükmü uyarınca kurulduğu kabul edilen güven ilişkisini ihlâl etmeleri culpa in contrahendo oluşturur⁵⁵². Böylece culpa in contrahendo, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önceki safhada karşımıza çıkan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlâlini ifade eden bir kavram ve sorumluluk doğurucu bir vâkıa olarak kabul edilir.

2- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Sözleşmenin Devamı Sırasındaki Görünümü

Hukuki işlem kurmaya yönelik ilk sosyal temasla başlayan ve geçerli bir edim ilişkisi kuruluncaya kadar sadece koruma yükümlülüklerinden ibaret olan borç ilişkisi, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra daha kapsamlı ve karmaşık bir hukuki ilişkiye dönüşür. Çünkü bu aşamada taraflar, hem edim yükümlülükleri, hem de ilk hukuki işlem teması anından itibaren süregelen koruma yükümlülükleri altındadırlar. Söz konusu koruma yükümlülüklerinin temelini oluşturan güven ilişkisinin, geçerli bir sözleşmenin mevcut olduğu bu aşamada daha yoğun bir hal aldığı şüphesizdir. Ancak sözleşmenin kurulmasından önce edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni bir borç ilişkisi görünümünde olan bu güven ilişkisinin ve ondan kaynaklanan koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin kurulmasından sonra da aynı bağımsızlığı ve kanunilik vasfını taşıyıp taşımadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde

⁵⁵² FEHLMANN, 71. Ayrıca bkz. ARAL, 27 vd. Aral, geçerli bir sözleşmenin mevcut olmadığı bu aşamada "culpa in contrahendo çerçevesinde koruma yükümleri"nden bahsetmektedir.

"dönüşme teorisi (Umschlagstheorie)" ve "birlik teorisi (Einheitstheorie)" olmak üzere iki ayrı teorinin savunulduğu görülmektedir⁵⁵³.

Dönüşme teorisine göre⁵⁵⁴, sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi ve bunun konusunu oluşturan koruma yükümlülükleri, sözleşmenin kurulmasından sonra bağımsızlıklarını kaybederek bu sözleşmenin içeriğine dahil olurlar; akdi ilişki içinde adeta eriyerek, ona dönüşürler. Böylece akdi borç ilişkisi, hem koruma yükümlülüklerini hem edim yükümlülüklerini içeren tek bir borç ilişkisi olarak belirir. Başka bir deyişle burada artık koruma yükümlülüklerinin kanuna dayanmasının, edim yükümlülüklerinin ise sözleşmeden doğmasının bir önemi yoktur; ortada akdi nitelikte tek bir borç ilişkisi vardır ve edim yükümlülükleriyle koruma yükümlülükleri birlikte bu borç ilişkisinin içeriğini oluştururlar. Ancak sözleşmenin butlanı veya her hangi bir sebeple geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halinde, koruma yükümlülükleri, varlıklarını sürdürmeye devam ederler.

Buna karşılık, birlik teorisine göre⁵⁵⁵, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada olduğu gibi geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra da koruma yükümlülükleri edim ilişkisinden bağımsız varlıklarını ve kanuni niteliklerini aynen sürdürürler. Sözleşmenin kurulmuş olması, koruma yükümlülüklerinin dayandığı esasta bir değişiklik yaratmaz; bu tür yükümlülükler, sözleşmenin kurulmasından önce olduğu gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da aynı esasa, yani MK. m. 2/I (BGB §242)'e

⁵⁵³ ARAL, 29, 112; FEHLMANN, 72.

⁵⁵⁴ Bkz. LARENZ, AT, 117 vd.

⁵⁵⁵ CANARIS, JZ 1965, 475 vd.

dayanırlar. "Bütün koruma yükümlülükleri, temelini, hukuki işlem temasıyla başlayan ve sözleşme görüşmelerine girilmesi, sözleşmenin kurulması, ifa safhasına geçiş gibi çeşitli aşamalarda yoğunlaşan, bütünsel bir koruma ilişkisinde bulur; bu bütünsel koruma ilişkisi taraf iradelerinden bağımsız olarak ortaya çıkar, yani kanunidir ve onun kabulünü haklı kılan unsur, pozitif hukuktaki dayanağını BGB §242 (MK. m. 2/I)'de bulan güven esasıdır"⁵⁵⁶. Böylece sözkonusu görüş, sözleşme öncesi ile sözleşme sonrası aşamaları birlikte kapsayan ve kaynağı bakımından bulunduğu aşamaya göre bir farklılık göstermeyen "bütünsel bir koruma ilişkisi (einheitliches Schutzverhältnis)"⁵⁵⁷ yaratmış ve doktrinde büyük oranda kabul görmüştür⁵⁵⁸.

Aslında iki teori arasındaki ayrım son derece teoriktir. Çünkü pratik bakımından asıl önemli olan, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada ve batıl veya geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşmelerde koruma yükümlülüklerinin nasıl açıklandığıdır ve bu noktada iki teori arasında her hangi bir fark göze çarpmamaktadır⁵⁵⁹. İki teori arasındaki ayrımı oluşturan geçerli bir sözleşmenin varlığı durumunda koruma yükümlülüklerinin izahı meselesinde ise, her iki teorinin farklı noktalardan aynı sonuca ulaştıkları görülmektedir. Gerçekten, dönüşme teorisi, koruma yükümlülüklerini geçerli olarak kurulan sözleşmenin içeriğine dahil etmekle bunların akdi hükümlere tâbi kılınmasını sağlamakta; buna karşılık, birlik teorisi, aynı sonuca,

⁵⁵⁶ CANARIS, JZ 1965, 479.

⁵⁵⁷ MABILLARD, 92; von LACKUM, 158. Türk hukukunda Kırca, "bütünsel koruma ilişkisi" kavramının yanı sıra, "bütünsel kanuni borç ilişkisi" kavramını da kullanmaktadır (bkz. KIRCA, 173).

⁵⁵⁸ Bkz. THIELE, 654; von LACKUM, 158 vd.; NIRK, 73; FROST, 143 vd. Türk hukukunda SEROZAN, 117 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, 208, 219; ARAL, 31; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 13; ULUSAN, 316; KIRCA, 101.

⁵⁵⁹ ARAL, 33.

borç ilişkisinin her safhasında aynı kalan, güven esasına dayalı bütünsel bir koruma ilişkisi yaratarak ulaşmaktadır. Bununla beraber birlik teorisi, koruma yükümlülüklerinin, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önce ilk işlem temasıyla başlayan, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yoğunlaşarak devam eden ve bazı durumlarda sözleşme sona erse bile varlığını sürdüren kanuni yapısını, teorik açıdan daha tutarlı bir biçimde açıklamaktadır. Gerçi birlik teorisi, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra, biri sözleşmeden diğeri kanundan doğan iki ayrı borç ilişkisinin varlığının kabul edilmesi⁵⁶⁰; böylece bir bütün olarak anlaşılması gereken borç ilişkisinin farklı esaslara dayanan iki ayrı ilişkiye bölünmesi sonucunu doğurduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir⁵⁶¹. Oysa sözkonusu teori, geçerli bir sözleşmenin devamı sırasında biri sözleşmeden diğeri kanundan doğan iki ayrı borç ilişkisi ortaya çıkartmış değildir⁵⁶². Bütünsel koruma ilişkisi görüşünün ifade ettiği husus, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra da koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada olduğu gibi yine güven ilişkisine dayandığı; yani geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla koruma yükümlülüklerinin kanuni yapısında bir

⁵⁶⁰ "Bu son görüş (birlik teorisi) kabul edildiği takdirde, ortada biri kanundan doğan, yani edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, diğeri de sözleşmeden ve dolayısıyla edim yükümlerinden doğan iki ayrı borç ilişkisi mevcut olacaktır" (EREN, 43).

⁵⁶¹ LARENZ, AT, 119-120.

⁵⁶² Bu noktada "Canaris, kısmen yanlış anlaşılmış ve bundan dolayı haksız yere eleştirilmiştir. Yani Canaris, iddia edildiği gibi, iki ayrı borç ilişkisi kabul ediyor değildir; o sadece, birlikte tek bir borç ilişkisi oluşturan iki ayrı yükümlülük kompleksinin varlığından hareket etmektedir" (FROST, 217-218). "Canaris'in aynı borç ilişkisi içinde edim ilişkisi ve koruma ilişkisi şeklinde iki yükümler demeti (Pflichtenkomplex) kabul etmesi, sadece koruma yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsızlığını vurgulamak için ortaya atılmış bir konstrüksiyondur. Bazı iddiaların aksine Canaris iki ayrı borç ilişkisi kabul etmemekte ve hatta koruma yükümlerine mahsus ayrı bir kanuni borç ilişkisi kabulüne açıkça karşı çıkmaktadır" (ARAL, 117).

değişiklik oluşmadığıdır⁵⁶³. Ancak şüphesiz ki, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunması, koruma yükümlülüklerinin dayanağını oluşturan güven ilişkisinin sözleşme öncesi aşamaya göre daha yüksek bir düzeye ulaştığı anlamına gelir⁵⁶⁴. O halde geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla koruma yükümlülüklerinin esası değil, bu yükümlülüklerin esasını oluşturan güven ilişkisinin görünümü değişmiştir. Gerçekten, kanuni ifadesini MK. m. 2/T'de bulan güven ilişkisi, bu aşamada bir sözleşme ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle sözleşme, bir yandan taraf iradelerine dayanan edim ilişkisini; diğer yandan taraf iradelerinden bağımsız, hukuki işlem kurmaya yönelik ilk sosyal temastan itibaren süregelen ve edim ilişkisinin kurulmasıyla maksimum düzeye ulaşmış bir güven ilişkisini ifade eder⁵⁶⁵. Burada borç ilişkisinin biri sözleşmeden diğeri kanundan doğan iki ayrı ilişkiye bölünmesi değil; tek bir sözleşme ilişkisinin, basit bir edim ilişkisi olmanın ötesinde, MK. m. 2/T'de ifadesini bulan bir güven ilişkisi olarak değerlendirilmesi sözkonusudur⁵⁶⁶. Böylece taraf iradelerinden doğan edim yükümlülükleriyle kanundan doğan koruma yükümlülükleri borç ilişkisinin içeriğini birlikte oluştururlar⁵⁶⁷.

Koruma yükümlülüklerinin bütünsel bir koruma ilişkisi kapsamında ele alınması, bu tür yükümlülüklerin kanunilik vasfını ve borç ilişkisinin çeşitli

⁵⁶³ Bkz. **CANARIS**, JZ 1965, 479.

⁵⁶⁴ **CANARIS**, JZ 1965, 476-477.

⁵⁶⁵ "... sözleşmeden doğan ilişkilerde ... taraflar arasında bir karşılıklı güven ilişkisi kurulur. ... bu güven ilişkisini kuran bağlar, yalnız sözleşmeye dayanmaz; ayrıca sözleşme öncesi ilişkilere veya komşu malikler arasında olduğu gibi doğrudan doğruya kanuna da dayanabilir" (**EDİS**, Güven Kuralları, 448).

⁵⁶⁶ Bkz. **STOLL**, AcP 1932, 287 vd.

⁵⁶⁷ **FROST**, 218; ayrıca bkz. **ARAL**, 116-117.

safhalarındaki yapısal ayniyetini⁵⁶⁸ isabetli bir biçimde ortaya koymaktadır. Böylece bir yandan, batıl veya geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşmelerde koruma yükümlülüklerinin devamının açıklanması kolaylaşmakta; diğer yandan, sözleşme öncesinde ve sonrasında ortaya çıkan benzer problemlere benzer çözümler getirilmesi mümkün olmaktadır⁵⁶⁹. Örneğin, bir mağazada satım sözleşmesinin kurulmasından önce bir malın tezgahların elinden düşmesi sonucu müşterinin yaralanması ile satılan malın eve teslimi sırasında alıcının yaralanması durumlarında tazminat alacağı, aynı hükümlere tâbi tutulur⁵⁷⁰. Çünkü her iki olayda da ihlâl edilen koruma yükümlülüğü aynı esasa dayanmaktadır. Burada her iki ihlâl fiili arasında sadece zamansal bir farklılık bulunmakta⁵⁷¹; sorumluluk şartları ve sonuçları bakımından ortaya çıkan benzerlik karşısında⁵⁷², sözkonusu zamansal farkın bir önemi kalmamaktadır. Hatta "akit öncesi safha için geliştirilen, taraf iradelerinden bağımsız kanuni borç ilişkisinin akdin kurulmasından sonraki safha için de geçerli kılınması, mantıki bir zorunluluktur"⁵⁷³. Çünkü akit öncesi güven ilişkisi, tarafların birbirlerinin hukuki değer ve menfaatlerine etki etme imkânına kavuşmalarının bir sonucudur. Sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafın hukuki değer ve menfaatlerine etki etme imkânı arttığına ve dolayısıyla taraflar arasındaki güven ilişkisi daha yoğun bir hale geldiğine göre, akit öncesi safha için kabul edilen koruma yükümlülüklerinin, geçerli bir akdin

⁵⁶⁸ ARAL, 30.

⁵⁶⁹ KIRCA, 173.

⁵⁷⁰ Sözkonusu örnekler için bkz. SEROZAN, 109.

⁵⁷¹ FROST, 143.

⁵⁷² von LACKUM, 162-163.

⁵⁷³ CANARIS, JZ 1965, 477.

kurulmasından sonra evleviyetle kabulü gerekir⁵⁷⁴. Bununla beraber, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra koruma yükümlülüklerinin ihlâli, culpa in contrahendo oluşturmaz⁵⁷⁵. Gerçekten, sözleşme öncesi safha için geliştirilen sorumluluk esasının sözleşme sonrası safha için de geçerli olacağı kabul edilse dahi, geçerli bir sözleşmenin kurulmasından sonra kavramsal olarak culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemez. "Zira bu durumda zarara sebebiyet veren kimseye başkasının mameleki alanına (Gütersphäre) müdahaleyi mümkün kılan husus, akit öncesi müzakereler olmayıp, ifa safhasına girme olgusudur"⁵⁷⁶. Koruma yükümlülüklerinin bu safhadaki ihlâli, doktrinde "akdin müspet ihlâli (positive Vertragsverletzung)" olarak adlandırılan kurumu karşımıza çıkartmaktadır⁵⁷⁷.

İlk kez Alman hukukunda ortaya atılan akdin müspet ihlâli kavramı⁵⁷⁸, aslında bu hukuk sisteminin sözleşmenin ihlâli hallerine ilişkin düzenlemesindeki yetersizliği gidermeye yöneliktir. Gerçekten, 01.01.2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile değiştirilmeden önce⁵⁷⁹ Alman Medeni Kanunu, sözleşmenin ihlâlini, kusurlu ifa imkânsızlığı (BGB §275 vd.) ve temerrüt (BGB §284

⁵⁷⁴ CANARIS, JZ 1965, 476-477; ARAL, 30.

⁵⁷⁵ CANARIS, JZ 1965, 476.

⁵⁷⁶ ARAL, 30.

⁵⁷⁷ Akdin müspet ihlâli hakkında bkz. PICKER, 369 vd.; GLÖCKNER, 155 vd.; von LACKUM, 125 vd.; ARAL, 54 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, 206.

⁵⁷⁸ Bkz. STAUB Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904. Eserin tam metni için ayrıca bkz. SCHMIDT, 93 vd. Çalışmamızda Staub'un sözkonusu eserine atıflar, Schmidt'in yeniden düzenlediği bu metin üzerinden yapılmış, dolayısıyla sayfa numaraları orijinal metne göre değil, Schmidt'in metnine göre verilmiştir.

⁵⁷⁹ Akdin müspet ihlâli, Alman hukukunda 01.01.2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile pozitif hukukta düzenlenen bir müesseseye dönüştürülmüştür, bkz. MEDICUS, AT, 113-114, 155 vd.; OLZEN/WANK, 50 vd.; EMMERICH, 310 vd.

vd.) halleriyle sınırlı olarak düzenlemiş; buna karşılık, bir kimsenin yükümlülüğünü müspet bir fiille ihlâl etmesi, yani yapmaması gerekeni yapması veya ayıplı ifada bulunması durumlarını kapsayan bir ihlâl kurumuna yer vermemiştir⁵⁸⁰. Kanundaki bu eksikliğin giderilmesi, Alman hukuk doktrin ve uygulamasında akdin müspet ihlâli kurumunun geliştirilmesi yoluyla sağlanmıştır. Buna göre akdin müspet ihlâli, "sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya akamete uğratacak davranışlardan kaçınmak hususundaki genel yükümü (ödevi) ihlâl etmesi"dir⁵⁸¹. Doktrinde sözkonusu yükümlülüğün ihlâli halleri, genel bir tasnifle, "kötü ifa (Schlechtleistung)", "yan yükümlülüklerin ihlâli (Verletzung von Nebenpflichten)" ve "koruma yükümlülüklerinin ihlâli (Verletzung von Schutzpflichten)" şeklinde somutlaştırılmaktadır⁵⁸². Bunlardan kötü ifa, genel anlamıyla ayıplı ifayı, yani edimin

⁵⁸⁰ **STAUB**, 93. Staub'un sözkonusu müesseseyi akdin "müspet" ihlâli olarak adlandırması da, imkânsızlık ve temerrütte borçlunun borcu yapması gerekeni yapmayarak, yani pasif kalarak; akdin müspet ihlâli hallerinde ise yapmaması gerekeni yaparak, yani aktif bir davranışta bulunarak ihlâl ettiği düşüncesine dayanmaktadır. Staub'un bu düşünce tarzı, dolayısıyla sözkonusu kurumu akdin "müspet" ihlâli olarak adlandırması, doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten borç ilişkilerinin imkânsızlık ve temerrüt kapsamına girmeyecek şekilde ihlâlinin, olumlu (aktif) bir davranışla olduğu kadar; bilgi vermeme, uyarmama gibi olumsuz (pasif) bir davranışla da gerçekleştirilmesi mümkündür (**LARENZ**, AT, 367-368; **EREN**, 1002; **TANDOĞAN**, 402; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 207, **OĞUZMAN/ÖZ**, 319). Aynı şekilde borç ilişkileri, yalnız sözleşmeden doğmadığına göre, bir ifa engeli olarak gösterilen bu kurumun, "akdin" değil, "alacağın" müspet ihlâli (positive Forderungsverletzung) olarak adlandırılması gerektiği de doktrinde ileri sürülmüştür (bkz. **LARENZ**, AT, 367; **ARAL**, 58; **EREN**, 1002). Ancak sözkonusu kurumu ifade etmek için kullanılan "akdin müspet ihlâli" kavramı, içerdiği eksiklikler sebebiyle eleştirilmesine rağmen, doktrin ve uygulamada yerleşik bir kavrama dönüşmüş ve "yerleşik kavramlarla oynamanın sakıncalarından dolayı" (**SEROZAN**, İfa Engelleri, 207) hemen hemen tüm yazarlarca bu şekilde kullanılmıştır (**ARAL**, 58).

⁵⁸¹ **EREN**, 1002 dpn. 78'de anılan yüksek mahkeme kararları. Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, 401.

⁵⁸² Bkz. **WITTHAUS**, 45-46. Medicus, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile Alman hukukunda kanuni bir zemine oturtulan akdin müspet ihlâlini, "diğer yükümlülüklerin ihlâli

borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesini ifade eder⁵⁸³. Burada alacaklının kötü ifa dolayısıyla uğradığı, fakat ayıba karşı tekeffül hükümleriyle karşılanamayan, başka bir deyişle, ifaya ilişkin menfaati aşan diğer zararların (eşlik eden veya ayıbı takip eden zararlar / Begleit- oder Mangelfolgeschaden) akdin müspet ihlâli kurumu kapsamında tazmini sözkonusudur⁵⁸⁴. Örneğin, zehirli yem teslim edilmesi sonucu alıcının hayvanının ölmesi⁵⁸⁵ veya bozuk inşa edilmiş bir merdivenin çökmesi sonucu alacaklının yaralanması⁵⁸⁶ durumunda uğranılan zararlar, akdin müspet ihlâli hükümlerince tazmin edilir. Yan yükümlülüklerin veya bizim ifademizle "ifaya yardımcı" yan yükümlülüklerin⁵⁸⁷ ihlâli ise, edim yükümlülüklerinin sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirilmesine hizmet eden ve tıpkı koruma yükümlülükleri gibi dürüstlük kuralından

(andere Pflichtverletzungen)" şeklinde adlandırmakta ve "kötü ifa" ile "koruma yükümlülüklerinin ihlâli" olmak üzere başlıca iki gruba ayırmaktadır (bkz. **MEDICUS**, AT, 154 vd.). Emmerich ise sözkonusu ihlâl hallerini "kötü ifa" ile "edime sadakat yükümlülüğü ve diğer yan yükümlülükler" başlıkları altında toplamaktadır (bkz. **EMMERICH**, 310 vd.). Akdin müspet ihlâli hallerinin tasnifine ilişkin yazarlar arasında görülen bu farklılıklar, aslında borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin tasnifindeki zorluğu ortaya koymaktadır.

⁵⁸³ **EREN**, 1005.

⁵⁸⁴ **WITTHAUS**, 45; **MEDICUS**, AT, 155; **von LACKUM**, 145.

⁵⁸⁵ **WITTHAUS**, 45.

⁵⁸⁶ **von TUHR**, 572; **TANDOĞAN**, 401; **EREN**, 1001.

⁵⁸⁷ Edim yükümlülükleri – koruma yükümlülükleri ayrımını yaparken, "asli veya yan edim yükümlülükleri" kavramının karşısına "yan yükümlülükler" kavramını koymuş ve yan yükümlülükleri de "ifaya yardımcı yan yükümlülükler" ile "koruma yükümlülükleri" şeklinde ikiye ayırmış idik, bkz. yukarıda § 6, III. Burada Witthaus'un (bkz. 45) veya Aral'ın (bkz. 81) "yan yüküm/yükümlülük" olarak ifade ettiği yükümlülükler, bizim tasnifimizdeki "ifaya yardımcı yan yükümlülükler"e tekabül etmektedir. Aynı doğrultuda bkz. **EREN**, 1007.

doğan bazı yükümlülüklerin ihlâlidir⁵⁸⁸. Örneğin, teslim edilen malın doğru kullanımına ilişkin bilgi ve talimatların alıcıya verilmemesi⁵⁸⁹ veya edim konusu şeyin gereği gibi korunmaması, ambalaj veya paketinin doğru yapılmaması⁵⁹⁰, bu türden yükümlülüklerin ihlâlini oluşturur. Son olarak, aralarında geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunan taraflar arasında koruma yükümlülüklerinin ihlâli, akdin müspet ihlâli kapsamında değerlendirilir⁵⁹¹. Burada tarafların edim ilişkisinden doğan ifa menfaatlerinin değil, güven ilişkisinden doğan korunma (bütünlük) menfaatlerinin, yani kişi ve mal varlığı değerlerinin, edimin "ifası sırasında" veya "ifası vesilesiyle"⁵⁹² ihlâli sözkonusudur⁵⁹³. Örneğin, eve gelen tesisatçının, musluğu iyi bir şekilde tamir etmesine rağmen, bu tamir sırasında banyo fayanslarını kırması "edimin ifası sırasında" koruma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturur. Burada zarar, ayıplı ifadan değil, edim menfaatini eksiksiz olarak karşılayan ifanın yapılış tarzından doğmaktadır⁵⁹⁴. Edimini iyi bir şekilde yerine getiren tesisatçının ev sahibinin cüzdanını çalarak evden ayrılması durumunda ise koruma yükümlülüğü, "ifa vesilesiyle" ihlâl edilmiştir. Bu son örnekte

⁵⁸⁸ WITTHAUS, 45.

⁵⁸⁹ WITTHAUS, 45; EREN, 1007.

⁵⁹⁰ EREN, 1007.

⁵⁹¹ MEDICUS, AT, 156.

⁵⁹² Aslında burada koruma yükümlülüğünün "ifa vesilesiyle" değil, "ifayla ilgisi olmayan bir davranışla" ihlâlinden bahsetmek daha doğru olur, örneğin, evin çatısını eksiksiz onaran bir ustanın, çatıdan inerken attığı sigara izmariti ile bir yangına sebebiyet vermesi veya bir kimsenin hasılat kirasıyla verdiği dükkânın yanına aynı iş üzerine bir başka dükkân açması durumunu (bkz. LARENZ, AT, 364-365) "koruma yükümlülüğünün ifayla ilgisi olmayan bir davranışla ihlâli" şeklinde tanımlamak, daha kapsamlı ve açıklayıcıdır. Bununla beraber, benzer olaylar için doktrinde "ifa vesilesiyle verilen zarar"dan söz edildiği görülmektedir, bkz. KUTLU SUNGURBEY, 106.

⁵⁹³ EREN, 1008.

⁵⁹⁴ ARAL, 75.

verilen zararın edimin ifasıyla hiç ilgisi yoktur; dolayısıyla burada edim ilişkisinin veya edim ilişkisi anlamında sözleşmenin ihlâlinden bahsedilemez. Ancak bu durumda borçlu, karşı tarafın edim menfaatlerinin dışında kalan hukuki değer ve menfaatlerine ilişkin koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Tesisatçı ile ev sahibi arasındaki sözleşmenin basit bir edim ilişkisinden ibaret olmayıp aynı zamanda bir güven ilişkisi oluşturduğu açıktır. Gerçekten taraflar arasındaki sözleşme, zarara uğrayan kişinin sadece edim menfaatinin değil, edim menfaatinin dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerinin de karşı tarafın etkisine açılması sonucunu doğuran, en yoğun görünümüyle bir hukuki işlem temasını ifade eder. Ev sahibinin tesisatçıyı evine almasının, böylece hukuki değer ve menfaatlerini onun etkisine açmasının sebebi, aralarındaki sözleşmedir; bu sözleşme ilişkisi sebebiyle ev sahibi, hukuki değer ve menfaatlerinin karşı tarafça korunacağına dair belli bir güven duymaktadır ve onun bu güveni, normatif anlamda korunmaya değer bulunmaktadır. Bu sebeple tarafların koruma yükümlülüklerini ifa vesilesiyle ihlâl etmeleri de, aralarında ilk işlem temasından itibaren süregelen güven ilişkisini ihlâl ettiği ölçüde, sözleşmenin ihlâli sayılır⁵⁹⁵. Aksi bir anlayış, yani edim menfaatinin tam ve doğru bir biçimde karşılandığı durumlarda ifa vesilesiyle verilen zararları sözleşmenin ihlâli kapsamında değerlendirmemek, sözleşme ilişkisinin bir güven ilişkisi olma özelliğinin göz ardı edilmesi ve basit bir edim ilişkisine indirgenmesi anlamına gelir. Nitekim Alman hukukunda akdin müspet ihlâline pozitif bir düzenleme getiren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile değişik BGB §324 ve §325, bir sözleşme

⁵⁹⁵ Aynı doğrultuda bkz. **THIELE**, 653 vd.

ilişkisinin devamı sırasında §241/II kapsamındaki koruma yükümlülüklerinin ihlâlîne akdi sonuçlar bağlamıştır.

Türk/İsviçre hukuku bakımından ise akdin müspet ihlâlî kurumuna gerek olup olmadığı tartışmalıdır⁵⁹⁶. Bu hukuk sisteminde hakim görüş, akdin müspet ihlâlî kurumuna gerek olmadığı yönündedir⁵⁹⁷. Çünkü Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, imkânsızlık ve temerrüdün yanı sıra üçüncü bir ihlâl türü olarak "gereği gibi ifa etmeme (BK. m. 96 / OR m. 97)" halini açıkça düzenlemiştir ve kanunda açıkça düzenlenen bu ihlâl türü, akdin müspet ihlâlî olarak gösterilen durumların tamamını kapsamaktadır⁵⁹⁸. Ancak bu noktada akdin müspet ihlâlî kurumuna Türk/İsviçre hukukunda gerek olmadığını savunan yazarların, "bu kurumun kapsamına dahil olan ihlâl halleri bakımından" görüş birliği içinde olmadıkları göze çarpmaktadır. Yazarlar arasındaki bu görüş farklılığı, özellikle "koruma yükümlülüklerinin ifa (veya ifa ile ilgisi olmayan bir davranış) vesilesiyle ihlâlî"ne ilişkindir. Buna göre, bazı yazarlar koruma yükümlülüklerinin ifa vesilesiyle ihlâlîni, akdin müspet ihlâlî kapsamında değerlendirmemekte; örneğin, eve tamir için gelen ustanın ev sahibine ait cüzdanı çalması durumunda alelade bir haksız fiil sorumluluğundan bahsetmektedirler⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Türk/İsviçre hukukunda akdin müspet ihlâlîne ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **ARAL**, 81 vd.

⁵⁹⁷ Bkz. **von TUHR**, 572-573; **TANDOĞAN**, 402; **OĞUZMAN/ÖZ**, 319; **EREN**, 1003.

⁵⁹⁸ **EREN**, 1003.

⁵⁹⁹ "Bu (müsbet akdi kusur) mefhum, kendisini gayrı kabili istimal kılan mübalâğalı bir şümul iktisap etti (**von TUHR**, 572). ... Borçlu akitle asla münasebeti bulunmayan veya (zaman veya mekan itibariyle) akitle ancak harici bir münasebeti olan bir fiil ve muamele ile alacaklıyı zarara uğrattığı taktirde, hiçbir akdi kusur işlemiş değildir" (**von TUHR**, 573). Böylece yazar, koruma yükümlülüklerinin ifa vesilesiyle ihlâlîni akdin müspet ihlâlî kapsamından çıkartmaktadır. Buna karşılık von Tuhr, ifa sırasında koruma yükümlülüğünün ihlâlî hallerini akdi kusur olarak değerlendirmektedir, "Buna mukabil, bir şey üzerinde

Böylece kötü ifa, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâli ve "ifa sırasında (ve ifaya ilişkin bir davranışla)" koruma yükümlülüklerinin ihlâline indirgenen akdin müspet ihlâli halleri, BK. m. 96 / OR m. 97'de düzenlenen gereği gibi ifa etmeme kurumu altına kolayca yerleştirilebilir. Bu durumda sözkonusu ihlâl hallerinin "akdin müspet ihlâli" veya "gereği gibi ifa etmeme" şeklinde nitelendirilmesi, basit bir terim tercihindan ibaret hale gelmektedir⁶⁰⁰. Buna karşılık bazı yazarlar, koruma yükümlülüklerinin sadece ifa sırasında değil, ifa vesilesiyle ihlâlini de akdin müspet ihlâli kapsamında değerlendirmekte; fakat BK. m. 96 / OR m. 97 hükmünü ifa vesilesiyle verilen zararları da kapsayacak şekilde geniş yorumladıkları için⁶⁰¹, Türk/İsviçre hukukunda akdin müspet ihlâli kurumuna gerek olmadığını savunmaktadırlar⁶⁰².

çalışan bir işçi iş sahibine ait diğer bir şeyi kırdığı veya müteahhit bir evi inşa ederken iş sahibine ait komşu bir eve zarar verdiği taktirde akdi bir kusur vardır" (**von TUHR**, 573 dpn. 89). Türk hukukunda ise Tandoğan, "Borçlunun alacaklıya zarar veren fiilinin borcun ifasıyla hiç alakası yoksa veya bu fiille borcun ifası arasında sadece harici bir zaman ve mekan münasebeti varsa akdin müspet ihlâlinden bahsedilemez" demek suretiyle, von Tuhr'un görüşüne katılmıştır (bkz. **TANDOĞAN**, 401).

⁶⁰⁰ Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 319; **ARAL**, 89.

⁶⁰¹ Bkz. **EREN**, 1008.

⁶⁰² Bkz. **EREN**, 1003. Eren, Türk hukukunda edim yükümlülüğü - koruma yükümlülüğü ayrımını ve bu bağlamda edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri teorisini savunan başlıca yazarlardan birisidir (bkz. **EREN**, 39 vd.). Dolayısıyla yazar, edim ilişkisinden bağımsız olarak sosyal temasla başlayan, sözleşme görüşmeleri sırasında devam eden, sözleşmenin kurulmasından ifasına kadar ve hatta bazı hallerde ifadan sonra da varlığını sürdüren koruma yükümlülüklerinin ihlâline, akdi sonuçlar bağlanabileceği görüşündedir (bkz. **EREN**, 1008). Böylece yazarın, akdin müspet ihlâli kurumunu "özellikle koruma yükümlülüklerinin ihlâli bakımından içerdiği fikir itibariyle" tamamen benimsediği ve bu noktada Tandoğan ve von Tuhr'un görüşünden ayrıldığı görülmektedir. Gerçekten Eren'in Türk/İsviçre hukukunda akdin müspet ihlâli kurumuna gerek olmadığı yönündeki görüşü, BK. m. 96 / OR m. 97'nin kapsamının geniş yorumlanması ve terim tercihi ile alâkalıdır.

Görüldüğü gibi Türk/İsviçre hukukunda akdin müspet ihlâli kurumunun gerekliliği meselesine ilişkin bu tartışma, esasında, akdin müspet ihlâli ile BK. m. 96 / OR m. 97'de düzenlenen gereği gibi ifa etmeme kurumlarının kapsamlarına ilişkindir. Kanaatimizce burada öncelikle hangi ihlâl türlerinin akdin müspet ihlâli olarak değerlendirilmesi gerektiği; ardından BK. m. 96 / OR m. 97'nin bu ihlâl türlerinden hangisini kapsamına aldığı belirlenmelidir. Bize göre, koruma yükümlülüklerinin ifa (veya ifayla ilgisi olmayan bir davranış) vesilesiyle ihlâli de, akdin müspet ihlâli olarak değerlendirilmelidir⁶⁰³. Hatta koruma yükümlülüklerinin gerek ifa sırasında gerek ifa vesilesiyle ihlâlinin akdin müspet ihlâli kapsamına dahil edilmesi ve böylece akdi kusur olarak nitelendirilmesi, bu kurumun asıl esprisini oluşturur⁶⁰⁴. Gerçekten, tıpkı culpa in contrahendoda olduğu gibi, akdin müspet ihlâlinde de taraflar arasında mevcut bulunan bir güven ilişkisinin ihlâli sözkonusudur. Fakat akdin müspet ihlâlinde taraflar arasındaki güven ilişkisi, edim ilişkisini de ihtiva eden bir sözleşme olarak belirir. Burada tarafların hukuki değer ve menfaatlerini birbirlerinin etkisine açık hale getiren husus, culpa in contrahendodan farklı olarak sözleşme görüşmeleri ilişkisi değil, "ifa safhasına girme olgusu"dur⁶⁰⁵. Ancak bu durum, geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan koruma yükümlülüklerinin yalnızca "ifa ile ilgili" bir davranış sonucunda ihlâl edilebilecekleri anlamına gelmez.

⁶⁰³ Türk hukukunda aynı görüş için bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 106 vd.; **SEROZAN**, 112; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 208 vd.; **EREN**, 1008.

⁶⁰⁴ "Sözleşmenin müspet ihlâlinin asıl bereketli tarlasıyla, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi çerçevesindeki davranış (koruma) yükümlerine aykırılıklar bölgesinde karşılaşılır" (**SEROZAN**, İfa Engelleri, 208).

⁶⁰⁵ **ARAL**, 30.

"Davranış (koruma) yükümlerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklı"⁶⁰⁶ olduğuna göre, bu tür yükümlülükleri ihlâl eden davranışların da, edimin ifası ile ilgili olması gerekmez. Koruma yükümlülüklerinin edimin ifasıyla ilgisi olmayan davranışlarla ihlâlini sözleşmenin ihlâli saymamak, bir yandan koruma yükümlülükleriyle edim yükümlülüklerini kaynak ve amaç bakımından birbirine karıştırmak, diğer yandan sözleşme ilişkisini sadece edim ilişkisine indirgemek olur. Edim ilişkisi anlamında sözleşmenin yalnızca ifa ile ilgili bir davranış sonucunda ihlâl edilebileceği söylenebilir; fakat ilk hukuki işlem temasından itibaren süregelen güven ilişkisi bakımından böyle bir sınırlama getirilemez. Dolayısıyla koruma yükümlülüklerinin ifayla ilgisi olmayan bir davranışla ihlâli, edim ilişkisinin değil, güven ilişkisinin ihlâli olarak değerlendirilebildiği ölçüde, akdin müspet ihlâlini oluşturur⁶⁰⁷. Ancak akdin bu şekilde ihlâlinin BK. m. 96 / OR m. 97 anlamında bir

⁶⁰⁶ SEROZAN, 118.

⁶⁰⁷ Yargıtayımız da son zamanlarda verdiği bazı kararları ile, sözleşme ilişkisinin bir güven ilişkisini de kapsadığı, dolayısıyla bu güven ilişkisinin ihlâline de akdi sonuçlar bağlanması gerektiği görüşünü benimsemiştir: "... M. gibi büyük alışveriş merkezlerinin alışverişe araçlarıyla gelen araç sahiplerinin park etmeleri için park yerlerinin bulunduğu, araç sahiplerinin beğendikleri ve güvendikleri bu tesislere araçları ile girerek araçlarını park yerine bırakıp ihtiyaçlarını giderdikleri, bu tesisler umuma açık ise de, kamu malı niteliğinde olmadığı gibi tesis sahip ve orada bulunan işyerlerinin hakimiyet ve tasarrufunda olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Böyle bir tesise ve mağazaya, tesis ve mağaza sahibinin yarattığı güven duygusu ile giren ve aracını park yerine bırakarak ihtiyaçlarını gidermek üzere aracının başından ayrılan araç sahibinin güven duygusunu mağaza yönetiminin boşa çıkarmaması gerekir. Mağaza yönetiminin mağazaya gelen kişilerin mal ve canlarının güven içinde olmalarını, tehlikelerden korumalarını sağlamak için gerekli önlemleri almaması, sağladığı güven duygusunu boşa çıkarması hukuka ve MK.nun 2. maddesinde yerini bulan dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu nedenle mağaza yönetimi, aracı ile gelen kişilerin uğradığı zararlardan sorumludur. Bu sorumluluktan ancak, gerekli tüm tedbirleri aldıkları halde zararın meydana gelmesini önleyemediğini ispat ettikleri takdirde kurtulabilir";

"gereği gibi ifa etmeme" hali oluşturduğunu söylemek, kanaatimizce mümkün değildir⁶⁰⁸. Gerçekten BK. m. 96 hükmü, mehz kanunun Almanca metnine uygun olarak "Borcun ifası, hiç veya gereği gibi yapılmazsa, borçlu kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmin zorundadır" şeklinde anlaşılabilir⁶⁰⁹, koruma yükümlülüklerinin ifa ile hiç ilgisi olmayan bir davranışla ihlâlinin de bu madde kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek, kanunun amacını aşan bir yorum olur⁶¹⁰. Çünkü madde hükmünde bahsi geçen husus, hiç veya gereği gibi yapılmayan "ifa"dır ve ifa, ancak edim ilişkisi için sözkonusu olur. Koruma yükümlülükleri, ifa davasının konusunu oluşturamadıklarına göre⁶¹¹, gereği gibi bir ifanın konusunu da oluşturamazlar. Başka bir deyişle koruma yükümlülükleri "ifa" edilemez; onlara ancak riayet edilir. O halde BK. m. 96'nın kapsamına dahil edilebilen akdin müspet ihlâli halleri, esas olarak, kötü ifa ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlâlidir. Koruma yükümlülükleri bakımından ise, ancak ifanın dikkatsizce yapılması sonucu gerçekleşen bir ihlâl, gereği gibi ifa etmeme kapsamında düşünülebilir. Burada edim borcu eksiksiz yerine getirilmesine rağmen dikkatsizce yapılan bir ifa ile diğer kişi ve mal varlıklarının ihlâli sözkonusudur; örneğin, musluğu eksiksiz tamir eden tesisatçı bu sırada banyo fayanslarını kırmıştır ve bu da geniş anlamda bir gereği gibi ifa etmeme hali sayılabilir. Bununla beraber, gereği gibi ifa

bkz. 13. HD. 17.10.2005 tarih ve E. 2005/8367 K. 2005/15280 sayılı karar, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=17323> (15.10.2007).

⁶⁰⁸ Aynı görüş için bkz. **SEROZAN**, 112 dñn. 13; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 209.

⁶⁰⁹ **EREN**, 1003.

⁶¹⁰ **SEROZAN**, İfa Engelleri, 209.

⁶¹¹ Bkz. yukarıda § 6, III.

etmeme kavramı -ne kadar genişletilirse genişletilsin- koruma yükümlölüklerinin ifayla hiç ilgisi olmayan bir davranış sonucunda ihlâlini kapsamaz; örneğin, musluğu eksiksiz tamir eden tesisatçının ev sahibinin cüzdanını çalması, bir gereği gibi ifa etmeme hali oluşturmaz. Bu sebeple Türk/İsviçre hukukunda BK. m. 96 / OR m. 97'nin akdin müspet ihlâli hallerinin "tamamını" kapsadığı iddia edilemez. Başka bir deyişle, Türk/İsviçre hukuku bakımından ilgili madde hükümlerinin, Alman hukukundaki akdin müspet ihlâline benzer bir kuruma tam anlamıyla pozitif bir dayanak oluşturduğu söylenemez. Koruma yükümlölükleri hususunda akdin müspet ihlâlinin pozitif hukuktaki dayanağını, tıpkı culpa in contrahendo olduğu gibi, MK. m. 2/I oluşturur⁶¹².

Böylece akdin müspet ihlâli, sözleşme öncesi safha için geliştirilen koruma yükümlölüklerinin sözleşme sonrası safha için de kabul edilmesi anlamına gelir⁶¹³ ve culpa in contrahendo ile akdin müspet ihlâli kurumları, aynı bütünün -bütünsel koruma ilişkisi anlayışının- farklı görünümüleri olarak değerlendirilebilir⁶¹⁴. O halde koruma yükümlölüklerine aykırılık şeklinde ortaya çıkan akdin müspet ihlâli, BK. m. 96 anlamında bir gereği gibi ifa etmeme hali değil, taraflar arasında ilk işlem teması ile doğmuş olan ve sözleşmenin kurulmasından sonra artarak devam eden güven ilişkisinin bu safhadaki ihlâlini oluşturur.

⁶¹² CANARIS, JZ 1965, 477.

⁶¹³ CANARIS, JZ 1965, 476-477.

⁶¹⁴ THIELE, 653 vd.

3- Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Sözleşme Sonrasındaki Görünümü

Taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkan ve sözleşmenin kurulmasından sonra yoğunlaşarak devam eden güven ilişkisi, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin karşılıklı ifa ile sona ermesinden sonra da belli bir süre daha devam edebilir. Bu, taraflar arasındaki güven ilişkisinin, kuruluş ve nitelik itibarıyla edim ilişkisinden farklı olmasının bir sonucudur. Gerçekten edim ilişkisi, tarafların esaslı unsurlar üzerinde iradelerinin uyuşması, yani geçerli bir sözleşmenin kurulması ile ortaya çıkarken; güven ilişkisi, irade beyanlarından bağımsız olarak, hukuki işlem kurmaya yönelik ilk sosyal temasla doğar. Gereği gibi yapılan ifa, taraf iradelerine bağlı edim ilişkisinden doğan yükümlülükleri sona erdirir⁶¹⁵. Buna karşılık, taraflar arasında bir kere kurulmuş bulunan sosyal temas, ifa ile ortadan kaldırılamayacağına göre, böyle bir temastan doğan güven ilişkisi de ifa ile sona ermiş olmaz. Dolayısıyla edim ilişkisi sona erdikten sonra dahi koruma yükümlülükleri, bu tür yükümlülüklerin esasını oluşturan dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde ve "hal ve şartların uygun gösterdiği bir süre boyunca"⁶¹⁶ daha devam eder. Burada, özellikle "sözleşme sonrası sadakat yükümlülükleri (nachwirkende Treupflichten)" sözkonusudur⁶¹⁷. Doktrinde bu tür yükümlülüklere örnek olarak "kiraya verenin, taşınan doktorun veya avukatın yeni adresini içeren tabelaya belirli bir süre katlanma yükümü, vekilin sır saklama yükümü, işçinin işten ayrıldıktan sonra rekabet etmeme yükümü,

⁶¹⁵ EREN, 867-868.

⁶¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 13.

⁶¹⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 13; EREN, 41.

hava parası karşılığında işletmesini devredenın yakın çevrede rekabet etmeme yükümü"⁶¹⁸ gibi yükümlölükler gösterilmektedir. Aynı şekilde bir dükkândan alışveriş yaptıktan sonra henüz oradan ayrılmamış bir kimsenin üzerine düşen bir eşya ile veya kaygan zeminde kayarak yaralanması durumunda da, sözleşmenin ifasından sonraya sarkan bir koruma yükümlölüğünün ihlâlinden bahsedilebilir⁶¹⁹.

Sözleşmenin ifasından sonraya sarkan koruma yükümlölüklerinin ihlâli doktrinde, "culpa post contrahendum (sözleşmeden sonra kusur)" olarak adlandırılmakta ve akdi sorumluluğa tâbi tutulmaktadır⁶²⁰.

4- Edim Yükümlölüklerinden Bağımsız Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişileri Koruyucu Etkisi

Edim yükümlölüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin doğuşu, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla değil, tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine açılması sonucunu doğuran bir sosyal temasla (hukuki işlem temasıyla) olmaktadır⁶²¹. Söz konusu temasın böyle bir etki doğurmasının sebebi, tarafların birbirlerinin müdahalesine açtıkları hukuki değer ve menfaatlerinin karşı tarafça korunacağına duydukları haklı güvendir⁶²². O halde, söz konusu işlem teması sonucunda değer ve menfaatleri aynı şekilde karşı tarafın etkisine açılan ve bu değer ve menfaatlerinin karşı tarafça korunacağını beklemekte haklı olan diğer kimseler için de

⁶¹⁸ **SEROZAN**, İfa Engelleri, 219.

⁶¹⁹ Bkz. **AKYOL**, 53; **OĞUZMAN/ÖZ**, 36.

⁶²⁰ **SEROZAN**, İfa Engelleri, 219; **AKYOL**, 53-54. Oğuzman/Öz, burada "sözleşmenin ard etkisi"nden bahsetmekte ve bunu Latince "culpa post pactum perfectum (sözleşmenin tamamlanmasından sonraki kusur) olarak ifade etmektedir (**OĞUZMAN/ÖZ**, 35).

⁶²¹ Bkz. yukarıda § 6, IV, B.

⁶²² Bkz. yukarıda § 6, IV, C.

edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin varlığından bahsedilebilir. Bu durum, konusu koruma yükümlülüklerinden ibaret borç ilişkilerinin edim ilişkisinden, sadece doğuş ve geçerlilik yönünden değil, aynı zamanda taraf yönünden de bağımsız olmasının bir sonucudur. Gerçekten, edim ilişkisinin tarafları, böyle bir ilişkinin kurulması sonucunu doğuran karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sahipleridir; oysa edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, kişilerin hukuki değer ve menfaatlerini karşı tarafın etkisine açık hale getiren bir işlem teması ile doğduğuna göre, böyle bir borç ilişkisinin taraflarını da hukuki değer ve menfaatlerini karşı tarafın etkisine açmış olan ve bunların karşı tarafça korunacağına haklı olarak güvenen kişiler oluşturur⁶²³. Bu kişiler, kural olarak, edim ilişkisinin tarafları ile aynıdır; ancak, "edim ilişkisi yönünden" üçüncü kişi durumunda olan bazı kişilerin de edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin koruma kapsamına girmeleri mümkündür. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin, işlem teması dolayısıyla hukuki değer ve menfaatleri kurulmuş veya kurulması amaçlanan edim ilişkisinin tarafları ile aynı ölçüde etkiye açık hale gelen kimseleri de kapsamına alması, dürüstlük kuralının bir gereğidir⁶²⁴. Böylece "edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi" veya "üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkileri" sözkonusu olur.

⁶²³ "(Koruma ilişkisinin) taraflarının, edim ilişkisinin taraflarıyla aynı olması gerekmez; kurulması planlanan veya mevcut olan bir sözleşme bakımından güven ilişkisine dahil olan kişi korunmaya layıktır, koruma yükümlülüğü altında olan kişi ise kendi şahsı için güven yaratan kişidir" (CANARIS, JZ 1965, 480).

⁶²⁴ CANARIS, JZ 1965, 477 vd.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ve bunların konusunu oluşturan koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişiye yönelik etkisi, ilk kez, doktrinde "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)" olarak adlandırılan kurumla kabul edilmiştir⁶²⁵. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, "en basit bir değerlendirme ile, borçlunun koruma yükümlülüklerini alacaklıya karşı olduğu kadar, onun (alacaklının) koruma alanı içinde bulunan ve edime yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeye maruz olan üçüncü kişilere de yaymayı ifade eder"⁶²⁶. Burada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme sözkonusudur ve edim ilişkisi yönüyle sözleşme, sadece taraflar arasında hüküm ifade eder. Dolayısıyla edim yükümlülüklerinin ifası, tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme⁶²⁷ sözkonusu olmadıkça, edim ilişkisinin dışındaki kimseler tarafından talep edilemez. Ancak sözleşmenin aynı zamanda hukuki değer ve menfaatlerin karşılıklı etkiye açılması sonucunu doğuran bir güven ilişkisini ifade etmesi⁶²⁸, bu güven ilişkisine dayanan koruma yükümlülüklerinin, edim ilişkisi bakımından üçüncü kişi durumunda olan, fakat bu ilişkiden taraflar kadar etkilenen kişileri de kapsamına almasını gerektirir. Aksi bir

⁶²⁵ "Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme" kavramı, ilk kez Larenz tarafından kullanılmış ve borçlar hukuku öğretisine kazandırılmıştır (bkz. **LARENZ**, NJW 1960, 78 vd.). Bu konuda ayrıca bkz. **CANARIS**, JZ 1965, 477 vd.; **GERNHUBER**, 553 vd.; **SCHWAB**, 872 vd. Türk hukukunda bkz. **AKÜNAL**, 222 vd.; **ATAMER**, YD. 1996, 99 vd.; **KIRCA**, 70 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 19 vd.; **AKYOL**, 54-55; **OĞUZMAN/ÖZ**, 824-825.

⁶²⁶ **AKÜNAL**, 227.

⁶²⁷ Borçlar Kanunu m. 111'de düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme, "bir sözleşmede ifanın taraflarca üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırılmasıdır" (**EREN**, 1095). Burada üçüncü kişi, sözleşmenin tarafları dışında kalan, fakat lehine bir edim kararlaştırılmış olan kimsedir. Üçüncü kişinin, lehine kararlaştırılmış olan edimin ifasını talep yetkisine sahip olduğu durumlarda, "tam üçüncü kişi yararına sözleşme"den; aksi halde "eksik üçüncü kişi lehine sözleşme"den bahsedilir, (bkz. **EREN**, 1098 vd.).

⁶²⁸ Bkz. **CANARIS**, JZ 1965, 478.

anlayış, örneğin, kiralanan bir evin gerekli vasıflara sahip olmaması sebebiyle evde yaşayanların zarar görmesi durumunda, kira sözleşmesini akdeden -edim ilişkisinin tarafı olan- kişinin akdi tazminat alacaklısı olması; bu kişinin aynı evde yaşayan çocuklarının, eşinin, hizmetçisinin ise ancak haksız fiil hükümlerine başvurabilmesi sonucunu doğurur. Bunun gibi, eve tamirat için gelen ustanın, kendisiyle sözleşme akdeden ev sahibine ait cüzdanı çalmasının, akdin müspet ihlâli⁶²⁹; aynı evde yaşayan çocuğa ait cüzdanı çalmasının ise salt haksız fiil olarak değerlendirilmesi anlamına gelir ki, böyle bir sonuç, koruma yükümlülüklerinin dayanağını oluşturan güven esasıyla bağdaştırılamaz. Çünkü bu örneklerde kira veya istisna sözleşmesini akdeden kişi için sözkonusu edilen haksız fiil hukukunun ötesindeki korunma ihtiyacı, onunla aynı evde yaşayan kişiler için de aynen geçerlidir⁶³⁰. O halde bu gibi durumlarda borçlu ile "edim ilişkisi açısından" üçüncü kişi durumundaki kişiler arasında da, herhangi bir asli edim yükümlülüğü içermeyen, sadece koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisinin zararın vukuundan önce mevcut olduğu kabul edilmelidir⁶³¹. Böylece, ustanın gereği

⁶²⁹ Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

⁶³⁰ **CANARIS**, FS Larenz, 88; **ATAMER**, YD. 1996, 111.

⁶³¹ Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 20. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin, taraflar arasındaki koruma ilişkisinin edim ilişkisi dışındaki üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişlemesinden mi ibaret olduğu; yoksa edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak doğrudan üçüncü kişi ile borçlu arasında mı doğduğu hususu, doktrinde bu konuyu izah ederken kullanılan kavramların net olmaması sebebiyle belirsizdir (benzer değerlendirme için bkz. **ATAMER**, YD. 1996, 112, 114). Koruma yükümlülüklerinin üçüncü kişi ile borçlu arasında doğduğu kabul edildiğinde, üçüncü kişi olarak ifade edilen zarar görenin, sadece edim ilişkisi açısından üçüncü kişi olduğu, koruma ilişkisi açısından ise doğrudan alacaklı durumunda bulunduğu görülür (**OĞUZMAN/ÖZ**, 825 dpn. 100). Bu bakımdan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramının ne derece isabetli olduğu tartışılabilir ise de, "varılacak sonuçlar açısından herhangi bir farkın doğmaması, bu konudaki tartışmaları lüzumsuz kılmaktadır" (**ATAMER**, YD. 1996, 112). Kanaatimizce üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun, bu şekilde ifade edilmesinde,

gibi takmadığı bir gaz saatinden sızan gazın infilakı sonucunda yaralanan evdeki hizmetçi⁶³²; kiralanan araçtaki bozukluğun bir kazaya yol açması halinde, kiralayan kişinin yanında zarara uğrayan arkadaşları⁶³³; eğlence amacıyla kiralanan bir salonda eğlenceye katılan, fakat salonun kullanıma elverişli olmaması sebebiyle burada zarar gören kişiler⁶³⁴, haksız fiil hükümlerine başvurmak zorunda kalmayarak akdi tazminat alacaklısı olabilirler⁶³⁵. Edim ilişkisinin borçlusu ile edim ilişkisi yönünden üçüncü kişi durumunda olan zarar görenler arasındaki bu borç ilişkisi de, edim ilişkisinden bağımsızdır⁶³⁶; dolayısıyla burada asli edim yükümlülüklerini içeren borç ilişkisinin geçerli olup olmamasının veya sonradan ortadan kalkmasının bir önemi yoktur⁶³⁷. Çünkü, burada ne üçüncü kişiye asli edimi talep yetkisi veren bir üçüncü kişi lehine

söz konusu kavramı ilk kullanan Larenz'in, sözleşmenin kurulmasından sonra koruma yükümlülüklerinin bağımsızlıklarını kaybederek sözleşmenin içeriğine dahil oldukları yönündeki görüşünün (dönüşme teorisi, bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2) ve böylece meseleye edim ilişkisi açısından yaklaşmasının etkisi olmuştur. Türk hukukunda Eren'in görüşü, Larenz'in bakış açısına yakın görünmektedir: "Üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkileri, tali nitelikte borç ilişkileridir. Bunların doğması için daima temel, asli nitelikte bir borç ilişkisinin mevcut olması gerekir. Esasen üçüncü kişilere karşı koruma yükümlerinin kaynağını da bu asli (temel) borç ilişkisi oluşturmaktadır" (EREN, 42).

⁶³² Bkz. AKÜNAL, 228'de anılan Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı.

⁶³³ SEROZAN, 114 dph. 18'de anılan Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı.

⁶³⁴ Bkz. KIRCA, 73'de anılan Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı.

⁶³⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 20. Akünal, işverenin işçilerin taşınması veya bir derneğin, düzenlediği geziye katılanların gezi alanına götürülmeleri için tuttuğu aracın kaza yapması sonucunda zarara uğrayanları; yahut kocanın eşini, babanın çocuğunu, işverenin işçisini tedavi ettirmek üzere akdettikleri sözleşmelerde zarara uğrayan eş, çocuk, işçiyi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında akdi tazminat alacaklısı olarak göstermektedir (bkz. AKÜNAL, 229). Kanaatimizce bu gibi durumlarda üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsetmek daha isabetli olur.

⁶³⁶ CANARIS, JZ 1965, 478.

⁶³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 21.

sözleşme vardır⁶³⁸; ne de "sözleşme taraflarının birbirlerine karşı borçlandıkları koruma yükümlülüklerinden yine korunmaya lâyık gördükleri bazı üçüncü kişileri de faydalandırma konusundaki iradeleri"⁶³⁹ sözkonusudur. Burada, tıpkı taraflar arasındaki edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri gibi, kaynağını, taraf iradelerinden değil, MK. m. 2/T'den alan bir borç ilişkisi vardır⁶⁴⁰. Bu sebeple, üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmeden bahsedebilmek için, borçlunun, sözleşmenin diğer tarafına karşı olduğu gibi, üçüncü kişiye karşı da koruma ve özenle yükümlü olduğunun dürüstlük kuralı gereğince kabul edilebilmesi⁶⁴¹ yeterlidir. Bu noktada doktrin ve uygulamanın

⁶³⁸ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelere ilişkin meseleler, Alman hukuk uygulamasında önceleri "üçüncü kişi lehine sözleşme" hükümlerinin genişletici yoruma tâbi tutulması ile çözüme kavuşturulmuştur (**OĞUZMAN/ÖZ**, 824). Bu, taraflar arasındaki sözleşmenin üçüncü şahıs lehine zımni bir şartı da ihtiva ettiğinin kabulü ile sağlanmıştır. Oysa böyle bir kabul, hem sözleşme hukukunun ilkeleriyle bağdaşmayan bir "varsayım"dan ibarettir; hem de, böyle bir "varsayımın" doğruluğu kabul edilse dahi, her iki kurum arasındaki çok temel bir farkın göz ardı edilmesi sonucunu doğurur. Gerçekten üçüncü kişi lehine sözleşmede borçlu, üçüncü kişiye karşı asli edimi borçlanmıştır, dolayısıyla üçüncü kişinin talebi, asli edimin ifasına ilişkindir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise üçüncü kişinin, asli edime ilişkin bir ifa talebi değil, sadece koruma yükümlülüklerinin ihlâli halinde uğradığı zararın tazmini (tali yükümlülük) talebi sözkonusudur. Bu konuda ayrıca bkz. **KIRCA**, 84 vd.

⁶³⁹ **ATAMER**, YD. 1996, 109. Larenz, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşünü ilk ortaya attığında, böyle bir sözleşmeyi, asıl sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun yapılan bir yorum (BGB §157) ile tamamlanmasına dayandırmıştır. Buna göre, tarafların üçüncü kişiyi sözleşmenin koruyucu etkilerinden yararlandırmak hususunda gerçek iradelerinin bulunmaması halinde, "sözleşmenin amacı göz önünde tutularak dürüstlük kuralına göre yorumlanıp tamamlanması suretiyle bulunacak farazi iradeleri esas alınacaktır" (**LARENZ**, NJW 1956, 1193. **AKÜNAL**, 231'den naklen). Ancak sözleşmenin yorumundan böyle bir sonuca ulaşılabileceği fikri, doktrinde haklı olarak eleştirilmiş (bkz. **GERNHUBER**, 555); bu eleştiriler sonucunda Larenz de görüşünü değiştirmiştir (**ATAMER**, YD. 1996, 109). Bu konuda ayrıca bkz. **KIRCA**, 87 vd.

⁶⁴⁰ **CANARIS**, JZ 1965, 478; **KIRCA**, 103; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 20.

⁶⁴¹ **KIRCA**, 99-100. Canaris bu durumu, üçüncü kişinin, alacaklı ile borçlu arasındaki güven ilişkisine dahil olması, şeklinde ifade etmektedir (bkz. **CANARIS**, JZ 1965, 480).

dürüstlük kuralı uyarınca koruma yükümlülüklerinin kapsamına dahil ettiği üçüncü kişiler, edime yakın bulunan, dolayısıyla edimin getirdiği tehlikelere alacaklı kadar maruz kalan⁶⁴²; alacaklının menfaatlerine paralel menfaatlere sahip⁶⁴³ ve koruma yükümlülüklerinin kapsamına alacaklı gibi dahil edilmesi gerektiği borçlu tarafından öngörülebilir olan üçüncü kişilerdir⁶⁴⁴. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler, Türk hukuk doktrin⁶⁴⁵ ve uygulamasında⁶⁴⁶ da önemli ölçüde kabul görmüştür.

⁶⁴² Bu noktada özellikle Alman hukuk uygulamasında "edimin getirdiği tehlikeler"in, sadece bütünlük menfaatine ilişkin tehlikeler olarak anlaşılmadığı; üçüncü kişinin salt malvarlığına ilişkin olarak ortaya çıkan zararların da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında giderilmesine imkân verildiği görülmektedir. Gerçekten Alman Federal Mahkemesi, 1966 yılında verdiği bir kararda, murise karşı resmi vasiyetname yapılmasını sağlama borcunu üstlenen bir avukatın bu borcunu zamanında yerine getirmemesi ve vasiyetnamenin hazırlanmasından önce murisin ölmesi sebebiyle mirasçının uğradığı malvarlığı zararının tazminine ilişkin talebi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak kabul etmiştir (**MEDICUS**, AT, 294'te anılan karar. Bu karar için ayrıca bkz. **ATAMER**, YD. 1996, 118; **KIRCA**, 75 vd.) Böylece öğretide -sadece koruma yükümlülüğünün değil- asli edimin ihlâl edildiği durumlarda da üçüncü kişinin uğradığı zararların (saf malvarlığı zararlarının) "üstlenilen edim yükümlülüğünün çeşitine bağlı olarak" tazmin ettirilebileceği fikri oluşmuştur (**MEDICUS**, AT, 294). Buna göre "edim yükümlülüğünün ihlâlinin özellikle üçüncü kişiye zarar vereceğinin belli olduğu ve alacaklının doğrudan üçüncü kişinin tazminat hakkı sahibi olmasında menfaati bulunduğu haller için üçüncü kişiye böyle bir tazminat hakkı tanınmaktadır" (**ATAMER**, YD. 1996, 119).

⁶⁴³ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler bakımından alacaklı ve üçüncü kişinin menfaatlerinin aynı istikamette olması hususu, bu tür borç ilişkileri ile "üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu" arasındaki ince ayrımı oluşturmaktadır. Bkz. ileride § 9, II.

⁶⁴⁴ **KIRCA**, 107; **ATAMER**, YD. 1996, 114 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 21-22; **MEDICUS**, AT, 292 vd.

⁶⁴⁵ Bkz. yukarıda dpn. 625'de adı geçen yazarlar. Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahsın Zararı, 365. Tandoğan bu eserinde esas olarak, bir borç ilişkisinde alacaklı yerine zarara uğrayan üçüncü kişinin zararının "alacaklı tarafından" tazmin ettirip ettiremeyeceğini yani "dar anlamda üçüncü şahsın zararının tazmini meselesi"ni ele almış; ayrıca, üçüncü kişinin "kendisinin" akdi sorumluluğa dayanarak tazminat talep edip edemeyeceği hususuna da değinmiştir. Buna göre, borç ilişkisinin niteliği icabı edimin ifasına bağlı olan tehlikeler, alacaklı için olduğu gibi onun çevresinde bulunan bazı üçüncü kişilerin de şahıs ve mal varlıklarını tehdit ediyorsa, ifanın gereği gibi yapılmamasından dolayı zarara uğrayan bu üçüncü

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu ve bunun dayandığı temel fikir bir kere kabul edilince, henüz geçerli bir sözleşmenin kurulmamış olduğu culpa in contrahendo sorumluluğu safhasında da, sözleşme görüşmecilerinin dışında kalan, fakat işlem teması sebebiyle hukuki değer ve menfaatleri bu kişiler kadar etkiye açık hale gelen kimselerin de culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamına dahil edilmeleri mümkün olur⁶⁴⁷. Gerçekten, madem ki geçerli bir sözleşmenin devamı sırasında - sınırlarını belirlediğimiz- üçüncü kişilere karşı olan koruma yükümlülükleri, tıpkı taraflar arasındaki koruma yükümlülükleri gibi, edim ilişkisinden bağımsız olarak MK. m. 2/I uyarınca ortaya çıkmaktadır; o halde bu kişilere karşı olan koruma yükümlülüklerinin de edim ilişkisinin öncesine, yani bu kişilerin hukuki değer ve menfaatlerinin karşı tarafın etkisine açılması sonucunu doğuran ilk işlem teması aşamasına çekilmesi, tutarlı bir düşüncenin gereğidir. Örneğin, mevcut bir sözleşme

kişiler de doğrudan doğruya borçludan tazminat isteyebilirler (bkz. **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahsın Zararı, 365).

⁶⁴⁶ 06.05.1992 tarih ve E. 92/13-213 K. 92/315 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre: " ... koruma yükümleri sayesinde, borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da hiç bir edim yükümü ihtiva etmeyen sadece koruma yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi oluşur. Bir başka ifadeyle, söz konusu borç ilişkisi üçüncü şahıslar üzerinde tesir icra eden, üçüncü şahsı koruyucu etki doğuran bir borç ilişkisidir ve bu borç ilişkisinin kaynağı MK.nun 2. maddesidir.

Olayda davacı, satım akdindeki alıcının yardım talebi üzerine onun evine yardıma gelmiş ve hemen gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu tüp patlamış ve davacı yaralanmıştır. Burada borç ilişkisinin bünyesi gereği, edime bağlı olan bir takım tehlikelerin, en az tüpü satın alan kadar üçüncü kişi konumunda olan davacıyı da tehdit etmesi durumu söz konusudur Zira davacı olayda alıcıya yardıma gelmekle alıcıyla satıcı arasında mevcut olan borç ilişkisinin güven ortamına dahil olmuştur Bir başka ifadeyle burada, Kanun (MK. m. 2) gereğince borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar, borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da, hiç bir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi oluşmuştur".

⁶⁴⁷ **CANARIS**, JZ 1965, 478, 482; **CANARIS**, FS Larenz, 88.

uyarınca dikilen perdeleri takmak için eve gelen perdecı çırağı, ev sahibinin çocuğunu üzerine merdiven düşürerek yaraladığında, ocuk, nasıl üçüncü kişiye koruyucu etkili sözleşme kapsamında akdi tazminat alacaklısı olur ve perdecı, BK. m. 55 değıl, BK. m. 100 uyarınca sorumlu tutulursa; henüz sözleşme kurulmamışken sadece l alıp fiyat vermek için eve gelen perdecı çırağının benzer bir zarara yol aması durumunda da aynı hükümler uygulanabilir. Keza, satın almayı düşündüğü bir arabayla deneme sürüşü yapan kişinin arabadaki bir arıza sebebiyle oluşan kazada uğradığı zararlar nasıl sözleşmeye aykırılık hükümlerince tazmin ettirilirse, bu kişinin yanındaki karısının uğradığı zararlar da aynı şekilde tazmin ettirilebilir⁶⁴⁸. Bu durum, üçüncü kişiye koruyucu etkili sözleşme olarak değıl, "sözleşme öncesi safhada üçüncü kişiye koruyucu etkili borç ilişkisi" veya "culpa in contrahendonun üçüncü kişiye koruyucu etkisi" şeklinde ifade edilebilir⁶⁴⁹.

Böylece, sözleşmenin kurulmasından önce ilk işlem temasıyla başlayan, geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yoğunlaşarak devam eden, hatta bazı durumlarda edim borcunun ifa ile sona ermesine rağmen belli bir süre daha varlığını sürdüren edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin, tüm bu safhalarda, dürüstlük kuralı gereğince alacaklı kadar güven ilişkisine dahil olan diğerk kişileri de kapsadığının kabulü, bütünsel koruma ilişkisi anlayışının kaçınılmaz bir sonucu olarak belirir. Nitekim Almanya'da, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile değışik BGB §311'e eklenen son fıkra, §241/II anlamında (koruma yükümlülüklerini içeren) bir borç ilişkisinin, kendisi sözleşmenin tarafı olmayan kişilere karşı da ortaya

⁶⁴⁸ KOCAYUSUFPAşAOĞLU, 23 dpn. 47.

⁶⁴⁹ KIRCA, 100 dpn. 539; KOCAYUSUFPAşAOĞLU, 23 dpn. 47.

çıkabileceğini hükme bağlamış; böylece edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisini açıkça kabul etmiştir⁶⁵⁰.

V- EDİM YÜKÜMLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİNİN İHLÂLİNDEN DOĞAN SORUMLULUK: GÜVEN SORUMLULUĞU

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri teorisinin özelliği, böyle bir borç ilişkisinin kabul edildiği durumlarda, bu ilişkinin ihlâlinin ne tür bir sorumluluğa yol açacağı hususunda kendisini gösterir. Gerçekten edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin ihlâli, ne haksız fiil olarak nitelendirilebilir; ne de böyle bir ihlâl, herhangi bir sözleşmenin ihlâline bağlanabilir. Çünkü hem taraflar arasında haksız fiil hukukunun gerektirdiğinin ötesinde dikkat ve özen borcunu haklı kılan bir güven ilişkisi (özel bağlantı) kurulmuştur; hem de ortada mevcut bir sözleşme yoktur ya da mevcut sözleşmenin tarafları ile edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin tarafları aynı değildir. Böylece edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ihlâli durumunda, kanunda düzenlenmiş sorumluluk tipleriyle tam olarak örtüşmeyen

⁶⁵⁰ Bununla beraber sözkonusu fıkranın ikinci cümlesi, böyle bir borç ilişkisinin, özellikle üçüncü kişinin kendisi için özel ölçüde bir güven sağladığı ve bu sayede sözleşme görüşmelerine veya sözleşmenin kurulmasına dikkate değer bir etki yaptığı durumlarda ortaya çıktığını hükme bağlamaktadır. Bu noktada Alman kanun koyucusunun "üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkileri" ile "üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu"nu birbirine karıştırdığı veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkilerini yanlış bir yerde düzenlediği yahut bu düzenlemenin amacının aslında üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkilerini kapsama almak olmadığı ileri sürülebilir. Alman hukukunda bu maddeye ilişkin olarak ileri sürülen çeşitli görüşler için bkz. **KIRCA**, 175 dñn. 945.

bir sorumluluk hali karşımıza çıkmaktadır. Bu sorumluluk hali, doktrin ve uygulamada "güven sorumluluğu (Vertrauenshaftung)" olarak adlandırılmıştır⁶⁵¹.

Güven sorumluluğu, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin esasını oluşturan güven fikrinden hareketle oluşturulmuş bir sorumluluktur⁶⁵². Buna göre güven sorumluluğunu doğuran vâkıa, aralarında belli ölçüde bir güven ilişkisi kurulmuş bulunan kimselerin bu güven ilişkisine dayanan beklentilerinin, yani haklı güvenlerinin boşa çıkarılmasıdır⁶⁵³. Burada zarara uğrayan kişinin boşa çıkarılan güveni, taraflar arasındaki geçerli bir edim ilişkisinden (edim ilişkisi anlamında sözleşmeden) doğan güven kadar yoğun değildir; bununla beraber, sözkonusu güven, haksız fiil hukuku sahasında görülen genel, soyut, varsayımsal bir güvenin de

⁶⁵¹ Güven sorumluluğunun, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin veya bunun konusunu oluşturan koruma yükümlülüklerinin ihlâlinden doğan bir sorumluluk olduğu hakkında bkz. **MOSER**, 116 vd.; **KIRCA**, 137; **GÜRPINAR**, 218; **ARAL**, 118. Güven sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. **CANARIS Claus-Wilhelm**, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münschen 1971; **FEHLMANN Regula**, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Sankt Gallen 2002; **BUCHER Eugen**, "Die Obligations-Entstehungsgründe ausserhalb von Verträgen und Delikten", Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, 25 vd.; **BUCHER Eugen**, "Was soll man aus einem Fall von Putativ-Vertrauenshaftung lernen kann", Recht 2001, 65-81; **BERGER Bernhard**, "Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung", Recht 2002, 201 vd.; **HOHLOCH Gerhard**, "Vertrauenshaftung – Beginn einer Konkretisierung", NJW 1979, 2369 vd.; **KOSTKIEWICZ J. Kren**, "Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR", ZBJV 2001, 161 vd.; **WALTER Hans-Peter**, "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts", ZSR 2001, 79 vd.; **WALTER Hans-Peter**, "Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages", ZBJV 1996, 273 vd.; **WERRO Franz**, "Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung –braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung", Recht 2003, 12 vd.; **WIDMER Corinne**, "Vertrauenshaftung -von der Gefährlichkeit des Überflüssigen", ZSR 2001, 101 vd.

⁶⁵² **BUCHER**, Obligationsentstehungsgründe, 42.

⁶⁵³ **FEHLMANN**, 5.

üzerindedir⁶⁵⁴. Böylece kanunun, sözleşme ve haksız fiil arasında kalan bu sorumluluk sahasına uygulanacak hükümler bakımından her hangi bir düzenleme içermediği, dolayısıyla bu konuda bir kanun boşluğunun bulunduğu görülür⁶⁵⁵. Söz konusu kanun boşluğu, 1900'lü yıllardan günümüze kadar gelen özellikle culpa in contrahendo vâkıalarının çözümüne ilişkin yargı içtihatlarıyla, başka bir deyişle "hakimin yarattığı hukukla" doldurulmuş⁶⁵⁶ ve bu içtihatlar ile bunları destekleyerek geliştiren doktrinel görüşler sayesinde "haklı güvenin boşa çıkarılmasından doğan bir sorumluluk anlayışı", uzun süreden beri hukuk literatüründe yer bulmuştur⁶⁵⁷. Bununla beraber, culpa in contrahendo sorumluluğunu da içine alan, fakat kapsamı ondan daha geniş bir güven sorumluluğu anlayışının, diğer sorumluluk türlerinden bağımsız ve genel bir sorumluluk türü olarak değerlendirilmesi, hukuk doktrin ve uygulamasında yenidir⁶⁵⁸. Bu bakımdan güven sorumluluğunun, edim ilişkisinden bağımsız kanuni koruma yükümlülüklerinin ihlâlîne bağlanan sorumluluğun geliştirilerek, genel ve bağımsız bir sorumluluk tipine dönüştürülmesinden ibaret olduğu söylenebilir.

Haklı güvenin ihlâlinden doğan sorumluluğu, unsurları ve kapsamına aldığı vâkıalar bakımından sistematize eden ve böylelikle, sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının yanında üçüncü bir genel sorumluluk türü olarak ele alan ilk yazar, Alman hukukçu Canaris'tir. Gerçekten Canaris, hem kendi başlarına ayrı bir gelişim süreci izlemiş olan culpa in contrahendo, akdin müspet ihlâlî ve üçüncü kişiyi koruyucu

⁶⁵⁴ **SEROZAN**, İfa Engelleri, 213.

⁶⁵⁵ **BERGER B.**, 206.

⁶⁵⁶ **KIRCA**, 141.

⁶⁵⁷ **BUCHER**, Recht 2001, 73.

⁶⁵⁸ **BUCHER**, Recht 2001, 73; **KIRCA**, 138.

etkili sözleşme kurumlarını, "kendilerini doğuran ihtiyaç" ve "yöneldikleri amaç birliği"⁶⁵⁹ doğrultusunda, tek bir bütünsel koruma ilişkisi çatısı altında toplayarak⁶⁶⁰; hem de haklı güvenin korunması olgusunu, şart ve unsurları genel hatlarıyla belirli tek tip bir sorumluluk anlayışına dönüştürerek⁶⁶¹, güven sorumluluğu öğretisine en önemli katkıyı yapmıştır.

Canaris, güven sorumluluğuna esas teşkil eden güvenin korunması olgusunu, "pozitif güven koruması (positiver Vertrauensschutz)" ve "negatif güven koruması (negativer Vertrauensschutz)" olmak üzere ikiye ayırmaktadır⁶⁶². Buna göre güvenen kişinin güvenine uygun bir talep hakkı elde ettiği durumlarda pozitif güven korumasından bahsedilir⁶⁶³. Burada güvenen kişinin, güvendiği durum muhafaza edilerek veya güvenine uygun hale getirilerek hak kaybına uğraması engellenmektedir. Sözleşmenin kurulmasında irade beyanlarının veya kurulmuş bir sözleşmenin yorumlanmasında güven teorisine başvurulması⁶⁶⁴; görünüşte temsil yetkisine sahip bir

⁶⁵⁹ SEROZAN, 112 dpn. 13.

⁶⁶⁰ Bkz. CANARIS, JZ 1965, 475 vd.

⁶⁶¹ Bkz. CANARIS Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münschen 1971.

⁶⁶² Bkz. CANARIS, Vertrauenshaftung, 5.

⁶⁶³ CANARIS, Vertrauenshaftung, 5; FEHLMANN, 61; MOSER, 76; BERGER B., 206.

⁶⁶⁴ Sözleşmenin kurulmasında irade beyanlarının güven teorisine başvurulması, mevcut bir irade beyanına beyan sahibi ile muhatabın farklı anlamlar yüklemesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın, dürüstlük kuralı ve güven ilkeleri esas alınarak çözümlenmesini ifade eder (bkz. VELİDEDEOĞLU, 328; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 124; EREN, 139). Buna göre örneğin, bir çalışma masası yaptırmak isteyen müşterinin bunu yanlışlıkla yemek masası olarak ifade etmesi durumunda marangoz, dürüst, makul, orta zekalı bir muhatap gibi davranmasına ve bildiği veya bilmesi gereken diğer şartları da göz önünde bulundurmasına rağmen müşterinin gerçekte çalışma masası yaptırmak istediğini anlayamamışsa, marangozun geçerli bir sözleşmenin mevcudiyetine dair güveni, "normatif anlamda korunmaya değer bir güven"dir ve bu güven, sözleşmenin onun anladığı biçimde kurulması yoluyla korunur (pozitif güven

kimsenin iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin, o kişiye görünüşte temsil yetkisi veren kimseyi bağlaması⁶⁶⁵; aynı şekilde, açıkça veya zımnen verdiği temsil yetkisini üçüncü kişilere bildiren temsil olunanın, daha sonra bu yetkiyi geri alması, fakat geri alma işlemini üçüncü kişilere bildirmemesi halinde, geri almanın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi (BK. m. 34/III); şekil noksanlığına karşı tarafı aldatarak kasden sebep olan tarafın, daha sonra bu noksanlığa dayanarak işlemin butlanını ileri sürememesi⁶⁶⁶; tapu siciline tescil edilen hususların doğruluğuna

koruması). Buna karşılık müşterinin iradesini doğru beyan etmesine rağmen, marangoz dikkatsizliği sebebiyle onu yanlış anlamışsa yahut müşteri iradesini yanlış beyan etse de, marangozun daha önceden bildiği veya bilmesi gereken şartları göz önünde bulundurarak gerçek iradeyi anlaması mümkün idiyse, normatif anlamda korunmaya layık olan güven, marangozun güveni değil; müşterinin, çalışma masası yapımına ilişkin geçerli bir sözleşme kurulduğuna dair güvenidir. Böylece sözleşme, müşterinin iradesi üzerinden kurulmuş ve onun lehine bir pozitif güven koruması gerçekleştirilmiş olur. Konuya ilişkin çeşitli örnekler için bkz. **EREN**, 144 vd.

⁶⁶⁵ Pozitif güven korumasının sözkonusu olduğu "görünüşte temsil yetkisi (Anscheinsvollmacht)", yetkisiz temsil durumundan farklıdır. Burada bir kimsenin, üçüncü kişiler nezdinde, "başka birine temsil yetkisi vermiş olduğu yolunda bir görünüş yaratması" sözkonusudur. Bu şekilde, "bir başkasına temsil yetkisi verdiği yolunda bir hukuki görünüş yaratan kimse, bu görünüşe iyi niyetle güvenen üçüncü kişilere karşı, görünüşte temsilcinin kendi adına yaptığı işlemlerden sorumlu olur" (**KUTLU SUNGURBEY**, 40); başka bir deyişle, onun bu davranışı, "maddi bir fiille verilmiş temsil yetkisi" yerine geçer (**EREN**, 394). Böylece "hukuki görünüş yaratan kimse, temsil yetkisi vermemiş olduğunu ya da verdiği temsil yetkisinin sınırlı olduğunu ileri sürememekte, kendi adına yapılmış bulunan hukuki işlemlerden sorumlu tutularak, bu hukuki görünüşe iyiniyetle güvenen üçüncü kişiler korunmaktadır" (**SUNGURBEY İsmet**, Medeni Hukuk Sorunları, I, İstanbul 1973, 90-97, **KUTLU SUNGURBEY** 40'dan naklen). Ancak Kutlu Sungurbey, görünüşte temsil yetkisi verme durumunda iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasını, negatif güven korumasının tipik bir örneğini oluşturan culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandırarak (bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 41), pozitif güven koruması ile negatif güven koruması arasındaki farkı gözden kaçırmıştır.

⁶⁶⁶ Bkz. ileride § 7, III, B, 1, a.

güvenerek hareket eden iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması (MK. m. 1023)⁶⁶⁷; menkul bir mal üzerindeki ayni hakkı, emin sıfatıyla zilyet olan, fakat tasarruf yetkisi bulunmayan kimseden kazanan iyiniyetli kişinin, bu kazanımının korunması (MK. m. 988)⁶⁶⁸; kamu itimadına mazhar olan kıymetli evrakta, bu evrakın içerdiği hususların gerçekten mevcut olduğuna, evrakta görünmeyen hususların ise mevcut olmadığına dair iyiniyetli üçüncü kişilerin güvenlerinin ve buna bağlı iktisaplarının korunması⁶⁶⁹ ve

⁶⁶⁷ "Tapu kütüğüne itimat prensibi" olarak adlandırılan bu durum, Medeni Kanunun 1023. maddesinde "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu prensibin bir sonucu olarak, iyiniyetli müktesiplerin bu şekilde yani güvendikleri durumun muhafaza edilmesi yoluyla korunmaları (pozitif güven koruması), "tescilin müspet hükmü"ne işaret eder. "Zira bu gibi hallerde, gerçek hak durumunu göstermeyen yolsuz tescilden de müspet bir sonuç doğmakta; yolsuz tescil, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade etmekte, onların ayni hak iktisaplarına imkân vermektedir" (ÜNAL/BAŞPINAR, 316).

⁶⁶⁸ Menkul mallarda zilyetlik, zilyedin o mal üzerinde iddia ettiği hakka sahip olduğu yönünde bir karine oluşturan hukuki bir durum, "görünüş"tür, (zilyetliğin hukuki niteliği hakkında bkz. ÜNAL, 80 vd.). Bu hukuki durum uyarınca "herkes, zilyedi, zilyetliğinde bulundurduğu menkul eşya üzerinde iddia ettiği gibi bir aynî veya şahsî hakka sahip olduğunu kabul etmekte ve buna göre onunla hukuki ilişkilere girişmekte haklıdır" (ÜNAL/BAŞPINAR, 119). O halde sahibi olduğu bir menkulün zilyetliğini başka bir kimseye iradesiyle bırakan kişi, o kimseyi, iyiniyetli üçüncü kişiler açısından "mal üzerinde iddia ettiği hakka sahip olduğu varsayılan" bir konuma getirmiş olmakta; başka bir deyişle, menkulünü tevdi ettiği kimse lehine bir hak karinesinin işlemesine yol açmaktadır. Bu sebeple, menkul kendisine tevdi edilmiş olan kişi (emin sıfatıyla zilyet), zilyetlik dolayısıyla lehine işletilen karineden yararlanıp malikmiş gibi davranır ve menkulü iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrederse, iyiniyetli üçüncü kişinin bu iktisabı korunur (MK. m. 988). Görüldüğü gibi burada menkulünü başka bir kimseye devrederek onun lehine bir hak karinesi işletilmesine yol açan malikin, bundan sorumlu tutulması sözkonusudur (aynı doğrultuda bkz. BERGER B., 209). Ancak bu sorumluluk, pozitif güven korumasına yol açtığından, sorumluluk süjesine, iyiniyetli üçüncü kişilerin zararının tazmini yükümlülüğünü değil; bu kişiler nezdinde güven uyandırıcı bir davranışta bulunmanın sonuçlarına katlanma yükümlülüğünü yüklemektedir.

⁶⁶⁹ Kıymetli evrak hukukunda iyiniyetli üçüncü kişilerin bu şekilde korunması, kamu itimadına mazhar senetler için geçerli olan "görünüşe itimat ilkesi"nin bir sonucudur. Bu ilke uyarınca, hamil, "senedi

benzer durumlarda, güvenen kişinin güvendiği hukuki duruma uygun hale getirilerek veya güvendiği durum muhafaza edilerek korunması sözkonudur⁶⁷⁰. Buna karşılık, bazı durumlarda güvenin korunması, güvenen kişinin güvendiği duruma uygun hale getirilmesiyle değil, güvendiği duruma güvenmemiş olsa idi bulunacağı duruma uygun hale getirilmesiyle gerçekleştirilir. Bu sonuç, haklı güveni boşa çıkan kişiye bundan

kendisine devreden kimsenin haiz olduğu hakları değil, senette yazılı hakları iktisap eder" (**ÖZTAN F.**, 37). Görünüşe itimat ilkesinin bir diğer sonucu, kıymetli evrakın rızası dışında elinden çıktığı durumlarda dahi keşidecinin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı senet borcunu ödemekle yükümlü olmasıdır. Çünkü keşideci, "bir senet tanzim etmek suretiyle, bütün sonuçlarını bilerek, iyiniyetli üçüncü şahısların itimat duyurak iktisap işlemine girişmelerini mümkün kılan bir görünüm yaratmış(tır)" (**ÖZTAN F.**, 27-28). Söz konusu bu görünüm sebebiyle, keşideci ve lehtar arasında senedin verilmesine ilişkin aynı bir akit bulunmasa bile, bu senet kendisine devredilmiş iyiniyetli üçüncü kişinin senedin geçerliliğine ve senedi kendisinden devraldığı kimsenin meşru hamil olduğuna dair inancı korunur (**ÖZTAN F.**, 28).

⁶⁷⁰ Pozitif güven korumasına örnek olarak gösterdiğimiz bu hallerde, esas olarak, belli bir hukuki görünüşe duyulan güvenin korunması, yani "hukuki görünüş sorumluluğu (Rechtsscheinhaftung)" sözkonusudur. Gerçekten doktrinde hukuki görünüş sorumluluğu, güvenen kişiyi, varlığını kabul ettiği hukuki durum gerçek olsaydı bulunacağı duruma getirme yükümlülüğü olarak tanımlanmakta (**BERGER B.**, 206; ayrıca karş. **KIRCA**, 135); böylece hukuki görünüş sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerle pozitif güven korumasının söz konusu olduğu haller birbirleriyle örtüşmektedir. Ancak Canaris, pozitif güven korumasına, hukuki görünüş sorumluluğunun yanı sıra, "hukuk etiğinin gerektirdiği güven sorumluluğu (Vertrauenshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit)" adı altında bir kategoriye daha dahil etmektedir (bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 266 vd). Canaris'in bazı hileli veya çelişkili davranışlardan sorumluluğu örnek olarak gösterdiği bu tür bir güven sorumluluğu, sadece, BGB §242 (MK. m. 2/II)'de ifadesini bulan güven düşüncesinin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla tesis edilmiş bir sorumluluktur ve bu gibi hallerde pozitif güven korumasına gidilip gidilemeyeceğine, her bir somut olay bakımından tüm şartlar dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda hükmedilir (**MOSER**, 77). Nitekim Türk hukukunda da önceki davranış ile çelişki (venire contra factum proprium) oluşturan durumlarda güven korumasının güvenilen duruma uygun hale getirilerek (pozitif koruma) mi, yoksa sadece uğranılan zarar tazmin ettirilerek (negatif koruma) mi gerçekleştirileceği hususunda "her olay için ayrı çözüm" yoluna gidilmesi gerektiği savunulmaktadır (bkz. **AKYOL**, 60-61). Buna göre örneğin, şekil eksikliğine sebebiyet vermiş kişinin sonradan bu eksikliği ileri sürerek ifadan kaçınması durumunda pozitif koruma, sözleşmenin âkim bırakılması halinde ise negatif koruma söz konusu olmalıdır (bkz. **AKYOL**, 61). Başka örnekler için ayrıca bkz. **AKYOL**, Eren'e Armağan, 81 vd.

dolayı uğradığı zararların giderilmesi için bir tazminat hakkı tanınmasıyla sağlanır ve negatif güven koruması olarak adlandırılır⁶⁷¹. O halde negatif güven koruması, esasen, yaratılan duruma haklı olarak güvenen kişinin bu güveninin boşa çıkması sonucu uğradığı zararların tazmini meselesine ilişkindir. Kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden kişinin, kendini ehil göstererek sözleşme yapan ehliyetsizin, yetkisiz temsilcinin veya temsil yetkisini geri almasına rağmen verdiği temsil belgesini geri almakta ihmalkâr davranan temsil olunanın sorumlulukları gibi kanunda özel olarak düzenlenmiş culpa in contrahendo sorumluluğu halleri, negatif güven korumasının sözkonusu olduğu hallere örnek oluşturur⁶⁷². Aynı şekilde doktrin ve yargı kararlarıyla geliştirilmiş, gerçeğe aykırı veya gerçeği saklayan iş şهادetnamesi (bonservis) veren kişinin, lehine böyle bir şهادetname tanzim ettiği kişiyle sözleşme akdeden ve şهادetnamede bazı hususların yanlış veya eksik gösterilmesi sonucu zarara uğrayan kişiye karşı sorumluluğu⁶⁷³; belirli bir malın değeri veya niteliklerine ilişkin

⁶⁷¹ Bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 5; **FEHLMANN**, 61; **MOSER**, 77.

⁶⁷² **FEHLMANN**, 113-114; **BERGER B.**, 208 vd; **KOSTKIEWICZ**, 165.

⁶⁷³ Örneğin, bir işçi, hırsızlık yaptığı için işten çıkarılmasına rağmen işvereninden aldığı övücü ve yaptığı hırsızlığı gizleyici bir bonservis sayesinde kendisine yeni bir iş bulmuş; fakat yeni işinde de benzer türde hırsızlıklar yaparak, yeni işverenini zarara uğratmıştır. Böyle bir durumda yeni işverenin uğradığı zarardan, işçiyle birlikte, işçi lehine gerçeğe aykırı bonservis tanzim eden kişi de sorumludur; bu konuda bkz. **BUCHER**, Obligationsentstehungsgründe, 44. Yazar benzer bir duruma ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararı (bkz. BGE 101 II 69), bonservis tanzim edenin sorumluluğuna hükmedilmesi noktasında yani sonuç yönünden doğru bulmakta; ancak bu kararın gerekçesinin doyurucu olmadığını ifade etmektedir. Çünkü Federal Mahkeme, kararında, bonservis tanzim eden aleyhine "haksız fiil sorumluluğunu" uygulamış; fakat bonservis tanzim etmenin BK / OR m. 41/I anlamında hukuka aykırılığını ortaya koymamıştır. Bu durumda yazara göre sadece BK / OR m. 41/II anlamında ahlâka aykırılıktan bahsedilebilirdi. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, benzer bir olaya ilişkin kararında bu yolu seçmiş, yani gerçeğe aykırı bonservis düzenleyen kişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunu ahlâka

olarak bir rapor tanzim eden bilirkişinin, bu rapordaki yanlış veya eksik bilgilerden dolayı zarar gören ve rapor kendisi için hazırlanmış kişi veya kişilerin dışında kalan üçüncü kişilere karşı sorumluluğu⁶⁷⁴; bir ana şirketin yavru şirketi hakkında güven verici davranış ve açıklamalarından dolayı sorumluluğu (Patronatserklärungen)⁶⁷⁵, hep,

aykırılığa dayandırmıştır (karar için bkz. NJW 1974, 28). Oysa BK / OR m. 41/II'in uygulanabilmesi için failin kusurunun "kasıt" derecesinde olması gerektiğinden, İsviçre ve Alman Federal Mahkemelerinin verdikleri kararlara konu olan her iki olay bakımında da ahlâka aykırılığa dayanmaya imkân yoktur. Yazara göre, gerçeğe aykırı bonservis tanzim edenin sorumluluğuna ilişkin bu olaylar bakımından "güven sorumluluğu", uygun bir hukuki dayanak oluşturur (bkz. **BUCHER**, Obligationentstehungsgründe, 45).

⁶⁷⁴ Örneğin, belli bir gayrimenkulü almak için krediye ihtiyaç duyan bir kimse, bu sebeple bir bankaya başvurmuş ve banka kredi talebini, alınacak gayrimenkul üzerinde kendi lehine ipotek tesis edilmesi şartıyla kabul etmiştir. Bu şartın yerine getirilebilmesi için banka, sözkonusu gayrimenkulün değerinin tespiti için bir değerlendirme şirketi ile anlaşmış ve bu şirket, gayrimenkulün değerini gerçeğin çok üstünde belirlemiştir. Alıcı da, bu değerlendirme şirketinin raporu karşısında başka bir bilirkişiye gitme gereği duymayarak, gayrimenkulü bu raporda gösterilen fiyat üzerinden satın almış ve zarara uğramıştır (örnek için ayrıca bkz. **GÜRPINAR**, 52-53). Böyle bir durumda gayrimenkulün değerini yanlış belirleyen şirketin bankaya karşı sorumluluğu, sözleşmeden doğmakta; ancak bankadan kredi çekmek isteyen gayrimenkul alıcısı ile değerlendirme şirketi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, gayrimenkul alıcısının uğradığı zararlar için sadece akit dışı sorumluluk düşünülebilmektedir. Oysa Alman Federal Mahkemesi, benzer bir olay için verdiği ve doktrinde "çatı kararı" olarak anılan (bkz. **KIRCA**, 82) bir kararında, yanlış rapor tanzim eden bilirkişinin, bilirkişilik sözleşmesi bakımından üçüncü kişi durumundaki zarar görene karşı akdi esaslara göre sorumluluğunu kabul etmiştir. Buna göre "üçüncü kişilere karşı özel bir güven sağlayan kişi, hazırladığı bilgilerin üçüncü kişiler tarafından da kullanılabileceğini biliyor veya bilmek durumundaysa, vermiş olduğu bilginin objektif olarak ve tüm bilgi ve tecrübesi ile hazırlanmamasından doğan zararlardan bu kişilere karşı sorumludur" (**KIRCA**, 83; aynı doğrultuda bkz. **BUCHER**, Obligationentstehungsgründe, 45). Burada haklı güvenin boşa çıkarılmasından doğan bir sorumluluk, yani güven sorumluluğu sözkonusu olur.

⁶⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi 1994 yılında İsviçre Havayolları Anonim Şirketi Swissair aleyhine verdiği kararda, bir konzern ilişkisi içerisinde hakim işletmenin (ana şirket), sevk ve idaresi altındaki bağımlı şirketler (yavru şirketler) lehine potansiyel müşterilerde oluşturduğu güven sebebiyle sorumlu olduğunu kabul etmiştir (bkz. BGE 120 II 331). Karara konu olan olayda davalı Swissair'in kurduğu IGR Holding, her yıl peşin ödenecek kira bedelleri karşılığında kendisine ortak olan kişilere, golf sahalarının yakınında bulunan lüks mekanlarda konaklama hizmeti sunmayı taahhüt etmiştir. Davacı Wibu Holding, bu

haklı güveni boşa çıkarılmış kişiye karşı bir tazminat yükümlülüğünü ifade eder⁶⁷⁶. Bu gibi hallerde genel olarak, sorumluluk süjesinin, kendisiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunmadığı üçüncü bir kişiye karşı bilgi verici açıklamalarından doğan güven sorumluluğu (Erklärungshaftung) sözkonudur⁶⁷⁷. Bunun dışında, ayrıca, kişi ve mal

şartlarla peşin kira ödemesi yaparak IGR Holding'in ortağı olmuş; ancak projesinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine IGR Holding, o ana kadarki mevcut üyelikleri feshederek, yapılmış peşin ödemeleri %7 faiziyle iade etme kararı almıştır. Peşin ödemenin kendisine iadesini bekleyen Wibru Holding, tüm ihtarlarına rağmen IGR'den ödemesini geri alamamış ve bu arada IGR Holding iflas etmiştir. Bunun üzerine Swissair'e başvuran fakat geçen süre içerisinde IGR'nin Euroactividade Anonim Şirketine satıldığı gerekçesiyle Swissair'den olumsuz cevap alan Wibru Holding, Swissair aleyhine dava açmıştır. Dava ilk derece mahkemesinde reddedilmiş, fakat İsviçre Federal Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak "davacının zayıf sermayeli IGR'ye değil, güçlü bir şirket olan Swissair ile arasındaki bağa güvenerek sözleşme kurduğu" gerekçesiyle Swissair'in sorumluluğuna hükmetmiştir. Gerçekten IGR'nin reklamlarında Swissair ile olan yakın ilgisi sıklıkla vurgulanmış ve IGR'ye ait mektuplar, broşür kapakları ve sayfalarında IGR'nin bir Swissair işletmesi olduğu belirtilmiştir; Swissair'in ise bunlara bir itirazı olmamıştır. Buna göre, "ana şirketin (Muttergesellschaft) konzern ilişkisi içerisinde yarattığı güven, akdi veya haksız fiil niteliğinde bir sorumluluk sebebinin mevcut olmadığı durumlarda sorumluluk tesis edebilir. Bu, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin esasların genelleştirilmesinin bir sonucudur" (BGE 120 II 331, 12. paragraf. Kararın tam metni için bkz. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/c2120331.html>). Sadece konzern hukukuna değil, genel olarak güven sorumluluğu doktrinine ilişkin çok önemli bir adım niteliğinde olan bu karar ile, uyandırılan haklı güvenin, tıpkı haksız fiil ve sözleşme gibi bir sorumluluk sebebi olduğu ortaya koyulmuş ve culpa in contrahendo sorumluluğu da "genel bir hukuk figürünün görünüm biçimi (Erscheinungsform einer allgemeineren Rechtsfigur)" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu karar için ayrıca bkz. **KIRCA**, 148 vd.; **GÜRPINAR**, 212-213; **FEHLMANN**, 143 vd).

⁶⁷⁶ Güven sorumluluğunun kapsamında değerlendirilen somut olay grupları için bkz. **KOSTKIEWICZ**, 164 vd; **BUCHER**, Obligationentstehungsgründe, 44 vd.

⁶⁷⁷ Gerçekten bu gibi durumlarda yaratılan güvenden dolayı zarara uğrayan kişi, sorumluluk süjesinin doğrudan bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmadığı bir kişi; başka bir deyişle "bilgi verme ilişkisi bakımından üçüncü kişi"dir. Diğer yandan meseleye, bilgi verenle bilgi alan arasında bir ilişki kurulmasına sebep olan asıl ilişkisi, yani "görüşmeleri yapılmakta olan sözleşme ilişkisi" açısından bakıldığında, bilgi veren, üçüncü kişi durumunda olmaktadır. Bu sebeple sorumluluk süjesinin üçüncü

varlığı değerlerini, yani bütünlük menfaatlerini karşı tarafın etki ve hakimiyet alanına bırakan ve bu menfaatlerinin karşı tarafça korunacağına haklı olarak güvenen kişinin bu güveninin boşa çıkarılması halinde de bir tür negatif güven koruması karşımıza çıkmaktadır (Anvertrauenshaftung)⁶⁷⁸. Gerçekten, bir dükkâna giren müşterinin burada yaralanması⁶⁷⁹ veya eve tamirat için gelen ustanın, evde yaşayanlara ait bir eşyayı çalması gibi durumlarda da, güveni boşa çıkarılan kişinin uğradığı zararlar, güven sorumluluğu kapsamında tazmin edilir.

Böylece güvenen kişinin, kanun veya hakimın yarattığı hukuk gereğince, güvendiği duruma uygun hale getirilerek (pozitif güven koruması) veya güvendiği duruma güvenmeseydi uğramayacağı zararlar tazmin ettirilerek (negatif güven koruması) güveninin korunduğu tüm hallerde, güven sorumluluğundan bahsedilebilir. Bununla beraber güven sorumluluğunun, bu şekilde, "pozitif güven korumasının sözkonusu olduğu haller de kapsama dahil edilerek" değerlendirilmesi, ancak "sorumluluk" kavramının geniş tutulmasıyla mümkündür. Çünkü doktrin, dar ve teknik anlamıyla sorumluluk kavramını, sadece tazminat hukukuyla ilişkilendirmekte⁶⁸⁰; böylece verilen zararın tazmininin değil, yapılan işlemin ifasının talep edilebildiği halleri, teknik anlamda sorumluluk hukukunun dışına çıkartmaktadır. Oysa pozitif güven koruması, zararın tazmini meselesine ilişkin değildir; tersine, bu gibi hallerde güvenen kişinin, güvendiği duruma uygun hale getirilmesi veya güvendiği durumun

kişi durumunda olduğu bu gibi halleri "üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu" olarak da ifade etmek mümkündür (bkz. ileride § 9, II, B).

⁶⁷⁸ Bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 539 vd.

⁶⁷⁹ **BUCHER**, Obligationentstehungsgründe, 47.

⁶⁸⁰ Bkz. **EREN**, 444-445; **OĞUZMAN**, 14; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 24.

muhafaza edilmesi yoluyla herhangi bir zarara uğraması baştan engellenmektedir. Örneğin, dürüstlük kuralına aykırı biçimde ileri sürülen şekle aykırılık iddiası dinlenmemekte, böylece yapılan işlemin geçerliliğine güvenen kişinin bu güveni, onun herhangi bir hak kaybına uğraması söz konusu olmaksızın korunmaktadır⁶⁸¹. Aynı şekilde vaktinde gönderilmiş kabul haberi kendisine geç ulaşan ve bununla bağlı olmak istemeyen icapçının BK. m. 5/III'de yer alan ihbar külfetini yerine getirmemesi, sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmakta⁶⁸², böylece kabulcünün sözleşmenin kurulduğuna dair güveninin korunması, kendisine tazminat ödenmesi yoluyla değil, geçerli bir sözleşmenin kendisine tanıdığı ifayı talep hakkı ile olmaktadır. Bu bakımdan pozitif güven korumasının güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi, ancak, sorumluluk kavramının sorumluluk süjesine yüklenen her türlü yükümlülükle ilişkilendirilmesi, bu noktada ifa veya tazminat yükümlülüğü arasında bir fark gözetilmemesi halinde mümkündür⁶⁸³. Başka bir deyişle, güven yaratan kişinin, yarattığı bu güvenin sadece tazminat değil her türlü hukuki sonucuna katlanması

⁶⁸¹ Bkz. ileride § 7, III, B, 1, a.

⁶⁸² "BK. m. 5/III'e göre, kabul haberi geç ulaştığı takdirde, icapçı kural olarak icabıyla bağlı olmaktan kurtulur. Ancak vaktinde gönderilen kabul haberi icapçıya geç ulaşır, icapçı da artık icabıyla bağlı olmak niyetinde değil ise, durumu derhal muhataba bildirmek zorundadır; aksi halde sözleşme meydana gelmiş olur" (EREN, 227).

⁶⁸³ Nitekim Canaris, güven sorumluluğuna ilişkin bir sistem oluşturduğu eserinde sorumluluk kavramını, tazminat yükümlülüğü ile ifa yükümlülüğü arasında bir ayrım oluşturmayacak şekilde geniş ele almıştır (bkz. CANARIS, Vertrauenshaftung, 3). Hatta Canaris'in eseri, pozitif güven koruması ile negatif güven koruması oluşturan hallerin ele alınışı bakımından incelendiğinde, eserde pozitif güven koruması teşkil eden hallere ağırlık verildiği; negatif güven korumasına ilişkin olayların ise daha genel biçimde ele alındığı görülmektedir (bkz. CANARIS, Vertrauenshaftung, 532 vd). "Negatif güven sorumluluğuna ilişkin olaylar bakımından Canaris'in eserinden yararlanılırken, bu husus göz önünde bulundurulmalıdır" (MOSER, 77).

mecburiyeti, genel anlamda sorumluluk kavramı ile ne derece örtüşürse, güven sorumluluğu kavramı ile de o derece örtüşür. Buna karşılık, dar ve teknik anlamı ile sorumluluk hukukunun konusunu, esas olarak zararın tazmini meselesi oluşturduğundan⁶⁸⁴, teknik anlamda güven sorumluluğu kavramının da sadece negatif güven korumasının sözkonusu olduğu hallere indirgenmesi yanlış olmaz⁶⁸⁵. Bu şekilde sorumluluk hukukunun teknik anlamıyla sınırlandırılmış güven sorumluluğunun ise, esas olarak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ihlâlüne bağlanan bir sorumluluk olduğu ve özellikle culpa in contrahendo sorumluluğu ile büyük oranda örtüştüğü görülmektedir⁶⁸⁶. Gerçekten yargı içtihatları ve doktrinde teknik anlamda (negatif güven koruması anlamında) güven sorumluluğunun kapsamına dahil edilen

⁶⁸⁴ **EREN**, 444-445.

⁶⁸⁵ Aynı doğrultuda bkz. **BERGER B.**, 207 vd. Yazar, pozitif ve negatif güven koruması kavramlarını açıklığa kavuşturduktan sonra, terim meselesi üzerinde durmuştur. Burada yazarın, pozitif güven korumasının sözkonusu olduğu haller bakımından sadece "hukuki görünüş sorumluluğu (Rechtsscheinhaftung)" kavramını; negatif güven korumasının sözkonusu olduğu haller bakımından ise "güven sorumluluğu" kavramını kullandığı görülmektedir. Federal Mahkemenin de şimdiye kadar güven sorumluluğu kavramını sadece negatif güven koruması ile ilişkilendirdiğini vurgulayan yazar, böylece, teknik anlamda güven sorumluluğu kavramından, sadece negatif güven korumasının anlaşılması gerektiğini ortaya koymuş olmaktadır (bkz. **BERGER B.**, 207).

⁶⁸⁶ Karşı görüş için bkz. **WIDMER**, 120 vd. Widmer, culpa in contrahendoyu sadece Jhering'in kabul ettiği biçimiyle, yani taraflar arasında geçersiz veya sonradan geçersiz kılınan bir sözleşme akdedilmesi halinde kusursuz tarafın menfaatlerinin korunmasına hizmet eden bir kurum olarak görmekte ve bu anlayış doğrultusunda güven sorumluluğundan net bir şekilde ayırmaktadır (bkz. **WIDMER**, 120-121). Çünkü Widmer'e göre güven sorumluluğu, bir sözleşmenin akdedilmesiyle doğrudan bağlantılı olan culpa in contrahendo vâkıılarından farklı olarak, esasen haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken bazı vâkııların sözleşme hukukunun kapsamına dahil edilmesi çabalarının bir ürünüdür. Başka bir deyişle, güven sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu sahasının sözleşme sorumluluğu lehine daraltılması amacıyla geliştirilmiş bir sorumluluktur ve özellikle güven sorumluluğunun hukuki sonuçları noktasındaki belirsizlik, hukuk güvenliğini zedelemektedir (**WIDMER**, 125).

vâkıaların önemli bir bölümü, aynı zamanda bir culpa in contrahendo hali oluşturmaktadır⁶⁸⁷. Özellikle, kurulması amaçlanan sözleşmenin görüşmecisi olmayan, fakat kendileri için belli bir ölçüde güven yaratarak sözleşmenin kurulmasına etki eden üçüncü kişilerin de sözleşme öncesi güven ilişkisine dahil olduklarının kabul edilmesi⁶⁸⁸, açıklamalardan doğan güven sorumluluğu (Erklärungshaftung) hallerini, culpa in contrahendo vâkıalarının önemli bir türü haline getirir⁶⁸⁹. Henüz geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı aşamada taraflardan birinin bütünlük menfaatlerinin ihlâl edilmesi ise, Alman Yüksek Mahkemesinin 07.12.1911 tarihli kararına konu olan “Linoleumteppich” olayından beri culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁹⁰. Bununla beraber, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri kavramı, culpa in contrahendo kavramından daha geniş olduğundan; başka bir deyişle, culpa in contrahendo, koruma yükümlülüklerinin, sadece geçerli bir sözleşmenin akdedilmesinden önceki aşamadaki ihlâlini ifade ettiğinden, güven sorumluluğu kavramı da, culpa in contrahendo sorumluluğu kavramından daha geniştir⁶⁹¹.

Güven sorumluluğu, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ve bu tür borç ilişkilerinin içerdiği koruma yükümlülüklerinin ihlâline bağlanan bir

⁶⁸⁷ Bkz. **BUCHER**, Obligationstehungsgründe, 44 vd.

⁶⁸⁸ Bkz. BGE 120 II 331, yukarıda dpn. 670.

⁶⁸⁹ Bu gibi hallerde üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu sözkonusudur, bkz. ileride § 9, II, B.

⁶⁹⁰ Sözkonusu olay için bkz. yukarıda § 4, I, D.

⁶⁹¹ **KIRCA**, 137. Culpa in contrahendonun güven sorumluluğunun bir parçasını oluşturduğu hususunda bkz. **FEHLMANN**, 124; ayrıca BGE 121 III 350. Bu kararında federal mahkeme, culpa in contrahendoyu, güven sorumluluğunun özel bir uygulama alanı olarak göstermiştir (**FEHLMANN**, 124).

sorumluluk olarak değerlendirildiğinde, böyle bir sorumluluğun varlığının, her şeyden önce edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin varlığına bağlı olduğu söylenebilir. Bu sebeple, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini ortaya çıkaran unsurlar, aynı zamanda güven sorumluluğunun da unsurları arasında yer alır. Buna göre, taraflar arasında bir hukuki işlem temasının (rechtsgeschäftlicher Kontakt) bulunması, güven sorumluluğunun kabulü için de gereklidir⁶⁹². Zira güven sorumluluğuna yol açtığı kabul edilen vâkıaları alelade haksız fiil vâkıalarından ayıran başlıca unsur, tarafların, yüzeysel, tesadüfi bir karşılaşmayla kurulan haksız fiil ilişkisinin ötesinde, bir hukuki işlem temasına geçmiş olmalarıdır. Hukuki işlem teması, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ve dolayısıyla güven sorumluluğunun esasını oluşturan güven olgusunu, "normatif anlamda korunmaya değer bir güvene"⁶⁹³; hukuk düzenin koyduğu kurallara riayet edileceğine dair genel ve varsayımsal bir güvenle yaşayan kimseleri ise, "somut bir güven ilişkisinin (özel bir bağlantının) taraflarına" dönüştürür⁶⁹⁴. Böylece sosyal hayatın bir çok alanında mevcut olan güven olgusu, sınırlandırılmış⁶⁹⁵ ve güven sorumluluğu kapsamında hukuki bir

⁶⁹² Doktrinde edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişki kurmaya elverişli sosyal temasın çevresi "hukuki işlem sahasına ilişkin veya hukuki işlem kurma amacına yönelmiş olma" şartı ile sınırlandırılmıştır, bkz. yukarıda § 6, IV, B. Dolayısıyla doktrinde, aynı şartın güven sorumluluğunun şartlarından birisi olarak da değerlendirildiği görülmektedir (bkz. **FEHLMANN**, 178). İsviçre hukukunda Moser ve Türk hukukunda Kırca, özellikle bilgi verenlerin üçüncü kişiye karşı güven sorumluluğunun şartlarını belirlerken, bu şartı "hukuki işlem alanına katılma (Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr)" şeklinde ifade etmektedirler (bkz. **MOSER**, 165; **KIRCA**, 197).

⁶⁹³ Bkz. yukarıda § 6, IV, C; ayrıca bkz. ileride § 7, II, A.

⁶⁹⁴ Bkz. yukarıda § 6, IV, C; ayrıca bkz. ileride § 7, II, A.

⁶⁹⁵ Moser ve Kırca, hukuki işlem alanına katılma şartını, güven sorumluluğunu sınırlandıran şartlardan biri olarak görmektedirler (bkz. **MOSER**, 165; **KIRCA**, 197 ayrıca 118). Aynı şekilde Aral da,

olgu haline getirilmiş olmaktadır. Ayrıca normatif anlamda korunmaya değer güven, güvenen kişinin iyiniyetli olmasını da gerektirdiğinden⁶⁹⁶; güvenen kişinin iyiniyetli olmadığı durumlarda, onun lehine bir güven sorumluluğundan bahsedilemez. O halde, güvenen kişinin iyiniyetli olması da, güven sorumluluğunun şartlarından birisi olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁹⁷. Bunların dışında doktrin, "güvenin, güvenen (zarar gören) kişinin tasarruflarında etkili olması⁶⁹⁸ ve bu durumun karşı tarafça öngörülebilir olması⁶⁹⁹" gibi şartlardan da bahsetmektedir. Son olarak güven sorumluluğu, teknik anlamıyla tazminat hukukuna ilişkin olduğundan; "davranış", "zarar", "davranış ile zarar arasındaki uygun

Canaris'in güven sorumluluğu teorisini açıklığa kavuştururken benzer bir değerlendirme yapmaktadır: "doğmatik açıdan güvenin korunması sorumluluk kurucu; hukuki işleme yönelik temas ise, sorumluluğu sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir" (**ARAL**, 119). Oysa kanaatimizce, hukuki işlem teması veya hukuki işlem alanına katılma şartı, sorumluluğu sınırlayıcı değil, tersine kurucu bir fonksiyon görür. Çünkü hukuki işlem sahasında bulunmayan bir sosyal temasın, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisini ve bu ilişkinin ihlâlinden doğan sorumluluğu kurması mümkün değildir. Öyleyse hukuki işlem alanına yönelik olmayan bir sosyal temas ile güven sorumluluğu hiç doğmamış olacağından; doğmamış bir sorumluluğun, hukuki işlem alanına katılma şartının bulunmadığı gerekçesiyle sınırlandırılmasından da bahsedilemez. Bu noktada hukuki işlem alanına ilişkin olma şartının, sorumluluğun "kendisini" değil; sadece, sorumluluk kurma ihtimali olan "sosyal temas kavramı"nı ve bu sorumluluğun esasını oluşturan "güven olgusu"nu sınırlayıcı nitelikte olduğu söylenmelidir.

⁶⁹⁶ Bkz. yukarıda § 6, IV, C; ayrıca bkz. ileride § 7, II, B.

⁶⁹⁷ **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 504; **MOSER**, 159; **GÜRPINAR**, 224; **KIRCA**, 193.

⁶⁹⁸ Alman doktrinde "Disposition (tasarruf)" veya "Vertrauensinvestition (güven yatırımı)" şeklinde ifade edilen bu şart (bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 510; **FEHLMANN**, 180; **MOSER**, 186), kişinin iç dünyasında kalan, tasarruflarına yansımayan bir güvenin hukukça korunmayacağına işaret eder (**CANARIS**, Vertrauenshaftung, 512; **KIRCA**, 196).

⁶⁹⁹ Bu şart, güven sorumluluğu fikrinin sorumluluk süjesi aleyhine "öngörülemez biçimde" genişletilmesinin ve dolayısıyla, hakkaniyetin sağlanması amacıyla geliştirilen bu sorumluluğun hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasının önlenmesi için kabul edilen bir şarttır. Buna göre, yaratılan güvenin güvenen kişiye "yönelmiş" olması gerekir; fakat, güvenen kişinin tam olarak kimliğinin veya sayısının bilinmesi gerekmez (**KIRCA**, 199 vd).

illiyet bağı" ve "kusur" gibi her türlü hukuki sorumluluk hali için gerekli olan genel şartlar, güven sorumluluğu için de gereklidir.

Belli bir vâkıanın güven sorumluluğuna yol açığının kabulüyle, başka bir deyişle, böyle bir sorumluluğun kendine özgü unsurlarının ve ayrıca genel sorumluluk şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte, bu sorumluluğa uygulanacak hüküm ve sonuçların neler olduğu da tespit edilmelidir. Bu noktada, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ihlâlinden doğan sorumluluk olarak nitelendirdiğimiz güven sorumluluğuna sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşün, doktrinde ağırlık kazandığı görülmektedir⁷⁰⁰. Buna göre, güven sorumluluğunun kabulünü haklı kılan vâkıalarda taraflar arasında bulunan "özel bağlantı (güven ilişkisi)", güven sorumluluğunu, haksız fiil sahasından çıkartarak sözleşme sahasına yaklaştırmaktadır⁷⁰¹. "Çünkü güven olgusuna temel teşkil eden olaylar, çoğunlukla sözleşme sahasında bulunur"⁷⁰². Gerçi güven sorumluluğunun sözkonusu olduğu hallerde ya culpa in contrahendo vâkıalarında oluşu gibi henüz "edim ilişkisi anlamında" geçerli bir sözleşme kurulmamıştır; ya da akdin müspet ihlâlinde ve üçüncü

⁷⁰⁰ Bkz. **MOSER**, 117; **FEHLMANN**, 187; **WALTER**, ZBJV 1996, 293; **WALTER**, ZSR 2001, 99; **LARENZ**, AT, 104 vd. Türk hukukunda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 9; **EREN**, 41, 1086; **SEROZAN**, 123; **ULUSAN**, 304; **KIRCA**, 159. Vekilin üçüncü kişilere karşı güven sorumluluğuna "BK. m. 41'in geniş yorumlanması ve sözkonusu hükmün güven sorumluluğunun doğmasını gerektiren halleri de kapsayacak şekilde uygulanması" suretiyle haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bkz. **BAŞPINAR**, Özen Borcu, 241; aynı şekilde hatalı bilgi aktarımına ilişkin güven sorumluluğu vâkıalarında haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanması yönünde bkz. **GÜRPINAR**, 240, ayrıca, 253; culpa in contrahendo vâkıalarına haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanması yönünde bkz. **KILIÇOĞLU**, 56 vd.

⁷⁰¹ **MOSER**, 118-119; **GONZENBACH**, 73 vd.

⁷⁰² **FEHLMANN**, 187.

kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde olduğu gibi kurulmuş bulunan edim ilişkisi, ihlâl edilen yükümlülüğün (koruma yükümlülüğünün) temelini oluşturmamaktadır. Gerçekten ihlâli halinde güven sorumluluğuna yol açan koruma yükümlülükleri, edim ilişkisine değil, kanuni ifadesini MK. m. 2/I'de bulan bir güven ilişkisine dayanırlar⁷⁰³. Bununla beraber güven ilişkisi, sadece geçerli bir edim ilişkisinden, başka bir deyişle edim ilişkisi anlamında sözleşmeden ibaret değildir. Tarafları tesadüfi karşılaşmaların ötesine taşıyan, hukuki değer ve menfaatlerin karşılıklı olarak etkiye açılması sonucunu doğurmaya elverişli her türlü hukuki temas⁷⁰⁴, taraflar arasında, geçerli bir edim ilişkisindeki güven unsuruna benzer bir güven yaratır. Bu sebeple "bilinçli olarak kurulmuş temas, güven sorumluluğunun sözleşmeye benzer şekilde düzenlenmesini haklı kılar"⁷⁰⁵. Dolayısıyla güven sorumluluğu vâkıalarında, ifa yardımcılarında sorumluluk, ispat yükü, zamanaşımı gibi sorumluluk modaliteleri bakımından esas olarak sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması isabetli olur⁷⁰⁶. Nitekim Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile değişik yeni Alman Medeni Kanununda da edim yükümlülüklerinden bağımsız (§242/II anlamında) borç ilişkileri "sözleşmelerden doğan borç ilişkileri" ayrımı altında düzenlenmiştir (BGB §311/II).

⁷⁰³ Bkz. yukarıda § 6, III.

⁷⁰⁴ Almanya'da 01.01.2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile değişik yeni Alman Medeni Kanunu koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisinin kuruluşunu düzenlediği 311. paragrafının II. fıkrasında, sözkonusu hukuki teması, "fiilen başlamış sözleşme görüşmeleri (b. 1)", "tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine açılması sonucunu doğuran bir sözleşme kurma süreci (b. 2)" ve "benzer işlem temaları (b. 3)" şeklinde somutlaştırmıştır, bkz. yukarıda § 4, II, A.

⁷⁰⁵ FEHLMANN, 188.

⁷⁰⁶ FEHLMANN, 190 vd.; MOSER, 193 vd.

Görüldüğü gibi, güven sorumluluğu, her ne kadar tam anlamıyla sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilemese de, sözkonusu sorumluluğa uygulanacak hükümler belirlenirken kanunda düzenlenmiş sorumluluk tiplerine yönelmekten başka çare yoktur. Gerçekten hakim, güven sorumluluğu halleri bakımından karşılaştığı kanun boşluğunu, yine kanuna bakarak doldurmak; başka bir deyişle somut olayda ya haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu hükümlerini "kıyasen" uygulamak zorundadır. Bu sebeple güven sorumluluğunun, haksız fiil veya sözleşme sorumluluklarının yanında, onlardan tamamen bağımsız, üçüncü bir sorumluluk tipi olduğunu kabul etmenin, kanaatimizce önemli bir pratik anlamı yoktur⁷⁰⁷. Teorik açıdan ise güven sorumluluğu, kanunda veya hukuk doktrin ve uygulamasında hakkaniyet gereğince kabul edilmiş olan pozitif ve negatif güven korumasına ilişkin bir çok münferit olayın, tek bir sorumluluk adı altında toplanıp sistematize edilmesinden ibarettir. Gerçekten güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğu gibi, temelini doğrudan doğruya haklı güvenin korunması anlayışı (MK. m. 2/I) ve hakkaniyet düşüncesinde bulan bir sorumluluk figürünün genelleştirilmesinden başka bir şey değildir⁷⁰⁸. Bu noktada güven sorumluluğu kavramı, "haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının temellerinde de güvenin korunması anlayışının bulunduğu; bu sebeple tüm sorumluluk tipleri için ortak bir unsur olan güven olgusunun, bunlardan ayrı, bağımsız bir sorumluluk tipine esas oluşturamayacağı" gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁰⁹. Ancak güven sorumluluğu başlığı altında ele alınan olayların özelliği,

⁷⁰⁷ Benzer bir değerlendirme için bkz. **ARAL**, 120.

⁷⁰⁸ Bkz. BGE 120 II 331, paragraf 12.

⁷⁰⁹ Bkz. **PICKER**, JZ 1987, 1046.

bu tip olaylarda "hukuka aykırı biçimde zarar verme fiilinden (haksız fiilden)" veya "karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından (edim ilişkisi anlamında sözleşmeden)" bağımsız olarak, salt güven olgusunun ihlâlîne, sorumluluk kurucu bir etki bağlanmasıdır. Nitekim bizzat kanun koyucunun bazı culpa in contrahendo vâkıalarını açıkça düzenlemek suretiyle işaret ettiği husus, haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının yanı sıra, sadece haklı güvenin ihlâl edilmesine de bir sorumluluk bağlanması gerekliliğidir. Böylece haklı güvenin boşa çıkarılmasından bir sorumluluk doğması anlayışı, bizzat kanun koyucu tarafından kabul edilmiş temel bir anlayış olarak belirmektedir. Bu doğrultuda gelişen yargı içtihatları ve doktrinel görüşler ile kabul edilmiş bazı münferit sorumluluk vâkıalarının "güven sorumluluğu" olarak nitelendirilmesi ise, bu vâkıaların ortak bir zemindeki teorik tanımlaması olarak değerlendirilebilir.

II. BÖLÜM

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Culpa in contrahendo sorumluluğunun gerçekleşmesi için gerekli şartların neler olduğu, bu sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin yaptığımız değerlendirmeler ile yakından ilgilidir. Gerçekten culpa in contrahendo sorumluluğu, "hukuka aykırı biçimde zarar verme fiilinden (haksız fiilden)" veya "karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından (sözleşmeden)" bağımsız şekilde salt güven olgusunun ihlâline bağlanan bir sorumluluk olduğuna göre; böyle bir sorumluluğun doğması, haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarına ilişkin şartlardan başka bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar, culpa in contrahendo sorumluluğunun özel şartlarıdır ve bu sorumluluğun esasını oluşturan "haklı güvenin korunması anlayışı" yani güven sorumluluğu fikri ile yakından ilgilidir. Buna göre, güven sorumluluğuna konu teşkil eden diğer vâkıalarda olduğu gibi culpa in contrahendodan bahsedebilmek için de, "bir güven konusunun varlığı", "buna duyulan güvenin normatif anlamda korunmaya değer olması" ve "karşı taraf nezdinde uyandırılan normatif anlamda korunmaya lâyık bu güvenin ihlâli" gerekir. Söz konusu özel sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi, her türlü hukuki sorumluluğun doğması için gerekli olan "zarar", "kusur" ve "illiyet bağı" gibi genel şartların da mevcudiyetiyle birlikte, culpa in contrahendo sorumluluğunu ortaya çıkartır. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğunun şartları, hem bu sorumluluğu diğer sorumluluk türlerinden ayıran özel şartları; hem de her türlü hukuki sorumluluğun doğumu için ortak olan genel şartları ifade eder. O halde culpa in contrahendo

sorumluluğunun özel şartları ile genel şartlarını iki ayrı paragraf halinde ele almak gerekir.

§ 7- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ÖZEL ŞARTLARI

Culpa in contrahendo sorumluluğunun özel şartları, bu sorumluluğu diğer hukuki sorumluluk türlerinden ayıran; başka bir deyişle, onun haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının dışında ayrı bir kategori olarak değerlendirilmesini sağlayan şartlardır. Burada haklı güvenin ihlâline sorumluluk kurucu bir etkinin bağlandığı her türlü sorumluluk hali için gerekli olan, yani genel olarak güven sorumluluğuna ilişkin şartlar sözkonusudur. Bu şartların gerçekleşmesiyle, culpa in contrahendo sorumluluğunun esasını oluşturan "haklı güvenin ihlâli vâkiası" da gerçekleşmiş olur. Ancak culpa in contrahendo sorumluluğu, kavramsal olarak, güven sorumluluğuna göre daha dar ve somut bir sorumluluğu ifade etmekte olduğundan⁷¹⁰; onun özel şartlarının ortaya koyulması, güven sorumluluğunun şartlarının culpa in contrahendo bünyesinde daraltılıp somutlaştırılmasını gerektirir. Başka bir deyişle, culpa in contrahendo sorumluluğunun özel şartları, culpa in contrahendo vâkiasını güven sorumluluğu üst başlığı altında toplanan diğer vâkıalardan ayıracak şekilde ele alınarak açıklanmalıdır.

⁷¹⁰ Bkz. yukarıda § 6, V.

I- BİR GÜVEN KONUSUNUN VARLIĞI

Haklı güvenin ihlâline dayanan tüm sorumluluk hallerinde olduğu gibi, culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için de öncelikle bir güven konusunun varlığı gereklidir.

Canaris güven sorumluluğunun sözkonusu olması için gereken güven konusunu (Vertrauensstatbestand), yapay vâkıalar ile doğal vâkıaları birbirinden ayırarak ele almaktadır⁷¹¹. Bu ayrıma göre, yapay vâkıaların güven konusu oluşturma fonksiyonu, çeşitli resmi sicillerde olduğu gibi, doğrudan kanuna dayanmakta iken⁷¹²; doğal vâkıalarda güven konusu, değişik biçimlerdeki insan davranışlarından, özellikle, yazılı ve sözlü açıklamalardan kaynaklanmaktadır⁷¹³. Culpa in contrahendo da güven konusunun, doğal bir vâkıadan, yani belirli bir insan davranışından kaynaklandığı bir sorumluluktur ve bu açıdan culpa in contrahendo sorumluluğu, kanun tarafından oluşturulmuş yapay bir vâkıaya dayanan güven sorumluluğu hallerinden ayrılır. Gerçekten culpa in contrahendo sorumluluğunda zarar veren kişinin, karşı taraf nezdinde güven uyandıran belirli bir davranışı sözkonusudur. Bu davranış, yazılı veya sözlü açıklamalar şeklinde ortaya çıktığı zaman, son derece belirgindir. Örneğin, bir gayrimenkul değerlendirme şirketi, müşterisi olan bir gayrimenkul sahibi için tanzim ettiği raporun içeriğinden gayrimenkulü sahibinden satın almak isteyen alıcıya karşı sorumlu tutulduğunda, güven konusu, değerlendirme şirketinin gayrimenkulün değeri hakkındaki rapordur. Ancak bazı durumlarda güven uyandırıcı davranış, yazılı veya

⁷¹¹ CANARIS, Vertrauenshaftung, 491 vd.

⁷¹² Esas olarak hukuki görünüş sorumluluğunun sözkonusu olduğu bu gibi haller için bkz. yukarıda § 6, V.

⁷¹³ CANARIS, Vertrauenshaftung, 492; FEHLMANN, 170; GÜRPINAR, 221.

sözlü açıklamalarda olduğu gibi olumlu bir davranış ile dışarıya yansımaz; açıklanması gereken bir hususun açıklanmaması şeklinde olumsuz bir davranış olarak belirir. Böylece, açıklanması gereken hususa ilişkin olumsuzluğun bulunmadığı yönünde karşı taraf nezdinde bir güven yaratılmış olur. Genel olarak açıklama yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan culpa in contrahendo vâkıalarında durum böyledir. Bazı hallerde ise güven konusu, taraf veya tarafların içerisinde bulundukları bir durumdan ibarettir. Örneğin, perde ölçüsü almak ve ona göre kurulması muhtemel bir sözleşme için fiyat vermek üzere eve gelen perdecî, ev sahibi açısından her hangi bir kişi olmayıp; muhtemel bir sözleşmenin tarafı, yani sözleşme görüşmecisidir ve perdecinin ev sahibi karşısında sahip olduğu bu pozisyon, başlı başına bir güven konusu teşkil eder. Bu noktada, bir çok culpa in contrahendo vâkiası bakımından güven konusu teşkil eden insan davranışının, "sözleşme görüşmecisi olmak"tan ibaret bulunduğu dikkati çekmek gerekir⁷¹⁴. Gerçekten "olayların çoğunda, taraflar, sözleşme görüşmeleri ilişkisine girdikleri sırada, birbirlerini henüz kişisel bir güven duyacak kadar iyi tanımamaktadırlar. Burada bir kişiye bağlanan güven, işlem tarafının dürüstçe davranacağına ilişkin genel bir beklentiye razı olmaktır"⁷¹⁵. O halde culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından güven konusunu oluşturan insan davranışı, belli bir kişiye bağlanabilen her türlü aktif ve pasif hareketi, tutum ve durumu kapsayacak

⁷¹⁴ Üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğunda ise, üçüncü kişi lehine oluşturulmuş özel ve kişisel bir güven gereklidir; çünkü üçüncü kişi, doğrudan sözleşme görüşmecisi değildir. Bu durumda üçüncü kişi lehine özel ölçüde yaratılmış kişisel güven, üçüncü kişinin culpa in contrahendodan sorumlu tutulduğu vâkıaları, diğer culpa in contrahendo vâkıalarından ayıran bir unsur olarak kabul edilebilir: "Üçüncü kişilerin sorumluluğu, sözleşme görüşmelerine katılan tarafların sorumluluğundan, özel bir güvenin yaratılmış olması şartının gerçekleşmesiyle ayrılır" (**KIRCA**, 188).

⁷¹⁵ **FEHLMANN**, 122.

şekilde geniş değerlendirilmelidir. Çünkü sorumluluğun doğumu için önemli olan, davranışın aktifliği veya pasifliği yahut belli bir tutum ve durumdan ibaret olması değil, güven uyandırmaya elverişli olup olmamasıdır.

Bir davranış, tutum veya durumun, güven uyandırmaya elverişli olup olmadığı belirlenirken, objektif bir değerlendirme yapılması gerekir. Buna göre güven, sadece güvenen kişi için değil, normal ve makul nitelikteki başka kişiler için de anlaşılabilir bir biçimde, karşı tarafın durumundan veya davranışlarından çıkartılabilir olmalıdır⁷¹⁶. Ayrıca doktrinde, güven konusunun halihazırda mevcut⁷¹⁷ ve hukuken mümkün bir duruma ilişkin olması⁷¹⁸; güvenen kişinin güven konusundan haberdar bulunması⁷¹⁹ ve buna uygun biçimde hareket etmesi⁷²⁰ gibi şartlardan da bahsedilmektedir. Buna göre, güven konusundan haberdar olmak, duyulan güven ile güven konusu arasındaki illiyet bağına; güven konusuna uygun biçimde hareket etmek ise, güvenen kişinin duyduğu güven ile tasarrufu arasındaki illiyet bağına işaret eder⁷²¹. O halde güven konusu, objektif ölçüde bilinebilir ve güvenen kişiyi bu doğrultuda bir tasarrufa yöneltebilir nitelikte olmalıdır. Gerçekten güvenen kişi için güven konusunun, örneğin karşı taraftan

⁷¹⁶ **BOHRER**, 81; **FEHLMANN**, 170.

⁷¹⁷ **CANARIS**, *Vertarauenshaftung*, 495; **GÜRPINAR**, 221.

⁷¹⁸ **CANARIS**, *Vertarauenshaftung*, 495.

⁷¹⁹ **CANARIS**, *Vertarauenshaftung*, 507 vd.; **FEHLMANN**, 169; **GÜRPINAR**, 223.

⁷²⁰ Güvenen kişinin güven konusuna uygun biçimde hareket etmesi, onun, bu güven konusuna dayanarak bazı tasarruflarda bulunmasını; duyduğu güveni, tasarrufları ile somutlaştırmasını ifade eder. Alman doktrini bu şartı, "Disposition (tasarruf)" veya "Vertrauensinvestition (güven yatırımı)" olarak ifade etmektedir, bkz. **CANARIS**, *Vertarauenshaftung*, 510; **MOSER**, 186; **FEHLMANN**, 180. Türk hukukunda da bu duruma ilişkin olarak, "sözleşme hazırlığı sürecinde etki etme" (bkz. **KIRCA**, 199); "duyulan güvene dayanılarak alınan bir önlem" (bkz. **GÜRPINAR**, 227) gibi ifadelere rastlanmaktadır.

⁷²¹ **CANARIS**, *Vertarauenshaftung*, 514 vd.

edindiği bir bilginin veya aldığı danışmanlık hizmetinin, daha sonraki kararlarını belirleyici bir etkisi bulunmalı; güvenen kişinin bazı tasavvurları, bu güven konusuyla bağlantılı olarak ortaya ıkmalıdır⁷²². Aksi halde, yani güven konusu, güvenen kişinin daha sonraki kararlarını belirleyici bir etkiye sahip değilse, o kişi için ortada bir güven konusu da yok demektir. Ancak culpa in contrahendo vâkıalarının çoğunda güven konusu, taraflar arasında doğrudan kurulan sözleşme görüşmeleri ilişkisi olduğuna göre, doktrinde güven sorumluluğu için söz konusu edilen bu sorumluluk şartlarının bir çok culpa in contrahendo vâkiası bakımından ayrıca aranmasına kanaatimizce gerek yoktur. Söz konusu sorumluluk şartları, daha ziyade, üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğuunda önem arz eder; zira bu tip vâkıalar bakımından güvenen kişi ile güvenilen kişi arasında doğrudan kurulmuş bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin yerini, üçüncü kişi lehine özel şekilde oluşturulmuş kişisel güven alır⁷²³ ve güvenen kişinin, bu özel güven doğrultusunda bazı tasarruflarda bulunması, söz konusu güvenin sağlanmış olduğuna dair somut bir emare oluşturur⁷²⁴. Güvenen kişi ile güvenilen kişi arasında doğrudan bir sözleşme görüşmesi ilişkisinin bulunduğunun objektif olarak tespit edilebildiği bir çok culpa in contrahendo vâkiasında ise tarafların birbirlerine duydukları güven, sözleşme görüşmeleri ilişkisi ile somutlaşmış olmaktadır⁷²⁵.

⁷²² **FEHLMANN**, 170. Çünkü güven, bizatihi varlığı sebebiyle değil, sadece güvenen kişinin davranışlarına temel teşkil ettiği için korunur (**CANARIS**, Vertrauenshaftung, 510).

⁷²³ Bkz. ileride § 9, II, B.

⁷²⁴ "Sorumluluk için sadece güven yaratacak davranışlarda bulunma yeterli değildir. Güven sorumluluğu, fiili açıdan güven gerçekleştiğinde söz konusu olur. Bunun için zarar görenin, güven olgusunu bilmesi ve bunun onun davranışlarının sebebini oluşturması gerekir" (**KIRCA**, 117).

⁷²⁵ Sözleşme görüşmeleri ilişkisi için bkz. ileride § 7, II, A, 2.

II- MEVCUT GÜVENİN NORMATİF ANLAMDA KORUNMAYA DEĞER OLMASI

Sosyal hayatın bir çok alanında mevcut bulunan ve esas itibariyle psikolojik bir kavram olan güven, ancak normatif anlamda korunmaya değer olduğu durumlarda hukuken önemli hale gelir ve güven sorumluluğuna, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar. O halde culpa in contrahendo sorumluluğunun bir diğer özel şartı, duyulan güvenin normatif anlamda korunmaya değer olmasıdır.

"Normatif anlamda korunmaya değer güven", ifadesini ve yasal dayanağını MK. m. 2/I'de bulur. Gerçekten, herkesi haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüst davranmakla yükümlü kılan MK. m. 2/I hükmü, hukuken dikkate alınması gereken güvenin sahasını da belirlemiş olmaktadır. Bu saha, kişilerin haklarını kullandıkları ve borçlarını ifa ettikleri hukuki ilişkiler sahasıdır ve sözkonusu hukuki ilişkiler, doktrinde "özel bağlantı (Sonderverbindung)" olarak adlandırılmaktadır⁷²⁶. O halde taraflar arasında özel bağlantının varlığı, güvenin normatif anlamda korunmaya değer olmasının bir gereğidir. Bununla beraber, taraflar arasında özel bir bağlantı içerisinde ortaya çıkan güven, ancak güvenen kişinin iyiniyetli olması halinde korunmaya lâyıktır. Çünkü güvenen kişi, güven konusuna ilişkin olumsuzluğu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, onun güveninin haklı olduğu, dolayısıyla korunmaya lâyık bulunduğu söylenemez. Öyleyse normatif anlamda korunmaya değer güven, bir yandan tarafların MK. m. 2/I

⁷²⁶ Bkz. **KREBS**, 6 vd.; **PICKER**, AcP 1983, 460 vd.; **GONZENBACH**, 73 vd.; **LARENZ**, AT, 7; **MABILLARD**, 89; **FROST**, 49 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, 37; **REY**, Haftpflichtrecht, 146; **REY**, Haftpflichtrecht, 146; **FEHLMANN**, 171; **TIELE**, 651. Türk hukukunda bkz. **KIRCA**, 119.

gereğince bir özel bağlantı içerisinde bulunmalarını; diğer yandan güvenen kişinin MK. m. 3 bağlamında iyiniyetli olmasını ifade eder.

A- ÖZEL BAĞLANTI

1- Genel Olarak Özel Bağlantı

Modern öğreti borç ilişkisini, "bir kimseye başka bir kimseden belirli bir davranışta bulunmasını talep yetkisi veren hukuki bir bağ (ein rechtliches Band)"⁷²⁷ olarak görmektedir. Söz konusu hukuki bağ, sadece belirli kişiler arasında bulunan ve bu kişilerden en az birinin alacaklı diğerinin ise borçlu durumunda olduğu bir hukuki ilişkiyi (ein Rechtsverhältnis) ifade etmektedir⁷²⁸. Bu ilişki, etkisini, aynı haklar veya kişilik haklarının aksine herkese karşı değil, sadece taraflar arasında gösterir⁷²⁹. Sadece belirli kişiler arasında bulunan bu hukuki ilişki borçlar hukuku doktrininde "özel bağlantı (Sonderverbindung)" olarak adlandırılmakta ve borç ilişkisinin bulunduğu safhaya göre farklılaşan bir yoğunlukta ortaya çıkmaktadır. Söz konusu özel bağlantının en yoğun olduğu aşama şüphesiz ki sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmasından sonraki aşamadır. Bununla birlikte "özel bağlantı, sözleşme ile aynı anlama gelmez"⁷³⁰. Başka bir deyişle, sözleşme ilişkisi özel bağlantının en yoğun ortaya çıkış biçimini ifade eder; ancak özel bağlantı, sözleşme ilişkisiyle sınırlı değildir⁷³¹. Gerçekten edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri teorisinin borçlar hukuku doktrininde benimsenmesi, kişiler arasında "yoğunluğu açısından tesadüfen meydana gelmiş

⁷²⁷ MABILLARD, 88.

⁷²⁸ LARENZ, AT, 6.

⁷²⁹ LARENZ, AT, 6; MABILLARD, 89.

⁷³⁰ KIRCA, 119.

⁷³¹ FEHLMANN, 174.

karşılaşmaların ötesine giden"⁷³² bazı ilişkilerin "özel bağlantı" olarak değerlendirilmesini sağlamıştır. Geçerli bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmamalarına rağmen, birbirlerinin hukuki değer ve menfaatlerine özel şekilde etki etme imkânına kavuşan taraflar arasındaki özel bağlantı, onların MK. m. 2/I'de öngörüldüğü biçimde davranmalarını gerektirir. Bu açıdan özel bağlantı, edim yükümlülüklerinden bağımsız, güven ilişkisi anlamında bir borç ilişkisidir⁷³³ ve bu ilişkinin ihlâli, bundan kaynaklanan zararı tazmin borcu doğurur.

Özel bağlantının taraflara yüklediği davranış (koruma) yükümlülüklerinin, başka bir deyişle edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlâlinden doğan tazmin borcu, akdi niteliklidir; çünkü taraflar arasındaki özel bağlantı, onları haksız fiil sahasının dışına çıkartarak, sözleşme sahasına yaklaştırmaktadır⁷³⁴. İşte bu noktada, özel bağlantının, muhakkak hukuki işlem sahası içerisinde bulunması gerektiğine dikkat çekilmelidir⁷³⁵. Çünkü özel bağlantı ile tarafların sözleşme sahasına yaklaştıklarının kabulü, ancak hukuki işlem sahası içerisinde bulundukları takdirde haklı olabilir. Böylece hukuki işlem sahası içerisinde bulunan özel bağlantı, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin taraflarını, alelade bir sosyal ilişkinin taraflarından

⁷³² **KIRCA**, 119.

⁷³³ **FEHLMANN**, 172.

⁷³⁴ Ancak doktrinde taraflar arasındaki özel bağlantıyı, haksız fiil sorumluluğunu engelleyici bir unsur olarak değil; aksine, dürüstlük kuralının uygulanmasını gerektirdiği ölçüde bu sorumluluğun kabulünü haklı kılan bir unsur olarak değerlendiren görüşler de vardır. Bu görüşler uyarınca MK. m. 2/I, ihlâli BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırılık yaratan bir temel koruma normudur, bkz. **KELLER/GABI**, 38 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, 37. Keller'e ait bu görüş hakkında ayrıca bkz. **REY**, Haftpflichtrecht, 145; bkz. **REY**, Sonderverbindung, 231 vd.

⁷³⁵ **MOSER**, 110-111.

ayırır⁷³⁶. Burada "en azından, bir hukuki işlemin kurulmasına yol açma ihtimalini içinde barındıran"⁷³⁷ bir ilişki vardır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu sözkonusu olduğunda, en azından bir hukuki işlemin kurulmasına yol açma ihtimalini içinde barındıran özel bağlantı, oldukça belirgin bir hal alır⁷³⁸. Gerçekten bu tür vâkıalarda taraflar arasındaki özel bağlantı, "sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi" şeklinde somutlaşır.

2- Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Özel Bağlantı: Sözleşme Görüşmeleri İlişkisi

Culpa in contrahendo sorumluluğunda taraflar arasındaki özel bağlantı, "sözleşme görüşmeleri" olarak adlandırılan bir hukuki ilişki şeklinde ortaya çıkar. Sözleşme görüşmeleri ile o ana kadar aralarında herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan, sadece haksız fiil hukukunun koruma sahası içerisinde yer alan kişiler, somut bir hukuki ilişkinin tarafları, yani "sözleşme görüşmecisi" haline gelirler. Böylece sözleşme görüşmecileri, birbirlerine karşı, sadece haksız fiil hukukunun gerektirdiği biçimde, esas olarak mutlak haklar çerçevesinde özenli davranmakla değil; aralarında özel bir bağlantı, somut bir hukuki ilişki bulunan kişilerin göstermesi gereken daha yüksek derecedeki özeni göstermekle yükümlü olurlar. Bu sebeple taraflar arasında sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisinin ne zaman veya ne şekilde başlayıp sona erdiğinin tespiti son derece önemlidir.

⁷³⁶ Hukuki işlem teması ve sosyal temas kavramları için ayrıca bkz. yukarıda § 6, IV, B.

⁷³⁷ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518.

⁷³⁸ Doktrinde özel bağlantıya örnek olarak gösterilen diğer hukuki ilişkiler hakkında bkz. **FEHLMANN**, 174 vd.; ayrıca bkz. yukarıda § 5, II, A, 3.

Doktrinde bir görüş, sözleşme görüşmelerinin başlamış sayılması için tarafların bu yöndeki irade açıklamalarının uyuşması gerektiğinden bahsetmektedir⁷³⁹. Buna göre "yanlar, sözleşme görüşmelerine başlama konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmuş olmalıdırlar"⁷⁴⁰. Culpa in contrahendo sorumluluğunun temelini, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının değil; aksine, taraf iradelerinden bağımsız bir güven ilişkisinin oluşturduğu düşünüldüğünde, bu görüşe katılmak mümkün değildir⁷⁴¹. Gerçekten taraflar, karşılıklı ve birbirine uygun şekilde beyan ettikleri iradeleri ile esas olarak bir edim ilişki kurarlar. Şüphesiz ki her edim ilişkisi, aynı zamanda bir güven ilişkisidir; ancak edim ilişkisinin dahi bir güven ilişkisi olarak değerlendirilmesi, tarafların, bu yöndeki iradelerinin değil; birbirlerinin hukuki değer ve menfaatlerine özel şekilde etki etme imkânına kavuşmuş olmalarının sonucudur. Bu sebeple güven ilişkisinin başlangıcı, edim ilişkisinin başlangıcından önceki bir safhaya yani "taraf menfaatlerinin karşılıklı etkiye açık hale geldiği ilk ana" tesadüf etmekte ve bu durum, culpa in contrahendo öğretisinin temel espirisini oluşturmaktadır. O halde culpa in contrahendo sorumluluğunda taraflar arasındaki özel bağlantıyı ifade eden sözleşme görüşmeleri ilişkisi de, tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine, özellikle diğer tarafın hakim olduğu bir alana

⁷³⁹ Bkz. YILMAZ, 238; YALMAN, 102.

⁷⁴⁰ YILMAZ, 238.

⁷⁴¹ Bu görüş, culpa in contrahendo sorumluluğunu, açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren bağımsız bir sözleşmenin ihlâline dayandıran görüşü çağrıştırmakta (bkz. yukarıda § 5, I, A, 2, a) ve sözleşme görüşmelerinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile başlayacağını savunmakla, böyle bir ilişkiyi adeta "sözleşme görüşmeleri sözleşmesi" şeklinde nitelendirmiş olmaktadır.

açılması sonucunu doğuran ve hukuki işlem sahası içerisinde ortaya çıkan ilk sosyal temas anında, yani, hukuki işlem temasının kurulması ile başlamış olur⁷⁴².

Gerçekten sözleşme görüşmelerinin başlamış sayılması için ne tek taraflı bir irade beyanına ne de her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına gerek vardır. Taraflardan en azından birinin sözleşmenin akdedilmesine yönelik bir irade açıklamasında bulunması, sadece, sözleşme görüşmelerinin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde "fiilen" başladığı anlamına gelir. Ancak yükseltilmiş özen yükümlülükleri doğuran bir sözleşme görüşmeleri ilişkisi, taraflardan birinin kanun veya genel iş ve hayat tecrübelerine göre tipik olarak sözleşme kurmaya elverişli bulunan ve karşı tarafça da bu şekilde telakki edilmesi haklı görülen bir davranışı ile başlamıştır⁷⁴³. Örneğin, bir kimsenin müşteri veya muhtemel müşteri⁷⁴⁴ olarak başka bir kimsenin iş yerine girmesi, sözleşme görüşmelerini başlatan bir davranıştır. Doktrinde buna "iş ilişkilerinin hazırlığına geçilmesi"⁷⁴⁵ de denmektedir. Bu aşamada taraflar, bir sözleşmenin kurulmasının imkân ve şartlarını araştırmakta; hukuki değer ve menfaatlerini de bu amaçla, birbirlerinin etkisine açık hale getirmektedirler⁷⁴⁶. Bu sebeple taraflardan birinin karşı tarafla gerçekte bir sözleşme kurma amacı olmaksızın temasa geçtiği; başka bir deyişle, kurulan temasın bir sözleşmenin akdedilmesine ilişkin imkân ve şartları araştırmaktan başka bir amaca yönelik olduğu durumların, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

⁷⁴² **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518; **BÜHLER-REIMANN**, 361.

⁷⁴³ **FRICK**, 24; **BÜHLER-REIMANN**, 361.

⁷⁴⁴ "Muhtemel müşteri" kavramı için bkz. yukarıda § 6, IV, B.

⁷⁴⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 10.

⁷⁴⁶ **FRICK**, 25.

Buna göre taraflar arasında bir sözleşmenin akdedilmesinden başka amaçlarla kurulan sosyal temaslar hukuki işlem teması olarak nitelendirilemez; onun için bu gibi durumlarda esasen bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinden de bahsedilemez. Örneğin, mağaza, dükkân gibi yerlere arkadaşını ziyaret etmek, ilgili mevzuat uyarınca vergi denetimi veya sağlık ve hijyen koşullarının kontrolünü yapmak, yağmurdan korunmak, ısınmak, tanınmış bir kimseyi alışveriş yaparken seyretmek gibi amaçlarla giren, yani muhtemel müşteri olarak dahi değerlendirilemeyen kişiler, sözleşme görüşmecisi değildirler. Bu sebeple, mağazada sözleşme kurma amacının dışında bir amaçla bulunan kişi orada bir zarara uğrayacak olursa, mağaza sahibi culpa in contrahendo esasına göre sorumlu tutulamaz⁷⁴⁷. Bu gibi hallerde ancak, doktrinin işlem güvenliği ödevi (Verkehrssicherungspflicht) olarak adlandırdığı⁷⁴⁸, niteliği itibariyle herkese karşı üstlenilmiş, yani yükümlü kişi ile zarar gören arasında somut bir borç ilişkisinin sonucu olmayan genel bir yükümlülüğün ihlâli sözkonusudur ve böyle bir yükümlülüğün ihlâli halinde haksız fiil sorumluluğu hükümleri uygulanır. Bununla beraber, genel iş ve hayat tecrübeleri, mağaza, dükkân gibi yerlere giren herhangi bir kimsenin, kural olarak muhtemel müşteri şeklinde değerlendirilmesini gerektirdiğinden; bu durumun aksini, başka bir deyişle, söz konusu kimselerin sözleşme görüşmecisi olmadıklarının ispatı, işyeri sahibine düşer⁷⁴⁹. Böyle bir hususun ispatının ise kimi zaman son derece zor, hatta imkânsız olduğu açıktır. Gerçekten bir kimsenin sözleşme kurmak amacıyla hareket edip etmediği, esasen, iç dünyasıyla ilgili bir meseledir ve hukuk tamamen iç

⁷⁴⁷ YILMAZ, 238; YALMAN, 102.

⁷⁴⁸ Bkz. LARENZ, sozialer Kontakt, 518.

⁷⁴⁹ LARENZ, sozialer Kontakt, 518. Ayrıca bkz. ileride, § 10, III.

dünyada kalan meselelerle ilgilenmez. Böyle bir hususun ispatı, ancak, gerçekte sözleşme kurmaktan başka bir amaç izlendiğinin dış dünyaya objektif şekilde yansımış olması halinde mümkündür. Örneğin, tezgâhtar kızın nişanlısı olduğu bilinen ve nişanlısını iş yerinden almak için her akşam aynı saatte mağazaya gelen genç, burada bir zarara uğradığında, onun sözleşme görüşmecisi olmadığı kolaylıkla söylenebilir. Ancak alışveriş gibi bir amaç taşımaksızın, uzaktan görüp beğendiği tezgâhtar kızı sırf daha yakından görmek için müşteri gibi mağazaya giren genç, burada bir zarara uğrarsa, gerçek amacın ispatı neredeyse imkânsız olduğundan, neticede işyeri sahibi akdi sorumlu kılınabilir. O halde, kanun, genel iş ve hayat tecrübelerine göre tipik olarak bir sözleşme kurmaya elverişli her davranışın, aksi dış dünyaya gözlemlenebilir bir biçimde yansımada, sözleşme görüşmeleri ilişkisinin başlangıcı olarak kabul edilmesi gerekir⁷⁵⁰. Aynı şekilde, sözleşme görüşmesi yapmaktan başka amaçlarla bir işyerinde bulunan kimse, burada her hangi bir zarara sebebiyet verdiğinde, kendisinin sözleşme görüşmecisi olmadığını ispat, bu kişiye düşer⁷⁵¹ ve böyle bir hususun ispatı da yine, gerçekte sözleşme kurmaktan başka bir amaç izlendiğinin dış dünyaya objektif şekilde yansımış olması halinde mümkün olur. Gerçekte sözleşme kurmak gibi bir

⁷⁵⁰ " ... bir mağazaya giren herkes, -yağmurdan korunmak, hatta hırsızlık yapmak gibi amaçlarla da olsa-, akit öncesi borç ilişkisinin doğurduğu koruma yükümlülüklerinden yararlanırlar; çünkü gerektiğinde bu kimselerdeki muhtemel bir satın alma niyetinin yokluğu ispatlanamayacaktır" (SONNABEND, 13).

⁷⁵¹ Mağaza, dükkân gibi yerlere müşteri veya muhtemel müşteri olarak giren kimseler, burada bir zarara uğramaları halinde akdi tazminat alacaklısı oldukları gibi; bu iş yerinde bir zarara yol açtıkları takdirde de akdi tazminat borçlusu olurlar. Örneğin, daha hiçbir mağaza müstahdemi ile konuşmamış, sadece mallara bakmakta olan muhtemel müşteri (A), dikkatsizce yere fırlattığı sigara yüzünden bir yangına sebebiyet verirse, bu kimsenin, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat ödemek zorunda olduğu kabul edilmelidir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 10).

amacı bulunmamasına rağmen kendisini özel olarak sözleşme görüşmecisi gibi gösteren; böylece kendisi için karşı tarafın hak ve menfaatler çevresine herhangi bir kişiye göre daha fazla yaklaşma imkânı yaratarak bir zarara sebebiyet veren kişilerin ise, daha sonra gerçek amaçlarının sözleşme kurmak olmadığından bahisle akdi sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir. Örneğin, bir kuyumcuya müşteri gibi gelen, burada müşteri gibi davranarak bir çok değerli mücevherin önünde sergilenmesini sağlayan ve bunlardan bazılarını çalarak dükkândan ayrılan kişi, gerçek niyeti baştan beri hırsızlık yapmak olsa dahi, bunu ispatlamakla akdi sorumluluktan kurtulmuş olmaz. Çünkü bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespiti bakımından kişilerin tamamen iç dünyalarında kalan gerçek amaçları değil; dış dünyaya yansımış ve karşı taraf nezdinde bir hukuki işlem teması olarak telakki edilmesi objektif bir değerlendirmeye göre haklı bulunan davranışları önem arz eder. Böyle bir kabul, haklı güvenin korunmasına dayanan bir sorumluluk anlayışı ile paralellik gösterir ve kendisinin sözleşme görüşmecisi olduğuna dair karşı taraf nezdinde haklı bir güven uyandıran kişinin sözkonusu sorumluluk esasına tâbi kılınmasını mümkün kılar. Gerçekten böyle bir olayda kuyumcunun mücevherleri karşı tarafın etki alanına açmasının sebebi, aralarında bir hukuki işlem temasının kurulmuş olduğuna dair duyduğu güvendir. Karşı tarafın genel iş ve hayat tecrübelerine göre bir sözleşme görüşmesi olarak değerlendirilebilecek tutum ve davranışlar sergilemesi, kuyumcunun bu hususa ilişkin güvenini haklı kılar. Öyleyse culpa in contrahendo sorumluluğu gibi esasını haklı güvenin korunması anlayışının oluşturduğu bir sorumluluk, karşı tarafla görünüşte bir hukuki işlem teması kurarak, kendisinin

sözleşme görüşmecisi olduğuna dair haklı bir güven yaratan kişiler aleyhine evleviyetle işletilmelidir.

Aynı anlayışın mantıki bir sonucu olarak, sözleşme kurma amacının sadece içsel bir niyet olarak kaldığı, dış dünyaya yansıtılmadığı durumlarda, bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin başlamış olduğundan bahsedilemez⁷⁵². Örneğin arkadaşının yazlığını satın almayı düşünen, fakat kendisine bu hususta bir teklif yapmazdan önce fiyat konusunda arkadaşının ağzını arayan kişinin davranışı, sözleşme görüşmeleri ilişkisinin başlangıcı olarak kabul edilemez. Bu sebeple, alelade bir sosyal temasın sonucu olarak görünen ve karşı tarafça da bu şekilde telakki edilen bir sohbet esnasında, tarafların birbirlerine karşı yükseltilmiş özen yükümlülükleri henüz söz konusu olmaz; dolayısıyla yazlık sahibinin sırf övünmek amacıyla yazlığı hakkında gerçeği yansıtmayan bilgiler vermesi, MK. m. 2/I anlamında dürüstlük kuralının ihlâli sayılamaz.

Sözleşme görüşmelerinin başlangıcına ilişkin yaptığımız tüm bu değerlendirmeler, böyle bir ilişkinin tam olarak ne zaman veya ne şekilde kurulduğu hususunda kesin bir ölçüt ortaya koymanın zorluğunu göstermektedir. Gerçekten genel iş ve hayat tecrübelerine göre tipik olarak bir sözleşme kurmaya elverişli davranış, bu davranışın karşı tarafça hukuki işlem teması olarak telakki edilebilmesi ve dolayısıyla

⁷⁵² Sözleşme görüşmelerine ilişkin bir niyetin sözleşme görüşmelerinin başlangıcı sayılması, böyle bir ilişkiyi çok öne çekmek olur, "çünkü insanların düşünceleri, sırf var olmalarıyla değil, fiiliyata dökülmeleriyle hukuken önemli hale gelir. Sözleşme görüşmelerinin kurulması için, taraflardan birinin tek taraflı (dış dünyaya yansımamış) bir istemi yeterli değildir. (Bunun için) taraflar arasındaki, kanun veya örf ve adete göre normal olarak bir sözleşme kurmaya yol açacak ilişkiler kabul edilmelidir. Taraflardan birinin tek taraflı bu istemi, dış dünyaya yansıtılmış ve karşı tarafça bu şekilde idrak edilmiş olmalıdır (BÜHLER-REIMANN, 361).

bir hukuki işlem temasının kurulduğuna dair yaratılan haklı güven gibi ölçütler, sadece ana hatlarıyla belirlenmiş ve içeriği her somut olay bakımından ayrıca doldurulması gereken soyut ölçütlerdir. Bu sebeple sözleşme görüşmeleri ilişkisinin başlangıcını belirlemek, ihtilaf konusu olmuş her somut olayda hakime düşen bir görevdir. Böyle bir belirleme yapılırken, kurulması düşünülen sözleşmenin türü ve bu konudaki teamül göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁵³.

Sözleşme görüşmelerinin ne zaman veya ne şekilde sona erdiğinin tespiti ise görüşmelerin başlangıcının tespitine nazaran daha kolaydır. Çünkü bu hususta ortaya daha somut ölçütler koymak mümkündür. Gerçekten sözleşme görüşmeleri ilişkisi, ya kurulması amacıyla görüşmeleri yapılan sözleşmenin kanunda öngörüldüğü biçimde akdedilmesiyle; ya da sözkonusu sözleşmenin akdedilmesinden vazgeçilerek görüşmelerin kesilmesiyle sona erer⁷⁵⁴. Görüşmeleri yapılan sözleşmenin geçerli bir şekilde akdedilmesi, culpa in contrahendo sorumluluğu safhasını sona erdirir; fakat edim yükümlülüklerinden bağımsız koruma yükümlülükleri, "bütünsel koruma ilişkisi (einheitliches Schutzverhältnis)" anlayışının bir sonucu olarak, geçerli bir sözleşmenin akdedilmesinden sonra da kanuni varlıklarını sürdürmeye devam ederler⁷⁵⁵.

⁷⁵³ BÜHLER-REIMANN, 361.

⁷⁵⁴ BÜHLER-REIMANN, 361; HERZ, 54; GAUCH/SCHLUEP, 182; YILMAZ, 238.

⁷⁵⁵ Bütünsel koruma ilişkisi hakkında bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

B- İYİNİYET

Normatif anlamda korunmaya değer güvenden bahsedebilmek için taraflar arasında özel bir bağlantının varlığı yetmez; duyulan güvenin normatif açıdan haklı bulunması, güvenen ve bu güveni neticesinde zarara uğrayan kişinin aynı zamanda MK. m. 3'de öngörüldüğü gibi iyiniyetli olmasını da gerektirir.

Gerçekten doktrinde güvenen kişinin iyiniyetli olması, güven sorumluluğunun şartlarından birisi olarak gösterilmektedir⁷⁵⁶. Buna göre, güvenen kişinin, gerçek durumu, yani güven uyandırmaya elverişli bir durum veya davranışın gerçeği yansıtmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, güvenmesi için bir sebep yoktur⁷⁵⁷; dolayısıyla böyle bir güven, hukuken korunması gereken, haklı bir güven değildir. Güvenen kişinin iyiniyetli sayılmadığı bu gibi durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğunun işletilmesi, böyle bir sorumluluğun çıkış noktası ve esasını oluşturan anlayış ile bağdaşmaz. Nitekim culpa in contrahendoyu ilk kez genel bir sorumluluk fikri olarak ortaya atan Jhering, culpa in contrahendo sorumluluğu ile "kusurlu tarafın sorumsuz kılınarak, kusursuz tarafın kendisinden kaynaklanmayan bir kusuraun kurbanı olduğu"⁷⁵⁸ durumlarda ortaya çıkan adaletsizliğin giderilmesini sağlayan bir mekanizma öngörmüştür. O halde güvenen ve bu güveni neticesinde zarar gören kişinin iyiniyetli olması ile culpa in contrahendo sorumluluğunun esası arasında yakın bir ilişki vardır.

⁷⁵⁶ Bkz. CANARIS, Vertrauenshaftung, 504; MOSER, 159; FEHLMANN, 186.

⁷⁵⁷ MOSER, 159.

⁷⁵⁸ Bkz. JHERING, 8.

İyiniyet ile normatif anlamda korunmaya değer güven arasındaki bu yakın ilişki, kanunda düzenlemesini bulan münferit culpa in contrahendo vâkıalarında açıkça göze çarpmaktadır. Gerçekten Borçlar Kanununun 26. maddesi, kendi kusuru ile hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden tarafı bu iptalden doğan zararın tazmini ile yükümlü tutmuş (BK. m. 26/I, c. 1); ancak karşı tarafın hataya vâkıf olduğu veya vâkıf olmasının gerektiği durumlarda tazminatın sözkonusu olamayacağını (BK. m. 26/I, c. 2) belirtmiştir⁷⁵⁹. Aynı şekilde yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanununun 39. maddesi, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeye icazet verilmemesi halinde ortaya çıkan zararların tazmini için temsilci sıfatını takınan kimse aleyhine dava açılabileceğini (BK. m. 39/I, c. 1); ancak bu kimsenin yetkisiz olduğunun karşı tarafça bilindiğinin veya bilinmesi gerektiğinin ispatı halinde davaya mahal olmadığını (BK. m. 39/I, c. 2) hükme bağlamıştır. Yine kanun, temsil yetkisi sona ermiş olmasına rağmen daha önce verilmiş yetki belgesini geri almakta ihmalkâr davranan temsil olunan veya haleflerinin sadece iyiniyetle hareket eden üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu düzenlemiştir (BK. m. 36/II). Medeni Kanunun 452. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sorumluluk bakımından ise kanun, karşı tarafın iyiniyetli olması gereğini açıkça düzenlememekte (MK. m. 452/II); ancak doktrin, kendisini ehil gösteren kısıtlının

⁷⁵⁹ Ancak irade beyanlarının yorumuna ilişkin olarak günümüz hukuk doktrininde hakim görüşün benimsediği güven teorisi karşısında, BK. m. 26/I c. 2 hükmü her hangi bir anlam ifade etmemektedir. "Çünkü böyle bir halde, karşı taraf ya fiilen ya da güven (farazi meram anlatma) teorisine göre hata edenin gerçek veya farazi iradesini bilmekte ve bu bilgi ve anlayışa göre esasen sözleşme kurulmuş bulunmaktadır" (EREN, 357).

sadece gerçek durumu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen üçüncü kişilere karşı sorumluluğundan bahsetmektedir⁷⁶⁰.

Doktrinde bazı yazarlar, kanunda yer alan culpa in contrahendo vâkıalarında karşı tarafın iyiniyetli olması gereğine ilişkin bu düzenlemelerin bütün culpa in contrahendo vâkıalarına teşmil edilemeyeceğini savunmaktadır⁷⁶¹. Bu yazarlara göre sözkonusu culpa in contrahendo vâkıaları bakımından karşı tarafın iyiniyetini şart koşan bu düzenlemeler, sadece bu vâkıalara ilişkin özel sebeplere dayanmaktadır. Örneğin yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda temsilcinin kusurlu olması gerekmediğinden, başka bir deyişle, "burada bir tür sebep sorumluluğu bulunduğundan, karşı tarafın iyiniyetli olmadığı durumlarda OR (BK.) m. 39 hükmünün -sorumluluğu haksız yere ağırlaştırmaktan kaçınmak için- temsilciyi sorumlu kılmaması icap eder. Aynı sebepten ötürü, OR (BK.) m. 36'nın zarar gören lehine olan düzenlemesi, (zarar görenin) iyiniyetli olmasına bağlıdır"⁷⁶². Yine bu görüş uyarınca, kendi kusuruyla hataya düşen kişinin sözleşmeyi iptal etmesinden doğan zararların tazmininin, karşı tarafın hatayı bilmemesine ve bilmesinin de gerekmemesine bağlanmış olması, ağır ihmal ile hafif ihmalin bir arada bulunduğu durumlarda kısmen haksız sonuçlara yol açabilir. "Bu sebeple bazen -OR (BK.) m. 26/T'in lafzının aksine- sorumluluğun tamamen bertaraf edilmeyerek, sadece OR (BK.) m. 44/I uyarınca bir indirime gidilmesi gerekir"⁷⁶³.

Kanaatimizce kanunda düzenlenmiş culpa in contrahendo vâkıalarında göze çarpan iyiniyet şartının bu sorumluluğa ilişkin tüm vâkıalara teşmil edilemeyeceğini;

⁷⁶⁰ Bkz. ÖZTAN, Şahsın Hukuku, 96; ayrıca dpn. 194'de adı geçen yazarlar.

⁷⁶¹ Bkz. GONZENBACH, 148; Türk hukukunda YALMAN, 106.

⁷⁶² GONZENBACH, 148-149.

⁷⁶³ GONZENBACH, 149.

dolayısıyla bazı vâkıalar bakımından zarar görenin iyiniyetli olmaması halinde dahi culpa in contrahendo sorumluluğunun işletilebileceğini savunmak, bu sorumluluğun esası ile bağdaştırılamaz. Ancak bu, culpa in contrahendo sorumluluğunun işletilebilmesi için zarar görenin tamamen kusursuz olması gerektiği anlamına da gelmez. Burada zarar görenin kötünियeti ile ortak kusurunu birbirinden ayırmak gerekir. Gerçi zarar görenin ortak kusurunun, çoğu zaman onun iyiniyetini de ortadan kaldıracığı açıktır. Gerçekten MK. m. 3/II hükmü karşısında sadece "bir vâkıanın gerçek mahiyetinden haberdar olmak"⁷⁶⁴ değil, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermemek de kötüniyetli sayılmak için yeterli bulunduğu; zarar görenin gerçek durumdan haberdar olmak için durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermemesi şeklinde beliren kusuru, onun iyiniyetini de ortadan kaldırır. Ancak zarar görenin kusurunun bazı durumlarda iyiniyetini ortadan kaldıracak bir seviyeye ulaşmamış olması da mümkündür. Çünkü durumun arz ettiği şart ve özelliklere göre gösterilmesi gereken özenin ne olduğu, MK. m. 2/I hükmünden hareketle oluşturulan "dürüst, namuslu, normal ve orta zekâlı" bir kişiye göre belirlenir⁷⁶⁵ ve zarar görenin bu ölçünün üstüne geçen özeni göstermemesi, kanaatimizce onun iyiniyetini ortadan kaldırmaya yetmez; fakat duruma göre hafif kusur olarak değerlendirilerek, BK. m. 44/I uyarınca tazminattan indirim sebebi oluşturabilir⁷⁶⁶. Ortak kusur ile hukuken kötüniyetli sayılmak arasında beliren bu ince

⁷⁶⁴ VELİDEDEOĞLU, 265.

⁷⁶⁵ "İyiniyetin m. 3/II'de yer alan sınırı, m. 3/I'deki unsurların hukuki değerlendirmesinin m. 2/I'in objektif ölçüsüne göre yapılmasını gerektirir" (FEHLMANN, 18).

⁷⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, şekil eksikliği bilinerek sözleşme yapılması halinde dahi zararın tazmininin talep edilebileceğini; ancak bunun, BK. m. 44 uyarınca tazminattan indirim sebebi oluşturabileceğini

çizgiyi ortaya koymak, hakimin her somut olay bakımından ayrıca değerlendirmesi gereken bir husustur.

III- NORMATİF ANLAMDA KORUNMAYA DEĞER GÜVENİN İHLÂLİ

Culpa in contrahendo sorumluluğunun son özel şartı, normatif anlamda korunmaya değer olan, yani haklı güvenin ihlâl edilmesidir. Bu şart, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa, akdi sorumluluk bakımından ise akde (borca) aykırılığa tekabül eder⁷⁶⁷.

Haklı güvenin ihlâli, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin taraflara yüklediği koruma yükümlülüklerinin ihlâlini ifade etmektedir⁷⁶⁸. Bu, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından "sözleşme görüşmelerinden doğan bir yükümlülüğün ihlâli" şeklinde ortaya çıkar. Bu sebeple, culpa in contrahendo sorumluluğunda haklı güvenin ihlâlinin, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler ile ilişkilendirilerek ele alınması gerekir⁷⁶⁹.

belirtmektedir: "Bizce, hiç ifa edilmemiş bir sözleşmede, her iki taraf da şekil eksikliğini bilerek sözleşmeyi yapmış olsa bile, bunun mutlaka ifa edileceği hususunda karşı tarafa taahhütte bulunan veya davranışları ile haklı bir beklenti ve güven uyandıran taraf, sonradan ilk davranışı ile çelişkiye düşerek ifayı redderse, culpa in contrahendo ilkesine göre sorumlu tutulur" (**KOCAYUSUFPASAOĞLU**, 263 dñn. 37).

⁷⁶⁷ Gürpınar ise haksız fiillerdeki hukuka aykırılık unsurunun, güven sorumluluğu bakımından güvenin ihlâline değil, doğrudan "güven konusunun varlığı"na tekabül ettiğini ileri sürmektedir, bkz. **GÜRPINAR**, 220.

⁷⁶⁸ "(Güven sorumluluğu bakımından) yükümlülük ihlâli, önceden yaratılan beklentinin dürüstlüğüye aykırı olarak boşa çıkarılmasının bir sonucudur" (**FEHLMANN**, 180).

⁷⁶⁹ Sözleşme görüşmelerinden doğan bu yükümlülük ihlâlleri, doktrinde "culpa in contrahendo vâkıaları" (bkz. **FRICK**, 37 vd.) veya "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk halleri" (bkz. **EREN**, 1088 vd.; **YILMAZ**, 241) şeklinde de sistematize edilmektedir.

Doktrinde sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ortak bir tasnif biçimine rastlanmamaktadır. Kanaatimizce sözkonusu yükümlülükler, bir sözleşmenin akdedilemediği, başka bir deyişle, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan kusur sebebiyle "sözleşme kurma hadisesinin hiç gerçekleşmediği durumları"; sözleşmenin kurulduğu fakat sözleşme görüşmelerinde kusur sebebiyle "kurulan sözleşmenin ya geçersiz ya da karşı taraf için elverişsiz olduğu durumları"; ayrıca her iki ihtimalde de ortaya çıkabilen "bütünlük menfaatinin ihlâl edildiği durumları" kapsayan üç ayrı ihtimal gözetilerek ele alınabilir. Bunlardan ilk halde, doğrudan sözleşme görüşmeleriyle bağlantılı bir yükümlülüğün ihlâli sözkonusu iken; ikinci halde, görüşmeleri yapılan sözleşme ile bağlantılı bir yükümlülük ihlâl edilmektedir. Bütünlük menfaatinin ihlâl edildiği hallerde ise, esas olarak haksız fiil hukukunun koruma kapsamına giren sözleşme dışı bir menfaatin, özellikle kişi veya mal varlığı değerlerinin korunmasına yönelik bir yükümlülüğün ihlâli sözkonusudur.

A- DOĞRUDAN SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ İLİŞKİSİYLE BAĞLANTILI YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLÂLİ

Doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülükler, esas olarak, sözleşme görüşmelerinin ciddiyetle başlatılıp bu şekilde sürdürülmesine ilişkin yükümlülüklerdir. Daha açık bir ifadeyle, burada, bir sözleşme kurmaya ilişkin ciddi bir niyet taşımak; sözkonusu niyetin ortadan kalkması halinde ise, bu durumu dürüstlük kuralına uygun olarak vaktinde ve gerektiği şekilde karşı tarafa bildirmek gibi, kurulacak olan sözleşmenin içeriği, şekli, tarafları ve benzeri hususlara değil; doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisine yönelik yükümlülükler sözkonusudur. Bu

yükümlülüklerin ihlâl edilmesi, bir sözleşmenin kurulmasına baştan engel olur⁷⁷⁰ ve culpa in contrahendo esasına göre bir tazminat borcu doğurur⁷⁷¹.

1- Sözleşme Kurma Niyeti Olmaksızın Sözleşme Görüşmesi Yapmak

Özel hukuka hakim olan sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca herkes dilediği kişiyle karşılıklı olarak belirledikleri bir içerik ve şekil dahilinde sözleşme kurmak ve dolayısıyla sözleşme görüşmeleri yapmak hususunda, kural olarak, serbesttir⁷⁷². Ancak taraflardan birinin karşı tarafla hiç sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşmeler yapması, sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Böyle bir davranış, sözleşme görüşmelerinin ciddiyetle başlatılıp bu şekilde sürdürülmesine ilişkin koruma yükümlülüğünü ihlâl ederek, bir culpa in contrahendo hali oluşturur.

⁷⁷⁰ Bu sebeple bazı yazarlar, bizim doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı gördüğümüz bu yükümlülükleri, "sözleşmenin kurulmasına yardımcı yükümlülükler (Vertragsabschlussförderungspflichten)" olarak tanımlamaktadır (bkz. **FRICK**, 37).

⁷⁷¹ Bizim "doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülüklerin ihlâli" olarak değerlendirdiğimiz yükümlülük ihlalleri, Avrupa Birliği ülkelerinde ortak bir sözleşme hukuku oluşturma çabalarının sonucu olarak ortaya çıkan "The Principles Of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)" kapsamında "Liability for negotiations (görüşme sorumluluğu)" başlığı ile ele alınmıştır. Buna göre, taraflar görüşme yapma hususunda serbesttirler ve görüşmelerin sonunda bir uzlaşmaya varamamalarından sorumlu değildirler (m. 2:301:1). Bununla birlikte, görüşme yapan veya dürüstlük kuralına aykırı olarak görüşmeleri kesen taraf, diğer tarafa verdiği zararlardan sorumludur (m. 2:301:2). Taraflardan birinin diğer tarafla uzlaşmak hususunda gerçek bir niyet taşımaksızın görüşmelerde bulunması veya görüşmeleri sürdürmesi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur (m. 2:301:3). Söz konusu ilkelerin Türkçe metni için bkz. **DAYINLARLI**, 327 vd. İngilizce orijinal metin için ayrıca bkz. http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm. (05.04.2007).

⁷⁷² Sözleşme özgürlüğü ve sınırları hakkında bkz. **EREN**, 267 vd.

Şüphesiz ki, taraflar, sözleşme görüşmelerine başlarken henüz bir sözleşmenin kurulması hususunda kesin bir karara varmış değildirler. Nitekim sözleşme görüşmelerinin amacı, taraflara, kurulması muhtemel bir sözleşmenin imkân ve şartlarını araştırmaları, sözleşmenin kurulmasına etki eden hususları değerlendirmeleri ve bu değerlendirme sonucunda sözleşmenin kurulması veya kurulmaması hususunda kesin bir karara varmalarını sağlamaktır. Bu sebeple sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirleriyle sözleşme kurma hususundaki iradeleri kesin olmayabilir ve kesin olmayan bir sözleşme iradesiyle görüşmeler yapmak, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak değerlendirilemez⁷⁷³; aksine, sözleşme görüşmelerinin amacına uygun bir tutum oluşturur ve bu aşamada tarafların sözleşmenin kurulacağına güvenerek yaptıkları masraflara kendilerinin katlanması gerekir⁷⁷⁴. Ancak bir tarafın, karşı tarafla sözleşme kurmayacağı kendisi için baştan beri belli olmasına rağmen, sözleşme görüşmelerine girişmesi veya bu husus anlaşıldıktan sonra dahi sözleşme görüşmelerini devam ettirmesi⁷⁷⁵ ne sözleşme görüşmelerinin amacıyla, ne de dürüstlük kuralıyla bağdaştırılabilir. Çünkü burada aldatıcı hareketlerle başka bir kimsede sözleşme yapma ümidinin uyandırılması sözkonusudur. Bu şekilde bir ümit uyandırdıktan sonra bunu boşa çıkaran kimse, karşı tarafın bir sözleşme kurulacağı beklentisiyle yaptığı harcamaları, zaman ve fırsat kayıplarını culpa in contrahendo esasına göre tazmin etmelidir⁷⁷⁶. Örneğin, "A'nın, daha önce satın mülkiyetini devrettiği bir malı tekrar

⁷⁷³ GONZENBACH, 95.

⁷⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP, 182; FRICK, 38.

⁷⁷⁵ GONZENBACH, 94.

⁷⁷⁶ BUCHER, AT, 281-282; ayrıca bkz. BUCHER, Recht 2001, 76 ve aynı sayfa dpn. 37'de anılan yargı kararları.

satmak ve mülkiyetini devretmek için B ile görüşmelere başlaması halinde, B'nin bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olması gerekir"⁷⁷⁷. Bunun gibi, halihazırda bir kimseyi yerleştirdiği bir iş için başkalarıyla görüşmeler yapmaya devam eden işverenin davranışı, bir culpa in contrahendo oluşturarak tazminat borcu doğurabilir⁷⁷⁸. Aynı şekilde sırf karşı tarafı meşgul etmek, onun başka birisiyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmamasını sağlamak gibi amaçlarla bir sözleşme görüşmesi başlatmak veya başlamış bir görüşmeyi sürdürmek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar. Ancak bu ve buna benzer niyetlerle başlatılan ve her hangi bir sözleşmenin kurulması ile sonuçlandırılmayan bir görüşme sebebiyle zarara uğrayan tarafın, karşı tarafın taşıdığı gerçek amacı ispatlaması son derece zordur. Gerçekten, başlamış bir görüşmenin, sözleşmenin kurulması ile sonuçlandırılması gibi bir yükümlülük bulunmadığından⁷⁷⁹; sözleşme kurma niyeti olmaksızın sürdürülen bir görüşme ilişkisinin, dürüstlüğe uygun, ciddiyet içerisinde sürdürülen fakat her hangi bir sözleşmenin kurulması ile sonuçlandırılmayan bir görüşme ilişkisinden ayırt edilmesi, neredeyse imkânsız denilecek kadar güçtür. Bu sebeple sözleşme kurma niyetinin yokluğu, çoğu zaman, şekle aykırılık gibi sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren⁷⁸⁰ veya karşı tarafın özellikle mülkiyet hakkı gibi bütünlük menfaatinin ihlâlüne yol açan bir davranış⁷⁸¹ ile dışa vurulduğunda ayırt edilebilir hale gelir. O halde görüşmelerin

⁷⁷⁷ EREN, 1090.

⁷⁷⁸ BUCHER, AT, 282.

⁷⁷⁹ HERZOG, 77; EREN, 1085.

⁷⁸⁰ Bkz. EREN, 1091; BUCHER, AT, 282.

⁷⁸¹ Burada sözleşme görüşmelerinin vesile edilerek karşı tarafa bir zarar verilmesi sözkonusudur. Örneğin, bir kuyumcuya müşteri gibi gelen, burada müşteri gibi davranarak bir çok altın eşyanın önünde

ciddiyet ile başlatılıp sürdürülmesine yönelik bu yükümlülük ihlâlinin, somut bir olayda, çoğu zaman diğer yükümlülük ihlalleri ile bir arada ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz.

2- Sözleşme Görüşmelerini Dürüstlüğe Aykırı Biçimde Yarıda Kesmek

Sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, kural olarak hiç kimse belli bir kimseyle sözleşme kurmak, dolayısıyla sözleşme görüşmeleri yapmak mecburiyetinde değildir. Fakat herkes, bir kere başlamış olduğu görüşmeleri ciddiyet içerisinde, dürüstlük kuralına uygun bir biçimde sürdürmek zorundadır⁷⁸². Sözleşme görüşmelerinin ciddiyet içerisinde sürdürülmesi, karşı taraf ile bir sözleşme kurulamayacağının anlaşılmasından sonra zaman kaybetmeden görüşmelerin sona erdirilmesini gerektirir⁷⁸³. Aksi bir tutum, yani, sözleşmenin kurulması ile sonuçlanmayacağının anlaşılmasına rağmen görüşmeleri sürdürmek, sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşme yapmak anlamına gelir ki, bu, karşı tarafın sözleşmenin kurulacağına dair beklentisinin daha fazla pekiştirilmesi sonucunu doğuracağından dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

sergilenmesini sağlayan ve bunlardan bazılarını çalan kişi, sözleşme kurma niyetine hiçbir zaman sahip olmamıştır, bkz. yukarıda § 7, II, A, 2.

⁷⁸² **GONZENBACH**, 93.

⁷⁸³ "Müzakerelerin kesilmesi durumunda karşı tarafın uygun ve elverişli bir süre içinde bunu öğrenmeye hakkı vardır. Böyle bir süre geçirilirse, onun kaçırdığı başka sözleşme fırsatlarından dolayı tazminata hakkı vardır" (**AKYOL**, Eren'e Armağan, 85). Doktrinde, sözleşme kurma niyetini kaybetmesine rağmen görüşmeleri sürdüren tarafın karşı tarafa sözleşmenin akdedilmeyeceğini vaktinde bildirmemesini, bir anlamda "açıklama yükümlülüğü"nin ihlali olarak gören yazarlar da vardır (bkz. **GRUNEWALD**, JZ 1984, 709; **FRICK**, 39).

Bununla beraber, bazı durumlarda sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi de, dürüstlük kuralı ile bağdaştırılamayan bir davranış olarak değerlendirilebilir⁷⁸⁴.

Sözleşme görüşmeleri ilişkisi, taraflara, görüşmeleri yapılan sözleşmeyi kurma yükümlülüğünü yüklemediğinden⁷⁸⁵, görüşmelerin yarıda kesilmesinin culpa in contrahendo esasına dayanan bir tazminat borcu doğurması, son derece istisnaidir. Gerçekten "güven sorumluluğunun bu şekli, özel ve sıkı tutulan şartların gerçekleşmesiyle vuku bulur; çünkü taraflar sözleşme görüşmelerini, bu görüşmeler uzun sürmüş olsa dahi, kendileri aleyhine sonuç doğmaksızın her an kesmekte esasen serbesttirler. Tarafların bu serbestisi, bir tarafın sözleşmenin akdedilmesi beklentisini taşıdığı durumlarda da mevcuttur"⁷⁸⁶. Görüşmeleri kesen tarafın karşı tarafa bir sebep bildirmesi de kural olarak gerekmez⁷⁸⁷. Hatta karşı taraf sözleşmenin kurulacağı

⁷⁸⁴ Bu noktada "sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmesi yapmak" ve "sözleşme görüşmelerini dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesmek" şeklinde beliren yükümlülük ihlallerinin birbiriyle çelişmediğini; tersine bazı durumlarda birbirini tamamladığını veya iç içe geçmiş bulunduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten bir kimse görüşmeler başladıktan sonra karşı tarafla bir sözleşme kurmasının mümkün olmadığını anlamasına rağmen görüşmeleri kesmez ise, sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşme yapmış olur; fakat bu şekilde sürdürdüğü görüşmeler belli bir aşamaya geldikten ve karşı tarafta sözleşmenin kurulacağına dair haklı bir güven uyandırdıktan sonra görüşmeleri keserse, bu defa da sözkonusu davranış, sözleşme görüşmelerini dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesmek şeklinde değerlendirilebilir.

⁷⁸⁵ **HERZOG**, 77; **EREN**, 1085. Nitekim bu durum önsözleşme ile culpa in contrahendo arasındaki temel farklardan birini oluşturur, bkz. yukarıda § 3, III.

⁷⁸⁶ **SONNABEND**, 15. "Sözleşme görüşmeleri, uzun süre devam etmiş olsa dahi, görüşmecilerin sözleşmeyi kurma veya kurmama hususundaki serbestilerinin sınırlandırılmasına kural olarak yol açmaz. Taraflardan biri sonuçta sözleşmenin kurulmasını kabul etmediğinde, bu, zararı tazmin yükümlülüğü doğuran kusurlu bir davranış olarak değerlendirilemez. Bu esas, diğer tarafın sözleşmenin meydana geleceği beklentisi içerisinde yüklü masraflar yaptığı zaman dahi geçerlidir" (BGH WM 1962, 937, **GRUNEWALD**, JZ 1984, 709'dan naklen).

⁷⁸⁷ **EREN**, 1085.

beklentisi ile bazı tasarruflarda bulunsa, örneğin bir iş ilişkisini feshetse, bunun sonuçlarına kendisi katlanır⁷⁸⁸; çünkü "her görüşmeci, görüşmelerin kesilebileceğini hesaba katmak zorundadır"⁷⁸⁹. Fakat, taraflardan birinin sözleşmenin kurulacağına dair beklentisi, karşı tarafın söz, tutum ve davranışları ile özel olarak güçlendirilmiş ise, bu kimsenin karşı tarafça görüşmelerin kesilebileceğini hesap edememesi haklı görülebilir⁷⁹⁰. Bu sebeple, "karşı tarafın sözleşmenin kurulacağına dair kat'i kanaat uyandıran davranışları sonucunda" sözleşmenin kurulacağına, herhangi bir görüşme ilişkisinin yarattığı beklentinin üzerinde güvenerek bazı tasarruflarda bulunan tarafın, görüşmelerin yarıda kesilmesi sebebiyle uğradığı zararlar, culpa in contrahendo esasınca tazmin ettirilebilir. Nitekim Federal Mahkeme, çeşitli kararlarında, sözleşmenin kurulacağına dair şüpheye yer bırakmayacak şekilde bir güven uyandıran tarafın, sonradan sözleşmenin kurulmasından vazgeçmesini tazminat yükümlülüğü doğuran bir vâkıa olarak tanımlamış⁷⁹¹; böyle bir durumda görüşmelerin yarıda kesilmesini, sadece "esaslı bir sebebin (ein triftiger Grund) varlığı" halinde mümkün görmüştür⁷⁹². Ancak şu noktaya özellikle dikkat çekmek gerekir: Burada culpa in

⁷⁸⁸ GONZENBACH, 96.

⁷⁸⁹ EREN, 1085.

⁷⁹⁰ SONNABEND, 15; GONZENBACH, 96.

⁷⁹¹ "... Sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesi, sadece (görüşmeleri yarıda kesen) kimsenin daha önceki davranışları ile kusurlu olarak, sözleşmenin kesin surette kurulacağına dair bir güven uyandırması veya (mevcut güveni) artırması durumunda karşı görüşmecinin yaptığı masrafları tazmin yükümlülüğü doğurur" (BGH WM 1962, 937, GRUNEWALD, JZ 1984, 709'dan naklen).

⁷⁹² Bkz. BGH WM 70, 1110 ve BGH WM 69, 595 (GRUNEWALD, JZ 1984, 709). Son kararda Federal Mahkeme, sözleşmenin kurulacağına dair kat'i bir kanaat uyandırmasına rağmen esaslı bir sebep olmaksızın (ohne triftigen Grund) görüşmeleri yarıda bırakan tarafın davranışını, geçerli bir sözleşmenin hata sebebiyle iptaline benzetmektedir. Buna göre, "hali hazırda mevcut bulunan" veya "ortaya çıkması

contrahendo sorumluluğunu doğuran husus, salt sözleşme görüşmelerinin kesilmesi olgusu olmayıp; karşı tarafta sözleşmenin kurulacağına dair güçlü bir kanaat uyandırmasının ardından görüşmeleri esaslı bir sebep olmaksızın yarıda kesen tarafın çelişkili davranışdır. Bu sebeple "sözleşme görüşmelerini dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesmek" şeklinde ortaya çıkan bu güven ihlâli, özü itibarıyla, "önceki davranışı ile çelişki (Venire Contra Factum Proprium) yasağı"nın da ihlâlini oluşturur⁷⁹³ ve çelişkili davranan tarafın sorumluluğuna yol açar.

Görüşmeleri bir sözleşme kurmaksızın sona erdirmeye serbestisi ile görüşmelerin dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesilmesi yasağı arasında teorik açıdan ortaya koyulan bu sınırın, pratikte, her bir somut olayın kendine özgü şartlarının değerlendirilerek tespit edilmesi gerekir. Gerçekten sözleşme görüşmelerinin her hangi bir sebep göstermek gerekmeksizin kesilebilmesi hususu, genel bir kural olarak açık ve nettir; ancak görüşmelerin yarıda kesilmesinin ne zaman veya hangi şartlar altında dürüstlüğe aykırı sayılacağı meselesine ilişkin olarak aynı açıklık ve netlikte bir kural koymak mümkün değildir. Karşı tarafta sözleşmenin kurulacağına dair güçlü bir kanaat uyandıran davranışın ne olduğu; ayrıca böyle bir davranışın varlığına hükmedilse dahi, görüşmeleri yarıda kesen tarafın dayandığı sebebin esaslı olup olmadığı, ancak somut olayın özellikleri dikkate alınarak ortaya konulabilir. Örneğin Federal Mahkeme, restoran kirasına konu olan bir olayda, restoran sahibinin davacıyı ilgili personele yeni

beklenen" bir akdi ilişkiye duyduğu güven boşa çıkarılan taraf, karşı taraftan iktisadi açıdan uğradığı zararların tazminini talep edebilir.

⁷⁹³ "Bir sözleşme müzakeresinde, sözleşmenin kurulacağı yolunda karşı tarafta güven uyandırılır ve daha sonra bu güven sarsılarak sözleşme kurmaktan vazgeçilirse venire contra factum proprium davranan taraf culpa in contrahendo sorumlu olur" (AKYOL, 73); ayrıca bkz. AKYOL, Eren'e Armağan, 85.

kiracı olarak takdim etmesini, ayrıca davacıya bundan böyle kendi masraflarını yapmaya başlayabileceğini açıklamasını, sözleşmenin kat'i surette kuralacağına dair güven uyandıran davranışlar olarak değerlendirmiştir⁷⁹⁴. Davalı restoran sahibinin karşı tarafa yönelttiği kendi masraflarını yapabileceğine dair açıklamayı özellikle dikkate alan Federal Mahkeme, bu açıklama sebebiyle, restoran sahibi tarafından sözleşmenin akamete uğratılması rizikosunun artık davacı tarafa yükletilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Aynı olayda restoran sahibi tarafından görüşmelerin kesilmesine gerekçe olarak gösterilen, davacının restoranın imajını değiştirme isteği (örneğin, garsonlara frak giydirilmesi, kağıt peçeteler yerine kumaş peçetelerin kullanılması... gibi), "esaslı sebep" olarak kabul edilmemiştir⁷⁹⁵. Yine Almanya'da Bremen Eyalet Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda⁷⁹⁶, iki tersane işletmesi bir yolcu gemisinin inşası işine talip olmuşlar; davacı tarafın işi almasından sonra iki işletme, işin birlikte yapılması ve zarar edilmesi durumunda da zararın paylaşılması hususunda anlaşmaya varmak üzere birbirleriyle temasa geçmişlerdir. Konuya ilişkin görüşmeler, iki işletmenin ortaklaşa bir hareketle, iş piyasası politikası hususunda inisiyatif sahibi olan Bremen Senatosundan tersane işçilerinin durumlarının iyileştirilmesini talep etmeleri noktasına kadar ilerlemiş; bu sırada iki işletme, ortaklaşa yapmayı düşündükleri işin ayrıntılarından neredeyse anlaşmaya varmışçasına bahsetmişlerdir. Fakat sözkonusu ortak iş, tarafların zararın paylaşımı hususunda anlaşmaya varamamaları sebebiyle gerçekleşmemiş; işi tek başına tamamlayan işletme, işin sonunda ortaya çıkan zararının

⁷⁹⁴ Bkz. BGH WM 1967, 798 (**GRUNEWALD**, JZ 1984, 710).

⁷⁹⁵ **GRUNEWALD**, JZ 1984, 710.

⁷⁹⁶ Olay ve olaya ilişkin yayımlanmamış karar hakkında bkz. **SONNABEND**, 18.

tazmini için diğer işletmeye dava açmıştır. Eyalet mahkemesi, davacı işletmenin esas olarak zararın paylaşımına ilişkin bir ön anlaşmanın varlığına dayandığı davasını reddetmiş; ancak davalı tarafın görüşmeler sırasındaki davranışlarını ve özellikle Bremen Senatosuna ortaklaşa yöneltilen talebi, bir kooperasyon kurulmasına ilişkin davacı nezdinde beklenti uyandıran fiiler olarak değerlendirmiştir⁷⁹⁷.

Doktrinde bazı yazarlar, somut bir olayda sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği hususuna ilişkin olarak, özellikle, "taraplardan birinin açıklama ve davranışlarından görüşmelerin yarıda kesilmesi durumunda karşı tarafın masraf veya zararlarının üstlenileceği yönünde bir anlam çıkartılıp çıkartılamayacağı" üzerinde durmaktadırlar. Buna göre, "tarafaların açıklamaları, taraflardan birinin, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi sebebiyle ortaya çıkan harcamaları üstlenip üstlenmediği noktası esas alınarak değerlendirilmelidir"⁷⁹⁸. Bu şekilde yapılan bir değerlendirme, görüşmelerin yarıda kesilmesi serbestisi ile zararı tazmin yükümlülüğü doğuran bir güven durumu arasındaki sınırı, belirli hale getirir⁷⁹⁹. Oysa kanaatimizce görüşmelerin yarıda kesilmesinin karşı taraf lehine bir tazminat hakkı doğurması için görüşmeleri kesen tarafın önceden görüşmelerin kesilmesi

⁷⁹⁷ **SONNABEND**, 18. Ne var ki eyalet mahkemesine göre sözkonusu beklenti, ortak işin gerçekleşeceği yönünde kesin bir kanaat oluşturacak kadar güçlü değildir. Ancak üst mahkemeye götürülen davada kendisine bilirkişi olarak başvuru Canaris, sürdürülen görüşmeleri, telgraf ve yazışmaları esas alarak, tarafların davranışlarını, zımnen akdedilen bir sözleşme veya en azından sorumluluk tesis eden bir güven ilişkisi şeklinde değerlendirmiştir, **SONNABEND**, 19.

⁷⁹⁸ **GRUNEWALD**, JZ 1984, 711. Doktrinde, taraflardan birinin görüşmelerin yarıda kesilmesi durumunda karşı tarafın yaptığı masraf veya uğradığı zararları üstleneceği yönündeki açıklaması "Risiko-" veya "Kostenübernahmeerklärung (riziko veya masraf üstlenme açıklaması)" olarak adlandırılmaktadır, bkz. **GRUNEWALD**, 710; **SONNABEND**, 19.

⁷⁹⁹ **SONNABEND**, 19.

rizikosunu üstlenmiş olması gerekmez. Hatta görüşmeleri kesen tarafın görüşmelerin kesilmesi rizikosunu üstlenme yönündeki açıklama veya davranışları, duruma göre onun culpa in contrahendodan değil, garanti sözleşmesinden sorumlu tutulmasını gerektirebilir⁸⁰⁰. Burada tarafların açıklama ve davranışlarının sözleşmenin kesilmesi halinde ortaya çıkan zararların tazminini üstlenme yönünde bir anlam taşıyıp taşımadığı değil; karşı tarafta sözleşmenin kurulacağı yönünde kuvvetli bir kanaat veya güven uyandırmaya elverişli olup olmadığı tespit edilmelidir. Şüphesiz ki, taraflardan birinin görüşmelerin kesilmesi rizikosunu üstlenmiş olması, onun, sözleşmenin kurulacağı yönünde güçlü bir güven uyandırdığı anlamına da gelir; ancak sözleşmenin kurulacağına dair güçlü bir güven uyandırmak, görüşmelerin kesilmesinden doğan zararların tazmininin üstlenilmesi ile sınırlandırılmamalıdır. Böyle bir sınırlandırma ile, görüşmelerin yarıda kesilmesinin hangi şartlar altında dürüstlüğe aykırı sayılacağı meselesine ilişkin somut bir ölçü ortaya koyulduğu da iddia edilemez⁸⁰¹; çünkü "sözleşmenin kurulacağı yönünde güçlü bir kanaat veya güven uyandıran davranış" tanımlaması ile "görüşmelerin yarıda kesilmesi halinde doğacak zararların üstlenildiğini gösteren davranış" tanımlaması arasında, belirsizlik açısından kanaatimizce önemli bir fark yoktur. Her iki durumda da görüşmelerin yarıda kesilmesinin dürüstlük kuralına

⁸⁰⁰ Gerçekten böyle bir durumda garanti alanı belli bir davranışa sevk etmeyi amaçlayan ve doktrinde "saf garanti" olarak da adlandırılan bir garanti sözleşmesinin var olup olmadığı tartışılabilir. Saf garanti sözleşmesi "bir kimsenin (garanti verenin) başkasını (garanti alanı) belli bir davranışa yönleltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir" (TANDOĞAN, Borçlar, 806).

⁸⁰¹ Aksi yönde bkz. SONNABEND, 19-20.

aykırılık teşkil edip etmediği meselesinin, somut olayın özelliklerine bakılarak hakim tarafından çözülmesi gereken bir mesele olarak kaldığı söylenebilir.

B- GÖRÜŞMELERİ YAPILAN SÖZLEŞMEYLE BAĞLANTILI YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLÂLİ

Görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlülükler, esas olarak, kurulmuş sözleşmenin geçerliliğine veya elverişliliğine ilişkin güveni boşa çıkarmamaya yönelik yükümlülüklerdir. Burada sözleşme görüşmeleri, bir sözleşmenin kurulması ile sonuçlandırılmıştır; fakat kurulan sözleşme taraflardan birinin henüz görüşmeler aşamasındayken ortaya koyduğu kusurlu bir davranış sebebiyle ya baştan itibaren geçersizdir veya sonradan geçersiz kılınmıştır; ya da karşı tarafın sözleşmeye ilişkin beklentisini karşılamaktan uzaktır. İlk halde ortaya çıkan yükümlülük ihlali, "şekle aykırılık", "ehliyetsizlik veya yetkisizlik", "hukuka, ahlaka aykırı veya gerçekleştirilmesi imkânsız bir edimin vaad edilmesi" ya da "irade sakatlığı" hallerinde olduğu gibi, sözleşmenin baştan veya sonradan geçersizliğine sebebiyet veren bir davranışın sonucudur. İkinci halde ise, esas olarak, açıklama ve özenli şekilde bilgi verme yükümlülüklerini ihlâl eden bir davranış söz konusudur.

1- Sözleşmenin Geçersizliğine Sebebiyet Vermek

Culpa in contrahendo vâkıalarının klasik görünüm biçimi, sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet verme şeklinde beliren bir yükümlülük ihlâlinin bulunduğu vâkıalardır⁸⁰². Hatta bu tür vâkıalar bakımından özellikle ortaya çıkan zararın tazmini ihtiyacı, culpa in contrahendo sorumluluğunun çıkış noktasını oluşturmaktadır⁸⁰³.

⁸⁰² **FRICK**, 40.

⁸⁰³ Bkz. yukarıda § 4, I, C.

Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu gibi 1900'lü yıllarda yapılan kanunlarda açıkça düzenlenmiş culpa in contrahendo vâkıaları, hep, taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren bir davranışına dayanmaktadır. Burada taraflardan birinin karşı taraf nezdinde geçerli bir sözleşme akdedildiğine dair haklı bir güven uyandırması; fakat, sözleşmenin geçersiz olduğunun anlaşılması veya sonradan geçersiz kılınması sonucu bu güvenin ihlâli sözkonusudur. Böylece kurduğu sözleşmenin geçerliliğine karşı tarafın kusurlu davranışları sonucu güvenen, ancak bu güveni ihlâl edilen tarafın uğradığı zararlar, culpa in contrahendo esasına göre tazmin edilir⁸⁰⁴.

Taraflardan birinin geçersizliğe sebebiyet veren davranışı, sözleşmenin, "geçerlilik şekline aykırılık", "başlangıçtaki objektif imkânsızlık", "hukuka ya da ahlâka aykırılık" durumlarında olduğu gibi, kural olarak butlanına veya "yetkisiz temsil" ile "sınırlı ehliyetsizin kendini ehil göstermesi" durumlarındaki gibi, eksikliğine yahut "irade sakatlığı halleri"nde görüldüğü gibi, sonradan iptal edilmesine yol açan bir davranış olabilir.

a- Geçerlilik Şekline Aykırı Sözleşme Yapmak

Şekle aykırılık, uygulamada sık karşılaşılan ve pek çok problemi beraberinde getiren geçersizlik sebeplerinden birisidir. Şekle aykırılığa ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan başlıca problem, klasik görüşün şekil kurallarının ihlâl edilmesine bağladığı butlan yaptırımının bazı somut olaylar bakımından hakkaniyete aykırı

⁸⁰⁴ Sözleşmenin geçerliliğine duyulan güveni boşa çıkartan tarafın culpa in contrahendo esasına göre sorumlu tutulacağı yönünde bkz. 19. HD. 01.12.2005 tarih ve E. 2005/2865 K. 2005/11959 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 13. HD. 13.11.1995 tarih ve E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 13. HD. 21.05.1992 tarih ve E. 1992/2492 K. 1992/4759 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

sonuçlar doğurmasıdır. Gerçekten, borçlar hukuku açısından ekil kurallarının esas amacı, işlem yapan tarafları daha iyi düşünmeye sevk etmek, işlem yapma hususunda onlara zaman kazandırmaktır⁸⁰⁵; ancak böyle bir amaçla vaaz edilen ekil kurallarının ihlâline, hiçbir ayırım gözetilmeksizin her zaman butlan gibi ağır bir sonucun bağlanması, hak ve adalet duygusu ile bağdaştırılamaz. Bu durum, şekle aykırılığa bağlanan yaptırımı hukuk doktrin ve uygulamasında tartışmalı hale getirmiş⁸⁰⁶ ve bazı durumlarda şekle aykırı yapılan işleme geçerlilik tanınmasının önünü açmıştır.

Doktrinde şekle aykırılığa rağmen yapılan işleme geçerlilik tanınması için başlıca iki yoldan hareket edildiği görölmektedir⁸⁰⁷. Bunlardan ilki, ekil kurallarının tarafları koruma yönündeki amacını ön plana çıkartmaktır. Buna göre, özellikle, tarafların sözleşmeden doğan borçlarını her türlü yanılığdan uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde ekil kuralları işlevini yitirir ve şekle aykırılık, olumsuz bir etki doğurmaz⁸⁰⁸. ekle aykırı bir işleme geçerlilik kazandırmanın diğer bir yolu ise, MK. m. 2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmadır⁸⁰⁹. Buna

⁸⁰⁵ ALTAŞ, 64.

⁸⁰⁶ Sözkonusu tartışmalar için bkz. EREN, 259 vd.

⁸⁰⁷ ALTAŞ, 154 vd.

⁸⁰⁸ ALTAŞ, 154; EREN, 262 vd. ekle aykırılık hususunda ekil kurallarının amacını ön plana çıkartan bu yol, şekle aykırı bir sözleşmenin "kendine özgü bir geçersizliğe tâbi olduğunu savunan görüş"le paralellik arz etmektedir. Buna göre şekle aykırılık, butlan hallerinin aksine, sadece taraflar arasında ileri sürülebilen, hakim tarafından re'sen dikkate alınamayan bir geçersizliğe sebebiyet verir. Şekil kurallarının amacı tarafları korumak olduğuna göre, tarafların bu korumadan kendilerinin vazgeçmiş olmaları durumunda, hakimin ekil eksikliğini dikkate alması için bir sebep yoktur, bkz. EREN, 262.

⁸⁰⁹ şekle aykırı bir işleme, hakkın kötüye kullanılması yasağı yoluyla geçerlilik tanınması anlayışı, şekle aykırı bir işlemi kural olarak bâtıl saymaktadır. Ancak butlanı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hallerde böyle bir iddianın dinlenemeyeceğini savunarak, butlan müeyyidesini yumuşatmakta; başka bir deyişle, ekil eksizliği sebebiyle oluşan hükümsüzlüğü, MK. m. 2/II ile

göre, hiçbir hak gibi şekle aykırılığı ileri sürme hakkı da kötüye kullanılamayacağından, şekle aykırılığı ileri sürmenin MK. m. 2/II kapsamında görüldüğü durumlarda böyle bir iddia dinlenmez ve şekle aykırılığa rağmen işleme geçerlilik tanınır. Doktrin ve İsviçre Federal Mahkemesi özellikle, "her iki tarafın da, şekil eksikliğini bilmelerine rağmen, sözleşmeyi tam olarak ifa etmeleri"⁸¹⁰ veya "şekil eksikliğini ileri süren tarafın, bu eksikliğe, ileride bundan yararlanmak için kasden (hileli bir şekilde) ya da karşı taraf nezdindeki üstün konumundan yararlanarak sebebiyet vermesi"⁸¹¹ durumlarında şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını kabul etmektedir⁸¹².

Görüldüğü gibi, bazı durumlarda şekil kurallarının amacından veya hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle şekle aykırı bir sözleşmeye geçerlilik tanınabileceği fikri, günümüz hukuk doktrin ve uygulamasında yerleşmiş bulunmaktadır. Bu noktada şu hususa dikkat çekmek gerekir: İster şekil kurallarının amacından ister hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket edilsin, sözleşmenin geçerliliğine güvenen kişi lehine şekle aykırı bir sözleşmeye geçerlilik tanınması

sınırlandırmaktadır, bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 250 vd. Buna karşılık şekle aykırılığı butlana değil, kendine özgü geçersizliğe bağlayan görüş de "şekil ile takip edilen koruma amacının yeterli olmadığı hallerde" (**EREN**, 264), örneğin şekil kurallarının sadece tarafları değil aynı zamanda kamu düzenini koruduğu durumlarda, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının düzeltilebilmesi için hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulabileceğini belirtmektedir, bkz. **ALTAŞ**, 155-156.

⁸¹⁰ Bkz. **SİRMEN**, Akipek'e Armağan, 314; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 253 vd.; **EREN**, 261 ve ayrıca bkz. aynı sayfa dpn. 83'de anılan yargı kararları.

⁸¹¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 259.

⁸¹² Türk hukukunda da şekil noksanlığı sebebiyle butlan iddiasının MK. m. 2'ye aykırı olarak ileri sürülemeyeceği görüşü Yargıtay kararları ile yerleşik bir uygulamaya dönüştürülmüştür, bkz. 30.09.1988 tarih ve E. 87/2 K. 88/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası); 15. HD. 27.01.2004 tarih ve E. 2003/3899 K. 2004/408 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

yoluyla gerçekleştirilen koruma, pozitif bir güven korumasını ifade eder. Başka bir deyişle, sözkonusu durumlarda sözleşmenin geçerliliğine güvenerek hareket eden kişi, güvendiği duruma uygun bir pozisyona getirilerek veya güvendiği durum muhafaza edilerek korunmaktadır. Böylece onun, karşı taraftan tazminat değil, sözleşmenin ifasını talep etmesi veya karşı tarafın yapılan ifanın iadesine ilişkin isteminin reddedilmesi sözkonusu olmaktadır. Bu sebeple şekle aykırılığa rağmen sözleşmeye geçerlilik tanındığı haller, culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamı dışında kalır⁸¹³. Şekle aykırı bir sözleşmenin geçerliliğine karşı tarafın kusurlu davranışları sonucunda güvenen ve bu güveninin boşa çıkması sebebiyle zarara uğrayan tarafın culpa in contrahendo esasına dayalı bir tazminat talebi, ancak, sözleşmenin geçerliliğine hükmedilemediği durumlarda ortaya çıkar.

Sözleşmenin şekil kurallarının amacı veya hakkın kötüye kullanılması yasağı yoluyla geçerliliğine hükmedilirken, ifa unsurunun özel bir önem arz ettiği görülmektedir. Gerçekten şekle aykırı bir sözleşmede ifa unsuru ne kadar güçlü biçimde gerçekleşmişse, sözleşmenin geçerliliğine hükmedilmesi imkânı da o kadar artmaktadır⁸¹⁴. Buna göre " taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılgıdan uzak bir biçimde bilerek ve isteyerek tümüyle ifa etmişlerse"⁸¹⁵, doktrin, başkaca bir şarta gerek kalmaksızın sözleşmenin geçerliliğine hükmedilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁸¹⁶. İfanın tümüyle olmasa da büyük oranda gerçekleşmiş

⁸¹³ **MEDICUS**, JuS 1965, 214.

⁸¹⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 260.

⁸¹⁵ **EREN**, 261.

⁸¹⁶ "Her iki tarafın da şekil eksikliğini bilerek ve gönül rızasıyla sözleşmeyi tam olarak ifa etmiş olmaları halinde, başkaca bir şarta gerek kalmaksızın MK. 2/II uygulanabiliyor", (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**,

bulunduğu vâkıalarda da durum aynı olmalıdır⁸¹⁷. O halde öncelikle bu tür olaylar bakımından culpa in contrahendo sorumluluğunun dışlanması kaçınılmazdır. İfa unsurunun daha zayıf bir biçimde ortaya çıktığı, örneğin, taraflardan birinin tam veya kısmi ifasına karşılık diğerk tarafın hiç ifa etmemesi yahut her iki tarafın da kısmi ifası gibi durumlarda doktrin, sözleşmenin geçerliliğine hükmedilmesini ifa dışında bazı ek unsurların gerçekleşmesine bağlamaktadır⁸¹⁸. Söz konusu ek unsurlar olarak ise, şekil eksikliğini ileri süren tarafın karşı taraf nezdinde çelişkili davranışlar sergilemesi; şekle ilişkin hükümlerden koruma amacı dışında yararlanılmak istenmesi; ifanın üzerinden uzun bir zaman geçmiş olması gibi hususlar üzerinde durulmakta ve zayıf bir ifaya bu gibi unsurların eklenmesiyle birlikte sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Böylece söz konusu vâkıalar bakımından da culpa in contrahendo

260). Buna karşılık Sirmen, "sözleşmenin geçersizliğinin bilinmesine rağmen yapılan ifa"nın geri istenememesini, hakkın kötüye kullanılması yasağına değil; BK. m. 62/I, c. 1'de yer alan "Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse, hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe, onu istirdat edemez" hükmüne dayandırmaktadır. Yazara göre, "BK 62, Kanunda'ki yeri itibariyle sadece sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinde uygulanabilir gibi görünüyorsa da, her iki durumda da korunacak çıkar aynı olduğundan, bu hükmün aynı hakka dayanan istihkak taleplerinde de kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Bu nedenle şekle aykırı sözleşmenin geçersiz olduğunu bilerek ve kendi isteğiyle ifada bulunan taraf, ister satıcı ister alıcı olsun, ifa amacıyla verdiği şeyin iadesini BK 62 uyarınca artık talep edemez" (SİRMEN, Akipek'e Armağan, 318). Sirmen, ifa edilmiş bir şeyin iadesi talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağı gerekçe gösterilerek reddedilebilmesini ancak, BK. m. 62/I, c. 1'de belirtildiği gibi "borçlu olmadığı şeyi hataen ifa etmiş olduğunu kanıtlayan kimse" aleyhine mümkün görmektedir. Çünkü "İfa sırasında şekil eksikliği nedeniyle geçersizliği bilmemiş olma, bunun daha sonra ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılmasına engel değildir" (SİRMEN, Akipek'e Armağan, 319).

⁸¹⁷ Altaş bu durumda "tam ifaya yakın kısmi ifa"dan bahsetmekte ve örnek olarak, şekle aykırı bakım sözleşmesinin tama yakın ifası halinde mirasçıların şekil eksikliği sebebiyle geçersizliği ileri sürmelerini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir, bkz. ALTAŞ, 222, ayrıca 209 vd.

⁸¹⁸ Bkz. ALTAŞ, 234 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 255 vd.

sorumluluğunun uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir. Gerçi ifa unsurunun zayıf bir biçimde gerçekleştiği ve somut olay bakımından sözkonusu ek unsurların ortaya çıkmadığı durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğunun bir tazminat müessesesi olarak devreye girmesi düşünülebilir; ancak sözkonusu ek unsurların bulunmaması sebebiyle pozitif korumanın haklı olmadığı, fakat sadece culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının gerçekleştiği bir durum tasavvur etmek oldukça zordur. Gerçekten taraflardan birinin geçerli bir sözleşmenin akdedildiğine dair karşı taraf nezdinde haklı bir güven uyandırdıktan sonra şekle aykırılığı ileri sürmesi, culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkması için gerekli olan "haklı güvenin ihlâli" şartının bu tip vâkıalar için somut görünümünü oluşturur; bununla beraber böyle bir davranışın aynı zamanda çelişkili davranış yasağını da ihlâl edeceği açıktır. Zayıf bir ifaya çelişkili davranış unsurunun eklenmesi halinde ise doktrin, tazminat talebinden ziyade sözleşmenin geçerliliğine hükmedilmesini öngörmektedir⁸¹⁹. Böylece şekle aykırılık halinde culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkması, sözleşmenin hiç ifa edilmediği veya hiç ifa edilmediğine hükmedilebilecek kadar küçük oranda ifa edildiği vâkıalara indirgenmiş olmaktadır.

Şekle aykırı sözleşme henüz hiç ifa edilmemiş iken, şekle aykırılığa sebebiyet veren tarafın sonradan bu hususa dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi, esasen bir culpa in contrahendo hali oluşturur. Çünkü tarafların şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeleri, kural olarak istenemez⁸²⁰; böylece sözleşmenin geçerliliğine güvenerek hareket eden tarafın, ifa talebi değil, şartları

⁸¹⁹ Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 255.

⁸²⁰ **ALTAŞ**, 230; **SİRMEN**, Akipek'e Armağan, 315.

gerçekleşmişse tazminat talebi sözkonusu olur⁸²¹. Bununla beraber doktrinde bazı yazarlar, hiç ifa edilmemiş şekle aykırı sözleşmelerde dahi MK. m. 2/II'in bazen olumlu bir etki doğurarak sözleşmenin ifası talebini haklı kılabilceğini savunmaktadırlar⁸²². Buna göre, ifanın gerçekleşip gerçekleşmediği veya ne ölçüde gerçekleştiği "hakkın kötüye kullanılmasının sonuçlarını" değil, sadece "hakkın kötüye kullanılması olgusunun varlığını" belirlemekte rol oynar⁸²³; ifanın hiç sözkonusu olmadığı bazı durumlarda da hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebiliyorsa, MK. m. 2/II'ye dayalı aynen ifa talebinin kabul edilmemesi için bir sebep yoktur. Örneğin, şekil eksikliğine hileli şekilde veya karşı taraf nezdindeki üstün konumdan yararlanılarak sebep olunması durumlarında, ifa unsuru hiç gerçekleşmemiş olsa dahi, şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturabilir ve tazminattan ziyade aynen ifa talebini haklı kılabilir⁸²⁴. Ancak bunların dışında kalan durumlarda ve hatta hileli davranıştaki kasıt unsurunun ispatlanamadığı hallerde, şekle aykırı sözleşme henüz ifa edilmemişse hakkın kötüye kullanıldığı iddiası dinlenmez ve şekil eksikliğine kusuru ile sebep olan tarafın, karşı tarafın uğradığı zararları culpa in contrahendo esasına göre tazmin etmesi gerekir.

⁸²¹ "Şekil eksikliğinden dolayı geçersiz olan satım sözleşmesinden doğan yükümünü yerine getirmeyen tarafın bu davranışı borca aykırılık teşkil etmeyeceğinden, onun BK 96 vd. gereğince sorumlu tutulması da söz konusu değildir; ancak şartları varsa culpa in contrahendo nedeniyle sorumlu tutulabilir" (SİRMEN, Akipek'e Armağan, 316).

⁸²² Bu konudaki tartışmalar için bkz. ALTAŞ, 227 vd.

⁸²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 258.

⁸²⁴ Altaş böyle bir durumda zarara uğrayan tarafın sahip olduğu bir secimlik haktan bahsetmektedir: "zarara uğrayan taraf, ya şekle aykırılığın düzeltilmesini ya da uğramış olduğu zararın tazminini, BK. m. 41 veya sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk gereği, talep edebilir" (ALTAŞ, 230).

b- İÇERİĞİ İmkânsız veya Hukuka, Ahlâka Aykırı Sözleşme Yapmak

Türk/İsviçre Borçlar Kanununun 20. maddesi, bir sözleşmenin konusunun imkânsız veya hukuka yahut ahlâka aykırı olması halinde, o sözleşmenin b  t  l olacağını hükme bağlamıştır.

Borçlar Kanununun 20. maddesi anlamında imkânsızlık, "sözleşmenin kurulduğu anda mevcut objektif ve sürekli bir engel nedeniyle edimin ifasının mümkün olmamasıdır"⁸²⁵. Böyle bir imkânsızlık, sözleşmenin butlanına yol açar; bu sebeple içeriği henüz kuruluşu aşamasında imkânsız olan sözleşmeden herhangi bir edim borcu doğmaz. İmkânsız sözleşmenin butlanı sonucunun ortaya çıkması için, taraflardan birinin imkânsızlığı bilip bilmediği veya bilmesinin gerekip gerekmediği hususu bir önem arz etmez⁸²⁶. Bununla beraber, sözleşmenin imkânsızlık sebebiyle butlanından dolayı ortaya bazı zararlar çıkmışsa bunların kime y  kletileceği sorunu, imkânsızlığın taraflardan birince bilinip bilinmediği veya bilinmesinin gerekip gerekmediği hususu ile yakından ilgilidir.

Gerçekten edimin imkânsız olması, onun bor  lanılmasını içeren bir sözleşmeyi geçersiz kılar; bu, Roma hukukundan günümüze kadar gelen "impossibilium nulla obligatio est (imkânsız olan bor  lanılamaz)"⁸²⁷ kuralının bir sonucudur⁸²⁸. Fakat söz konusu kural, ifasına ilişkin imkânsızlığın bilinmesine veya bilinmesinin gerekmesine rağmen bir edimin borçlanılması halinde ortaya çıkan zararların tazminine

⁸²⁵ BAşPINAR, Butlan, 111.

⁸²⁶ ALTUNKAYA, 233.

⁸²⁷ D. 50, 17, 185 (bkz. RADO, 13); ayrıca bkz. Inst. 3, 19, 2 vd. (UMUR, 251 vd.).

⁸²⁸ ALTUNKAYA, 54; SEROZAN, İfa Engelleri, 140.

engel oluşturmaz⁸²⁹; aksi bir anlayış, imkânsız bir edimi, imkânsızlığı bilerek veya bilmesi gerekirken bilmeyerek borçlanan, böylece geçerli bir sözleşme akdedildiğine dair karşı tarafta haklı bir güven uyandıran kusurlu tarafın sorumsuz kılınması, kusursuz tarafın ise, Jhering'in ifadesiyle, "kendisinden kaynaklanmayan bir kusura kurban edilmesi"⁸³⁰ anlamına gelir. Görüldüğü gibi böyle bir durumda ortaya çıkan hakkaniyete aykırılık, culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuran fikir ile tam anlamıyla örtüşmekte ve imkânsız bir edimin kusurlu olarak borçlanması, culpa in contrahendo sorumluluğunun tipik uygulama alanlarından birisini oluşturmaktadır. Burada, karşı tarafla geçerli bir sözleşme akdettiğine haklı olarak güvenen tarafın bu güveninin ihlâli sözkonusudur. Bu ihlâl fiilini, imkânsızlığın bilindiği durumlarda bunun karşı tarafa açıklanmaması; imkânsızlığın bilinmediği, fakat MK. m. 2/I ölçüsünce dürüst, orta zekâlı, makûl bir kişi gibi davranılsa idi bilinebilecek olduğu durumlarda ise bu şekilde davranılmaması ve neticede imkânsızlık sebebiyle geçersiz bir sözleşmenin akdedilmesi oluşturur.

Durum böyle olmakla birlikte, Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, geçerli bir sözleşme akdedildiğine dair uyandırılan haklı güvenin ihlâline tazminat yükümlülüğü bağladığı m. 26/I, m. 36/II, m. 39/I gibi hükümlerin aksine, m. 20/I'de herhangi bir tazminat yükümlülüğünden bahsetmemektedir. Oysa sözü geçen madde hükümlerinde yer alan kusurlu davranışlar ile imkânsız bir sözleşmenin kusurlu olarak akdedilmesi arasında, tazminata esas oluşturan haklı güvenin ihlâli olgusunun mevcudiyeti bakımından bir fark bulunmamakta; bu sebeple Türk/İsviçre hukuk doktrin ve

⁸²⁹ GONZENBACH, 127.

⁸³⁰ JHERING, 8.

uygulaması, aynı türden bir yaptırımın ifası imkânsız bir sözleşmeyi kusuruyla akdeden kişi için de sözkonusu olduğunu, haklı olarak, kabul etmektedir⁸³¹. Nitekim Alman hukukunun konuya ilişkin düzenlemesinin de, 01.01.2002'den önce, bu yönde olduğu görülmektedir. Gerçekten eski BGB §307, sözleşmenin yapıldığı sırada edimin imkânsız olduğunu bilen veya bilmesi gereken kimseyi, diğer tarafın sözleşmenin geçerli olduğuna güvenmesi sebebiyle uğradığı zararları tazminle yükümlü tutmakta; fakat tazminatın miktarının, sözleşmenin geçerliliği durumunda elde edilecek menfaati aşamayacağını hükme bağlamakta idi. 01.01.2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ise, Alman hukukunun imkânsızlığa ilişkin düzenlemesini kökten değiştirmiştir⁸³². Yeni düzenleme ile imkânsız bir edime yönelmiş sözleşmenin bâtlı olacağı hükmüne yer veren eski BGB §306 ve devamındaki §307 ve §308 kaldırılarak; başlangıçtaki imkânsızlık ile sonraki imkânsızlık arasındaki sözleşmenin geçerlilik durumuna ve dolayısıyla talep edilebilecek tazminatın kapsamına ilişkin farklılık sona erdirilmiştir. Buna göre başlangıçtaki imkânsızlık, artık sözleşmenin butlanına yol açmamaktadır (BGB §311a/I)⁸³³. Fakat borçlu veya her hangi bir başka kimse için yerine getirilmesi imkânsız olan bir edimin aynen ifası talep

⁸³¹ Bkz. **FREUDLING**, 193 vd.; **ALTUNKAYA**, 240 vd.; **GONZENBACH**, 125 vd.; **FRICK**, 40-41; **BUCHER**, AT, 249; **YILMAZ**, 241; **YALMAN**, 95 vd.; **EREN**, 298; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 140 vd. Ayrıca bkz. 13. HD. 13.11.1995 tarih ve E. 1995/9375 K. 1995/9860 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası). Bu kararında Yüksek Mahkeme, "... akdin imkânsız hale gelmesine memuriyetin gizlenmiş olması sebep olursa, dürüstlük kuralına uygun davranmamış olan memurun sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zarardan sorumlu tutulması gerek(tiğine)" hükmetmiştir.

⁸³² Sözkonusu değişiklikler hakkında bkz. **EMMERICH**, 12 vd.; **MEDICUS**, AT, 138 vd. Türk hukukunda bkz. **ALTUNKAYA**, 60 vd. ayrıca 238-239.

⁸³³ "Borçlunun §275/I-III uyarınca ifa zorunluluğunun bulunmaması ve sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olan ifa engeli, bir sözleşmenin geçerliliğine hâlel getirmez" (§311a/I).

edilememekte (§275/I)⁸³⁴; onun yerine alacaklı, ya edim menfaatinin ya da edimin yerine getirileceğine güvenmesi sonucu haklı olarak yaptığı masraflarının⁸³⁵ karşılanmasını isteyebilmektedir. Bununla beraber borçlunun imkânsız edimi üstlenmekte bir kusuru yoksa, başka bir deyişle, o, imkânsızlığı bilmeden ve bilmesi de gerekmeden sözleşmeyi kurmuşsa, borçlu aleyhine her hangi bir sorumluluk söz konusu edilemez (§311a/II, c. 1-2)⁸³⁶. Görüldüğü gibi, yeni BGB hükümleri ile, imkânsızlık, "ister sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut bulunsun ister sonradan ortaya çıksın" veya "ister objektif ister sübjektif nitelikte olsun", sözleşmenin geçerli kabul edilmesi yoluna gidilmiş; fakat imkânsızlığın hiçbir türünde aynen ifa talebine yer olmadığı da hükme bağlanmıştır. Böylece imkânsızlık halinde mesele, ifanın değil, tazminatın talep edilip edilemeyeceğine; başka bir deyişle imkânsızlık sonucunda ortaya çıkan zararlara kimin katlanması gerektiğine yönelmiş olmaktadır. Bu meselenin çözümü de borçlunun imkânsız bir edim vaat etmekteki kusur durumuna bağlanmıştır. Böylece Alman hukukunun yeni sistemi, "başlangıçtaki imkânsızlık - sonraki imkânsızlık" ve "objektif imkânsızlık - sübjektif imkânsızlık" ayrımlarını ortadan kaldırarak; sadece "borçlunun

⁸³⁴ "Edim, borçlu veya herhangi bir başka kimse için imkânsız olduğu sürece, bunun ifası talep edilemez" (§275/I).

⁸³⁵ "Alacaklı, edim yerine (geçen) zararın tazmini yerine, edimi elde edeceğine güvenerek yaptığı ve yapmakta haklı olduğu masrafların tazminini talep edebilir. Meğer ki, söz konusu masraflar, borçlunun yükümlülük ihlâli söz konusu olmaksızın da ortaya çıkacak olsun" (§284).

⁸³⁶ "Alacaklı, seçimine göre edim yerine (geçen) zararın tazminini veya §284'te belirlenmiş kapsamdaki masraflarının tazminini talep edebilir. Borçlu ifa engelini sözleşmenin kurulduğu sırada bilmiyorsa ve bilgisizliğinin sonuçlarını da üstlenmek zorunda değil ise, alacaklının bu talepleri, söz konusu edilemez" (§311a/II, c. 1-2).

kusurlu olduğu imkânsızlık - borçlunun kusurlu olmadığı imkânsızlık" ayrımını esas almıştır.

Türk/İsviçre hukukunda da başlangıçtaki objektif imkânsızlığa butlan sonucunun bağlanması eleştiren yazarlar vardır⁸³⁷. Bu yazarlara göre, imkânsızlığın sırf ortaya çıkış anı dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmesi anlayışı mantıklı değildir; "kronolojik (zamansal) ayırım, lojik (mantıksal) ayırımı haklı kılmaz"⁸³⁸. Böyle bir anlayış, imkânsızlığın borçlunun kusuru ile ortaya çıkmış olduğu vâkıalar bakımından, sonraki imkânsızlıkta alacaklıya tam tazminat (edim menfaatinin tazmini) hakkını vermek; başlangıçtaki imkânsızlıkta ise sadece menfi zararın tazminine imkân tanımak anlamına gelir. Alman hukukunun yeni sistemi ise, her durumda "imkânsızlığı bile bile sözleşen borçludan tam ifa çıkarının tazminini isteme olanağı" sağlayarak⁸³⁹ bu adaletsizliği gidermektedir. Böylece imkânsız bir edim vaat edilmesi, culpa in contrahendo oluşturan bir vâkıa olmaktan çıkmakta; tıpkı kusurlu ifa imkânsızlığı gibi doğrudan "akdi nitelikte bir ifa ihlâline (eine vertragliche Leistungsstörung)", bir tür "ifa etmeme haline" dönüşmüş olmaktadır. Çünkü bu tür vâkıalar bakımından artık

⁸³⁷ Bkz. **SEROZAN**, İfa Engelleri, 140 vd.; **GONZENBACH**, 126. Söz konusu görüşü hakkında ayrıca bkz. **ALTUNKAYA**, 167 vd.

⁸³⁸ **SEROZAN**, İfa Engelleri, 141. "Niçin tablonun sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra yanması halinde bu sözleşme geçerli sayılsın da aynı tablonun sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce yanması halinde bu sözleşme geçerli sayılmasın?" (**SEROZAN**, İfa Engelleri, 141). Gonzenbach'a göre de, "imkânsızlığın ortaya çıkış anına göre meselelerin farklı çözümlere kavuşturulması haklı olmadığından", başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğu vâkıaların sözleşme hukukuna göre müeyyidelendirilmesi imkânını araştıran Alman hukukundaki yeni akım, kabule değerdir, (bkz. **GONZENBACH**, 126).

⁸³⁹ **SEROZAN**, 141.

sözleşmenin geçerliliğine değil, ifa edileceğine duyulan güvenin boşa çıkarıldığı kabul edilmektedir⁸⁴⁰.

Esasında, başlangıçtaki imkânsızlıkta sözleşmeye bağlanan butlan yaptırımına ilişkin tartışmaların özünü, bu gibi hallerde alacaklıya tanınan tazminatın kapsamı oluşturmaktadır. Çünkü başlangıçtaki imkânsızlık halinde, sözleşme ister Türk/İsviçre hukukunda olduğu gibi bâtil sayılsın ister Alman hukukunun yeni sisteminde olduğu gibi geçerli kabul edilsin, alacaklı sonuçta ifayı değil, sadece zararının tazminini talep edebilir. Her iki durum arasında tazminat talebinin kapsamı bakımından ortaya çıkabilecek farklılık ise, kanaatimizce, imkânsız sözleşmeye geçerlilik tanınmasından ziyade, culpa in contrahendo tazminatının menfi zarar ile sınırlandırılmaması yoluyla giderilebilir⁸⁴¹. Bize göre, başlangıçtaki kusurlu imkânsızlık, yani borçlunun imkânsız olduğunu bile bile bir edimi vaat etmesi, bir ifa ihlâli olmaktan ziyade, dürüstlük kuralının ihlâlidir; fakat bu, tazminatın muhakkak menfi zarar ile sınırlandırılması gerektiği anlamına gelmez. Nitekim bizzat kanun koyucu, bazı culpa in contrahendo vâkıaları bakımından hakkaniyetin gerektirmesi durumunda hakimin menfi zararı aşan miktarda tazminata hükmedebileceğini öngörmüştür (BK. m. 26/II, m. 39/II). Aynı çözüm yolunun başlangıçtaki kusurlu imkânsızlık halinde de uygulanmaması için bir sebep yoktur⁸⁴².

⁸⁴⁰ GONZENBACH, 127 ve aynı sayfada dpn. 201.

⁸⁴¹ Bkz. ileride § 9, III.

⁸⁴² Buz'a göre ise, imkânsızlık hukuku bakımından ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durum menfi zarar – müspet zarar ayırımından değil, "Borçlar Kanunumuzun, bir sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulamaması veya geçerli olarak kurulup da herhangi bir sakatlık taşıması ya da ifa ile sona er(e)memesi halinde taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tasfiyesine ilişkin ortak kurallar ihtiva etmemesinden

BK. m. 20/I, içeriği imkânsız bir sözleşmenin yanı sıra, hukuka veya ahlâka aykırı sözleşmelerin de b  t  l olacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu hükümde yer alan butlan sonucunun doğması için taraflarda hukuka veya ahlâka aykırılık bilincinin bulunması gerekmez⁸⁴³; bununla beraber, hukuka veya ahlâka aykırılığı bilen veya bilmesi gereken kişinin sözleşmeyi akdetmesi, bir culpa in contrahendo oluřturur⁸⁴⁴.          bu gibi hallerde de, tıpkı imkânsızlıkta olduğu gibi, hukuka veya ahlâka aykırılığı bilen veya bilmesi gerekirken bilmeyerek borçlanan kişinin davranışı, sözleşmenin geçerliliğine dair karşı taraf nezdinde haklı güven uyandıran kusurlu bir davranıştır. Böylece geçerli bir sözleşme akdedildiğine haklı olarak güvenen tarafın bu güveninin ihlâli sebebiyle uğradığı zararlar, culpa in contrahendo esasınca tazmin edilir.

c- Yetkisiz Temsilde Bulunmak veya Ehliyetsizliğini Gizlemek

Yetkisiz temsilcinin ve kanuni m  messillinin icazeti bulunmadan hareket eden sınırlı ehliyetsizin yaptığı sözleşmeler, hüküm ve sonuçlarını doğurmak için tamamlanmaya muhtaç, "eksik" s  zleřmelerdendir⁸⁴⁵. Bu gibi sözleşmeler, bir hukuki işlemin kurulması için gerekli asgari unsur olan irade beyanlarını ihtiva ederler; dolayısıyla burada "kuruluşu" tamamlanmış sözleşmeler söz konusudur. Ancak bu sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını doğurmaları, doktrinde "tamamlayıcı olgu"⁸⁴⁶ olarak adlandırılan bazı ek unsurların gerçekleşmesine bağlıdır. Yetkisiz temsilde ve

kaynaklanmaktadır" (BUZ, 264). Dolayısıyla söz konusu adaletsizliğin giderilmesi, "akamete uğrayan sözleşmelerin tasfiyesinin ortak kurallara tâbi tutulması" ile mümkündür (bkz. BUZ, 265).

⁸⁴³ ATEş, 200 vd.

⁸⁴⁴ SONNABEND, 26; ATEş, 305 vd. Ayrıca bkz. 13. HD. 21.05.1992 tarih ve E. 1992/2492 K. 1992/4759 sayılı karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁸⁴⁵ Bkz. EREN, 300.

⁸⁴⁶ Bkz. KOCAYUSUFPAşAOğLU, 88; SÜRMEN, şart, 15.

sınırlı ehliyetsizin yaptığı borçlandırııcı işlemlerde bu olgu, "temsil olunanın" veya "sınırlı ehliyetsizin kanuni mümessilinin" icazetidir⁸⁴⁷. Temsil yetkisi bulunmadığı halde başka bir kişi adına sözleşme yapan kimsenin veya kanuni mümessilinin izni olmaksızın kendisini borç altına sokan bir işlem yapan mümeyyiz küçük ve mahcurun bu işlemi, temsil olunan veya kanuni mümessil tarafından onaylanmadıkça askıda hükümsüzdür⁸⁴⁸; temsil olunan veya kanuni mümessil işlemi onaylamayacağını (icazet vermeyeceğini) açıkça veya zımnen⁸⁴⁹ belli ettikten sonra işlem, kesin hükümsüz hale gelir. Kesin hükümsüz olan böyle bir işlemde taraflar için herhangi bir edim borcu doğmaz; fakat, temsil yetkisinin varlığına veya karşı tarafın ehliyetli olduğuna haklı şekilde güvenen taraf, bu güveninin ihlâli sonucu uğradığı zararların tazminini yetkisiz temsilciden veya sınırlı ehliyetsizden culpa in contrahendo esasınca talep edebilir.

Temsil yetkisinin eksikliğinden dolayı yetkisiz temsilcinin karşı tarafla kurduğu sözleşme, kural olarak temsil olunanın hukuk sahasında hiçbir etki doğurmaz⁸⁵⁰; onu, hak sahibi kılmaz ve borç altına sokmaz. Aynı şekilde sözleşmeyi kendi namına yapmadığı için yetkisiz temsilcinin de, bu sözleşmeden dolayı her hangi bir edim yükümlülüğü altına girmesi sözkonusu olmaz. Bununla beraber yetkisiz temsilci, temsil

⁸⁴⁷ "Hukuki işlemin unsurlarından olmayan, sadece onu tamamlayarak hukuki sonuç doğurmasını sağlayan irade beyanlarına; mümeyyiz küçüklerin veya mahcurların yaptıkları işlemlere kanuni temsilcinin izin veya icazet vermesi ... örnek olarak verilebilir" (**SİRMEN**, Şart, 16).

⁸⁴⁸ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 44 vd.

⁸⁴⁹ Kanuni mümessilin veya temsil olunanın işlemi onaylamayacağını "zımnen" belli etmesi, karşı tarafın (üçüncü kişinin), sözleşmenin onaylanıp onaylanmayacağını açıklanması için kanuni mümessile veya temsil olunana tanıdığı uygun bir süre sonunda işlemin onaylandığının açıklanmamasını ifade eder. Bkz. BK. m. 38, c. 2-3.

⁸⁵⁰ Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemin, yetkisiz temsil olunan için sonuç doğuramaması ilkesi ve bu ilkenin istisnaları hakkında bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 37 vd.

yetkisinin varlığına ve dolayısıyla kurulan sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına dair karşı taraf nezdinde uyandırdığı haklı güvenin ihlâlinden sorumludur (BK. m. 39/I ve II); çünkü buradaki sorumluluğun kaynağı, sözleşme değil, culpa in contrahendodur. Görüldüğü gibi yetkisiz temsilde, bir çok culpa in contrahendo vâkiasından farklı olarak, sorumluluk sujesi, kurulması amacıyla görüşmelerine girişilen sözleşmenin taraflarından birisi değildir. Gerçekten temsilci, görüşmeleri yapılan sözleşmede taraf sıfatını taşımamakta ve bu durum, onun, kurulacak sözleşmenin ifasından sorumlu tutulamamasının sebebini oluşturmaktadır. Oysa culpa in contrahendo sorumluluğunda sorumluluk sujesinin kurulacak sözleşmenin tarafı sıfatını taşıması gerekmez; çünkü culpa in contrahendo sorumluluğu, görüşmeleri yapılan sözleşmenin kurulup kurulmadığından bağımsız olduğu gibi, geçerli veya geçersiz şekilde kurulmuş olan sözleşmeden de gerek kaynağı, gerek tarafları yönünden bağımsızdır. Culpa in contrahendoda haklı güvenin ihlâlüne bağlanan bir sorumluluk vardır ve yetkisiz temsilde temsil yetkisinin varlığına ve dolayısıyla kurulan sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına dair güveni yaratan, temsil olunan değil, yetkisiz temsilcidir. Buna karşılık, BK. m. 36/II'de düzenlenen sorumluluğun sujesi, temsil olunan veya onun halefleridir. Gerçekten ilgili hükme göre, yetkisi sona eren temsilciden yetki belgesini almakta ihmalkâr davranan temsil olunan veya onun halefleri, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin etmek zorundadırlar. Görüldüğü üzere, burada da bir tür yetkisiz temsil durumu vardır; fakat burada karşı tarafın güvenini ihlâl eden davranış, yetkisi sona ermiş olmasına rağmen temsilciden yetki belgesinin geri alınmamasıdır; bu sebeple

sorumluluk sujesi de sözkonusu davranışıyla karşı tarafı zarara uğratan kimse veya kimselerdir.

BK. m. 39/I, II ve m. 36/II hükümleri ile kanun koyucu, culpa in contrahendo sorumluluğunun esasının, kurulacak veya kurulmuş olan sözleşmede değil, haklı güvenin ihlâlinde aranması anlayışını ve sorumluluk sujesinin sözleşmenin taraflarına göre değil, haklı güveni ihlâl eden davranışın sahibine göre belirlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır⁸⁵¹. Bununla beraber, BK. m. 39/I hükmünde, diğer culpa in contrahendo sorumluluğu hallerinden farklı olarak, kusursuz bir sorumluluğa yer verilmiştir. Gerçekten Borçlar Kanunu 39. maddesinin ilk fıkrasında, temsil olunanın yapılan işleme açıkça veya zımnen icazet vermemesi halinde "sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararın tazmini için" temsilci sıfatını takınan kimse aleyhine dava açılabileceğini hükme bağlamış; fakat burada temsilci sıfatını takınan kimsenin kusurlu olması gerektiğinden bahsetmemiştir. Buna karşılık, aynı maddenin ikinci fıkrası, hakkaniyet gerektirdiğinde, hakimin, sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararı aşan miktarda "daha fazla zarar ve ziyan itasına" da hükmedebileceğini ifade ederken, yetkisiz temsilcinin kusurlu olmasını açıkça öngörmüştür. "Böylece, İsviçre - Türk Borçlar Yasası, md. 39, II'de yetkisiz temsilcinin kusurundan söz edilmesinden, bu maddenin I inci fıkrasındaki sorumluluğun yalnızca kusursuz yetkisiz temsilciye ilişkin olduğu anlaşılmaktadır"⁸⁵². O halde yetkisiz temsilci, kendisinin temsil yetkisine ilişkin

⁸⁵¹ Sözleşme öncesindeki borç ilişkisinin güvenin sağlanması ile kurulduğunu kabul eden Ballerstedt da, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan temsilcinin mi temsil olunanın mı sorumlu tutulması gerektiği meselesinin çözümüne ilişkin olarak benzer bir değerlendirme yapmakta ve karşı tarafın güvenliğini kim sağlamışsa onun sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir, bkz. **BALLERSTEDT**, 508.

⁸⁵² **KUTLU SUNGURBEY**, 145.

eksikliği bilmediğini ve bilmesinin de gerekmediğini ispatlasa dahi, BK. m. 39/I'de öngörülen sorumluluktan kurtulamaz; fakat, aynı hükmün ikinci cümlesine göre, karşı tarafın yetkinin bulunmadığına vâkıf olduğunu veya vâkıf olması gerektiğini ispatlarsa, sorumluluk sözkonusu olmaz. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun culpa in contrahendo esasına dayanmasına rağmen kusurdan bağımsız şekilde düzenlenmiş olması, doktrinde hukuki görünüşü yaratan kusursuz kimseden ziyade "hukuki görünüşe güvenen iyiniyetli tarafın korunmasına üstünlük tanınması anlayışı"⁸⁵³ ile açıklanmaktadır. Buna göre doktrinde, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kusurdan bağımsızlığı, bu sorumluluğun culpa in contrahendo esasına dayandığının kabulüne engel oluşturan bir durum olarak değerlendirilmemekte⁸⁵⁴; fakat buradaki kusursuz sorumluluğun, diğer culpa in contrahendo vâkıalarına teşmil edilemeyeceği de belirtilmektedir⁸⁵⁵. Böylece sözleşme görüşmelerinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlâl edilmesinin sadece kusurun varlığı halinde culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı kuralına⁸⁵⁶, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu ile kanuni bir istisna getirilmiş olmaktadır⁸⁵⁷.

⁸⁵³ Bkz. **GONZENBACH**, 144.

⁸⁵⁴ Bkz. **GONZENBACH**, 144; **GAUCH/SCHLUEP**, 271; **BUCHER**, AT, 280 **EREN**, 416; **KUTLU SUNGURBEY**, 145 vd; **YILMAZ**, 240.

⁸⁵⁵ Bkz. **GONZENBACH**, 143 vd.

⁸⁵⁶ Bkz. ileride § 8, II.

⁸⁵⁷ Buna karşılık, doktrinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu culpa in contrahendoya değil, doğrudan doğruya "hukuki görünüş sorumluluğuna (Rechtsscheinhaftung)" dayandıran yazarlar da vardır. Buna göre hukuki görünüş sorumluluğunda, karşı tarafın güven duyduğu hukuki görünüşü yaratan kimse, kusur ilkesine göre değil, "tehlike ilkesine (Risikoprinzip)" göre sorumlu olur ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğu da bu türden bir sorumluluğun uygulama alanlarından birisidir, bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 479 vd., 526 vd.

Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler gibi, mümeyyiz küçük ve mahcurların fiil ehliyetlerinin sınırlandırılmış olduğu bir sahada kanuni mümessillerinin izni olmaksızın yaptıkları işlemler de, askıda hükümsüzdür⁸⁵⁸; bu işleme kanuni mümessil tarafından icazet verilmeyeceği açıkça ya da zımnen ortaya konulduktan sonra ise işlem, kesin hükümsüz hale gelir. Böyle bir işlemde taraflar için herhangi bir edim borcu doğmaz; fakat kaynağını taraf iradelerinde değil, MK. m. 2/I'de bulan koruma yükümlülükleri, işlemin tam ehliyetli tarafı için sözkonusu olduğu gibi, sınırlı ehliyetsiz kimse için de sözkonusu olur⁸⁵⁹. Bu sebeple koruma yükümlülüklerinin sınırlı ehliyetsiz tarafından ihlâlinin de bir culpa in contrahendo oluşturduğundan, kanaatimizce, şüphe etmemek gerekir. Gerçekten sınırlı ehliyetsiz kimseler, temyiz kudretini haiz olmayan tam ehliyetsiz kimselerin aksine, sözleşme kurabilirler; başka bir deyişle, onların yaptıkları sözleşmeler, asgari kurucu unsur olarak irade beyanlarını ihtiva eden, dolayısıyla, hukuki işlemin meydana gelmesi için "diğer bir kurucu olgunun"⁸⁶⁰ gerekli olmadığı bir çok durum açısından, tam olarak kurulmuş sözleşmelerdir. Kurduğu sözleşme icazetin verilmemesi durumunda baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelme riskini taşısa da,

⁸⁵⁸ **EREN**, 300.

⁸⁵⁹ Karşı görüş için bkz. **GONZENBACH**, 181. Yazara göre sınırlı ehliyetsizin borç altına girebilmesi için aranan kanuni temsilcinin onayı şartı, edim borçları için sözkonusu olduğu gibi, sözleşme görüşmelerine girmek sebebiyle kanun gereği ortaya çıkan ve ihlâli culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan yükümlülükler için de sözkonusudur.

⁸⁶⁰ Bir hukuki işlemin meydana gelebilmesi için irade beyanı, gerekli ve bir çok durumda tek başına yeterli bir olgudur. Bu bakımdan irade beyanı, bir hukuki işlemin asgari unsurunu oluşturur (bkz. **SİRMEN**, Şart, 11). Bununla beraber, hukuk düzeni, kimi durumlarda hukuki işlemin meydana gelebilmesi için irade beyanın dışında başka bazı olguların da gerçekleşmiş olmasını gerekli görmektedir. Doktrinde "diğer kurucu olgular olarak" adlandırılan bu olgular, hukuki işlemin kurulması sürecine bir resmi makamın aktif veya pasif katılımı veya taşınır mülkiyetinin devri için gerekli olan teslim işlemi gibi, hukuki veya maddi bir olgu olabilir, bkz. **SİRMEN**, Şart, 15.

sözleşme kurmaya ehil olan bir kimsenin, sözleşme görüşmeleri yapmaya da ehil olduğu; dolayısıyla bu görüşmeler sırasında karşı tarafa zarar veren kusurlu davranışlar ortaya koyabileceği açıktır. Bununla beraber, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin culpa in contrahendosunun hangi sorumluluk hükümlerine tâbi kılınacağı, ayrı bir meseledir. Kanaatimizce, kanuni mümessilin izninin veya icazetinin bulunmadığı durumlarda sınırlı ehliyetsizin culpa in contrahendosuna sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir; aksi bir anlayış, doğrudan sözleşme sorumluluğunun sujesi olamayan kimselerin, "kıyas yoluyla" sözleşme sorumluluğuna tâbi kılınmaları anlamına gelir ki, böyle bir sonuç, hem hukuk mantığı hem de MK. m. 16/I hükmünün korumayı amaçladığı değer ile çelişir. Gerçekten culpa in contrahendo sorumluluğu, küçüklerin ve kısıtlıların korunması amacına ters düşecek bir biçimde uygulanmamalı, "ehliyeti sınırlanmış kişiler sözkonusu olduğunda, ağır sözleşme sorumluluğu yerine hafif haksız fiil sorumluluğu benimsenmelidir"⁸⁶¹. O halde sınırlı ehliyetsizlerin sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışlar ortaya koyabilecekleri, başka bir deyişle culpa in contrahendoda bulunabilecekleri kabul edilse dahi, onlar, sözleşme sorumluluğunun sujesi olmadıkları sürece, culpa in contrahendodan da ancak haksız fiil hükümlerince sorumlu tutulabilirler; bunun için de culpa in contrahendolarının aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmesi şarttır. Sınırlı ehliyetsizin culpa in contrahendosu, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmiyorsa ve yaptığı işleme kanuni temsilcisi tarafından icazet de verilmemiş ise, onun ne haksız fiil, ne de sözleşme sorumluluğu

⁸⁶¹ SEROZAN, İfa Engelleri, 217.

hükümlerine göre sorumlu tutulması mümkündür⁸⁶². Bu noktada, sınırlı ehliyetsizlerin, kanuni mümessillerinin izni veya icazeti olmaksızın sözleşme yapmalarının başlı başına bir haksız fiil teşkil etmediği de özellikle belirtilmelidir⁸⁶³.

Medeni Kanunun 452. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sorumluluk da belirttiğimiz bu genel hususlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu hükme göre "Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur". Doktrinde bir görüş, bu hükmü, sınırlı ehliyetsizleri haksız fiillerinden sorumlu tutan MK. m. 16/II hükmünün özel bir uygulama biçimi olarak görmekte⁸⁶⁴; böylece sınırlı ehliyetsiz kimsenin ehliyeti hususunda karşı tarafı yanıltmasının, doğrudan bir haksız fiil teşkil edeceğini kabul etmiş olmaktadır. Oysa kanaatimizce vesayet altındaki kimsenin bu davranışı, ancak hile olarak değerlendirilebildiği ölçüde bir haksız fiil oluşturur. Hileden

⁸⁶² Oysa culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak haksız fiil sorumluluğu görüşünü savunan yazarlar (bkz. yukarıda § 5, II, A), culpa in contrahendoda doğrudan doğruya bir haksız fiil karakteri gördükleri için, sınırlı ehliyetsiz kimselerin her türlü culpa in contrahendodan sorumluluğunu da kabul etmiş olmaktadır. "Haksız fiil teorisiyle birlikte, reşit olmayan kimse (mümeyyiz küçük) tarafından gerçekleştirilen her akit öncesi yükümlülük ihlâlinin haksız fiil oluşturduğu kabul edildiğinde, ZGB 19/I'da öngörülen koruma pratikte hiçbir zaman devreye girmez; çünkü reşit olmayan kimsenin sözleşme akdetmesi, kural olarak (fiil ehliyetine sahip olmadığı hususunda) bir açıklama yükümlülüğünün ihlali sayılabilir, ki bu ihlâl, OR 41 vd ile birlikte değerlendirilen ZGB 19/III uyarınca zararı tazmin yükümlülüğü doğurur", **GONZENBACH**, 183-184.

⁸⁶³ **GUTZWILLER**, 329.

⁸⁶⁴ Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, Şahsın Hukuku, 59; **HATEMİ**, 74. Akipek/Akıntürk, burada hem bir culpa in contrahendo bulunduğunu; hem de MK. m. 452/II hükmünün sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiillerinden sorumlu olmasının bir uygulama örneğini oluşturduğunu kabul etmektedir, bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK**, 335.

bahsedilebilmesi için gerekli olan "aldatma (hile) kastı"⁸⁶⁵ bulunmuyorsa, başka bir deyişle, vesayet altındaki kişi, ehliyeti hususunda karşı tarafı ihmalkâr bir tutum sonucu yanıltmış ise, onun BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırı davrandığından bahsedilemez. Böyle bir davranış, ancak, aralarında MK. m. 2/I anlamında özel bir hukuki bağlantı bulunan taraflara kanun gereği yüklenen bir koruma yükümlülüğünün ihlâli ve dolayısıyla bir culpa in contrahendo hali oluşturur⁸⁶⁶. İşte MK. m. 452/II hükmünün amacı da kanuni mümessilin izninin veya icazetinin bulunmadığı durumlarda kural olarak culpa in contrahendodan sorumlu tutulamayan sınırlı ehliyetsizi, "madde hükmünde belirtilen durumla sınırlı olmak üzere" culpa in contrahendodan sorumlu tutmaktır. Gerçekten eğer burada düzenlenen sorumluluk, culpa in contrahendonun değil de BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırı bir fiilin sonucu olsa idi, MK. m. 16/II uyarınca sınırlı ehliyetsiz haksız fiilinden zaten sorumlu olduğundan, MK. m. 452/II hükmü işlevsiz kalırdı⁸⁶⁷. Oysa burada kanun koyucu, sınırlı ehliyetsiz kimsenin, herkese karşı işleyebileceği bir haksız fiilden ziyade, sözleşme görüşmeleri ilişkisi içinde bulunduğu kimseye karşı olan koruma yükümlülüğünü ihlâl eden; daha açık bir

⁸⁶⁵ Bkz. **YILDIRIM**, 126 vd.

⁸⁶⁶ "Sınırlı ehliyetsizlerin, sözleşmenin yapılmasından önce yaptıkları kusurlu davranışları dolayısıyla verdikleri zararlardan (culpa in contrahendo) da sorumlulukları vardır. Zaten MK. 395/II. (yeni MK. m. 452/II) maddesinde düzenlenen sorumluluk, niteliği gereği bir culpa in contrahendo sorumluluğudur", (**ZEVLİLER**, 285).

⁸⁶⁷ Aynı yönde bkz. BGE 47 II 97-98. Bu kararında Federal Mahkeme, bizatihi akit kurma olgusunun bir haksız fiil teşkil etmeyeceğini, ZGB m. 19/III ve m. 411/II hükümlerini gerekçe göstererek, belirtmektedir. Buna göre, "borçlandırıcı işlem yapmaya ehil olmayan bir şahsın her akit yapma fiili bir haksız fiil teşkil etseydi, bu takdirde başka bir şeye gerek olmaksızın İsv. MK m. 19/III (MK. m. 16/II) uygulanırdı ve m. 411/II (MK. m. 395/III -yeni MK. m. 452/II-) hükmü anlamsız olurdu" (**ARAL**, Temyiz Kudreti, 750).

ifadeyle, ehliyeti hususunda kasten veya ihmalen⁸⁶⁸ karşı tarafı yanıltarak, onun geçerli bir sözleşme akdedildiğine dair haklı güvenini boşa çıkaran bir davranışına sorumluluk bağlamıştır. Böyle bir davranış, şüphesiz ki, culpa in contrahendo oluşturur; fakat sınırlı ehliyetsiz kimse tarafından işlenen böyle bir culpa in contrahendoya sözleşme sorumluluğu hükümlerini uygulamak, MK. m. 16/I'nin özü ile bağdaşmayacağından, burada, diğer culpa in contrahendo vâkıalarının aksine, haksız fiil hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmelidir. Böylece kanun koyucunun, bir yandan ehliyeti sınırlanmış kimselerin menfaatleri, diğer yandan işlem güvenliğinin korunması yoluyla sağlanmaya çalışılan genel menfaat arasındaki çatışmayı giderme çabasına uygun bir çözüm elde edilmiş olur.

d- İrade Sakatlığına Sebebiyet Vermek

Türk Borçlar Kanununun 23 ile 31. maddeleri arasında irade sakatlığı (rıızadaki fesat) halleri olarak hata, hile ve tehdit düzenlenmiştir. İrade sakatlığı halleri, iradenin oluşumu veya beyanı safhasında oluşan bozuklukları ifade eder⁸⁶⁹; dolayısıyla bu gibi hallerde iradenin serbestçe oluşumu engellendiği veya mevcut irade gerçeğe uygun düşmeyen bir biçimde dış dünyaya yansıdığı için borçlar hukukunun temel prensibi olan "irade özerkliği" zedelenmiş olur. Hata, hile veya tehdit ile kurulmuş, dolayısıyla irade özerkliği prensibinin gereği gibi korunmadığı bir sözleşme, hakim görüşün

⁸⁶⁸ MK. m. 453/II hükmünün uygulanması için sınırlı ehliyetsiz kimsenin kasıtlı davranmış olması gerekmez; sınırlı ehliyetsizin her türlü kusuru yeterlidir; "Yanlış isim veya yaş söyleme, kanuni temsilcisinin iznini beyan ettiği görünümünü yaratma, ehliyetsiz olduğunu söylemesi gerekirken susma vs. bu hususa örnek olarak gösterilebilir" ÖZTAN, Şahsın Hukuku, 96.

⁸⁶⁹ Bkz. REİSOĞLU, 97; von TUHR, 277 vd; EREN, 337-338; OĞUZMAN/ÖZ, 79; KILIÇOĞLU, 114.

savunduğu iptal teorisi uyarınca⁸⁷⁰ "askıda" hüküm ifade eder; çünkü iradesi sakatlanan taraf, iptal hakkını kullanmak suretiyle baştan geçerli olarak kurulmuş böyle bir sözleşmeyi, geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırabilir. İptal edilmiş sözleşmeden herhangi bir edim yükümlülüğü doğmaz; fakat kusuru ile irade sakatlığına sebebiyet vererek sözleşmenin iptaline yol açan tarafın karşı tarafa, culpa in contrahendo esasına dayalı bir tazminat ödemesi sözkonusu olabilir.

Kendi kusuruyla hataya düştükten sonra sözleşmeyi iptal eden tarafa bir tazminat yükümlülüğü yüklenmesi düşüncesi, culpa in contrahendo sorumluluğunun çıkış noktasını oluşturmaktadır⁸⁷¹. Gerçekten irade sakatlığının oluşumunda kusuru bulunmayan tarafın sözleşmenin her türlü sakatlıktan uzak bir biçimde kurulup geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağına dair duyduğu güven, sözleşmenin iptaliyle birlikte boşa çıkmakta ve sözkonusu güvenin ihlâli sonucu uğranılan zararlara kusursuz tarafın katlanmak zorunda kalması, hak ve adalet duygusunu zedelemektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğu, böyle bir durumda menfaatler arasındaki dengenin yeniden tesisini sağlamaya hizmet eden bir kurum olarak belirlemekte ve haklı güveni ihlâl edilen

⁸⁷⁰ Kanunun irade sakatlıklarının müeyyidesine ilişkin kullandığı belirsiz ifade tarzı (bkz. BK. m. 23, m. 28/I; m. 29/I) bu konuda önemli doktrinel tartışmalara yol açmıştır. Sözkonusu tartışmalar, esas olarak, irade sakatlığını barındıran bir sözleşmenin kurulduğu anda geçerli mi yoksa geçersiz mi olduğu noktasında toplanmıştır. Geçersizlik teorisine göre, böyle bir sözleşme kurulduğu anda geçersiz olup, iradesi sakatlanan kimsenin sözleşmeye açıkça veya zımnen icazet vermesiyle (iptal hakkını kullanmaması ile) geçerlilik kazanır. Burada bir anlamda "düzelebilir geçersizlik" vardır. Buna karşılık iptal teorisine göre, sakat bir iradeyle kurulan sözleşme, başlangıçta geçerlidir; fakat iradesi sakatlanan kimsenin iptal hakkını kullanmasıyla, geçmişe etkili olarak geçersiz kılınabilir. Dolayısıyla iptal teorisi, "bozulabilir geçerlilik" görüşünü savunmaktadır. Sözkonusu görüş ve tartışmalar için bkz. **YILDIRIM**, 224 vd.

⁸⁷¹ Bkz. **JHERING**, 8; ayrıca bkz. yukarıda § 4, I, C.

tarafa, en azından sözleşmenin iptalinin yol açtığı zararların⁸⁷² tazminini talep imkânı vermektedir.

Hata durumunda taraflardan biri ya sözleşmenin kurulması sırasında esaslı bir unsura ilişkin iradesini gerçek iradesinden farklı bir biçimde beyan etmektedir (BK. m. 24/I, b. 1, 2, 3) ya da sözleşmeye ilişkin temel bir hususta gerçeğe uygun olmayan bir tasavvurda bulunmaktadır (BK. m. 24/I, b. 4). İlk halde esaslı beyan hataları; ikinci halde ise hukukça nazara alınan bir saik hatası (temel hatası) sözkonusudur ve her iki durumda da hataya düşen tarafın, sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür. Fakat hataya dayanarak sözleşmeyi iptal eden taraf, eğer hataya kendi kusuru ile düşmüş ise, karşı tarafın iptal yüzünden uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır (BK. m. 26, c. 1). Bununla beraber, kanun koyucu, karşı tarafın hatayı bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda tazminata gerek olmadığını hükme bağlamış; bu suretle, sadece "haklı" güvenin korunacağını vurgulamıştır⁸⁷³. O halde karşı tarafın iyiniyetini ortadan

⁸⁷² Kendi kusuruyla hataya düşenin sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 26 hükmü, ilk fıkrasında bu sorumluluğun kapsamını esas olarak "mukavelenin feshinden mütevellit zararlar" şeklinde belirlemiş; fakat ikinci fıkrasında "Eğer hakkaniyet icap ederse Hâkim mutazarrır olan tarafın lehinde daha fazla tazminat hükmedebilir" demek suretiyle, bu kapsamı genişletmiştir. Doktrin BK. m. 26/II'deki bu ifadeyi, "müspet zararın tazmini" olarak açıklığa kavuşturmaktadır (bkz. **EREN**, 357). Culpa in contrahendo sorumluluğunda tazmin edilecek zararın kapsamına ilişkin olarak bkz. ileride § 9, III.

⁸⁷³ Ancak sözleşmelerin kuruluşunda irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin olarak bugün çoğunlukla kabul edilen "güven teorisi" karşısında BK. m. 26/I, c. 2 hükmünün ne gibi bir uygulama alanına sahip olabileceğine de dikkat çekmek gerekir. Öyle ki, güven teorisine göre, taraflardan birinin düşmüş olduğu beyan hatasına rağmen karşı tarafın onun gerçek iradesini bildiği veya bilmesinin gerektiği durumlarda, sözleşme, ya beyan hatasına düşen tarafın gerçek iradesine uygun olarak kurulmuştur ya da karşı tarafın iradesi bu irade ile uyuşmadığı için hiç kurulmamıştır. Böylece her iki durumda da, "beyan hataları" bakımından BK. m. 26/I, c. 2 hükmü uygulama alanı bulamaz. Sözkonusu hüküm, ancak "temel hatası" sözkonusu olduğunda bir anlam ifade eder. Bu konuda bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, 126 vd.

kaldıracak derecedeki kusuru, aynı zamanda onun, her türlü sakatlıktan uzak bir sözleşme kurulduğuna ve bu sözleşmenin sağlıklı bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuracağına dair güvenini de ortadan kaldırır; böylece culpa in contrahendo sorumluluğu, uygulama alanı bulamaz. Aynı şekilde hataya dayanarak sözleşmeyi iptal eden tarafın hataya düşmekte kusuru bulunmuyorsa, aleyhine bir tazminat yükümlülüğü de söz konusu olmaz; zira kanun koyucu BK. m. 26'daki tazminat için, hataya düşenin kusurlu olması şartını açıkça öngörmüştür⁸⁷⁴. Bununla beraber hataya kendi kusuru ile değil, karşı tarafın kusuru ile düşen kimsenin "tazminat alacaklısı" olup olamayacağı hususuna kanunda yer verilmemiştir. Oysa hata, hataya düşerek sözleşmeyi iptal edenin kusuru neticesinde oluşabileceği gibi, karşı tarafın kusuru neticesinde de oluşabilir. Karşı tarafın kusurunun kast derecesinde olduğu durumlarda hatadan ziyade hile hükümlerine başvurulabileceğinden, kasten (hile ile) hataya düşürülen kimsenin tazminat alacaklısı olabileceğine şüphe yoktur; fakat karşı tarafın kusuru kast derecesinde değil ise, başka bir deyişle hata, karşı tarafın ihmalî bir davranışı ile oluşmuş ise, hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmenin yanı sıra karşı taraftan culpa in contrahendo esasına göre tazminat isteyebileceği de doktrinde kabul edilmektedir⁸⁷⁵. Böylece hata durumunda culpa in contrahendo, hem BK. m. 26'da öngörüldüğü gibi kendi kusuruyla hataya düştükten sonra sözleşmeyi iptal eden tarafa; hem de

⁸⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, burada culpa in contrahendo esasına dayanan ve kusurun varlığını gerektiren bir sorumluluk yerine, sebep olma esasına dayanan kusursuz bir sorumluluğa yer verilmesini daha isabetli bulmaktadır. Ona göre "beyan sahibinin kendi riziko alanında meydana gelen hatasının sonuçlarına, ihmali olsun, olmasın, katlanması kadar normal bir esas olamaz" (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, 116).

⁸⁷⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 367. Ayrıca bkz. GONZENBACH, 60 vd.

sözleşmeyi iptal eden kimseyi kast derecesine varmayan kusuruyla hataya düşüren tarafa yüklenebilecek bir tazminatın esasını oluşturur. Ayrıca doktrinde, taraf iradeleri arasındaki "gizli uyuşmazlık" sebebiyle sözleşmenin hiç kurulmamış olduğu, dolayısıyla BK. m. 23 vd. hükümlerinin uygulanamayacağı bazı vâkıalarda dahi culpa in contrahendo esasına dayalı bir tazminatın sözkonusu edilebileceğini savunan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre, her ne kadar BK. m. 26, sadece hata sebebiyle sözleşmenin iptali durumuna ilişkin bir tazminatı düzenlemiş ise de, "bu maddenin dayandığı culpa in contrahendo kuralı, hiç meydana gelmeyen sözleşmelerde de, ihmali ile karşı tarafa zarar veren yanılanın yerine göre ona karşı tazminat yükümü altına girmesini gerektirebilir"⁸⁷⁶. Örneğin, (A) her ikisi de 500 ytl bedel üzerinden kiralık olan iki dairesini (B)'ye gezdirmiş; fakat (B) kira bedelini yüksek bulduğu için sözleşmeyi kurmamıştır. İki gün sonra (A)'yı telefonla arayarak 400 ytl kira bedeli üzerinden sözleşmeyi kurabileceğini söyleyen (B)'nin teklifini (A) kabul etmiştir. Böyle bir durumda, taraflar sözleşmeyi kurduklarını düşünseler bile, her iki tarafın da kira sözleşmesinin konusu olarak aynı daireyi kastettiği sabit bulunmadıkça, sözleşme meydana gelmiş sayılmaz⁸⁷⁷. Ne var ki, farklı anlamlara gelen bir beyanda bulunan tarafın bu türden bir gizli uyuşmazlığa sebebiyet vermede karşı tarafa nazaran daha kusurlu bulunduğu kabul edilebiliyorsa, geçerli bir sözleşme kurulduğuna güvenen karşı taraf, BK. m. 44 gereğince indirime tâbi tutulabilecek bir tazminata culpa in contrahendo esasına göre hak kazanabilir⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, 126.

⁸⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, 124.

⁸⁷⁸ Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, 126.

Hile durumunda ise culpa in contrahendo tazminatı, hileye uğrayan ve bu sebeple sözleşmeyi iptal eden tarafın kullanabileceği bir haktır. Hilede taraflardan biri, karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda hatalı bir kanaat uyandırmakta veya mevcut olan hatalı kanaati sürdürmesine sebep olmaktadır⁸⁷⁹. Böylece hileye uğrayan tarafın sözleşme kurmaya yönelik iradesi, karşı tarafın tutum ve davranışları ile fesada uğramakta ve iradesi fesada uğrayan kimsenin, bu şekilde kurmuş olduğu sözleşmeyi iptal hakkı doğmaktadır. Hileye uğrayan kimse sözleşmeyi iptal etmekle, belli bir sözleşmeyi karşı taraf ile kurup kurmama veya sözleşmeyi mevcut şart ve içeriğinden farklı şekilde kurma özgürlüğünü korumuş olmakta; fakat iradesinin hiç sakatlanmamış olmasına ilişkin menfaatini koruyamamaktadır. Gerçekten iptalin fonksiyonu, iradesi sakatlanmış olan kimsenin sözleşme ile bağlılığını önlemektir. Oysa bazı durumlarda iradesi sakatlanmış olan kimsenin bu yüzden zarara uğramış olması da mümkündür ve sözleşmenin iptalinden bağımsız olarak, ayrıca bu zararların da tazmini gerekebilir. Nitekim BK. m. 31/II, hile (veya ikrah) ile sakatlanmış bir sözleşmeye icazet verilmesinin "zarar ve ziyan talebinden feragati gerektirmediğini" hükme bağlamıştır. O halde hileye uğrayanın tazminat hakkı, sözleşmeyi iptal hakkından bağımsızdır; dolayısıyla tazminatın sebebi iptalin sebebinden farklı olduğu gibi, tazminata hak kazanmak için gereken şartlar da iptal yoluna gidebilmek için aranan şartlardan farklıdır⁸⁸⁰. Öyle ki, iptalin sözkonusu olabilmesi için iradenin sakatlanması yeterlidir, böyle bir sakatlığın ayrıca zarara yol açmış olması gerekmez; oysa tazminatın talep edilebilmesi için bir zararın varlığı şarttır, ancak, zararı tazmin talebi sözleşmenin

⁸⁷⁹ Hilenin tanımı için bkz. **YILDIRIM**, 7 vd.

⁸⁸⁰ Hile ile culpa in contrahendonun mukayesesi için bkz. yukarıda § 3, I.

iptal edilmiş olmasını gerektirmez⁸⁸¹. Burada iptalin sebebi, sadece iradeyi sakatlayan bir vâkıa olarak hiledir; tazminat hakkı ise hilenin yol açtığı zararların giderilmesini sağlayan bir hukuki sorumluluk müessesesine dayandırılmalıdır. Kanaatimizce bu müessese, esas olarak culpa in contrahendodur⁸⁸²; çünkü hile, sözleşme görüşmecilerinin karşılıklı olarak birbirlerini korumak için göstermeleri gereken özeni ihlâl eden bir davranıştır⁸⁸³. Sözleşme görüşmelerinde, tarafların, birbirlerinin sözleşme kurma yönündeki iradelerini, aldatici, yanıltıcı beyan ve davranışlarla sakatlamama yükümlülüğü de bulunur ve bu yükümlülüğün ihlâli, bir culpa in contrahendo oluşturur. Bununla beraber, hile, aynı zamanda haksız fiil teşkil eden bir vâkıa olarak kabul edilmekte⁸⁸⁴; bu sebeple hilede bulunanın sorumluluğunun haksız fiile dayandırılması da mümkün görülmektedir⁸⁸⁵. Dolayısıyla hile durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışır⁸⁸⁶.

Hilenin sözkonusu olduğu bazı culpa in contrahendo vâkıalarında açıklama yükümlülüğünün ihlâlinden de bahsedilebilir. Gerçekten, özellikle pasif bir davranış,

⁸⁸¹ Fakat hileye rağmen sözleşmenin iptal edilmeyip sadece zarar ziyan tazmininin talep edilmesi durumunda sözkonusu tazminat, yine culpa in contrahendo esasına dayanmakla beraber, sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermiş olmaktan kaynaklanan zararların giderilmesine yönelik değildir; çünkü sözleşme geçersiz kılınmamıştır. Burada talep edilen tazminat, sözleşmenin "elverişliliğinin" azaltılmasından kaynaklanan zararların giderilmesine yöneliktir, bkz. ileride § 7, III, B, 2.

⁸⁸² Hilenin culpa in contrahendo karakteri doktrinde yaygın bir biçimde kabul görmektedir. Türk hukukunda bkz. **YILDIRIM**, 272; **EREN**, 362; **OĞUZMAN/ÖZ**, 97; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 381; **KILIÇOĞLU**, 142; İsviçre hukukunda bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, 161; **BUCHER**, AT, 222; **MERZ**, 81; **von TUHR**, 308.

⁸⁸³ **YILDIRIM**, 272.

⁸⁸⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 381; **KILIÇOĞLU**, 142.

⁸⁸⁵ **GAUCH/SCHLUEP**, 161.

⁸⁸⁶ **EREN**, 362; **KILIÇOĞLU**, 142.

yani "susma" yoluyla gerçekleştirilen hile, aynı zamanda açıklama yükümlülüğünün de ihlâli anlamına gelir. Çünkü pasif hilede taraflardan biri, karşı tarafça bilinmesi halinde sözleşmenin yapılmasına engel oluşturacak bazı hususları açıklamaktan kaçınmaktadır⁸⁸⁷. Burada gerçeğe aykırı tasavvur, aktif bir davranışla yapılan hilenin aksine, hileyi yapan kimse tarafından değil, hileye uğrayan kimsenin kendisi tarafından oluşturulmuştur. Böyle bir durumda hile, karşı tarafın sözleşmeye ilişkin yanlış bir tasavvurda bulunduğu fark edilmesine rağmen gereken açıklamanın yapılmamasından ibarettir⁸⁸⁸. Bu sebeple pasif hilenin varlığının kabulü, aynı zamanda bir açıklama yükümlülüğünün varlığına bağlıdır⁸⁸⁹. Bununla beraber, açıklama yükümlülüğünün ihlâl edildiği her durum, pasif hile olarak nitelendirilemez; çünkü hile, hileyi yapanın özel derecedeki bir kusurunu "aldatma (hile) kastını" gerektirir⁸⁹⁰. Söz konusu sübjektif unsurun eksik olduğu durumlarda taraflardan birinin açıklama yükümlülüğünü ihlâl etmesi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu oranda culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilir; fakat pasif hile olarak değerlendirilemez⁸⁹¹. Örneğin kullanımı oldukça karmaşık ve detaylı açıklama gerektiren bir makinenin satıcısının, potansiyel bir müşteriye, sırf kendisine zaman kaybı olmaması için makine hakkında üstün körü bir açıklama yapmakla yetinmesi ve makineyi satın alan kimsenin satıcının verdiği bu eksik bilgi sebebiyle ondan beklediği faydayı elde edemeyip bir

⁸⁸⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 370.

⁸⁸⁸ Bkz. YILDIRIM, 104 vd.

⁸⁸⁹ Açıklama yükümlülüğünün ihlâli hakkında bkz. ileride § 7, III, B, 2, a.

⁸⁹⁰ Bkz. YILDIRIM, 126 vd.

⁸⁹¹ Benzer bir değerlendirme için bkz. SONNABEND, 58.

zarara uğraması halinde açıklama yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan bir sorumluluk düşünülebilir⁸⁹²; ancak böyle bir durumun hile teşkil etmeyeceği açıktır.

Borçlar Kanununda irade sakatlığı olarak düzenlenen sonuncu durum ikrah (korkutma)dır. İkrahda "hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı takdirde, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanaati uyandırılması, o kimsenin korkutulması"⁸⁹³ sözkonusudur. Böyle bir durumda ortaya çıkan irade sakatlığı, iradesini beyan eden kimsenin iç iradesi ile beyanı arasındaki uygunsuzluğa ilişkin değildir; tersine, tehdide maruz kalan (korkutulan) kimse, gerçek iradesini beyan etmektedir. Fakat onun iradesi, tehdit konusu tehlikenin gerçekleşmesindense, sözkonusu sözleşmenin kurulması yönünde olmakta; böylece irade, henüz oluşumu aşamasındayken sakatlanmaktadır. Ya kendisinden istenilen beyanda bulunmak ya da tehdide konu edilen tehlikeyi göze almak zorunda bırakılan beyan sahibinin iradesinin serbestçe oluştuğundan bahsedilemez. Bu sebeple tehdide maruz kalan kimse sözleşmeyi tek taraflı bir irade beyanı ile iptal edebilir. Böyle bir sonuç için tehdidin, sözleşmenin karşı tarafından veya üçüncü bir kimseden gelmiş olması arasında bir fark yoktur. Bununla beraber, BK. m. 29/II, üçüncü bir kişiden gelen tehdide, karşı tarafın vâkıf olmadığı ve vâkıf olmasının da gerekmediği bir durumda sözleşmeyi iptal eden (korkutulan) tarafa, hakkaniyetin de gerektirmesi şartıyla, bir tazminat yükümlülüğü yüklemiştir. Buradaki tazminat yükümlülüğünün esası, ne haksız fiil ne de culpa in contrahendo olup; sadece fedakarlığın denkleştirilmesi

⁸⁹² Böyle bir durumda aynı zamanda "gereği gibi ifa etmeme"den söz edilebiliyorsa, sözkonusu sorumluluk, culpa in contrahendoya değil, doğrudan BK. m. 96 vd. hükümlerine dayandırılmalıdır, bkz. ileride § 11, II.

⁸⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, 97.

ilkesidir⁸⁹⁴. Çünkü kanunda açıkça öngörülen bu tazminat, tehdide uğrayan kimseye tanınmış bir hakkın kullanılmasının, yani hukuka uygun bir fiilin sonucudur. Bununla beraber, tehditte bulunan kimsenin tehdide maruz kalana karşı, sözleşmenin iptal edilip edilmemesinden bağımsız olarak ödemek zorunda bulunduğu tazminat (BK. m. 31/II), hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanmaktadır⁸⁹⁵. Gerçekten BK. m. 30/I'de öngörüldüğü gibi, bir kimsede doğrudan kendisinin veya yakınlarının yaşam hakkının, şahsının, namusunun veya mallarının ağır ve derhal gerçekleşecek bir tehlikeye maruz kalacağına dair korku oluşturan bir tehditte bulunmak, şüphesiz hukuka aykırı bir fiildir; zira böyle bir tehdidin yönelmiş olduğu değerlerin ihlâli BK. m. 41/I anlamında bir haksız fiil oluşturur. Bununla beraber kanun, "bir hakkın" veya "kanuni bir yetkinin" kullanılacağı tehdidinden kaynaklanan korkunun dahi, eğer korkutan kimse, korkutulan kimsenin tehdidin yol açtığı güç durumundan (muzayaka halinden) fahiş menfaatler elde etmek için yararlanıyorsa, dikkate alınacağını hükme bağlamakta (BK. m. 30/II); böylece sözkonusu tehdidi de hukuka aykırı saymış olmaktadır⁸⁹⁶. "Hatta doktrinde, bir kimseyi ceza tehdidi ile akit yapmaya zorlamanın, aşırı menfaat aranmaksızın hukuka aykırı tehdit teşkil edeceğini, zira ceza davası açma veya savcılığa şikayette bulunma hakkının böyle bir tehdit vasıtası olarak kullanılmasının, hakkın tanınmasındaki amacı dışında

⁸⁹⁴ **EREN**, 368; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 388.

⁸⁹⁵ **EREN**, 366;

⁸⁹⁶ "Örneğin bir bonoda ifadesini bulan borcunu ödeyecek durumda olmayan A, karşı tarafın derhal icra takibi yapıp haciz koydurma tehdidi karşısında, 2 milyarlık borcu için 6 milyarlık yeni bir senet imzalamak mecburiyetinde bırakılmışsa, durum böyledir" **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 386. Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, 145 vd.

kaldığını ileri sürenler de vardır"⁸⁹⁷. Tüm bu hallerde hukuka aykırılığı kabul edilen tehdit, bir irade sakatlığı hali olarak sözleşmenin iptaline imkân vermenin yanı sıra, haksız fiil tazminatına yol açan bir vâkıa olarak da ortaya çıkmaktadır. "Zira korkutma fiili, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil olduğu için, niteliği itibariyle bir haksız fiildir"⁸⁹⁸. İkrahin, aynı zamanda bir culpa in contrahendo oluşturması ise, kanaatimizce, tehdit fiilinden önce taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin bulunmasına bağlıdır⁸⁹⁹. Eğer tehdit fiili, taraflar arasında mevcut bir sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde gerçekleşmiş ise, sözleşme kurulmuş olsun veya olmasın, culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkabilir. Çünkü sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde tarafların, birbirlerinin iradelerini sakatlamama yükümlülükleri de bulunur. Karşı tarafın iradesini sakatlayan davranış, kast derecesine varmayan bir kusur veya hileli davranışlar ile karşı tarafı hataya düşürmek şeklinde olabileceği gibi, karşı tarafta tehdit yoluyla bir korku yaratmak şeklinde de olabilir. Böylece karşı tarafın her türlü

⁸⁹⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, 98-99. Söz konusu görüşün sahibi yazarlar için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 99 dpn. 225. "Suç ihbarı (tehdidi) ile yapılan sözleşmelerde de tehdidin hukuka aykırılığı kabul edilmelidir" (**EREN**, 367). Kocayusufpaşaoğlu bu konuda "yapılması istenen sözleşme ile, işlenmiş suç arasında objektif bir bağlantı" olup olmadığını esas alarak bir ayrıma gitmektedir: Eğer yapılması istenen sözleşme ile ihbarı tehdidinde bulunulan suç arasında objektif bir bağlantı varsa, tehdit -tehditte bulunan kişi lehine "fâhiş bir menfaat"ın talep edilmemesi şartı ile- hukuka aykırı değildir. Kurulması için suç ihbarı tehdidinde bulunulan sözleşme ile işlenen suç arasında objektif bir bağlantının bulunmadığı durumlarda ise, ayrıca bir "fâhiş menfaat elde etme şartı" dahi aranmaksızın, tehdidin hukuka aykırı sayılması gerekir, bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 386-387.

⁸⁹⁸ **EREN**, 367.

⁸⁹⁹ Ancak doktrinde tehdidin aynı zamanda bir culpa in contrahendo teşkil edeceği, bizim yaptığımız bu ayrıma bağlı olmaksızın da kabul edilmektedir. Böyle bir kabulde, hile ile tehdidin genellikle aynı biçimde değerlendirilmesinin etkili olduğu söylenebilir, bkz. **GAUCH/SCHLUEP**, 163; **OĞUZMAN/ÖZ**, 99.

sakatlıktan uzak, geçerli şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşme kurmaya yönelik haklı beklentisi boşa çıkarılmış olmaktadır. Buna karşılık, eğer tehdit fiili, sözleşme görüşmelerine girişmenin de sebebini oluşturuyorsa, başka bir deyişle, tehdit olmasa idi, taraflar arasında sözleşme görüşmesi dahi gerçekleşmeyecek idiyse, tehdidin haksız fiilin ötesinde bir culpa in contrahendo hali oluşturduğunu iddia etmek, kanaatimizce, zordur. Zira böyle bir durumda culpa in contrahendo sorumluluğunun esasını oluşturan "haklı güvenin ihlâli"nden bahsedilemez. Gerçekten, sözleşme görüşmeleri ilişkisi dışında bir kimsenin başka bir kimseyi, ya istenilen irade açıklamasında bulunmak ya da tehdit konusu tehlikeyi göze almak yönünde bir seçim yapmaya zorlaması, onda, ne her türlü sakatlıktan uzak bir sözleşme kurulacağına ne de bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını geçerli şekilde doğuracağına dair haklı bir güven yaratmaktadır. Böyle bir durumda ihlâl edilen güven, aralarında MK. m. 2/I anlamında özel bir bağlantı bulunan ve bu sebeple sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanmasını haklı kılan türde bir güven ilişkisinin sonucu değildir. Burada ancak, haksız fiil hukukunun herkese yüklediği genel yükümlülüklerin ihlâl edilmeyeceğine dair duyulan güvenin boşa çıkarıldığından bahsedilebilir; dolayısıyla tazminat talebinin culpa in contrahendoya değil, haksız fiil esasına dayandığının kabul edilmesi, kanaatimizce, daha isabetli olur.

2- Karşı Taraf İçin Sözleşmenin Elverişliliğini Azaltan Davranışlarda Bulunmak

Görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı bir diğer yükümlülük, karşı taraf için sözleşmenin elverişliliğini azaltan davranışlardan kaçınmaktır. Burada sözleşme görüşmeleri, bir sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanmıştır; üstelik kurulan bu sözleşme

geçerlidir. Fakat taraflardan birinin sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya koyduğu bazı kusurlu davranışlar sebebiyle karşı taraf, sözleşmeden beklediği faydayı elde edememektedir. Karşı tarafın sözleşmeden beklediği faydayı veya sözleşmenin o kimse için elverişliliğini azaltan davranışlar, esas olarak açıklama (aydınlatma) ya da özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünü ihlâl eden türde davranışlardır.

Culpa in contrahendo öğretisi veya daha geniş anlamıyla koruma yükümlülükleri anlayışı bağlamında "açıklama yükümlülüğü" ile "özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğü", iç içe geçen, adeta aynı madalyonun iki yüzünü oluşturan; fakat kanaatimizce ayrı kategorilerde değerlendirilmesi gereken yükümlülüklerdir. Gerçekten açıklama yükümlülüğünün ihlâlinde sorumluluk, karşı tarafa kanun, sözleşme veya sadece dürüstlük kuralı gereğince açıklanması gereken hususların açıklanmamasından doğar; oysa özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâlinde verilen bilgi veya tavsiyenin yanlış ya da eksik olmasından kaynaklanan bir sorumluluk söz konusudur. Gerçi Türk hukukunda "açıklama yükümlülüğü (Aufklärungspflicht)" ile "bilgi verme yükümlülüğü (Auskunftspflicht)" kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁹⁰⁰; dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında bilgi verme yükümlülüğünün

⁹⁰⁰ Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 370. Buna karşılık Aral, açıklama yükümlülüğünü "açıkça veya zımnen sorulmaksızın kendiliğinden yerine getirilmesi" açısından, bilgi verme yükümlülüğünden ayırmaktadır. Aral'a göre ayrıca "Açıklama yükümünde, geriye yönelik (retrospektiv) bir değerlendirme yapılmaktadır. Başka bir ifadeyle, burada yerine getirilseydi diğer tarafın geçmişteki davranışlarını yönlendirmiş olacak nitelikteki açıklamalar söz konusudur. Oysa bilgi verme yükümleri, gelecekteki davranışları tayin edici bir özellik taşırlar. Bu itibarla, açıklama yapma yükümü, bağımlı ve ifası dava edilemeyen bir yan yüküm türüdür" (**ARAL**, 20). Buna karşılık yazar, bilgi -ve haber- verme yükümlülüklerini, bağımsız, yani başlı başına bir ifa davasına konu olabilen yükümlülükler kategorisine dahil etmektedir, bkz. **ARAL**, 17.

ihlâli, aslında açıklama yükümlülüğünün ihlâlini ifade eder. Fakat verilen bilginin yanlış veya eksik olması, başka bir deyişle özensiz şekilde bilgi verilmesi, açıklama (veya bilgi verme) yükümlülüğünün ihlâlinden farklı bir ihlâl türünü oluşturur. Açıklama yükümlülüğünün ihlâli, bir anlamda "bilgi vermeme"den doğan bir sorumluluk yaratır; bunun için bilgi vermeyi zorunlu kılan bir unsurun varlığı gerekir. Oysa özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğü, bilgi vermeyenin değil, sadece "bilgi verenin sorumluluğu"na ilişkindir; burada bilgi vermenin, bilgiyi veren için bir zorunluluk oluşturup oluşturmadığının önemi yoktur. Dolayısıyla açıklama yükümlülüğü "açıkça veya zımnen sorulmaksızın, kendiliğinden yerine getirilir"⁹⁰¹; buna karşılık özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün esasını, kendiliğinden yerine getirilmesi gereken bir bilgi verme eyleminden ziyade, verilen bilginin gerçeği en doğru şekilde yansıtması için gereken özenin gösterilmesi oluşturur.

a- Açıklama Yükümlülüğünün İhlâli

Açıklama yükümlülüğünün ihlâlini, bir çok culpa in contrahendo vâkıasını kapsayacak şekilde bir üst başlık olarak ele almak mümkündür. Gerçekten sınırlı ehliyetsizin ehliyet durumunu veya yetkisiz temsilcinin temsil yetkisine ilişkin eksikliği açıklamaması, sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşmelere girişen kimsenin sözkonusu niyetin yokluğunu gizlemesi veya ciddiyetle girilen görüşmeler sırasında karşı tarafla bir sözleşme kurulmasının kendisi için sözkonusu olmayacağını anlayan kimsenin bu durumu vaktinde bildirmemesi ... gibi çeşitli culpa in contrahendo vâkıalarında, hep, genel anlamıyla bir açıklama yükümlülüğünün ihlâlinden

⁹⁰¹ ARAL, 20.

bahsedilebilir. Bununla beraber, biz, sözkonusu vâkıaları farklı bir tasnifle ve ayrı ayrı ele almayı tercih ettiğimizden⁹⁰², açıklama yükümlülüğünün ihlâlini daha dar ve teknik bir anlamda değerlendirmekteyiz. Buna göre açıklama yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde tarafların, kurmak üzere görüşmelerini sürdürdükleri sözleşmenin konusu, içerik ve kapsamı hakkında sözleşme kurma iradesi üzerinde etkili olabilecek hususlardan, birbirlerini haberdar etmelerine ilişkin bir yükümlülüktür⁹⁰³ ve bu yükümlülüğün ihlâli, açıklama yükümlülüğünün ihlâlini oluşturur.

Hemen belirtelim ki, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri de dahil olmak üzere, borç ilişkilerinde genel bir bilgilendirme ve açıklama yükümlülüğünün varlığından bahsetmek doğru değildir⁹⁰⁴. Gerçekten hukuk düzenimizde, bir kimsenin karşı tarafça uyarılmak ve öngörülen içerikte bir sözleşme akdetmekten alıkonulmak hususunda bir beklentiye girmesini haklı kılan genel bir hüküm yoktur⁹⁰⁵. "Özellikle hiç kimse, diğer tarafı, kendi dikkat ve özeni ile görüp müşahade edebileceği hususlarda aydınlatmak yükümlülüğü altında değildir"⁹⁰⁶. Bu sebeple açıklama yükümlülüğü, sadece "taraflar arasında mevcut bulunan bir sözleşme" veya "bir kanun hükmü" ya da "doğrudan doğruya dürüstlük kuralı" gereğince ortaya çıkar⁹⁰⁷.

⁹⁰² Bkz. yukarıda § 7, III, A ve § 7, III, B, 1.

⁹⁰³ Ozanoğlu, sözleşme öncesi bilgi verme (aydınlatma, açıklama) yükümlülüğünü, "sözleşmenin karşı tarafının bilmediği ve bilmekle yükümlü olmadığı, fakat sözleşmenin kuruluşu ya da koşulları hakkında vereceği kararda onu etkileyebilecek önemli hususlar hakkında bilgilendirmeye yönelik zamansal açıdan sözleşme öncesinde oluşan yükümlülüktür" şeklinde tanımlamaktadır, bkz. **OZANOĞLU**, 196.

⁹⁰⁴ **ARAL**, 19; **OZANOĞLU**, 194; **BUCHER**, AT, 220.

⁹⁰⁵ **GAUCH/SCHLUEP**, 159.

⁹⁰⁶ **GAUCH/SCHLUEP**, 159.

⁹⁰⁷ **BUCHER**, AT, 220; Ayrıca bkz. BGE 116 II 434, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-116-II-431&lang=de&zoom=OUT> (22. 05. 2007).

Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında açıklama yükümlülüğünün, taraflar arasında mevcut olan bir sözleşme gereğince ortaya çıkmadığı açıktır. Çünkü açıklama yükümlülüğünün taraflar arasında mevcut bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda bu yükümlülüğün ihlâli, culpa in contrahendo sorumluluğuna değil, doğrudan sözleşme sorumluluğuna yol açar. Bu, açıklama yükümlülüğünün sözleşmenin asli veya yan edim borcunu teşkil ettiği durumlar için geçerli olduğu gibi, sadece bir "yan yükümlülük" şeklinde ortaya çıktığı durumlar için de geçerlidir. Daha açık bir ifadeyle, somut bir sözleşme ilişkisinde açıklama yükümlülüğü, sözleşmenin taraf iradelerinden kaynaklanan asli veya yan edim yükümlülüğünü oluşturabileceği gibi, sadece MK. m. 2/T'e dayanan bir yan yükümlülüğü de oluşturabilir⁹⁰⁸ ve her iki durumda da açıklama yükümlülüğünün ihlâline, doğrudan doğruya sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanır. Örneğin bir avukatın müvekkiline hukuki bir konuyu açıklaması, onu belli bir hukuki konu hakkında bilgilendirmesi, avukat ile müvekkil arasında bulunan vekalet akdinin asli veya duruma göre yan edim borcunu oluşturmaktadır ve bu borcun ihlâli şüphesiz BK. m. 96 vd. hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Buna karşılık, kullanıcı veya çevre için tehlike arz edebilecek bir makinenin satımında, sözkonusu tehlikeden korunmak için gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin açıklama yükümlülüğü, bir yan yükümlülüktür. Yan yükümlülüklerin kaynağı taraf iradeleri olmayıp, tıpkı ihlâli culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin kaynağı gibi, MK. m. 2/T'dir; fakat yan yükümlülükler, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme ilişkisi içerisinde ortaya çıktıkları

⁹⁰⁸ EREN, 38.

sürece, bunların ihlâli bir culpa in contrahendo değil, bir sözleşme ihlâli oluşturur⁹⁰⁹. Bunun sebebi, culpa in contrahendonun sadece sözleşmenin geçerli şekilde kurulamadığı durumlara has bir sorumluluk olması değildir; zira culpa in contrahendo sorumluluğu, kurulması amacıyla görüşmeleri yapılan sözleşmeden bağımsızdır. Fakat zarar görenin, akdi bir talep hakkına sahip bulunduğu durumlarda dahi culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilmesi; böylece sözleşme sorumluluğu hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün iken kıyasen uygulanmasının tercih edilmesi, hukuk mantığı ile bağdaştırılmaz⁹¹⁰.

Açıklama yükümlülüğünün doğrudan bir kanun hükmüne dayandığı durumlara ise özellikle tüketici hukukunda rastlanmaktadır. Gerçekten 4822 sayılı kanunla⁹¹¹ değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK.)⁹¹² ve buna bağlı mevzuat⁹¹³, bir çok hükmünde tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğüne yer vermiştir. Örneğin, "Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. ... Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye

⁹⁰⁹ Bkz. **EREN**, 1007 vd.

⁹¹⁰ Culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu karşısındaki taliliğine ilişkin bu mesele için bkz. ileride § 11, II.

⁹¹¹ 06. 03. 2003 kabul tarihli Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, bkz. 14. 03. 2003 tarih ve 25048 sayılı RG.

⁹¹² 23.02.1995 kabul tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, bkz. 08.03.1995 tarih ve 22221 sayılı RG.

⁹¹³ Örneğin Mesafeli Sözleşme Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik; Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik; Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik; Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ... gibi; hepsi için bkz. 13. 06. 2003 tarih ve 25137 sayılı RG.

verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir" (TKHK. m. 4/VI, c. 1 ve 3). Aynı kanun, taksitle satışları düzenlediği 6/A maddesinin 2. fıkrasında bu tür satışların yazılı şekilde yapılmasını öngördükten sonra, aynı fıkranın a ve g bendleri arasında bu yazılı şeklin ihtiva etmesi gereken asgari unsurları belirtmiştir⁹¹⁴. Buna göre, tüketici ve sağlayıcının kimlik ve erişim bilgilerinin yanı sıra, taksitle satım sözkonusu olduğundan malın Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı ile vadeye göre faizle beraber ödenecek toplam satış fiyatı, faiz miktarı, gecikme faiz oranı, peşinat tutarı ve ödeme planı, hatta borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları gibi hususlar, alıcıya bildirilmelidir. Yine aynı kanunun "fiyat etiketi" başlığını taşıyan 12. maddesine göre "perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir, okunabilir şekilde o malla ilgili tüm vergiler dahil fiyat, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması, etiket konulması mümkün olmayan hallerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur". Ayrıca "Tüketicinin kullanımına sunulan mal ve hizmetlerin kişi beden ve ruh sağlığı ile çevreye zararlı veya tehlikeli olabilmesi durumunda, bu malların emniyetle kullanılabilmesi için üzerine veya ekli kullanım kılavuzlarına, bu durumla ilgili açıklayıcı bilgi ve uyarılar, açıkça görülecek ve okunacak şekilde konulur veya yazılır" (TKHK. m. 18/I). Tüketicinin bilgilendirilmesinde en önemli araç olarak kabul edilebilecek tanıtma ve kullanma klavuzunu düzenleyen TKHK. m. 14'nin ilk fıkrasına göre ise "Yurt içinde üretilen veya ithal edilen sanayi mallarının tanıtım, kullanım, bakım ve basit onarımına ilişkin Türkçe kılavuzla ve gerektiğinde uluslararası sembol

⁹¹⁴ Taksitle satım sözleşmeleri bakımından sözleşme öncesi açıklama yükümlülükleri hakkında ayrıca bkz. **OZANOĞLU**, 196 vd.

ve işaretleri kapsayan etiketle satılması zorunludur". Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 9/A maddesinin 2. fıkrası ve 31. maddesi uyarınca çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler⁹¹⁵ Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Ön Bilgiler" başlığını taşıyan 5. maddesine göre, satıcı veya sağlayıcıya ait adres, telefon gibi erişim bilgilerinin yanı sıra, sözleşme konusu mal veya hizmetin temel özellikleri, tüm vergiler dahil satış fiyatı, satıcı ve sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi, tüketicinin ödemelerinin ayrıca teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ilişkin masrafların tutarı ile kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler, cayma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler, tüketiciye bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti, teslim ve ifa programı gibi hususlar, mesafeli sözleşmenin akdinden önce tüketiciye iletilmelidir⁹¹⁶. Görüldüğü gibi tüketici hukuku alanında sözleşme öncesi açıklama (bilgilendirme) yükümlülüğü birçok münferit hükümle düzenlenmiştir. Fakat bu yükümlülüklerin ihlâlinden her zaman culpa in contrahendo sorumluluğunun doğduğu söylenemez. Çünkü sözkonusu "sözleşme öncesi" açıklama yükümlülüklerinin ihlâli, kimi zaman doğrudan doğruya akdi bir talebe imkân sağlamaktadır. Özellikle bu yükümlülüklerin ihlâlinin bir gereği gibi ifa etmeme hali

⁹¹⁵ 4822 sayılı kanunla değişik TKHK. m. 9/A, fıkra I hükmüne göre, "Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir".

⁹¹⁶ Aynı yönetmeliğin 6. maddesinin ilk cümlesine göre "Tüketici ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez". Sözkonusu hüküm, doktrinde, hem mesafeli sözleşmelerin nitelik ve yapısına uygun düşmediği hem de tüketicinin korunması amacını tam anlamıyla gerçekleştirmekten uzak olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Bu hükmün eleştirisi için bkz. İNAL, 180 vd.

oluşturduğu durumlarda BK. m. 96 vd. hükümleri uygulama alanı bulur⁹¹⁷ ve BK. m. 96 vd. hükümlerinin doğrudan uygulama alanı bulduğu bu gibi vâkıalarda culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsetmeye yer yoktur. "Bir culpa in contrahendo bulunsa bile, ayrıca culpa in solvendo'nun (sözleşmenin ödenmesinde kusurun) da bulunduğu durumlarda artık culpa in contrahendo arka (ikinci) planda kalır, başka bir deyişle böyle durumlarda culpa in contrahendo'dan söz etmek gereksiz ve yersiz olup bu gibi durumlar, culpa in contrahendo kurallarının uygulama alanı dışında kalır"⁹¹⁸. Bununla beraber sözkonusu kanuni açıklama yükümlülüklerinin ihlâli, bir "gereği gibi ifa etmeme" haline yol açmayıp, örneğin hata veya hile yüzünden sözleşmenin iptali⁹¹⁹ veya tüketicinin cayma hakkını (TKHK. m. 8, 9, 9/A) kullanması ile sonuçlanmış ise, burada culpa in contrahendo tazminatından bahsedilebilir. Aynı şekilde, açıklama yükümlülükleri, taksitle satım sözleşmelerinde olduğu gibi, kanuni geçerlilik şeklinin bir unsurunu oluşturuyor; başka bir deyişle, sözleşmenin geçerliliği için öngörülen yazılı şekil şartı, ancak bu yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ile tamam oluyor ise⁹²⁰, sözkonusu yükümlülüklerin ihlâli, culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilir⁹²¹. Fakat böyle bir durumda dahi talep edilen culpa in contrahendo tazminatı, sözleşmenin

⁹¹⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, 324. Bu noktada "gereği gibi ifa etmeme" kavramına ayıplı, kötü ifanın yanı sıra açıklama yükümlülüğü gibi ifaya yardımcı veya sadece bütünlük menfaatlerini korumaya yönelik yan yükümlülüklerin ihlâlinin de dahil olduğuna dikkat etmek gerekir, bkz. **EREN**, 1004 vd.

⁹¹⁸ **KUTLU SUNGURBEY**, 113.

⁹¹⁹ Kılıçoğlu'na göre kanundan doğan açıklama yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, örneğin, zararlı ve tehlikeli mal ve hizmetleri konu edinen TKHK. m. 18 hükmünün ihlâl edilmesi durumunda, alıcı (tüketici), hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir, bkz. **KILIÇOĞLU**, 139.

⁹²⁰ " ... bu aydınlatma yükümleri, tıpkı yazılı şekil koşulu gibi, taraflardan birinin tüketici olduğu taksitle satım sözleşmelerinin geçerlilik koşulunu oluşturmaktadır" (**OZANOĞLU**, 196).

⁹²¹ **OZANOĞLU**, 200.

"elverişliliğinin azaltılmasından" değil, "geçersizliğine yol açılmasından" kaynaklanan zararların giderilmesine yöneliktir⁹²².

O halde culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında açıklama yükümlülüğünün ihlâli meselesi, böyle bir yükümlülüğün kaynağı veya sözleşmenin kurulmasından önceki bir aşamaya ilişkin olup olmaması ile ilgili değildir; burada önemli olan, açıklama yükümlülüğünün ihlâlinin sözleşmenin ifasını mı yoksa kuruluşunu mu etkilediğidir. Açıklama yükümlülüğünün ihlâli sözleşmenin ifasını etkilediği, başka bir deyişle bir "gereği gibi ifa etmeme" hali oluşturduğu sürece, böyle bir ihlâlin "sözleşme öncesi" bir kusurlu davranış olarak ortaya çıkmasının veya sözkonusu yükümlülüğün kaynağının "sözleşme" veya "kanun" yahut "dürüstlük kuralı" olmasının bir önemi kalmaz. Bu durumda doğrudan sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulama alanı bulur. Fakat sözleşme görüşmeleri sırasında açıklama yükümlülüğünün ihlâl edilmesi taraflardan birinin "sözleşme kurma iradesi"ni etkilemiş ise, o taktirde culpa in contrahendo sorumluluğu sözkonusu olabilir⁹²³. Çünkü aralarında ilk işlem temasıyla kurulan güven ilişkisi sebebiyle tarafların, karşı tarafın sözleşme kurma kararını vermesi açısından önem arz eden hususları açıklama yükümlülükleri de mevcuttur⁹²⁴. Bu noktada sözleşme görüşmeleri sırasında açıklama yükümlülüğünün ihlâli ile irade sakatlığı halleri arasında yakın bir ilişki bulunduğu görülmektedir. Gerçekten açıklama yükümlülüğünün ihlâl edilmesi, birçok somut olay

⁹²² Bkz. yukarıda § 7, III, B, 1.

⁹²³ Nitekim sözleşme öncesi sahada açıklama yükümlülüğü, taraflardan birinin, karşı tarafa, "onun sözleşmenin akdedilmesine yönelik iradesi" için önemli olan veya öyle olması beklenen hususları bildirmesi yükümlülüğü olarak değerlendirilmektedir, bkz. **GRUNEWALD**, Aufklärungspflichten, 609.

⁹²⁴ **ARAL**, 19.

bakımından karşı tarafın sözleşme kurmaya yönelik iradesinin sakatlanması sonucunu da doğurur; öyle ki açıklama yükümlülüğü ihlâl edilmeyip sözleşmenin konusuna, içerik ve kapsamına, muhtemel sonuçlarına ilişkin lüzumlu bilgiler gereği gibi aktarılmış olsa idi, karşı taraf, sözleşmeyi hiç veya o şartlar altında kurmayacak idiyse, burada aynı zamanda bir irade sakatlığının varlığından bahsedilebilir. Söz konusu yükümlülük ihlâli aldatma kastı ile yapılmış ise, hile; aksi halde hata hükümlerine başvurularak geçerli şekilde kurulmuş sözleşmenin iptali ve zarar da söz konusu ise tazminat istenmesi yoluna gidilebilir⁹²⁵ veya sözleşme iptal edilmeksizin sadece tazminat talep edilebilir. Hileye uğrayanın veya karşı tarafın kast derecesine varmayan kusuru ile hataya düşen tarafın, sözleşmenin iptali kendisi için daha ağır sonuçlar doğuracağından, bu yola gitmeyip sadece uğradığı zararların tazminini talep etmesi, "sözleşmenin elverişliliğinin azaltılması"ndan kaynaklanan tazminat talebinin tipik bir örneğidir⁹²⁶. Böyle bir durumda söz konusu tazminatın dayanağı BK. m. 96 vd. hükümleri olmayıp, sadece culpa in contrahendodur⁹²⁷; böylece culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmeden bağımsızlığı da kendisini açık bir biçimde göstermiş olur.

⁹²⁵ Bkz. yukarıda § 7, III, B, 1, d.

⁹²⁶ Hile veya karşı tarafın kusuru yüzünden düşülen hata sonucunda sözleşmenin iptali durumunda, hile yapan veya karşı tarafı kusuru ile hataya düşüren taraf, sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermiş olmaktadır. Böyle bir durumda talep edilen culpa in contrahendo tazminatı, sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararların tazminine yöneliktir. Buna karşılık hileye uğrayan kimsenin sözleşmenin iptaline gitmeksizin sadece tazminat talep etmesi durumunda, talep edilen tazminat, sözleşmenin geçersizliğinden değil, "elverişliliğinin azalmasından" kaynaklanan zararların giderilmesi içindir.

⁹²⁷ "Sözleşmenin iptal edilmemesine rağmen zararların tazmin edilmesinin hukuksal dayanağı da sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna dayandırılmaktadır. Sözleşme iptal edilmediği için geçerli olduğu halde, hilede bulunan kişinin tazminattan sorumlu tutulmasının hukuksal dayanağının sözleşme olamayacağı kabul edilmektedir" (KILIÇOĞLU, 142).

Bununla beraber açıklama yükümlülüğünün ihlâl edildiği her durumun aynı zamanda bir irade sakatlığı olarak değerlendirilmesi, en azından teorik olarak, doğru değildir. Çünkü açıklama yükümlülüğü, sırf karşı tarafın iradesinin serbestçe oluşumunun sağlanmasına değil; aynı zamanda kurulacak sözleşmenin konusuna, içerik ve kapsamına ilişkin lüzumlu bilgilerin karşı tarafa aktarılmasının dürüstlük kuralının bir gereği olmasına dayanır. Öyle ki, "dürüstlük kuralının borç ilişkilerine egemenliği ve ticari hayatta da hukuki ortamın güvenli olmasının gerekmesi, bu bilgilendirmeyi bir yükümlülük olarak belirler"⁹²⁸.

Sözleşme görüşmeleri ilişkisinde dürüstlük kuralının ne zaman ve ne kapsamda bir açıklama yükümlülüğünü ortaya çıkarttığı tespit edilirken, doktrinin, bazı kriterlerden hareket ettiği görülmektedir⁹²⁹. Buna göre "kurulacak sözleşmenin niteliği" açıklama yükümlülüğünün varlık ve kapsamının belirlenmesindeki en önemli ölçütlerden biridir⁹³⁰. Çünkü taraflar arasında beliren güven ilişkisinin yoğunluğu, kurulacak sözleşmenin mahiyetine göre değişiklik gösterir. Örneğin vekâlet, hizmet, şirket sözleşmeleri gibi taraflar arasında güçlü ve yoğun bir güven ilişkisine yol açan sözleşmelerin görüşmeleri sürdürülürken, açıklama yükümlülüğünün de daha belirgin bir hal aldığı ve bu yükümlülüğün kapsamının daha geniş tutulabileceği kabul edilir. Esasında bu gibi sözleşmeler, genellikle taraf menfaatlerinin çatışma içerisinde olmadığı, bilakis tarafların ortak bir amaca ulaşmak için hareket ettikleri, ortak amacın gerçekleşmesi halinde her iki tarafın da bundan istifade ettiği sözleşmelerdir. Bu tür bir

⁹²⁸ **KURŞAT**, 53.

⁹²⁹ Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 371; **BUCHER**, AT, 220.

⁹³⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 371; **BUCHER**, AT, 220; **ARAL**, 19; **YILDIRIM**, 107.

sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların birbirlerine karşı daha açık davranacakları beklentisi içerisine girmeleri, haklı görülür. Genel olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin kuruluşunda da açıklama yükümlülüğü önemli bir yükümlülük olarak ortaya çıkar⁹³¹. Buna karşılık, taraf menfaatlerinin çatışma içerisinde bulunduğu, bu sebeple her iki tarafın da öncelikle kendi menfaatini korumak zorunda olduğu sözleşmelerde açıklama yükümlülüğünün daha dar bir kapsamda ortaya çıktığı kabul edilir. Örneğin satım sözleşmesi ile taraflar arasında mal mübadelesini amaçlayan diğer sözleşmelerde durum böyledir⁹³². Bu gibi sözleşmelerde yapacakları işlem ile ilgili olarak esasen taraflar kendileri özenli davranmalı; bilhassa piyasanın durumu ve piyasa şartlarından dolayı ortaya çıkabilecek muhtemel tehlikeler hakkında bizzat bilgi edinmelidirler⁹³³.

Sözleşmenin niteliğinin yanı sıra "amacı" da açıklama yükümlülüğünün varlık ve kapsamının belirlenmesinde bir ölçüt oluşturur⁹³⁴. Sözleşme ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesini engelleyebilecek veya tehlikeye sokabilecek bir durumun karşı tarafça sorulmaksızın kendiliğinden açıklanması, dürüstlük kuralının bir gereğidir. Örneğin sadece belli bir yabancı dili öğretme amacıyla değil, o dilden yapılacak belli bir sınava hazırlık sağlama amacıyla özel dersler verilmesini konu edinen bir sözleşmede, öğretici, sözkonusu yabancı dili çok iyi bilmekle beraber, hazırlığı yapılan sınav hakkında her hangi bir fikir sahibi değil ise, bu durumu karşı tarafa açıklamalıdır. Buna karşılık, eğitim sözleşmesini kuran öğrencinin amacı sadece belli bir yabancı dili

⁹³¹ KOCAYUSUFPASAOĞLU, 371; BUCHER, AT, 220.

⁹³² ARAL, 20.

⁹³³ ARAL, 20.

⁹³⁴ KURŞAT, 56 ve aynı sayfada dpn. 266'a ait metin.

öğrenmekten ibaret ise, öğreticinin o dile ilişkin belli türdeki seviye tespit sınavları hakkında bir fikir sahibi olmadığını açıklamaması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz. Bunun gibi, bir şirket sözleşmesi sözkonusu olduğunda, daha önce hileli iflastan hüküm giymiş olan birinin bu durumunu bildirmemesi, açıklama yükümlülüğünün ihlâli sayılabilir. Buna karşılık, satımda veya kirada aynı davranış, böyle bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturmayabilir⁹³⁵.

Dürüstlük kuralı gereğince bir açıklama yükümlülüğünün doğup doğmayacağına tespiti bakımından " tarafların içerisinde bulundukları durum" da belirleyici olabilir. Burada özellikle taraflardan birinin karşı tarafa nazaran daha güçlü bir pozisyonda olduğu durumlara dikkat çekmek gerekir. Gerçekten taraflardan birinin kurulması sözkonusu olan sözleşme hakkında işi, mesleği, uzmanlık alanı gereği daha fazla bilgi veya tecrübe sahibi olduğu durumlarda onun daha yüksek bir açıklama yükümlülüğü altında bulunduğu kabul edilmelidir. Özellikle kurulacak sözleşmenin konusunun özel bir teknik bilgi ve donanımı gerekli kıldığı durumlarda, gerekli teknik bilgiye sahip olmayan taraf, uzman olan tarafa ne sorması gerektiğini dahi bilmiyor olabilir⁹³⁶. Örneğin, bilgisayar donanım ve program sektöründe sıradan bir kullanıcının sahip olduğu teknik bilgi seviyesinin, donanım ve programın kurucusu, satıcısı veya sağlayıcısına nispetle önemli ölçüde düşük olduğu ortadadır. Bu tür sözleşmelerde tarafların bilgi ve donanım seviyeleri arasındaki farklılık, ancak sorulmaksızın yerine getirilen açıklamalar sayesinde makul bir düzeye indirilebilir⁹³⁷. Tüketici hukukunda

⁹³⁵ KURŞAT, 56.

⁹³⁶ KURŞAT, 56 dñn. 268'e ait metin.

⁹³⁷ YILDIRIM, 108-109.

karşılaşılan kanuni açıklama ve bilgilendirme yükümlülüklerinin temelinde de esasen bu anlayış vardır. Aynı şekilde taraflardan birinin hekimlik, avukatlık, mimarlık, finans danışmanlığı gibi mesleki bir konuma sahip olduğu ve bu konumundan dolayı mesleğiyle ilgili olarak kendi lehine yüksek bir güven yarattığı durumlarda, onun açıklama yükümlülüğü de artar. Bankaların açıklama yükümlülükleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁹³⁸. Sözleşmenin kurulması kararının verilmesinde etkili olabilecek bazı bilgi ve belgelerin taraflardan birinin hukuki veya fiili hakimiyet alanında bulunması halinde, sözkonusu tarafın daha geniş ölçüde bir açıklama yükümlülüğü altında bulunduğu da söylenebilir. Buna karşılık, her iki tarafın da uzmanlık alanını ilgilendiren bir sözleşme sözkonusu olduğunda, açıklama yükümlülüğünün varlığına hükmetmek oldukça zordur⁹³⁹. Dürüstlük kuralı gereğince bir açıklama yükümlülüğünün tesis edilip edilemeyeceği hususuna ilişkin olarak en son, tarafların görüşmeler sırasında sergiledikleri tutum ve davranışlar, takındıkları tavırlar dolayısıyla karşı taraf nezdinde uyandırdıkları intiba, daha genel bir ifadeyle, "halin icapları" da dikkate alınmalıdır. Buna göre, örneğin, davranışları ile karşı tarafı hataya

⁹³⁸ Bkz. **BATTAL**, 129 vd. Nitekim banka ile müşterisi arasında, "akit öncesinde (culpa in contrahendo) ve ifadaki kusurdan doğan sorumluluk kadar, bir sözleşmenin müzakeresi amacını taşımasa dahi, herhangi bir kişinin banka ile temasa geçmesiyle kendiliğinden meydana gelen ilişkileri de kapsayan" asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin mevcut olduğu ve bu ilişkinin özellikle "sır saklama", "bilgi verme" ve "danışmanlık" gibi yükümlülükleri ihtiva ettiği bugünkü hukuk öğretisinde kabul edilmektedir; bkz. **TEKİNALP**, 254; ayrıca **ALTOP**, 93 vd). Bir sözleşmenin müzakeresi amacını taşımasa dahi, herhangi bir kişinin banka ile temasa geçmesiyle kendiliğinden meydana gelen ilişkilerin de edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri teorisi ile açıklanması karşısında, sözleşme müzakeresi amacını taşıyan bir ilişkide (sözleşme görüşmeleri ilişkisinde) bankanın müşterisi karşısında yükseltilmiş bir açıklama yükümlülüğü altında bulunduğu evleviyetle kabul edilmelidir.

⁹³⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 372.

düşürebilecek, yanlış anlaşılabilir bir durum yaratan kimse, sözkonusu durumu düzeltmek üzere bir açıklama yükümlülüğü altındadır⁹⁴⁰. Aynı şekilde karşı tarafın kendiliğinden de olsa esaslı bir hataya düştüğünü fark eden kimsenin, onun bu hatasını düzeltmesi, dürüstlük kuralının gereğidir. Fakat bu yükümlülük, karşı tarafın bir hataya düşüp düşmediğinin özel olarak araştırılmasını kapsamaz⁹⁴¹; zira bir sözleşme görüşmeleri ilişkisine giren kimse, öncelikle kendisi özenli davranmalı, kendi menfaatlerini esas olarak kendisi hesap edip korumalıdır. "Hiç kimse, karşı tarafın menfaatleri hususunda, o kimsenin olduğundan ve olabileceğinden daha özenli davranmakla yükümlü değildir"⁹⁴². Aynı şekilde taraflardan birinin diğer tarafın "doğruluk ve güven kurallarına göre olayın doğru biçimini kolaylıkla öğrenebileceğini kabule mezun olduğu durumlarda" bir açıklama yükümlülüğü bulunmaz⁹⁴³.

Görüldüğü gibi, dürüstlük kuralına dayalı olarak ortaya çıkan açıklama yükümlülüklerinin varlık ve kapsamı bakımından, sözleşmeden veya kanundan doğan açıklama yükümlülüklerinin aksine, kesin bir belirleme yapmak; her zaman her türlü olay bakımından genel geçerliliği olan kurallar koymak mümkün değildir. Bu sebeple sözkonusu yükümlülüğün doğmuş bulunup bulunmadığı, nihayetinde her somut olayın kendi özellikleri dikkat alınarak hakim tarafından değerlendirilmesi gereken bir meseledir⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ GONZENBACH, 105.

⁹⁴¹ GONZENBACH, 104.

⁹⁴² GONZENBACH, 106.

⁹⁴³ Bkz. YILDIRIM, 106 ve aynı sayfada dpn. 458'e ait metin.

⁹⁴⁴ BUCHER, AT, 220.

b- Özenli Şekilde Bilgi Verme Yükümlülüğünün İhlâli

Özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli, sözleşme, kanun hükmü veya dürüstlük kuralı gereğince bir bilgi verme yükümlülüğünün bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, taraflardan birinin karşı tarafa kusuruyla eksik veya yanlış bilgi vermesini ifade eder. Burada açıklama yükümlülüğünün ihlâlinin aksine, pasif bir davranışla değil; aktif bir davranışla gerçekleştirilen bir yükümlülük ihlâli sözkonusudur.

Bilgi verme (Auskunftserteilung) eylemi, belli bir konudaki objektif verilerin muhataba aktarılmasından ibarettir⁹⁴⁵. Bilgiyi verenin kişisel değer yargıları, bu eylemin kapsamına dahil edilmez ve bu yönüyle bilgi verme, öğüt (Rat-) veya tavsiye verme (Empfehlungserteilung) eylemlerinden ayrılır. Çünkü öğüt ve tavsiye vermede, öğüt veya tavsiye veren, ilgili konuda kendi kişisel görüş ve kanaatini de ortaya koymaktadır⁹⁴⁶. Bununla beraber, sözkonusu kavramlar arasındaki teknik farklılıklar genel olarak konumuzun dışında kaldığından, bilgi verme kavramına öğüt ve tavsiye verme eylemlerini de dahil etmekte sakınca görmemekteyiz. Zira öğüt ve tavsiye verme eylemleri de çoğu zaman, bir bilgi aktarımını ifade eder⁹⁴⁷ ve verilen bilgi, öğüt veya tavsiyenin eksikliği ya da yanlışlığı, karşı taraf nezdinde uyandırılan güvenin derecesine bağlı olarak⁹⁴⁸, culpa in contrahendo bağlamında benzer bir sorumluluğa yol açar.

⁹⁴⁵ GÜRPINAR, 18.

⁹⁴⁶ GÜRPINAR, 22, 23.

⁹⁴⁷ GÜRPINAR, 17.

⁹⁴⁸ Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlanımda mesele, verilen bilgi öğüt veya tavsiyenin, doğruluklarına dair karşı taraf nezdinde ne ölçüde bir güven yaratmaya elverişli oldukları ve yaratılan güvenin ne ölçüde korunmaya lâyık görüldüğüdür. Bilgi verme eylemi, öğüt veya tavsiye vermeye

Bilgi verme yükümlülüğünün taraflar arasında mevcut bir sözleşme gereğince ortaya çıktığı durumlarda verilen bilginin yanlış veya eksik olması, başka bir deyişle gerçek durumu olduğu gibi yansıtmaması, sözleşmenin ihlâli olarak kabul edilir ve sözkonusu yanlış veya eksik bilgiden kaynaklanan zararların tazmini BK. m. 96 vd. hükümlerince talep edilir. Gerçekten bilgi verme yükümlülüğü satım, kira gibi bir malın devri veya kullandırılmasına ilişkin sözleşmelerde, keza bir eser sözleşmesi kapsamında ortaya çıkabileceği gibi; vekalet sözleşmesi niteliğindeki veya know-how⁹⁴⁹ türü sui generis bir yapıdaki "sırf bilgi vermeyi konu edinen bir sözleşme"de de ortaya çıkabilir. Sözkonusu hallerde bilginin özensiz şekilde verilmiş olması, doğrudan akdi bir sorumluluk doğurur⁹⁵⁰. Fakat özensiz şekilde verilen bilgilerden bir zararın doğması, her zaman akdi bir sorumluluğa yol açmaz. Çünkü sadece bir bilgi alışverişinin gerçekleşmiş olduğu pek çok olayda, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin de kurulmuş bulunduğuna hükmetmek kolay değildir. Gerçekten sırf bir bilginin talep

nazaran tamamen objektif bir görünüm arz ettiğinden, karşı taraf nezdinde daha yüksek bir güven yaratmaya elverişlidir. Fakat bu, yanlış veya eksik öğüt ya da tavsiye verme eyleminden, bunların sırf sübjektif bir değer yargısını da içermesi ve bu hususun kendisine öğüt ya da tavsiye verilen kimse tarafından dikkate alınmak zorunda olması sebebiyle bir sorumluluk doğmayacağı anlamına gelmez. Bu hallerde sadece "aldığı yanlış veya eksik bir öğüt veya tavsiyeye sonuna kadar güvenip herhangi bir ek araştırma yapmayan kişinin, objektif olarak doğru olduğu iddia edilen bir bilgi alıp da buna güvenen kişiye oranla daha yüksek bir birlikte kusuru" bulunduğu kabul edilebilir ve böylece sorumluluğun kapsamının daraltılması veya yerine göre tamamen kaldırılması sözkonusu olabilir, (bkz. **GÜRPINAR**, 25).

⁹⁴⁹ Know-how sözleşmesi hakkında bkz. **ERBAY İsmail**, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

⁹⁵⁰ **GONZENBACH**, 117-118. Gerçi yazar burada, özenli şekilde "bilgi verme" yükümlülüğünün ihlâlinden değil, özenli şekilde "öğüt verme" yükümlülüğünün ihlâlinden bahsetmektedir. Ancak biz, culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında bilgi verme eylemini, öğüt verme ve tavsiyede bulunma eylemleri ile birlikte değerlendirmekteyiz. Nitekim Gonzenbach'ın da yer yer benzer bir değerlendirme yaptığı görülmektedir, bkz. **GONZENBACH**, 118, 120, 123.

edilmesi ve bu talep üzerine bilginin verilmesi, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmuş olduğunu göstermez⁹⁵¹. Aksi bir anlayış günlük yaşamın bir gereği olarak ortaya çıkan alelade bilgi alışverişlerinin de akdi bir ilişki olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurur ki, tarafların hiçbir şekilde sözleşme kurma iradesine sahip olmadıkları durumlarda dahi böyle bir sonuca ulaşılması, ne pratik hayatın gerçekleriyle, ne de klasik hukuki işlem teorisi ile bağdaşır⁹⁵². Bu sebeple her türlü bilgi alışverişinin "zımnen akdedilmiş bir sözleşme" olarak değerlendirilmesinden kaçınılmalı⁹⁵³ ve taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen özensiz

⁹⁵¹ GÜRPINAR, 35.

⁹⁵² Bilgi alışverişinin gerçekleştiği bir somut olayda, taraflar arasında bilgi vermeyi konu edinen bir sözleşme ilişkisinin en azından zımnen kurulmuş olup olmadığının tespiti için özellikle İsviçre doktrin ve uygulamasının "ıvazlılık (Entgeltlichkeit)" ve "profesyonellik (Gewerbsmässigkeit)" ölçütüne başvurduğu görülmektedir. Buna göre bilgi verme eyleminin bir ivaz karşılığı ve bir mesleğin, ticari bir faaliyetin icrası olarak gerçekleştiği durumlar, akdi nitelikte bir bilgi aktarımına (Auskunfterteilung) işaret ederler (GONZENBACH, 118; ayrıca bkz. aynı sayfa dpn. 162'de anılan Federal Mahkeme kararları). Aynı şekilde, Alman Federal Mahkemesinin hatır işleri ile hukuki işlemleri birbirinden ayırmada kullandığı ölçütlerden hareketle, bir bilgi alışverişinin sözkonusu olduğu durumlarda zımnen kurulmuş bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı tespit edilirken, ivaz unsurunun yanı sıra, "aktarılan bilginin türü ve niteliği, sebebi ve amacı, özellikle de muhatap için taşıdığı ekonomik ve hukuki önem, hangi koşullar altında verildiği, taraflar arasındaki çıkarlar dengesi, muhatapın uğrayabileceği zarar riskinin bilgi veren tarafından öngörülüp öngörülüp öngörülemediği de dikkate alınmalıdır" (GÜRPINAR, 42).

⁹⁵³ Üçüncü bir kişinin kendisi için yabancı bir hukuki ilişkide bir tavsiye veya bilgi verdiği, başka bir deyişle, bilgi veya tavsiye veren kimsenin bir sözleşme görüşmesine ne potansiyel bir sözleşme tarafı ne de temsilci olarak katıldığı bazı durumlar bakımından Alman Yüksek Mahkemesi, eski BGB §676 (yeni BGB §675/II) hükmünü öncelikle "bir bilgi veya danışmanlık sözleşmesinin zımnen akdedildiğini", "sorumluluğun zımnen üstlenildiğini" veya "hukuki işlem benzeri bir hatır ilişkisinin varlığını" kabul ederek aşmaya çalışmıştır (GONZENBACH, 121). Çünkü eski BGB §676'ya göre "bir başka kimseye bir öğüt veya tavsiye veren kimse, akdi bir ilişkiden veya haksız bir fiilden doğan sorumluluk halleri saklı kalmak üzere, bu öğüt veya tavsiyenin sonuçlarından doğan zararların tazminiyle yükümlü değildir".

şekilde verilmiş bilgilerden doğan zararların akdi sorumluluk hükümlerince tazmin edileceği vâkıalar, sınırlı bir biçimde özel olarak ele alınmalıdır.

Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, özensiz şekilde verilen bilgilerden akdi bir sorumluluğun doğduğuna hükmedilebilen vâkıaların önemli bir kısmı, bankaların verdikleri bilgilerden sorumluluklarına ilişkindir. Bugün doktrinde, banka ile müşterisi arasında, önceden mevcut bir veya birkaç münferit sözleşmeye inhisar ettirilemeyen, bu sözleşmelerle ilgisiz veya bunları aşan çok çeşitli hukuki ilişkiler bulunduğu; bu hukuki ilişkilerin taraf iradeleriyle kurulmuş bir sözleşme ilişkisi ile değil, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni bir borç ilişkisi ile açıklanabileceği kabul edilmektedir⁹⁵⁴. Buna göre, "Banka ile müşterisi, bir banka sözleşmesi sebebiyle veya herhangi bir temas dolayısıyla birbirlerinin şahısları ve malları üzerinde etkili olma imkânlarını arttırmışlardır ve ilişkilerdeki bu yaklaşma dolayısıyla birbirlerine zarar vermeyecek şekilde davranmakla yükümlüdürler"⁹⁵⁵. Bankaların, konusu ne olursa olsun, müşterileri ile aralarındaki sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak, üstlendikleri koruma yükümlülüklerinin en önemlileri, "sır saklama", "bilgi verme" ve "danışmanlık" yükümlülükleridir⁹⁵⁶. Dolayısıyla banka, bir tasarruf

Ancak yeni BGB §675/II, akdi bir ilişki veya haksız bir fiilden doğan sorumluluk hallerine "diğer bir kanuni hükümden (aus ... einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung)" doğan sorumluluk hallerini de ilave etmek suretiyle edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini de dikkate almış olmaktadır. Böylece taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin mevcut olduğunun tespit edilebildiği durumlarda artık "zımnen akdedilmiş bir sözleşme"den veya "sorumluluğun zımnen üstlenilmesi"nden ya da "hukuki işlem benzeri bir hatır ilişkisinden bahsetmeye gerek yoktur.

⁹⁵⁴ CANARIS, Bankvertragsrecht, 8 vd.; ALTOP, 87 vd.; TEKİNALP, 252 vd.; BATTAL, 116 vd.

⁹⁵⁵ TEKİNALP, 252-253.

⁹⁵⁶ TEKİNALP, 252.

mevduatı sahibine, herhangi bir menkul değer hakkında verdiği bilgilerden veya bir yatırım hakkında tavsiyede bulunmasından, üçüncü bir şahıs hakkındaki istihbaratından ya da bir ülkenin yabancı sermaye hukuku konusunda yaptığı danışmanlıktan⁹⁵⁷, aralarındaki sözleşmenin konusu bu tür bir bilgi verme ya da danışmanlık hizmetini içermese dahi, sorumludur. Bu sorumluluğun esasını, tıpkı culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri oluşturur. Bu gibi durumlarda bilgi alan (müşteri) ile bilgi veren (banka) arasında, bilgi vermeyi asli veya yan edim yükümlülüğü olarak öngören bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı gibi, "bir anlık temasın ötesinde sözleşme kurma amacı ve dolayısıyla sözleşme görüşmeleri ilişkisi de bulunmamaktadır"⁹⁵⁸. Bu husus, bankaların müşterilerine karşı, sözleşme dışı yanlış veya eksik bilgi vermelerinden doğan sorumlulukları ile özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâlinden doğan culpa in contrahendo sorumluluğu arasındaki başlıca farkı oluşturur.

⁹⁵⁷ Bkz. **TEKİNALP**, 250.

⁹⁵⁸ **KIRCA**, 7. Tekinalp'e göre de banka ile müşteri arasında sözkonusu davranış (koruma) yükümlülüklerini doğuran "temas"ın, bir sözleşmenin müzakeresi amacını taşıması gerekmez (bkz. **TEKİNALP**, 254). Altop ise, banka ile müşteri arasında koruma yükümlülüklerinin ilk başlangıç anı olarak "banka ile müşterinin mevcut münferit sözleşmenin kurulması amacıyla ilk temasa geçtikleri an"ı göstermekte (bkz. **ALTOP**, 96); böylece yanlış bilgi verme eyleminden doğan sorumluluğa esas teşkil eden borç ilişkisini, yine bir sözleşme görüşmeleri ilişkisi şeklinde tanımlamış olmaktadır. Başka bir deyişle Altop, banka ile müşteri arasındaki edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisini, bilgi verme eyleminin gerçekleşmesinden önce taraflar arasında kurulan münferit sözleşmenin görüşülmesi aşamasına çekmektedir. "Zira bu andan itibaren banka ile müşterisi arasında -münferit sözleşme ilişkisinin dışında- asli edim yükümlülüklerinden bağımsız -bir takım davranış yükümlülükleri doğuran- yasal bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Sözkonusu temas ile taraflar arasında oluşan güven ilişkisi, sadece müzakeresi yapılan münferit sözleşmeye hasredilemeyecek olup, bunun dışındaki diğer ilişkiler açısından da etkili olmaktadır. Bu nedenle gerekli özenin gösterilmemesi sonucu hatalı banka bilgisi verilmemesi durumunda banka, ... sözleşme esasları uyarınca sorumlu olacaktır" (**ALTOP**, 96).

Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli, "bir sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde" tarafların, kurulacak sözleşmeye ilişkin olarak birbirlerini yanlış veya eksik bilgilendirmelerini ifade eder ve bu şekilde özensiz verilmiş bilgiler, sözleşmeden beklenen faydanın azalması sonucunu doğurur⁹⁵⁹. Bu sebeple taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, özensiz şekilde verilen bilgilerden akdi bir sorumluluğa gidilebilen vâkıaların önemli bir kısmı da, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilir⁹⁶⁰. Tıpkı açıklama yükümlülüğünün ihlâli gibi, özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli de bir çok somut olay bakımından irade sakatlığı halleri ile birlikte ortaya çıkar. Örneğin, sattığı bir ürünün verimliliği hakkında karşı tarafı yanlış bilgilendirerek, onun daha üstün verim elde edeceği beklentisi ile sözleşmeyi kurmasına sebep olan tarafın davranışı, aynı zamanda bir hile teşkil edebilir veya en azından karşı tarafı hataya düşüren bir davranış olarak görülebilir. Bu durumda iradesi sakatlanan taraf, iptal hakkını kullanabilir ve varsa uğradığı zararların tazminini talep edebilir veya iptal hakkını kullanmayarak sadece uğradığı zararları tazmin ettirebilir. Her iki durumda da tazminat talebinin dayanağı, culpa in contrahendo sorumluluğudur⁹⁶¹. Fakat ilk ihtimalde sözleşmenin iptal edilmiş olması, irade sakatlığına yol açmak suretiyle sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet verilmesi anlamına

⁹⁵⁹ Bu sebeple özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğünün ihlâli neticesinde kurulan sözleşmeler, doktrinde en azından bir tarafın istemediği bir içerikteki sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir (bkz. **SONNABEND**, 57). Biz aynı durumu, sözleşmenin elverişliliğinin veya sözleşmeden beklenen faydanın azalması olarak ifade etmekteyiz.

⁹⁶⁰ **GONZENBACH**, 118; **KIRCA**, 6. Gürpınar, bu gibi hallerde "doğrudan bilgi aktarımında culpa in contrahendo"dan bahsetmektedir, bkz. **GÜRPINAR**, 162 vd.

⁹⁶¹ **KILIÇOĞLU**, 142.

gelir; buna karşılık ikinci ihtimalde kurulmuş sözleşme muhafaza edildiğinden, karşı tarafın davranışı, esas olarak sözleşmenin elverişliliğini azaltan bir kusurlu davranış olarak değerlendirilmelidir. Sözleşme görüşmeleri esnasında gerçeği yansıtmayan bilgiler verilmesinin sonuçlarına ilişkin çeşitli kanunlarda bazı özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 24/II-a hükmüne göre, işveren, "iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa" işçi; aynı şekilde, m. 25/II-a hükmüne göre, işçi, "iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek" işvereni yanıltırsa işveren, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir; ayrıca m. 26/II hükmü uyarınca, iş sözleşmesinin bu şekilde feshi halinde, fesheden tarafın, diğer taraftan tazminat hakkı saklıdır. Doktrinde bu tazminat talebinin, culpa in contrahendo esasına dayandığı haklı olarak kabul edilmektedir⁹⁶². Kara sigortaları bakımından sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki ihbar mükellefiyetine ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 1290/I'e göre ise, "Sigorta ettiren kimse, sigortacının mukavele yapılırken hakikî vaziyetleri bildiği takdirde mukaveleyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mücip olacak bütün hususları sigortacıya bildirmeye mecburdur. Sigorta ettiren kimse sorulduğu halde susmuş veya noksan yahut hakikata muhalif beyanlarda bulunmuş ise hakikata vâkıf olmıyan sigortacı mukaveleden cayabilir ...".

⁹⁶² Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, 211; AYDINLI, 213 -214.

Aynı kanunun denizcilik rizikolarına karşı sigortada sözleşmenin kuruluşundaki ihbar mükellefiyetini düzenleyen m. 1363/I hükmüne göre de, "Gerek kendi ve gerekse başkası hesabına sigorta ettiren kimse, mukavelenin yapıldığı sırada kendisince bilinen ve sigortacının üzerine alacağı rizikonun takdiri için olan önemine binaen mukaveleyi yapıp yapmamak veya aynı şartlar altında yapmak hususundaki kararına müessir olabilecek mahiyette olan bütün halleri sigortacıya bildirmekle mükelleftir". "Önemli bir hal 1363 ve 1364 üncü maddelerin hükümlerine muhalif olarak bildirilmemiş olursa, sigortacı mukaveleden cayabilir. ... " (TTK. m. 1365/I, c. 1). "Sigortacı, önemli hale dair yanlış bir ihbarda bulunulmuş olması halinde de mukaveleden cayabilir" (TTK. m. 1366/I). Görüldüğü gibi sigorta ettirenin sözkonusu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde kanun, onun aleyhine bir tazminata hükmedilebileceğini açıkça düzenlemiş değildir⁹⁶³. Bununla beraber, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca kendisine tanınmış cayma hakkını kullanan sigortacının, sözleşmenin böyle bir akıbete

⁹⁶³ Hatta doktrinde de sigorta ettirenin sözkonusu ihbar yükümlülüğünün teknik anlamda bir borç değil, "külfet" oluşturduğu; dolayısıyla bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle sigorta ettiren aleyhine ne bir ifa davası veya cebri icranın sözkonusu edilebileceği, ne de tazminat isteme yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir (Bkz. **AYLİ**, 206-207 ve aynı sayfa dpn. 10-11'de anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **ÖZTAN F.**, İhbar Mükellefiyeti, 30). Buna göre, sigorta ettiren sözkonusu yükümlülüğünü (külfeti) yerine getirmez ise, sigorta bedelini istemek hakkını kaybedebilir (**ÖZTAN F.**, İhbar Mükellefiyeti, 30) veya daha az bir tazminata hak kazanabilir. Bu hususta belirleyici olan, sigortacının farazi iradesidir: "şayet sigortacı ihbar edilmeyen faktörü bilseydi, sözleşmeyi hiç kurmayacak idiyse tazminat borcu düşmeli; sözleşmeyi daha ağır şartlar altında kuracak idiyse ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre tazminattan indirim yapılmalıdır" (**AYLİ**, 219). Bunun dışında kendisini yanlış bilgilendiren tarafa karşı sigortacının başvurabileceği yol, gerçek durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde sözleşmeden "cayma hakkı"nı kullanmak (TTK. m. 1290/I, c. 2; m. 1365/I, c. 1; m. 1366/I); ayrıca sigorta ettirenin kötüniyetli olduğu durumlarda da prim alacağını talep etmektir (TTK. m. 1290/I, c. 3).

uğramasına kusuruyla yol açan sigorta ettirenden, sözleşmeyi hiç kurmasaydı uğramayacağı zararların tazminini culpa in contrahendo esasına göre talep edebilmesi gerekir⁹⁶⁴. Çünkü sigortacı lehine tanınmış sözkonusu cayma hakkı, iradesi sakatlanan kimsenin sahip olduğu "iptal hakkı" ile özü itibariyle aynıdır⁹⁶⁵. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1370. maddesi, sözleşmenin yapıldığı sıradaki ihbar mükellefiyetinin hile teşkil edecek bir biçimde ihlâli durumunda sigortacının Borçlar Kanunu m. 28 ve 31 uyarınca haiz olduğu hakları mahfuz tutmuştur.

Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, özensiz şekilde verilen bilgilerden akdi bir sorumluluğun doğduğuna hükmedilebilecek vâkıaların bir kısmı da, özensiz şekilde verilmiş bilgilerden üçüncü bir kişinin zarar gördüğü

⁹⁶⁴ Ancak Kender'e göre sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmemesinin neticeleri kanunda açıkça düzenlendiğine ve ilgili hükümlerde sigorta ettiren aleyhine bir tazminat yükümlülüğü öngörülmediğine göre, burada culpa in contrahendo tazminatından bahsedilemez: "Sigorta alanında bu konu özel olarak düzenlenmiş olduğuna göre mezkur genel hükmün (akit öncesi kusurdan doğan sorumluluğun) uygulanmasına gidilemez" (**KENDER**, 187-188). Ayiter ise sigorta ettirenin akit öncesindeki ihbar mükellefiyetini, "yapılmaması veya yapılmasında bir kusurun bulunması" halinde culpa in contrahendoya yol açan akit öncesi bildirim hallerine benzetmektedir: "... Bu gün umumiyetle bu bildirmelerin yapılmamasına veya yapılmasında bir kusurun bulunması hali için Culpa in contrahendo terimi kullanılmakta ise de bu lâtince terim hakikî manası ile Roma Hukukuna ait değildir. Sigorta mukavelesinde de sigortalı tarafından sigortacıya karşı yapılması lâzım gelen, bu mahiyette beyanlar vardır" (**AYİTER**, 217).

⁹⁶⁵ Nitekim burada sigortacının sözleşmenin kuruluşu sırasındaki iradesinin sakatlanmış bulunduğu; fakat kurulan sigorta sözleşmenin ani edimli değil, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması sebebiyle iradesi sakatlanan kimseye geçmişe etkili bir iptal hakkı yerine ileriye etkili bir tür fesih hakkı niteliğinde cayma hakkının tanınmış olduğu doktrinde kabul edilmektedir (bkz. **AYLİ**, 225-226). Serozan'a göre de, "TY. mad. 1290 kuralı, yanıltma veya aldatılmadan ötürü iptal hakkını ... dile getirmektedir" (**SEROZAN**, Dönme, 150). İptal, fesih ve cayma kavramları için ayrıca bkz. **SEROZAN**, Dönme, 119 vd.

vâkıalardır. Doktrinde "dolaylı bilgi aktarımı"⁹⁶⁶ olarak da ifade edilen bu tip vâkıalarda bilgi verme eylemi, iki kişi (bilgi veren ve bilgiyi doğrudan alan kişiler) arasında mevcut sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük uyarınca ortaya çıkmaktadır; fakat verilen bilginin gerçeği yansıtmamasından dolayı zarar gören kişi, bilgi alıcısının özellikle başka bir sözleşme kurma amacıyla temasa geçtiği üçüncü bir kişi olmaktadır⁹⁶⁷. Örneğin, gayrimenkulünü satmak isteyen bir kimse, bir değerlendirme şirketine gayrimenkulünün değerini tespit ettirmiş ve gayrimenkulü satın almak isteyen kimse de değerlendirme şirketinin gayrimenkulün değeri hakkında verdiği objektif nitelikteki bilgiye güvenerek o değer üzerinden gayrimenkulü satın almıştır⁹⁶⁸. Böyle bir durumda değerlendirme şirketinin gayrimenkulün değerini olduğundan yüksek tespit etmesi, şirket ile doğrudan temasta bulunan gayrimenkul sahibi satıcıyı değil; verilmiş olan bilgiye güvenerek gayrimenkulü o değer üzerinden satın alan, fakat şirket ile arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmayan alıcıyı zarara uğratmaktadır. İşte doktrinde, yanlış veya eksik bilgi verenin bu bilgiler sebebiyle, kendi sözleşme tarafına karşı değil, bu bilgilerin doğruluğuna güvenen ve güvenmekte haklı olan üçüncü kişilere karşı sorumlulukları da "akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını haklı kılan bir sorumluluk (bir tür güven sorumluluğu)" olarak değerlendirilmektedir⁹⁶⁹. Çünkü böyle bir sorumluluğun temelinde de "culpa in contrahendo esası"

⁹⁶⁶ GÜRPINAR, 50.

⁹⁶⁷ KIRCA, 7.

⁹⁶⁸ Örnek için bkz. KIRCA, 3.

⁹⁶⁹ Bu görüş hakkında bkz. KIRCA, 111 vd.; MOSER, 97 vd.

bulunmaktadır⁹⁷⁰. Buna göre bilgi veren kişi, başka iki kişi arasında bir sözleşme kurulması sürecine "kendi lehine yarattığı özel ölçüdeki kişisel güven" sebebiyle müdahil olmuş; verdiği bilginin doğruluğuna güvenen sözleşme görüşmecisinin iradesini, bu kişisel güven ile etkilemiştir. Böylece "dolaylı bilgi aktarımı"nın sözkonusu olduğu bu türden vâkıalar, sorumluluğun doğumu için gerekli olan diğer şartların da gerçekleşmesi ile, hem yanlış veya eksik bilgi vermeden akdi bir sorumluluğun doğduğu vâkıaların önemli bir grubunu oluşturur; hem de culpa in contrahendo sorumluluğunun özel bir uygulama sahası olarak belirir⁹⁷¹.

C- BÜTÜNLÜK MENFAATLERİNİN İHLÂLİ

"Bütünlük menfaati" veya "bütünlüğün korunması menfaati" kavramı, kişilerin, edim menfaati dışında kalan kişi ve mal varlığı değerlerinin bütününe ifade eder⁹⁷². Sözkonusu değerlerin ihlâli de, culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında haklı güven ihlâlinin bir başka görünüm biçimini oluşturur; çünkü sözleşme görüşmeleri ilişkisinin taraflara yüklediği yükümlülüklerden önemli bir kısmı, görüşmecilerin birbirlerinin sözleşme dışı kişi ve mal varlığı değerlerini korumalarına ilişkindir⁹⁷³. Burada ne doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisi ile ne de görüşmeleri yapılan sözleşme ile bağlantılı bir yükümlülüğün ihlâli mevcuttur; burada esas olarak bir

⁹⁷⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin 1994'te verdiği Swissair kararına göre, böyle bir durumda culpa in contrahendo sorumluluğu gibi, temelini doğrudan doğruya haklı güvenin korunması anlayışı ve hakkaniyet düşüncesinde bulan bir sorumluluk figürünün genelleştirilmesi sözkonusudur, bkz. BGE 120 II 331, paragraf 12.

⁹⁷¹ Üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu olarak nitelendirilebilecek bu durum için ayrıca bkz. ileride § 9, II, B.

⁹⁷² EREN, 40.

⁹⁷³ EREN, 1091.

kimsenin aynı hakları, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakları gibi mutlak haklarının ihlâli şeklinde ortaya çıkan, başka bir deyişle, özünde haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan ihlâller sözkonusudur. Gerçekten sözleşmenin kurulmasından önce eve perde ölçüsü almak ve ona göre bir fiyat belirlemek için gelen perdecinin ev sahibinin cüzdanını çalması, bir müşterinin mağazada başına düşen raf yüzünden yaralanması veya satın almak istediği otomobille deneme sürüşü yapan alıcının otomobilin frenlerinin bozuk olması sebebiyle yaptığı kazada ölmesi ... vb. durumlarda, her şeyden önce haksız fiil hukuku kapsamında korunan bir mutlak hakkın ihlâlinden bahsedilebilir. Bununla beraber Alman İmparatorluk Mahkemesinin 07.12.1911 tarihli kararına konu olan ünlü "Linoleumteppich"⁹⁷⁴ olayından beri hukuk doktrin ve uygulamasında, haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan bu tür ihlâllerin de culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamına dahil edildiği görülmektedir⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ bkz. RGZ 78, 239. Sözkonusu olayda, tezgahtarın (ifa yardımcısının) ağır muşamba topunu muşambaya bakmak isteyen müşterinin üstüne düşürmesi ve müşteriye sakatlaması sözkonusudur. Burada Yüksek Mahkeme, mağaza sahibini, BK. m. 55'i karşılayan BGB §831'e göre değil; BK m. 100'ü karşılayan BGB §278'e göre sorumlu tutmuştur, bkz. yukarıda § 4, I, D.

⁹⁷⁵ Alman Yüksek Mahkemesinin aynı doğrultuda verdiği başka ünlü kararları da vardır. Bunlardan 29.09.1961 tarihli karara konu olan "Bananenschale (muz kabuğu)" olayında, yüksek mahkeme, bir mağazanın tekstil bölümünde muz kabuğuna basarak düşen müşterinin mağazaya karşı tazminat talebini culpa in contrahendo esasına göre kabul etmiştir (bkz. NJW 1962, 31; ayrıca **GONZENBACH**, 41). 28.11.1976 tarihli karara konu olan "Gemüseblatt (sebze yaprağı)" olayında da yüksek mahkeme benzer bir karar vermiştir (bkz. JZ 1976, 776). Sözkonusu olayda alışverişte yardım etmek amacıyla annesiyle birlikte süper markete gelen bir kız çocuğu yerdeki sebze yaprağına basarak düşmüş ve dizinden ameliyat olmasını gerektirecek ağırlıkta bir sakatlığa uğramıştır (ayrıca bkz. **YALMAN**, 62). Buna karşılık yüksek mahkeme, "Ständer (raf)" olayına ilişkin verdiği 26.09.1912 tarihli kararında "alıcının henüz satım sözleşmesi görüşmelerini kabul etmemiş olduğundan bahisle" sözleşme öncesi sorumluluğu kabul etmemiştir (bkz. **von LACKUM**, 114).

Yargıtayımız da son zamanlarda verdiği kararları ile bütünlük menfaati ihlallerinin akdi sorumluluk esasına göre tazminini kabul etmektedir⁹⁷⁶.

Hemen belirtmek gerekir ki, bütünlük menfaati ihlallerinin de culpa in contrahendo sorumluluğunun kapsamına dahil edilmesi, doktrinde tüm yazarlarca benimsenen bir anlayışı yansıtmamaktadır. Gerçekten doktrinde kimi yazarlar, culpa in contrahendoya ilişkin "klasik kürsü örneği" olarak gösterilen "Linoleumteppich" olayının aslında culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁷⁷. Buna göre, culpa in contrahendo, esas olarak sözleşmenin kuruluşu aşamasında iradelerin oluşumu sürecine etki eden bir kusurlu davranışla ilgilidir; burada kurulması muhtemel sözleşmenin içeriği veya geçerliliğine ilişkin bir mesele sözkonusudur⁹⁷⁸. Bu sebeple culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedebilmek için verilen zararlar sözleşme görüşmeleri ilişkisi arasında fonksiyonel bir bağlılığın bulunması gerekir⁹⁷⁹. Eğer zarar ile görüşmeler arasında böyle bir bağlılık yoksa; başka bir deyişle, zarar, görüşmelere tamamen yabancı düşen bir kusurlu davranış sonucunda ortaya çıkmışsa, o zaman culpa in contrahendo sorumluluğundan

⁹⁷⁶ Bkz. 13. HD. 17.10.2005 tarih ve E. 2005/8367 K. 2005/15280 sayılı karar, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=17323> (15.10.2007). Bu karar için ayrıca bkz. yukarıda dpn. 607.

⁹⁷⁷ **HERZ**, 18; **BÜHLER-REIMANN**, 360; **GONZENBACH**, 42; **FRICK**, 63. Türk hukukunda **YILMAZ**, 239; Yalman ise culpa in contrahendo ile haksız fiil sorumluluklarının sınırlarını çizerken bütünlük menfaati ihlallerini culpa in contrahendo kapsamından çıkartmış (bkz. **YALMAN**, 61 vd.), buna karşılık culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin kendi görüşünü ortaya koyarken karşı tarafın "şahıs varlığını ve malını" zarardan koruyucu tedbirler alma ödevini de sözleşme görüşmelerinden doğan koruma ve özen yükümlülüklerinin kapsamına dahil etmiştir (bkz. **YILMAZ**, 82 vd.).

⁹⁷⁸ **GONZENBACH**, 47.

⁹⁷⁹ **BÜHLER-REIMANN**, 360; **GONZENBACH**, 43.

değil, ancak haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilir⁹⁸⁰. Tezgahtarın dikkatsizlik sonucu muşamba topunu müşterinin üzerine devirmesi, müşterinin manav dükkânında muz kabuğuna veya sebze yaprağına basarak düşmesi, görüşmecilerden birinin diğerinin eşyasını çalması gibi olaylarda durum böyledir. Bu gibi hallerde sözleşme görüşmeleri ile doğan zarar arasında fonksiyonel bir bağıllık değil, sadece tesadüfi bir zaman ve mekan bağlantısı vardır⁹⁸¹; ihlâl edilen yükümlülük ise, görüşmeci tarafların birbirlerinin menfaatlerini korumalarına yönelik "yükseltmiş özen yükümlülüğü" niteliğinde olmayıp, herkesin başkalarına karşı üstlenmiş olduğu genel bir özen yükümlülüğüdür⁹⁸². Başka bir deyişle bu tür bir özen yükümlülüğü, sadece diğer görüşmeci tarafından değil, herkes tarafından ihlâl edilebilir nitelikte bir menfaatin korunmasına ilişkindir ve bu tür bir yükümlülük ihlâli de culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanına dahil edilirse, "haksız fiil hukukuna -abartılı bir ifadeyle- sadece kavşak kazaları kalır"⁹⁸³.

Bütünlük menfaati ihlâllerinin culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki bu görüşler, sözkonusu türde ihlâllerin bir haksız fiil oluşturduğunun tespiti bakımından şüphesiz isabetlidir. Bununla beraber, sözkonusu ihlâllerin, taraflar arasında hukuki işlem teması ile kurulmuş bulunan güven

⁹⁸⁰ **YILMAZ**, 239.

⁹⁸¹ **FRICK**, 63-64.

⁹⁸² **BÜHLER-REIMANN**, 360; **FRICK**, 54; **HERZ**, 18.

⁹⁸³ **GONZENBACH**, 44. Yazara göre "muşamba topu alışveriş amacını taşıyan bir kimsenin, kötü havadan kaçarak mağazaya sığınan turistlerin, hatta hırsızın üzerine düştüğü zaman, hastalar ve icra memuru doktor muayenehanesinin önündeki buz tutmuş merdivenlerden geçmek zorunda kaldıklarında ve nihayet trübünler bileti gişesi önündeki seyircilerin üzerine yıkıldığında, sınırları belirsiz hale gelen culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin güçlük ortaya çıkar" (**GONZENBACH**, 44).

ilişkisi görmezden gelinerek sadece haksız fiil olarak nitelendirilmesi ve bunlara haksız fiil sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna nispetle zarar gören açısından daha elverişsiz olan hükümlerinin uygulanması, kimi somut olaylar bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Özellikle mevcut bir sözleşme ilişkisinde bütünlük menfaatlerinin "ifa vesilesiyle" ihlâlinin de "akdin müspet ihlâli (veya gereği gibi ifa etmeme hali)" kapsamında değerlendirildiği düşünülürse⁹⁸⁴, sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan benzer ihlâllere sadece haksız fiil nitelendirmesi yapmanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı kolayca anlaşılabılır. Gerçekten bütünlük menfaatlerinin ihlâlinin akdi bir sorumluluğa yol açıp açmayacağı meselesi, doktrinde, esasen akdin müspet ihlâli kurumu çerçevesinde çözüme kavuşturulmuş görünmektedir. Buna göre örneğin "bir tenekeci çırağı banyo duşu süzgecinin onarımı vesilesiyle ev sahibinin mücevherlerini çalarsa, tenekeci ustası İsviçre-Türk Borçlar Yasası, md. 101/100'e göre sorumlu olacaktır, çünkü hırsızlıkla onarım arasında değilse de, hırsızlık fırsatı arasında işlevsel bir bağlılık vardır (onarım işi, tenekeci ustasına yalnızca ustalığından dolayı değil, kendisine duyulan kişisel güvenden dolayı da verilmiştir) ve hırsızlık doğrudan doğruya akdin müspet ihlâli sayılabilir"⁹⁸⁵.

Modern borçlar hukuku öğretisinde sözleşme sorumluluğu sahasının haksız fiil sorumluluğu sahası aleyhine bu şekilde genişlemesi, sözleşme ilişkisinin basit bir edim ilişkisinin ötesinde bir "güven ilişkisi" olarak nitelendirilmesinin sonucudur. Bir güven ilişkisi olarak nitelendirilen sözleşme ilişkisinin muhtevasını, sadece taraf iradelerinden kaynaklanan edim yükümlülükleri oluşturmaz; böyle bir ilişkinin kapsamına ayrıca

⁹⁸⁴ Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

⁹⁸⁵ **KUTLU SUNGURBEY**, 108.

tarafların edim menfaatleri ile hiç ilgisi bulunmayan kişi ve mal varlığı değerlerinin korunmasına yönelik yükümlülükler de girer⁹⁸⁶. Bu türden "davranış (koruma) yükümlerinin özü, başkalarını edimle ilgisi olmayan zararlardan uzak tutmada saklıdır"⁹⁸⁷. Çünkü birbirleriyle sözleşme ilişkisine giren taraflar, daha bu sözleşmenin görüşülmesi safhasından başlayarak, sözkonusu değerlerini, birbirlerinin etkisine açık hale getirirler ve bunların karşı tarafça "haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle" korunacağına haklı olarak güvenirler. O halde yukarıdaki örnekte tenekeçi çırağının yaptığı onarım işinin (ifanın) sebebini nasıl aradaki sözleşme ilişkisi oluşturuyorsa, o tenekeçi çırağının evin içine kadar girebilmesinin ve bütünlük menfaatlerinin onun etkisine açık hale getirilmesinin sebebini de yine sözleşme ilişkisi oluşturur ve bu kimse tarafından böyle bir ilişki "vesile kılınarak" gerçekleştirilen hırsızlık eylemi, aradaki güven ilişkisini ihlâl ettiği oranda sözleşmenin ihlâli sayılır⁹⁸⁸. Görüldüğü gibi modern borçlar hukuku öğretisinde güven ilişkisinin ve bundan doğan koruma yükümlülüklerinin "amaç yönünden" edim ilişkisinden ayrılması ve sözleşmenin her iki tür ilişkiyi de ifade eden komplike bir ilişki olarak nitelendirilmesi, taraflar arasındaki haklı güvenin ihlâli şeklinde beliren bütünlük menfaati ihlâllerine de akdi sorumluluk bağlanması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca güven ilişkisi ile edim ilişkisinin "kaynak yönünden" de ayrı tutulmaları; başka bir deyişle, güven ilişkisinin, edim ilişkisinin aksine taraf iradeleri ile değil, ilk hukuki işlem teması ile kanun gereği doğduğunun kabulü, "bütünsel bir koruma ilişkisi (einheitliches Schutzverhältnis)"

⁹⁸⁶ Bkz. yukarıda § 6, III.

⁹⁸⁷ SEROZAN, 118.

⁹⁸⁸ Ayrıca bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

anlayışının kabulünü de kaçınılmaz kılmıştır⁹⁸⁹. Çünkü güven ilişkisinin ilk işlem teması ile edim ilişkisinden önce doğması ve edim ilişkisi kurulduktan sonra dahi koruma yükümlülüklerine kaynaklık etmesi, sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası koruma yükümlülüklerini aynı bütünün parçaları haline getirir⁹⁹⁰; böylece sözkonusu koruma yükümlülüklerinin ihlâlîne "borç ilişkisinin bulunduğu safhaya göre değişiklik göstermeksizin" aynı türden bir sorumluluğun bağlanması, tutarlı bir hukuk mantığının gereği olarak ortaya çıkar. Başka bir deyişle, sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce gerçekleşen bir bütünlük menfaati ihlâlî ile sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra gerçekleşen aynı türden bir ihlâlî farklı sonuçlar bağlanmasının önüne geçilmiş olur. Buna göre, örneğin, bir restoranda yemek çeşitlerini ve fiyatlarını gösteren menüden seçimini yapan ve garsona verdiği siparişin gelmesini beklerken veya yemeğini yerken üzerine tavandaki avizenin düşmesi sonucu yaralanan bir müşteri akdi tazminat alacaklısı olduğu gibi; masaya henüz oturmuş ve garsona sipariş vermek için beklerken avizenin üzerine düşmesi sonucu yaralanan bir müşteri de akdi tazminat alacaklısı olur.

Görüldüğü gibi, geçerli bir sözleşme kurulduktan sonra edim menfaati ile hiç ilgisi olmayan -esas itibarıyla haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan- menfaat

⁹⁸⁹ Bütünsel koruma ilişkisi anlayışını benimseyen yazarlar için bkz. **THIELE**, 654; **von LACKUM**, 158 vd.; **NIRK**, 73; **FROST**, 143 vd. Türk hukukunda **SEROZAN**, 117 vd.; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 208, 219; **ARAL**, 31; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 13; **ULUSAN**, 316; **KIRCA**, 101.

⁹⁹⁰ "Bütün koruma yükümlülükleri, temelini, hukuki işlem temasıyla başlayan ve sözleşme görüşmelerinin başlaması, sözleşmenin kurulması, ifa safhasına giriş gibi çeşitli aşamalarda yoğunlaşan, bütünsel bir koruma ilişkisinde bulur; bu bütünsel koruma ilişkisi taraf iradelerinden bağımsız olarak ortaya çıkar, yani kanunidir ve onun kabulünü haklı kılan unsur, pozitif hukuktaki dayanağını BGB §242 (MK. m. 2/I)'de bulan güven esasıdır", **CANARIS**, JZ 1965, 479.

ihlâllerine de taraflar arasındaki güven ilişkisinin ihlâl edildiği gerekçesiyle akdi sorumluluk bağlanması, sözleşmenin kurulmasından önceki bütünlük menfaati ihlâllerine de culpa in contrahendo sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Gerçekten koruma yükümlülüklerine kaynaklık eden güven ilişkisi, henüz geçerli bir sözleşmenin kurulmasından önceki bir aşamada, bu sözleşmenin kurulması amacıyla gerçekleşen ilk sosyal temasla ortaya çıkmaktadır⁹⁹¹. O halde taraflar, sözleşmenin (edim ilişkisinin) kurulduğu andan itibaren değil, bu güven ilişkisinin ortaya çıktığı andan itibaren, birbirlerinin her türlü hukuki değer ve menfaatlerini haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle korumak zorundadırlar; bu anlayış, culpa in contrahendo sorumluluğunun tüm espirisini oluşturur. Madem ki taraflar, hukuki değer ve menfaatlerini daha culpa in contrahendo sorumluluğu aşamasında birbirlerinin etkisine açık hale getirmişlerdir; o halde bütünlük menfaatlerinin ihlâli halinde onlara sağlanacak koruma da o aşamadan itibaren haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek olmalıdır. Gerçi Jhering'in keşfettiği klasik culpa in contrahendo vâkıaları, sözleşme öncesinde ortaya çıkan kusurlu davranış ile bütünlük menfaatlerinin değil, salt (veya saf) malvarlığı menfaatlerinin ihlâl edildiği durumlara ilişkindir⁹⁹². Bununla beraber uygulama, Jhering'in culpa in contrahendo teorisinin sınırlarını daha 1900'lü yılların başlarında aşmış⁹⁹³ ve sözleşme öncesinde ortaya çıkan "sözleşmeyi hazırlayıcı (!), sözleşme benzeri" hukuki ilişkinin her iki tarafa, diğer

⁹⁹¹ Bkz. yukarıda § 6, IV, B.

⁹⁹² Bkz. **JHERING**, 48 vd.

⁹⁹³ Bkz. yukarıda § 4, I, D.

tarafın sağlığına ve malına özen gösterme yükümü yüklediğini belirtmiřtir⁹⁹⁴. Yüksek Mahkemenin ulaştığı sonuç itibariyle isabetli olan bu tutumu, günümüz hukuk öğretisinde edim yükümlölükleri ile koruma yükümlölüklerinin birbirlerinden ayrılmasından başlayıp güven sorumluluğu fikrine kadar ulaşan bir süreç içerisinde, tutarlı bir hukuki mantık zeminine oturtulmuş; hatta edim yükümlölüklerinden bağımsız, tarafların sözleşme dışı hukuki değer ve menfaatlerinin korunmasına yönelik yükümlölükler, yeni Alman Medeni Kanunu ile yasal bir düzenlemeye kavuřturulmuřtur⁹⁹⁵. Bugün artık haksız fiil hukukunun konusunu oluşturduğu gerekçesiyle bütönlük menfaatlerini ihlâl eden sözleşme öncesi kusurlu davranışların culpa in contrahendo kapsamında çıkartılması, hukuk uygulama ve öğretisinin son yüzyılda borç işişkisi kavramına kazandırdığı yeni içerik ve anlam ile bağdaşmamaktadır. Gerçekten günümüzde borç işişkisi, "edim yükümlölüklerinden bağımsız borç işişkileri"ni de kapsayacak şekilde tanımlanmakta⁹⁹⁶ ve bu tür borç işişkilerinin konusunu sadece koruma yükümlölükleri oluşurmaktadır. Koruma yükümlölükleri ise esas olarak "kişinin mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan bütönlük menfaatlerinin korunması amacını güderler"⁹⁹⁷. Bu sebeple bütönlük menfaatlerinin ihlâl edildiği vâkıalarda sözleşme görüşmeleri ile doğan zarar arasında fonksiyonel bir bağlılığın değer, sadece tesadüfi bir zaman ve mekan bağlantısının bulunduğu gerekçesiyle culpa in contrahendo, sadece kurulacak sözleşmenin geçerlilik

⁹⁹⁴ Bkz. **KIRCA**, 164.

⁹⁹⁵ Bkz. BGB §241/II. Bu hükme göre, "Borç işişkisi, içeriğine göre her bir tarafı, karşı tarafın haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü kılabilir", ayrıca bkz. yukarıda § 6, III.

⁹⁹⁶ Edim yükümlölüklerinden bağımsız borç işişkileri hakkında bkz. yukarıda § 6, IV.

⁹⁹⁷ **EREN**, 40.

ya da içeriğine yönelik kusurlu davranışlara indirgenemez. Aksi bir anlayış, kendi içerisinde tutarlı bir sistemin bütünlüğünü bozmak; sistemin yapı taşlarından birisini buradan çekip çıkartmak olur. Bütünsel koruma ilişkisi anlayışı ve bunun bir parçasını oluşturan culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında dikkate alınacak husus, kusurlu davranış sonucunda ihlâl edilen değerin niteliği değil, ihlâl edilen güvenin nitelik ve yoğunluğudur. Somut bir borç ilişkisinin tarafları arasında ortaya çıkan güven ihlâl edilmiş ise, bu borç ilişkisi ister edim ilişkisi ister edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olsun; keza güveni ihlâl eden kusurlu davranış ister kurulacak sözleşmenin geçerlilik ya da içeriğine ister diğer kişi ve mal varlığı değerlerine yönelmiş bulunsun, zarar gören tarafın, haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir korumayı hak ettiği açıktır. Çünkü somut bir borç ilişkisi içerisinde taraflar, birbirlerinin, bütünlük menfaatleri de dahil olmak üzere, hukuki değer ve menfaatlerine daha çok etki etme imkânına sahip olurlar; bu değer ve menfaatlerinin karşı tarafça korunacağına güvenirler⁹⁹⁸. Aradaki bu güven ilişkisi, culpa in contrahendo kapsamına dahil edilen bütünlük menfaati ihlâllerini, alelade haksız fiil vâkıılarından ayırır. Böylece örneğin yerleri yeni temizlenmiş bir mağazadan dışarıya akıtılan deterjanlı su, yoldan geçen bir kimsenin kayıp düşmesine sebep olduğunda mağazacının sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olarak belirir; fakat mağazada alışveriş yapan bir müşteri mağaza içinde birikmiş deterjanlı suyun yeterince kurutulmaması yüzünden kayıp düştüğünde culpa in contrahendoya dayanan bir tazminat talep edebilir. Böyle bir durumda, ihlâl edilen değerin "kurulacak sözleşme ile ilgili" bir menfaate ilişkin olup

⁹⁹⁸ Bkz. yukarıda § 6, IV, B.

olmadığı değil; taraflar arasında "sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi"nin bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle zarar gören kimsenin müşteri veya potansiyel müşteri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir⁹⁹⁹. Fakat taraflar arasındaki güven ilişkisinin culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından somut görünümünü oluşturan sözleşme görüşmeleri bir defa başlamış ise, artık bu ilişkiden doğan yükümlülüklerin kapsamına karşı tarafın bütünlük menfaatlerinin korunmasının da dahil edilmesi gerektiğinden, kanaatimizce, şüphe etmemek gerekir. Böyle bir anlayış, hem ilk işlem teması ile başlayan, geçerli bir edim ilişkisi sırasında da devam eden ve bazı hallerde edim ilişkisi sona erse dahi belli bir süre daha varlığını sürdüren bütünsel bir koruma ilişkisi ile örtüşür; hem de zarar gören açısından hakkaniyete daha uygun bir korunmanın önünü açmış olur¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Söz konusu tartışmalar için bkz. yukarıda § 6, IV, B.

¹⁰⁰⁰ Doktrinde bütünlük menfaatlerinin korunmasını da güven ilişkisinin bir gereği olarak gören ve bu tür menfaatlerin ihlâlini de akdi sorumluluk kapsamına dahil eden çoğunluk görüşü için bkz. **STOLL**, AcP 1932, 289; **LARENZ**, AT, 110 vd.; **LARENZ**, sozialer Kontakt, 516 vd; **CANARIS**, JZ 1965, 476 vd.; **THIELE**, 650 vd; **MEDICUS**, AT, 47; **EMMERICH**, 83 vd; **BUCHER**, AT, 285. Türk hukukunda bkz. **EREN**, 1091; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 10 vd; **SEROZAN**, 110 vd; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 214 vd. **KUTLU SUNGURBEY**, 107 vd. Şenocak, borçlunun ifa yardımcılarının davranışlarından sorumluluğu bağlamında, "ifa vesilesiyle" gerçekleştirilen bütünlük menfaati ihlallerini akdi sorumluluk kapsamında değerlendirmektedir, bkz. **ŞENOCAK**, 195 vd.

§ 8- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN GENEL ŞARTLARI

Culpa in contrahendo sorumluluğunun genel şartları, her türlü hukuki sorumluluğun doğumu için gerekli olan ortak şartları ifade eder. Bunlar "zarar", "kusur" ve "illiyet bağı"dır.

I- ZARAR

Culpa in contrahendo sorumluluğu, her şeyden önce bir tazminat müessesesidir. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumu, her türlü hukuki sorumlulukta olduğu gibi, tazmini gereken bir zararın varlığını gerektirir.

Doktrin zarar kavramını bir kimsenin kişi veya mal varlığında iradesi dışı meydana gelen eksilme olarak tanımlamakta¹⁰⁰¹ ve eksilmenin malvarlığında ortaya çıkması halinde "maddi zarar"dan, kişi varlığında ortaya çıkması halinde "manevi zarar"dan bahsetmektedir¹⁰⁰². Malvarlığındaki eksilme "zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir"¹⁰⁰³. Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında sözkonusu eksilmenin, salt (saf) malvarlığı zararı (reiner -bloß-

¹⁰⁰¹ Kişi varlığı değerlerindeki eksilmeyi de kapsayacak şekilde yapılan bu zarar tanımı, "geniş anlamda" zararı ifade etmektedir. Buna karşılık, Türk/İsviçre hukukunda zarar, daha çok malvarlığındaki eksilmeyi ifade edecek şekilde dar anlaşılmakta, kişi varlığındaki eksilmeler için ise özel olarak "manevi zarar" ayrımı yapılmaktadır, **EREN**, 472-473. Türk hukukunda çeşitli zarar tanımları için bkz. **TANDOĞAN**, 63; **OĞUZMAN/ÖZ**, 514; **KILIÇOĞLU**, 208; **REİSOĞLU**, 147.

¹⁰⁰² **EREN**, 473, 482.

¹⁰⁰³ **EREN**, 474; **FEHLMANN**, 181. Sözkonusu zarar tanımı, Pandekt hukukçusu Mommsen'in ünlü "fark (Differenz) -veya menfaat (Interesse)- kuramı"na dayanmaktadır; bkz. **MOMMSEN THEODOR**, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855 (**KARAKAŞ/ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, 175). Türk/İsviçre hukukunda zararın belirlenmesindeki teorik temeli, sözkonusu kuram oluşturmaktadır, **KARAKAŞ/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, 177.

Vermögensschaden) şeklinde ortaya çıkması mümkün olduğu gibi, kişiye (Personen-) veya şeye isabet eden bir zarar (Sachschaden) olarak da belirmesi mümkündür. Kişiye veya şeye verilen zararlar, bütünlük menfaati ihlalleri sonucunda ortaya çıkarlar ve bu tür bir ihlalin yol açtığı zararların tazmini, esas olarak haksız fiil hükümleri ile sağlanır. Bununla beraber sözkonusu ihlâl, taraflar arasında ilk işlem teması ile kurulan güven ilişkisinin de ihlali olarak kabul edilebildiği oranda, culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuran bir vâkıa halini alır¹⁰⁰⁴; böylece kişiye veya şeye verilen zararlar da culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilir. Ancak kanunda açıkça düzenlemesini bulan münferit culpa in contrahendo vâkıaları daha çok salt (saf) malvarlığı zararlarının tazminine yöneliktir. Gerçekten kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden tarafın karşı tarafa (BK. m. 26/I), temsil yetkisinin sona ermesine rağmen daha önce vermiş olduğu yetki belgesini temsilciden geri almayan mümessilin üçüncü kişilere (BK. m. 36/II) vermiş oldukları zararlar; aynı şekilde yetkisiz temsil (m. 39/I) veya gerçeğe aykırı biçimde kendini ehil gösterme (MK. m. 452/II) durumlarında ortaya çıkan zararlar, hep saf malvarlığı zararı niteliğindedir. Genel olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açan davranışlar, yine sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşmelere girişmek veya bu niyet ortadan kalkmasına rağmen görüşmeleri sürdürmek, görüşmeleri dürüstlüğe aykırı olarak yarıda kesmek, karşı tarafın mutlak veya sözleşmeden doğan nispi bir hakkını değil, esasen hak niteliğinde dahi olmayan ekonomik veya ticari bir menfaatini ihlâl etmektedir. Çünkü bu gibi hallerde "ne ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali ne de bir eşyanın kırılması,

¹⁰⁰⁴ Bkz. yukarıda § 7, III, C.

bozulması, kayıp veya yok edilmesi sözkonusu olup, sadece malvarlığında bir eksilme meydana gelir"¹⁰⁰⁵. Gerek kişiye veya şeye verilen zararlar, gerek salt malvarlığı zararları, bazen aktifin azalması, bazen pasifin çoğalması şeklinde ortaya çıkar; kimi durumlarda ise kazanç kaybı şeklinde kendisini gösterir¹⁰⁰⁶. Kazanç kaybı şeklinde beliren maddi zararlar bakımından tespit edilmesi gereken husus, zarar ile ihlâl fiili arasında uygun bir illiyet bağının bulunup bulunmadığıdır¹⁰⁰⁷. Böyle bir illiyet bağının bulunması halinde kazanç kayıpları da malvarlığında ortaya çıkan eksilmeler olarak değerlendirilir ve culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmin edilir. Ancak tazmini gereken maddi zararın her durumda gerçek (tabiî) bir zarar olması gerekir. Gerçekten Alman hukukunda bazı yazarlarca ileri sürülen¹⁰⁰⁸ ve gerçek bir zarar ortaya çıkmamış olsa dahi "sırf adalet değerine ilişkin kaygılarla ve normatif bir değer yargısıyla"¹⁰⁰⁹ varsayılan bir zararın tazminini öngören "normatif (hükmî) zarar" teorisi, Türk/İsviçre hukuk çevrelerince benimsenmemektedir¹⁰¹⁰. Buna göre örneğin, sözleşme görüşmesi yapmak için başka bir şehre giden, fakat gittiği şehirde bir otelde kalmak yerine yakın bir arkadaşının veya akrabasının yanında kalan bir kimse, daha sonra karşı tarafın sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşmelere girdiğinin anlaşılması üzerine,

¹⁰⁰⁵ **KIRCA**, 9.

¹⁰⁰⁶ **FEHLMANN**, 181.

¹⁰⁰⁷ **KIRCA**, 10.

¹⁰⁰⁸ Sözkonusu yazarlar için bkz. **LARENZ**, AT, 427 dpn. 13 ve 14.

¹⁰⁰⁹ **SEROZAN**, İfa Engelleri, 173.

¹⁰¹⁰ "Mekanik ve matematik toplama ve çıkarma operasyonlarının yerine ekonomik, sosyal, normatif değer yargılarını koyarak, herhangi bir parasal açık (fark) olmaksızın tazminat ödeten bu anlayışın fark kuramını ve maddi zarar kavramını sulandırıp aşındırdığı apaçık ortadadır" (**SEROZAN**, İfa Engelleri, 174); ayrıca bkz. **EREN**, 475.

yaptığı yol veya noter masrafları gibi masrafların tazminini culpa in contrahendo esasınca talep edebilir; ancak bu talebinin kapsamına gerçekte yapmamış olduğu otel masraflarını dahil edemez¹⁰¹¹.

Manevi zararların culpa in contrahendo esasına göre tazmin edilip edilemeyeceği meselesi ise, bu türden zararların sözleşme sorumluluğu kapsamında nasıl değerlendirildiği ile ilgilidir. Bu noktada doktrinin "haksız fiillerden mütevellit mes'uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur" şeklindeki BK. m. 98/II hükmünden hareket ettiği görülmektedir¹⁰¹². İlgili hükmün yaptığı bu gönderme sebebiyle akdi sorumlulukta da zarar kavramı ve çeşitleri, zararın hesaplanması gibi meseleler haksız fiil hükümlerine göre çözümlenir¹⁰¹³; dolayısıyla akde aykırılıktan doğan zararların kapsamına BK. m. 47 ve m. 49'da öngörüldüğü gibi

¹⁰¹¹ Oysa normatif zarar teorisi benimsendiğinde bunun aksini söylemek mümkündür. Çünkü sözkonusu teori, eşyaların değişim değerinin yanında bir de kullanım değerinin olduğu ve bunun için de ayrıca tazminat istenebileceği fikrinden hareket etmektedir. Buna göre malvarlığında herhangi bir azalma olmasa dahi, sırf bazı malları kullanma veya bir tatil yapma imkânından bir haksız fiil sonucu -veya sözleşmeye aykırılık sebebiyle- yoksun kalınması da zarar kavramı içerisinde değerlendirilmekte; böylece hukuki sorumlulukta zarar kavramı genişlemiş olmaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, 515-516). Örneğin, "(B) işlediği haksız fiille (A1) ve (A2)'nin evlerini kullanılmaz hale getirmiştir. (B)'nin ödeyeceği tazminat ile evlerini onartıncaya kadar, (A1) bir başka ev kiralayarak orada oturmuş, (A2) ise kira ödeyecek parası olmadığından bir akrabasının yanında misafir kalmıştır. Bu durumda (A1) ödediği kira tutarını (B)'den tazminat olarak isteyebilecekken, (A2) böyle bir talepte bulunamayacaktır. Oysa, normatif zarar teorisi kabul edilirse, (A2)'nin onarım sonuna kadar evin kullanım değerinden mahrum kaldığı kabul edilecek ve bu tip bir evin olağan kira tutarı esas alınarak hesaplanacak kullanım değerinin tazmini de istenebilecektir" (OĞUZMAN/ÖZ, 516 dpn. 88).

¹⁰¹² OĞUZMAN/ÖZ, 344; TANDOĞAN, 424; EREN, 1011; von TUHR, 569 dpn. 71; REİSOĞLU, 310.

¹⁰¹³ KILIÇOĞLU, 466.

manevi zararlar da dahil edilir¹⁰¹⁴. Buna göre akde aykırılığın cismani bir zarara veya ölüme yol açtığı durumlarda BK. m. 47, diğer bir kişilik hakkı ihlâline yol açtığı durumlarda ise genel hüküm niteliğindeki BK. m. 49 anlamında bir manevi zarar sözkonusudur ve bunların akdi sorumluluğa göre tazmini gerekir¹⁰¹⁵. Sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulduğu culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından da aynı çözüm yolu benimsenir¹⁰¹⁶. O halde sözleşme öncesi bir yükümlülük ihlâli, zarar gören tarafın kişi varlığı değerlerinde bir eksilmeye yol açmışsa, BK. m. 98/II'deki gönderme dolayısıyla bunun tazmini de talep edilebilir. Nitekim Federal İş Mahkemesi, yüksek okul öğretmeni olarak çalışabilmek uğruna çok daha fazla para kazandığı işinden ayrılan, fakat kendisine kesin olarak söz verilmiş bu yeni işe alınmayan bir dizayn öğretmenine "mesleki açıdan kendisini daha iyi yetiştirmesine ilişkin manevi menfaatinin karşılığı olarak" culpa in contrahendo sorumluluğu esasınca tazminat ödenmesine hükmetmiştir¹⁰¹⁷.

II- KUSUR

Culpa in contrahendo sorumluluğunda sorumluluk sebebinin, kusur oluşturur. Gerçekten "culpa" in contrahendo, kavramın Latince orijinal kullanımında vurgulandığı gibi¹⁰¹⁸, bir tür kusur sorumluluğu olup, sözleşme görüşmecilerinin birbirlerine sadece kusurlu davranışları ile verdikleri zararların tazminini öngörür. Bununla beraber tıpkı

¹⁰¹⁴ REİSOĞLU, 310; TANDOĞAN, 424.

¹⁰¹⁵ " ... tazminat talebine, haksız fiil zamanaşımı (BK. m. 60) değil, borca aykırıdaki zamanaşımı (BK. m. 125) uygulanacaktır. Zira borca aykırılıktan sorumluluk söz konusudur" (OĞUZMAN/ÖZ, 344).

¹⁰¹⁶ YALMAN, 86.

¹⁰¹⁷ Bkz. BAG 15.05.1974 (GONZENBACH, 88; YALMAN, 86).

¹⁰¹⁸ Bkz. yukarıda § 2.

haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarında olduğu gibi, culpa in contrahendo bakımından da "kanunun açıkça öngörmesi şartıyla" kusura dayanmayan bir sorumluluktan bahsedilebilir¹⁰¹⁹. Borçlar Kanunu m. 39/I, c. 1 hükmünde öngörülen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, bu şekilde kanunun kusursuz bir davranışa sorumluluk bağladığı hallerden birisidir¹⁰²⁰. Alman hukukunda kendisi veya vasıta şahsı beyan hatasına düştüğü için sözleşmeyi iptal eden kimsenin bundan doğan zararları tazmin yükümlülüğü de kusur şartından bağımsız olarak kabul edilmiştir¹⁰²¹. Türk/İsviçre hukukunda da benzer bir düzenlemenin "kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal eden kimse" için öngörülmesinin, başka bir deyişle, BK. m. 26/I'deki sorumluluğun kusursuz bir sorumluluk olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağını savunan yazarlar mevcuttur¹⁰²².

¹⁰¹⁹ **GONZENBACH**, 146.

¹⁰²⁰ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bir tür kusursuz sorumluluk hali olduğu için, bu sorumluluğu culpa in contrahendo esasının dışına çıkaran yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (BGB §179/II) kusur esasına dayanan bir sorumluluğun istisnası değil, "riziko esasına (das Risikoprinzip) dayanan" hukuki görünüş sorumluluğunun (die Rechtsscheinhaftung) bir türüdür (bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 479 vd, 481). Ancak bu gibi hallerde "salt hukuki görünüş esasına (das reine Rechtsscheinprinzip) dayanan" hukuki görünüş sorumluluğu hallerinin (bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 471) aksine, zararın tazmini şeklinde beliren negatif güven koruması söz konusu olur (bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 481).

¹⁰²¹ Gerçekten BGB §122'ye göre, "(I) Bir irade beyanı §118'e göre geçersizse veya §§119, 120'a dayanılarak iptal edilmişse, beyan sahibi, beyanın karşı tarafa yapılmış olması halinde bu kimseye, aksi halde üçüncü kişiye, bu kimselerin beyanın geçerliliğine güvenmeleri yüzünden uğradıkları zararları tazmin ile yükümlüdür; fakat ödenecek tazminatın miktarı, karşı tarafın veya üçüncü kişinin beyanın geçerliliği durumunda elde edecekleri menfaati aşamaz. (II) Zarar gören geçersizlik veya iptal sebebini biliyor veya ihmali sonucu bilmiyor (bilmesi gerekiyor) ise, zararı tazmin yükümlülüğü söz konusu olmaz".

¹⁰²² Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, 116. Yazara göre "beyan sahibinin kendi riziko alanında meydana gelen hatasının sonuçlarına, ihmali olsun, olmasın, katlanması kadar normal bir esas olamaz".

Belirttiğimiz bir kaç kanuni istisnayı saymazsak, culpa in contrahendo sorumluluğunun her zaman kusurlu bir davranışa bağlanmakta olduğu söylenebilir¹⁰²³. Örneğin BK. m. 26/I, "kendi kusuruyla" hataya düşen ve sözleşmeyi iptal eden kimsenin; BK. m. 36/II, temsil yetkisi sona ermiş temsilciyi yetki belgesini iadeye zorlamak hususunda "tekâsül eden (ihmalkâr, özensiz davranan)" temsil olunan veya haleflerinin sorumluluğunu düzenlemiştir. Medeni Kanun m. 452/II hükmü bakımından ise doktrin, vesayet altındaki kimsenin fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafı "yanıltmasının" kasten veya ihmalen olabileceğini kabul etmektedir¹⁰²⁴. Kanunda açık düzenlemesini bulan culpa in contrahendo vâkıalarının dışında, "sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşme yapmak", "görüşmeleri dürüstlüğe aykırı şekilde yarıda kesmek", "imkânsız bir edim vaad etmek", "karşı tarafın bütünlük menfaatini ihlâl etmek" ... gibi yargı kararları ve doktrin tarafından geliştirilen diğer culpa in contrahendo vâkıaları bakımından da sorumluluk sujesinin kusurlu olması şarttır.

Hukuki niteliğine ilişkin yaptığımız tespitlerin bir sonucu olarak, culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuran kusurun, akdi sorumluluk sahasında ortaya çıkan kusura benzer olduğu söylenebilir¹⁰²⁵. Buna göre, öncelikle, sorumluluk hukukunda hakim olan "objektif (veya objektifleştirilmiş) kusur anlayışı", culpa in contrahendo

Nitekim Alman hukukunda Canaris, sözkonusu sorumluluğu, tıpkı yetkisiz temsilcinin sorumluluğu gibi "riziko esasına dayanan" kusursuz bir sorumluluğun (hukuki görünüş sorumluluğunun) bir türü olarak değerlendirmektedir, bkz. **CANARIS**, Vertrauenshaftung, 481.

¹⁰²³ **GONZENBACH**, 144; **FEHLMANN**, 182.

¹⁰²⁴ **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, 96.

¹⁰²⁵ Benzer bir değerlendirmeyi Fehlmann, genel olarak güven sorumluluğu vâkıaları için (bkz. **FEHLMANN**, 182); Kırca ise bilgi verenlerin sorumluluğu için (bkz. **KIRCA**, 206) yapmaktadır.

sorumluluğunda da kusurun tespiti bakımından belirleyici rol oynar¹⁰²⁶. Dolayısıyla sorumluluk sujesinin mensubu olduğu sosyal ve mesleki çevreye ilişkin ortalama, makul ve dürüst, objektif bir borçlu tipinin davranışından sapan her davranış, kusurlu olarak nitelendirilir; sorumluluk sujesinin tecrübesizliği, yetenek zayıflığı gibi kişisel özellikleri ise dikkate alınmaz¹⁰²⁷. Bununla beraber, akdi sorumluluk bakımından kusurun objektifleştirilmesinin akit dışı sorumlulukla aynı nispette gerçekleştirilmesi, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Gerçekten özellikle borçlunun kişisel bilgi ve yeteneklerinin objektif borçlu tipinin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu, dolayısıyla ortalamanın üstündeki bilgi ve yetenekler sebebiyle karşı tarafta daha yüksek bir güvenin uyandırıldığı durumlarda, kusur, sorumluluk sujesinin aleyhine ağırlaşır; kusurun tespitinde "objektif borçlu tipinin bilgi ve yetenekleri değil, borçlunun bilgi ve yetenekleri esas alınır"¹⁰²⁸. Ancak borçlunun lehine olacak şekilde, bu durumun tersi de düşünülebilir; örneğin, alacaklı borçlunun sahip olduğu bilgi ve yeteneklerin bir kısmından haberdar ise, "borçlunun göstereceği özen derecesi, alacaklının sahip olduğu bu bilgiler göz önünde tutularak tespit edilmelidir"¹⁰²⁹. Çünkü böyle bir durumda da bilgi ve yetenekleri hususunda sorumluluk sujesine duyulan güven, ancak güvenen kimsenin haberdar olduğu bilgi ve yetenekler ile sınırlı bir oranda haklıdır. Akdi sorumlulukta kusurun "objektifleştirilmesinin" akit dışı sorumluluğa göre biraz daha zayıf kalması, özel bir bağlantıdan doğan borç ilişkilerinin taraflar arasında daha yoğun bir güven yaratmasının sonucudur. Gerçekten haksız

¹⁰²⁶ GONZENBACH, 147.

¹⁰²⁷ FEHLMANN, 182.

¹⁰²⁸ EREN, 1020.

¹⁰²⁹ EREN, 1020.

fiillerde hukuka aykırı davranış, " ... objektif hukuk kaidelerinin her fert için riayet edilmesini mecburî kıldığı umumî vazifelere aykırı hareket tarzında bulunma şeklinde tezahür (ettiğine)"¹⁰³⁰ göre, böyle bir davranışın kusurlu olup olmadığının tespitinde de tamamen objektif bir borçlu tipinin davranışı esas alınabilir. Buna karşılık akdi sorumluluk gibi, taraflar arasında ihlâl fiilinden önce bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu ve hukuka aykırı davranışın bu hukuki ilişkiden doğan yükümlülüklerle aykırılık şeklinde ortaya çıktığı¹⁰³¹ bir sorumluluk tipinde borçlunun kusurunun ölçüsü, objektif bir borçlu tipinin davranışlarının yanı sıra, somut borç ilişkisinin taraflar arasında yarattığı güven de dikkate alınarak tespit edilmelidir. Böyle bir anlayış, culpa in contrahendo sorumluluğu ile de paralellik içerisindedir ve culpa in contrahendo sorumluluğunda kusurun neden akdi sorumluluk ölçüsü esas alınarak tespit edilmesi gerektiğini ortaya koyar. Böylece, örneğin açıklama veya özenli şekilde bilgi verme gibi akit öncesi yükümlülüklerin ihlâlinden doğan culpa in contrahendo vâkıalarında sorumluluk sujesinin kusuru, akdi sorumluluk ölçüsünce belirlenir.

Kusurun tamamen sübjektif olan yönünü ise "sorumluluk sujesinin temyiz kudreti (ayırt etme gücü)" oluşturur. Çünkü borçlunun borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ihlâl etmesi, ancak mümeyyiz olması halinde kendisine "kusur" olarak yüklenebilir¹⁰³². Bu bakımdan temyiz kudretini haiz küçük veya kısıtlıların "yasal temsilcilerinin rızasıyla" kurdukları bir borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ihlâl etmeleri, onların sorumluluklarını gerektirir. Dolayısıyla temyiz kudretini haiz küçük

¹⁰³⁰ TANDOĞAN, 7.

¹⁰³¹ TANDOĞAN, 5.

¹⁰³² EREN, 1019.

veya kısıtlılar böyle bir borç ilişkisinin görüşmeleri sırasında karşı tarafa zarar veren kusurlu davranışlar sergileyebilirler; başka bir deyişle culpa in contrahendo işleyebilirler ve bundan akdi sorumluluk hükümlerince sorumlu tutulabilirler. Bununla beraber yasal temsilcilerinin rızası bulunmadığı için kendilerini borç altına sokan bir işlem yapamayan mümeyyiz küçük veya kısıtlıların, culpa in contrahendodan da ancak haksız fiil hükümlerince sorumlu tutulmaları mümkündür¹⁰³³. Aksi bir anlayış MK. m. 16/I hükmünün koruma amacıyla çelişir ve "doğrudan sözleşme sorumluluğunun sujesi olamayan kimselerin, 'kıyas yoluyla' sözleşme sorumluluğuna tâbi kılınmaları anlamına gelir"¹⁰³⁴. Temyiz kudretini haiz olmayan -tam ehliyetsiz- kimselerin ise kusur ehliyetleri yoktur; dolayısıyla bu kimseler, ne haksız fiillerinden ne de akde aykırı davranışlarından sorumludurlar. Bununla beraber doktrinde bazı yazarlar ve bazı kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi, tam ehliyetsiz kimseleri dahi hakkaniyetin gerektirmesi halinde haksız fiillerinden sorumlu tutan BK. m. 54/I hükmünün, kıyas yoluyla akdi sorumluluğa da uygulanabileceğini kabul etmektedir¹⁰³⁵. Buna göre "Haksız fiillerde bu hükmün konulmasını gerekli kılan sebepler, akdi sorumluluk için

¹⁰³³ Bu noktada MK. m. 452/II hükmüne ayrıca dikkat çekmek gerekir. Fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafı yanıltan kısıtlıyı, karşı tarafın bundan dolayı uğradığı zararlardan sorumlu tutan MK. m. 452/II hükmü, haksız fiile değil, tipik bir culpa in contrahendo sorumluluğuna işaret etmektedir. Gerçekten kısıtlının kendini ehil göstermesi, ancak hile unsurlarının bulunması halinde bir haksız fiil oluşturur; böyle bir durumda da MK. m. 452/II hükmünün yanı sıra, mümeyyiz küçük ve kısıtlıları haksız fiillerinden sorumlu tutan MK. m. 16/II hükmü uygulama alanı bulur. Oysa MK. m. 452/II hükmünün amacı, vesayet altındaki kimseyi "davranışı haksız fiil teşkil etmese dahi" gerçeğe aykırı olarak yarattığı görüntüden sorumlu tutmaktır. Ancak böyle bir durumda dahi sınırlı ehliyetsizin "kıyasen" haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması daha isabetli olur, bkz. yukarıda § 7, III, B, 1, c.

¹⁰³⁴ Bkz. yukarıda § 7, III, B, 1, c.

¹⁰³⁵ Bkz. İMRE, 371; ARAL, Temyiz Kudreti, 746 vd.; EREN, 1019; BUCHER, AT, 349-350. Konuya ilişkin bazı Federal Mahkeme kararları için bz. ARAL, Temyiz Kudreti, 750 vd.

de mevcuttur. Zira, üçüncü şahısların akde aykırı davranışları yüzünden zarar görme ihtimali haksız fiillerinkinden daha az değildir"¹⁰³⁶. Ancak sözkonusu hükmün akdi sorumluluğa tatbiki durumunda dahi, temyiz kudretinden mahrum bulunan kimselerin "kendi iradeleri ile" geçerli bir edim ilişkisi kurmaları mümkün olmadığından, onların edimin ifasından veya edim menfaatinin karşılanmasından (müspet zararın tazmininden) değil, ancak "menfi zararın tazmininden" sorumlu tutulabilecekleri, yine aynı yazarlarca belirtilmektedir¹⁰³⁷. Görüldüğü gibi tam ehliyetsizlerin hakkaniyetin gerektirmesi halinde akdi sorumluluklarını kabul eden bu anlayış, esasen "karşı tarafın boşa çıkan güveninin" tazminine, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna yönelmiş olmakta; böylece, tam ehliyetsizlerin culpa in contrahendodan sorumlu tutulmalarının önünü açmaktadır¹⁰³⁸.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun kurucu bir unsurunu oluşturan kusur, "kast" veya "ihmal" şeklinde ortaya çıkabilir¹⁰³⁹. Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumu için ihmal derecesindeki bir kusurun da yeterli olması, başka bir deyişle sorumluluk sujesinin kusurunun "kast" gibi özel bir derecede bulunmasının gerekmemesi, bu sorumluluğu uygulamada çok önemli bir hale getirmektedir. Zira bir kimsenin kast derecesindeki kusuru, onun hukuka aykırı bir sonucu hem tasavvur, hem de arzu etmesi ile ortaya çıkar¹⁰⁴⁰; oysa somut bir olayda bu iki unsurun bir arada bulunarak failin kusurunu oluşturması, sık rastlanılan ve kolaylıkla ispat edilebilen bir

¹⁰³⁶ **ARAL**, Temyiz Kudreti, 755.

¹⁰³⁷ **EREN**, 1019 dpn. 146'ya ait metin; **BUCHER**, AT, 350, **ARAL**, Temyiz Kudreti, 754.

¹⁰³⁸ Bkz. **GONZENBACH**, 189 vd.

¹⁰³⁹ **GONZENBACH**, 146; **FEHLMANN**, 182.

¹⁰⁴⁰ Kast, "Failin hukuka aykırı neticeyi tasavvur ve arzu etmesidir", **TANDOĞAN**, 46; **ÜNAL**, 418.

husus değildir. Oysa ihmalin ölçüsü, kasta nispetle çok daha objektiftir. Gerçekten ihmalden bahsedebilmek için failin hukuka aykırı sonucu istemesi gerekmez; onun bu sonucu önlemek için "ahval ve şeraitin icap ettirdiği" dikkat ve özeni göstermemiş olması yeterlidir¹⁰⁴¹ ve bu derecedeki bir kusur dahi culpa in contrahendo sorumluluğunu doğurabilir. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğu, failin kast derecesindeki kusurunu gerektiren hileye¹⁰⁴² veya BK. m. 41/II'de yer alan sorumluluğa¹⁰⁴³ göre, daha geniş bir uygulama alanına sahip olur. Sorumluluk sujesinin kasıtlı hareket ettiği bir çok durumda ise culpa in contrahendo oluşturan davranış, aynı zamanda hile veya haksız fiil niteliğinde ahlâka aykırı bir davranış şeklinde ortaya çıkabilir.

Sözleşme görüşmecilerinden birinin culpa in contrahendodan sorumlu tutulduğu bazı olaylarda, karşı görüşmecinin de "ortak kusurunun" bulunması mümkündür. Böyle bir durumda ortak kusurun, BK. m. 44/I uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınması gerekir. Ancak bunun için zarar gören kimsenin ortak kusuru, onun iyiniyetini ortadan kaldıracak derecede yüksek olmamalıdır. Çünkü iyiniyet, "normatif anlamda korunmaya değer", haklı güvenin bir unsurudur¹⁰⁴⁴ ve culpa in contrahendo, haklı güvenin ihlâline bağlanmış bir sorumluluktur. O halde zarar görenin ortak kusuru onun iyiniyetli olarak kabul edilmesini engelliyorsa, ortada korunması gereken haklı bir güven, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulmasını gerektiren bir

¹⁰⁴¹ TANDOĞAN, 48; ÜNAL, 419.

¹⁰⁴² Bkz. YILDIRIM, 126 vd.

¹⁰⁴³ BK. m. 41/II hükmüne göre, "Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs kezalik o zararı tazmine mecburdur".

¹⁰⁴⁴ Bkz. yukarıda § 7, II, B.

vâkıa yoktur. Nitekim BK. m. 39/I, yetkisiz temsil dolayısıyla zarar gören kimsenin gerçek duruma vâkıf olduğu veya vâkıf olmasının gerektiği durumlarda "davaya mahal olmadığını" hükme bağlamak suretiyle bu hususa işaret etmektedir. Aynı anlayış, BK. m. 26/I, c. 2 hükmünde de göze çarpmaktadır. Söz konusu hükümler dikkate alındığında iyiniyeti ortadan kaldıracak derecedeki ortak kusurun, "zarar gören kimsenin güven duyduğu hususa ilişkin gerçek durumu bilmesi veya orta zekalı, dürüst, makul bir kimse gibi hareket etseydi bilebilecek olması" şeklinde ortaya koyulması mümkündür. O halde culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınacak ortak kusur, bu ölçünün üstüne geçen özenin gösterilmemesi, yani "hafif kusur"dur¹⁰⁴⁵. Başka bir deyişle zarar gören, ancak ortalamanın üstünde bir kimsenin göstereceği dikkat ve tedbiri göstermiş olsa idi gerçek durumu bilebilecek idiyse, onun kusuru, iyiniyetini ortadan kaldırmaz; fakat kendisine ödenecek tazminat BK. m. 44/I uyarınca indirime tâbi kılınabilir.

III- İLLİYET BAĞI

Hukuki sorumluluğun doğumu için gerekli olan bir diğer şart, sorumluluk sujesinin hukuka veya borca aykırı davranışı ile zarar arasındaki sebep – sonuç ilişkisidir. İlliyet bağı olarak ifade edilen bu ilişki, culpa in contrahendo sorumluluğunda, "sözleşme öncesi bir koruma yükümlülüğünü ihlâl eden davranış - kısaca koruma yükümlülüğünün ihlâli-" ile "zarar" arasındaki sebep – sonuç ilişkisi şeklinde ortaya çıkar¹⁰⁴⁶. Haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının doğumu

¹⁰⁴⁵ Bkz. yukarıda § 7, II, B.

¹⁰⁴⁶ GONZENBACH, 138.

bakımından doktrinde kabul edilen "uygun illiyet bağı teorisi"¹⁰⁴⁷, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından da esas alınır¹⁰⁴⁸. Buna göre, somut olayda ortaya çıkan zarar, olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre sözkonusu koruma yükümlülüğünü ihlâl eden davranışın uygun bir sonucu olmalı; tersi bir ifadeyle koruma yükümlülüğünü ihlâl eden davranış, genel hayat akışı ve tecrübelerine göre o türden bir zararı doğurmaya elverişli bulunmalıdır. Örneğin, gerçekte sözleşme kurma niyeti olmaksızın karşı tarafı görüşmelere davet eden kimse, onun gereksiz yere yol ve otel masrafı yapmasına sebep olmuşsa; kusuruyla hataya düşen kimse sözleşmeyi iptal ettiği için, karşı tarafın geçerli bir sözleşmenin kurulduğu düşüncesiyle giriştiği ifa hazırlıkları yarım kalmış, bu amaçla yaptığı bazı masraflar, satın aldığı araç ve malzemeler gereksiz hale gelmişse, hatta başka bir kimseyle geçerli bir sözleşme kurma fırsatını kaçırmışsa; keza, satıcının açıklama yükümlülüğünü ihlâl etmesi, alıcının satın aldığı eşyadan yeterince faydalanamamasına yol açmışsa, koruma yükümlülüğünün ihlâli ile karşı tarafın uğradığı zarar arasında böyle bir sebep – sonuç ilişkisi vardır. Aynı şekilde, deterjanlı suyla yapılan bir temizlik sonrası kaygan hale gelen yerlerin yeterince kurulanmaması bir müşterinin mağazada düşerek yaralanmasına yol açmışsa, doğan zarar ile mağaza sahibinin ihmali davranışı arasında uygun illiyet bağının bulunduğu açıktır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun kurucu bir unsuru olarak illiyet bağı, sadece zarar ve koruma yükümlülüğünü ihlâl eden davranış arasında aranır;

¹⁰⁴⁷ Uygun illiyet bağı teorisi hakkında bkz. **EREN Fikret**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975; **EREN**, 492 vd.

¹⁰⁴⁸ **GONZENBACH**, 138.

sorumluluğun doğumu için böyle bir illiyet bağının ötesinde, "zarar" ve "sözleşme görüşmeleri ilişkisi" arasında da fonksiyonel bir bağlılığın bulunması gerekmez¹⁰⁴⁹. Dolayısıyla sözleşme görüşmeleri "vesilesiyle" yapılan bir hırsızlık eylemi de, güven ilişkisinin ihlâli olarak değerlendirilebildiği ölçüde, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmini gereken zararın uygun sebebinin oluşturur. Gerçekten sözleşme görüşmeleri ilişkisi, taraflara birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerlerini koruma yükümlülüğü de yüklediğine göre¹⁰⁵⁰, hırsızlık gibi bir davranışın koruma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturduğundan ve böyle bir ihlâl fiili ile doğan zarar arasında sebep – sonuç ilişkisi bulunduğundan şüphe etmemek gerekir. Böyle bir durumda tartışılacak husus, sözleşme görüşmeleri ile doğan zarar arasında "fonksiyonel bir bağlılığın" bulunup bulunmadığı değil; olsa olsa, sözleşme görüşmeleri ile tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin karşılıklı etkiye açık hale gelmesi arasında sebep – sonuç bağının mevcut olup olmadığıdır. Buna göre, örneğin, bir kuyumcu dükkânına müşteri gibi gelen, burada müşteri gibi davranarak değerli mücevherlerin önünde sergilenmesini sağlayan ve kuyumcunun bir anlık dalgınlığından yararlanıp bunlardan bazılarını çalan kimsenin davranışı culpa in contrahendo oluşturur; çünkü burada sözleşme görüşmeleri ile hukuki değer ve menfaatlerin karşılıklı etkiye açık hale gelmesi arasında sebep – sonuç bağı vardır. Buna karşılık, gerçekte hırsızlık değil alışveriş yapma niyetiyle kuyumcuya gelen, fakat kuyumcunun dükkânının kapısını açık bırakarak buradan ayrılmış olduğunu fark etmesi üzerine içeride hırsızlık yapan bir

¹⁰⁴⁹ Bkz. yukarıda § 7, III, C. Ayrıca karşı görüş için bkz. **HERZ**, 18; **BÜHLER-REIMANN**, 360; **GONZENBACH**, 42; **FRICK**, 63. Türk hukukunda **YILMAZ**, 239.

¹⁰⁵⁰ Bkz. yukarıda § 7, III, C.

kimsenin davranışı, culpa in contrahendo değil, haksız fiil oluşturur; çünkü böyle bir durumda hukuki değer ve menfaatlerin karşı tarafın etkisine açık hale gelmesinin sebebi, sözleşme görüşmeleri ilişkisi değil, kuyumcunun ihmalkârlığıdır. Burada, kanaatimizce, sözleşme görüşmecisine karşı duyulan özel ve somut güven değil, hukuk toplumunda yaşayan herkese karşı duyulan, genel ve soyut güven ihlâl edilmiştir.

Doktrinde genel olarak güven sorumluluğunun doğumu için, iki ayrı illiyet bağından daha bahsedilmektedir. Bunlardan ilki, "sorumluluk sujesinin güven uyandıran davranışı, yani güven konusu (Vertrauenstatbestand)" ile "zarar gören kimsenin duyduğu güven (Vertrauen)" arasındaki illiyet bağıdır¹⁰⁵¹. Burada güvenen kişinin güven konusundan haberdar olması ile ilgili bir mesele mevcuttur. Buna göre, ortada bir güven konusu bulunmasına rağmen, zarar gören kimse bundan haberdar olmamış ise, onun güveni güven konusu ile sebep – sonuç ilişkisi içerisinde değildir; dolayısıyla burada güven sorumluluğundan bahsedilemez. Doktrinde üzerinde durulan diğer illiyet bağı ise, "zarar gören kimsenin duyduğu güven (Vertrauen)" ile "tasarrufu (Disposition)" arasında ortaya çıkar¹⁰⁵². Buna göre, zarar gören kimse gerçek durumu bilse idi kendisini zarara uğratan tasarrufta bulunmayacak idiyse, sözkonusu illiyet bağı mevcuttur; aksi halde, yani gerçek durumu bilmesi halinde dahi zarar gören aynı tasarrufta bulunacak idiyse, böyle bir illiyet bağından bahsedilemez. Genel itibariyle güven sorumluluğu vâkıalarında böyle bir illiyet bağının özel olarak aranması, isabetli ve gereklidir; zira bu tür vâkıaların çoğunda taraflar arasındaki güven ilişkisi, güvenen kimsenin bu güvenine uygun olarak gerçekleştirdiği bir tasarruf ile somutlaşır ve

¹⁰⁵¹ CANARIS, Vertarauenshaftung, 515.

¹⁰⁵² CANARIS, Vertarauenshaftung, 515..

"güven, bizatihi varlığı sebebiyle değil, sadece güvenen kişinin davranışlarına temel teşkil ettiği için korunur"¹⁰⁵³. Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından da aynı esas geçerlidir; bununla beraber bir çok culpa in contrahendo vâkiasında taraflar arasındaki güven ilişkisi, sadece güvenen kimsenin tasarrufu ile değil, sorumluluk sujesi ile zarar gören arasında zaten mevcut olan sözleşme görüşmeleri ilişkisi ile somutlaşmıştır. Böyle bir ilişkinin varlığı, tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine açık hale gelmesi sonucunu doğurur ve karşı tarafın bu değer ve menfaatleri koruyacağına dair duyulan güveni haklı kılar. O halde taraflar arasında bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin kurulmuş bulunduğu "objektif" olarak tespit edilebildiği durumlarda¹⁰⁵⁴, güvenen kimseyi zarara uğratan tasarrufun bu güvenin bir sonucu olup olmadığının da ayrıca araştırılmasına, kanaatimizce, gerek yoktur. Güvenen kimsenin gerçek durumu bilmesine rağmen tasarrufta bulunması halinde ise mesele, illiyet bağından ziyade, bu kimsenin iyiniyeti ve dolayısıyla güveninin normatif anlamda korunmaya değer olup olmadığı hususu ile ilgili bulunmaktadır¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ CANARIS, Vertrauenshaftung, 510.

¹⁰⁵⁴ Bkz. yukarıda § 6, IV, C.

¹⁰⁵⁵ Bkz. yukarıda § 7, II.

III. BÖLÜM

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN

HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 9- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I- GENEL OLARAK

Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışı ile karşı tarafa zarar veren kimse, verdiği bu zararı culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür. Burada zarar gören kimsenin haklı güveni, "güvendiği duruma güvenmemiş olsaydı uğramayacağı zararların tazmin edilmesi" yoluyla korunur ve bu itibarla culpa in contrahendo, pozitif güven korumasının¹⁰⁵⁶ sağlandığı güven sorumluluğu hallerinden ayırır. Gerçekten culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca, güven yaratan kişi, yarattığı bu güvenin "ifa dahil" her türlü hukuki sonucunu üstlenmek mecburiyetinde değildir; culpa in contrahendoda sadece uğranılmış olan zararın tazmini meselesi sözkonusudur. Daha açık bir ifadeyle culpa in contrahendo, bir tazminat kurumu olup, dar ve teknik anlamda bir hukuki sorumluluk haline işaret eder¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁶ Pozitif güven koruması hakkında bkz. yukarıda § 6, V.

¹⁰⁵⁷ Doktrin dar ve teknik anlamıyla sorumluluk kavramını, sadece tazminat hukukuyla ilişkilendirmekte; böylece verilen zararın tazmininin değil, yapılan işlemin ifasının talep edilebildiği halleri, teknik anlamda sorumluluk hukukunun dışına çıkartmaktadır; bkz. **EREN**, 444; **OĞUZMAN**, 14; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 24.

II- TAZMİNAT İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

A- TAZMİNAT ALACAKLISI

Culpa in contrahendo sorumluluğunda tazminat alacaklısı, bir sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde koruma yükümlülüklerinin ihlâli yüzünden zarar gören kimsedir. Bu kimse, kural olarak sözleşme görüşmecilerinden birisidir. Gerçekten sözleşme görüşmeleri sebebiyle hukuki değer ve menfaatlerini birbirlerinin etkisine açmış bulunan ve bunların haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle korunacağına haklı olarak güvenen kişiler, esasen sözleşme görüşmecileridir. Bununla beraber bazı durumlarda sözleşme görüşmecisi olmayan bir kimsenin hukuki değer ve menfaatlerinin de karşı görüşmecinin etkisine açık hale gelmesi ve karşı tarafça ihlâl edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda "sözleşme görüşmeleri bakımından" üçüncü kişi durumunda olan bu kimsenin uğradığı zararın da culpa in contrahendo esasınca tazmini düşünülebilir. Bu, koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüklerinden gerek kaynak gerek taraf yönünden bağımsızlığının ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisine temel teşkil eden anlayışın sözleşme öncesi aşama için de geçerli kılınmasının bir sonucudur¹⁰⁵⁸.

Gerçekten edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini ve bu tür ilişkilerden doğan koruma yükümlülüklerini doğuran sosyal temas, sadece hukuki işlem kurmaya yönelmiş kişilerin değil, bu kişilerin koruma sahası içerisinde bulunan başka kimselerin de hukuki değer ve menfaatlerinin karşı tarafın etkisine açık hale gelmesi sonucunu doğurmuş olabilir. Bu sebeple doktrinde edim yükümlülüklerinden bağımsız

¹⁰⁵⁸ Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 4.

borç ilişkisinin, "işlem teması dolayısıyla hukuki değer ve menfaatleri hukuki işlemin (edim ilişkisinin) tarafları ile aynı ölçüde etkiye açık hale gelen kimseleri de kapsamına alması" dürüstlük kuralının bir gereği olarak görülmekte¹⁰⁵⁹ ve bu anlayış, hukuk doktrin ve uygulamasında uzun zamandan beri kabul gören "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme" teorisinin temelini oluşturmaktadır¹⁰⁶⁰. Koruma yükümlülüklerinin taraf iradelerinden bağımsız olarak ilk işlem teması ile doğduğunu, geçerli bir edim ilişkisi boyunca, hatta bu ilişki sona erdikten sonra dahi bir süre daha aynı kanuni karakterini sürdürerek devam ettiğini savunan "bütünsel koruma ilişkisi görüşü" esas alındığında¹⁰⁶¹, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme anlayışının "sözleşme öncesi aşamayı da kapsayacak şekilde" genişletilmesi icap eder. Böylece "sözleşme öncesi safhada üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisinden" veya "culpa in contrahendonun üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden" bahsedilebilir¹⁰⁶². Bu noktada şu hususa özellikle dikkat çekmek gerekir: Üçüncü kişinin culpa in contrahendo esasına dayanarak tazminat alacaklısı olduğu bu gibi hallerde alacaklı, koruma yükümlülüklerinin temelini oluşturan "güven ilişkisi" açısından üçüncü kişi durumunda değildir; o, sadece kurulması amacıyla görüşmeleri yapılan sözleşme (edim ilişkisi) açısından üçüncü kişidir. Çünkü esasen sözleşme görüşmecileri arasında bulunan güven ilişkisi, bu kimselerin koruma sahası içerisinde bulunan kimseleri de kapsamına alır ve bu kimseler edim ilişkisi açısından üçüncü kişi durumunda bulunsalar dahi, edim ilişkisinden bağımsız güven ilişkisinin tarafları olurlar. Onları güven ilişkisinin tarafları haline

¹⁰⁵⁹ **CANARIS**, JZ 1965, 477 vd.

¹⁰⁶⁰ Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 4.

¹⁰⁶¹ Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 4.

¹⁰⁶² **KIRCA**, 100 dpn. 539; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 23 dpn. 47.

getiren husus, sözleşme görüşmecileri arasında bulunan hukuki işlem temasının, bu kimselerin de hukuki değer ve menfaatlerini etkiye açık hale getirmesi; dolayısıyla sözkonusu değer ve menfaatlerin de haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle korunmasının hakkaniyetin bir gereği olmasıdır. Buna göre örneğin, bir mağazaya alış veriş yapmak için gelen kadının yanında bulunan çocuk, potansiyel müşteri olarak kabul edilemese dahi, kadının koruma sahası içerisinde bulunduğundan, onun burada uğradığı zararlar, akdi sorumluluğa göre tazmin edilir. Aynı şekilde eve perde ölçüsü almak ve ona göre bir fiyat vermek için gelen perdecisi, kendisiyle görüşen evin hanımının cüzdanını çaldığında nasıl güven ilişkisini ve bundan doğan koruma yükümlülüğünü ihlâl etmiş ise, aynı evde yaşayan başka bir kimsenin eşyasını çaldığında da benzer bir fiilde bulunmuş kabul edilir ve zararın akdi sorumluluk esasınca tazmini gerekir.

B- TAZMİNAT BORÇLUSU

Culpa in contrahendo sorumluluğunda tazminat borçlusu, sözleşme görüşmeleri ilişkisi içerisinde koruma yükümlülüklerini kusuruyla ihlâl ederek karşı görüşmeciyi ve/veya onun koruma sahası içerisinde bulunan üçüncü bir kişiyi zarara uğratan kimsedir. Tazminat alacaklısı gibi bu kimse de kural olarak sözleşme görüşmecilerinden birisidir. Çünkü karşı tarafın hukuki değer ve menfaatlerine haksız fiil sahası içerisindeki kimselere nispetle daha çok etki etme imkânına kavuşan kişi, sözleşme görüşmelerinin doğrudan tarafı olan bir kişidir. Bununla beraber doktrinde ve yargı içtihatlarında bir süredir "sözleşme görüşmeleri bakımından" üçüncü kişi

durumundaki bir kimsenin de belli bazı şartların gerçekleşmesiyle culpa in contrahendo sorumluluğunun sujesi olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁶³.

Sözleşme görüşmeleri bakımından üçüncü kişi durumundaki bir kimsenin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazminat borçlusu olması meselesine, öncelikle, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda rastlanılmaktadır¹⁰⁶⁴. Gerçekten, yetkili olsun olmasın, temsilci, kurulması amacıyla görüşmelerini sürdürdüğü sözleşmenin tarafı değildir; buna rağmen yetkisiz temsilci, karşı taraf nezdinde temsil yetkisinin mevcudiyeti hususunda uyandırdığı haklı güvenin ihlâlinden sorumludur. Böyle bir sonuç, culpa in contrahendo sorumluluğunun, görüşmeleri yapılan sözleşmenin kurulup kurulmamasından ve kurulmuş olan sözleşmeden de kaynakları ve tarafları yönünden bağımsız olmasından kaynaklanır. Culpa in contrahendo haklı güvenin ihlâlinden doğan bir sorumluluk olduğuna göre, böyle bir sorumluluğun sujesi de sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafta haklı bir güven uyandırıp bu güveni ihlâl eden kimsedir. Bu sebeple hukuk doktrinde yetkisiz temsilci gibi, sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın güvenliğini, "temsil edilen için değil, kendisi için kazanan" temsilcinin de sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁰⁶⁵. Aynı şekilde sözleşme görüşmelerini taraf veya temsilci sıfatı ile yürütmeyen bazı üçüncü kişilerin, örneğin oto galericileri, seyahat acentaları, yatırım danışmanları, borsa komisyoncuları, bankalar, hatta avukatlar, noterler gibi yerine göre görüşme yardımcısı veya aracısı pozisyonunda bulunan kimselerin, özellikle sahip oldukları mesleki konum, teknik bilgi ve donanım sebebiyle karşı taraf

¹⁰⁶³ Bkz. **BALLERSTEDT**, 501 vd.; **CANARIS**, JZ 1998, 603 vd.; **EMMERICH**, 124 vd.; **LARENZ**, AT, 114 vd. Türk hukukunda bkz. **KIRCA**, 175 vd.; **SEROZAN**, İfa Engelleri, 216-217.

¹⁰⁶⁴ Bkz. yukarıda § 7, III, B, 1, c.

¹⁰⁶⁵ **KIRCA**, 177. Bu konuda ayrıca bkz. **BALLERSTEDT**, 501 vd.

nezdinde kendileri lehine özel bir güven uyandırarak sözleşme görüşmelerine etkide bulundukları durumlarda, culpa in contrahendo sorumluluğuna tâbi tutulmaları anlayışı doktrinde benimsenmektedir¹⁰⁶⁶. Bir gayrimenkulun değeri, gerçek veya tüzel bir kişinin mali durumu, yabancı bir ülkenin sermaye hukuku ya da para piyasalarının değerlendirilmesi gibi hususlarda verdikleri bilgilerle iki taraf arasındaki sözleşme görüşmelerini etkileyen üçüncü kişilerin sorumlulukları da benzer bir anlayış doğrultusunda değerlendirilmektedir¹⁰⁶⁷. Yine "ana şirket" durumundaki üçüncü kişinin, "yavru şirketi pozisyonunda bulunan sözleşme görüşmecisi lehine" diğer görüşmeci nezdinde uyandırdığı güven de, sözleşme görüşmelerine etki eden ve dolayısıyla ana şirketin sorumluluğunu gerektiren bir vâkıa olarak doktrin ve yargı kararlarında yer almaktadır¹⁰⁶⁸. Bu konuda özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1994 yılında İsviçre Havayolları Anonim Şirketi Swissair aleyhine verdiği ve doktrinde geniş yankı

¹⁰⁶⁶ Doktrinde yerine göre "Berufshaftung (mesleki sorumluluk)", "Prospekthaftung (prospekt, tanıtma, tarif etme sorumluluğu)" veya "Sachwalterhaftung (iş kuranın sorumluluğu)" gibi kavramlarla ifade edilmek istenen bu sorumluluğun esası, "müşteriyi karmaşık iş bölümü düzeninin tuzaklarına karşı ve iddialı sıfatlarla piyasaya çıkıp çevrede özel güven çeken aracı kişilere karşı özel olarak koruma altına alma(k)"tır (**SEROZAN**, İfa Engelleri, 216). Söz konusu sorumluluk, sözleşmenin tarafı veya taraflardan birinin temsilcisi olmamasına rağmen sözleşme görüşmelerine katılan ve bundan özel bir çıkar elde eden kimselerin, icra ettikleri meslek veya uzmanlık alanları ile ilgili olarak verdikleri bilgilerden sorumluluklarına ilişkindir. Bu konuda bkz. **KIRCA**, 179 vd.; **FEHLMANN**, 124 vd.; **SONNABEND**, 35 vd.

¹⁰⁶⁷ bkz. yukarıda § 7, III, B, 2, b.

¹⁰⁶⁸ Söz konusu sorumluluk, İsviçre doktrininde "Patronatserklärungen", yani bir konzern ilişkisi içerisinde ana şirketin yavru şirketi lehine güven yaratıcı açıklama, tutum veya davranışlarda bulunması veya yavru şirketin onun adını kullanarak bazı tasarruflarda bulunmasına göz yumması durumunda doğan sorumluluğa işaret etmektedir. Bu konuda bkz. **BUCHER**, Obligationentstehungsgründe, 45; **FEHLMANN**, 129 vd.

uyandıran kararı, üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğuna dair vâkıalar açısından çok önemli bir emsal karar niteliğindedir¹⁰⁶⁹.

Üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğuna işaret eden bu vâkıaların ortak noktası, tazminat alacaklısı ve borçlusu arasında sözleşme görüşmeleri ilişkisinin bulunmaması, onun yerini sorumluluk sujesinin yarattığı "özel derecedeki kişisel güvenin" almasıdır¹⁰⁷⁰. Üçüncü kişi lehine ortaya çıkan özel derecedeki bu kişisel güven, sözleşme görüşmeleri sürecini etkileyen, örneğin, tazminat alacaklısını o şartlar altında sözleşme kurmaya sevk eden ve böyle bir sonuç doğuracağı objektif olarak öngörülebilir nitelikte, fiilî bir güvendir. Üçüncü kişinin culpa in contrahendo uyarınca sorumluluğunda alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşme görüşmeleri ilişkisinin yerini "özel ölçüde sağlanmış kişisel güven" aldığından; başka bir deyişle, bu tür vâkıalar bakımından taraflar arasındaki özel bağlantı sözleşme görüşmeleri hukuki ilişkisi olarak somutlaştırılmadığından, güven konusunun (güven yaratan davranışın) mevcudiyetinin, niteliğinin, bunun zarar gören kişinin tasarrufları üzerindeki etkisinin tespiti özel bir önem arz eder. Bu bakımdan üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğuna dair vâkıalar, hem culpa in contrahendo vâkıaları arasında kendine özgü şartları ile ayrıca değerlendirilmesi gereken bir grup olarak ortaya çıkar, hem de güven sorumluluğunun en tipik uygulama alanlarından birini oluşturur.

¹⁰⁶⁹ bkz. BGE 120 II 331; ayrıca yukarıda § 5, III, E.

¹⁰⁷⁰ "Üçüncü kişilerin sorumluluğu, sözleşme görüşmelerine katılan tarafların sorumluluğundan, özel bir güvenin yaratılmış olması şartının gerçekleşmesiyle ayrılır" (**KIRCA**, 188).

III- TAZMİNATIN KAPSAMI

Culpa in contrahendo haklı güvenin ihlâlinden kaynaklanan bir sorumluluk olduğuna göre, bu sorumluluk kapsamında tazmin edilmesi gereken zarar, haklı güveni ihlâl eden davranış ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan, kısaca, haklı güvenin ihlalinden doğan zarardır¹⁰⁷¹. Güven zararı (Vertrauensschaden) olarak ifade edilen bu zarar, Türk/İsviçre hukukunda esasen menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁷².

Menfi zarar, kurulacağına veya geçerliliğine güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması yüzünden uğranılan zararları ifade eder¹⁰⁷³. Başka bir deyişle, burada sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına dair duyulan güven ihlâl edilmekte ve zarar, bu ihlâlin neticesinde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷⁴. Bu bakımdan menfi zarar kavramı, geçerli olarak kurulmuş ve hüküm ifade eden bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan müspet zarar kavramından ayrılır; menfi zararın tazmini ile geçerli bir sözleşmenin ifasına ilişkin menfaat değil, geçersiz bir sözleşmenin hiç kurulmamasına veya kurulacağına dair güvenin hiç duyulmamasına

¹⁰⁷¹ Culpa in contrahendoda tazminatın kapsamı hakkında bkz. **HUANG Mao-zong**, Umfang des Schadenersatzanspruchs bei culpa in contrahendo, Tübingen 1974.

¹⁰⁷² Bkz. **BUCHER**, AT, 342; **FEHLMANN**, 188; **GONZENBACH**, 199; **SEROZAN**, Dönme, 636. Kırca ise güven zararlarının menfi zarar olarak da ifade edildiğini belirttikten sonra, güven zararı kavramının, menfi zarar kavramının aksine, sözleşmenin hiç kurulmadığı durumları da kapsayan daha üst bir kavram olduğuna işaret etmektedir, bkz. **KIRCA**, 207 dñn. 1121.

¹⁰⁷³ **TANDOĞAN**, 427; **OĞUZMAN/ÖZ**, 340; **EREN**, 1014.

¹⁰⁷⁴ Bununla beraber "Menfi zarar, borçlunun temerrüdü veya sair akde aykırı bir hareketi yüzünden akdin feshi, yani artık hüküm ifade etmemesi dolayısıyla da ortaya çıkar. Bu takdirde itimadın boşa çıkması bahis mevzuu değildir" (**TANDOĞAN**, 427).

ilişkin menfaat karşılanmış olur¹⁰⁷⁵. Görüldüğü gibi menfi zarar kavramı, bir çok culpa in contrahendo vâkıasında ortaya çıkan zarar ile büyük oranda örtüşmektedir. Öyle ki, malvarlığı zararlarının sadece sözleşmenin gereği ifa edilmemesinden değil, bir sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına dair güvenin boşa çıkmasından da kaynaklanabileceği düşüncesi, esas olarak culpa in contrahendo teorisi ile birlikte ortaya çıkmıştır. Gerçekten Jhering, culpa in contrahendoyu genel bir sorumluluk sebebi olarak ortaya koyduğu ünlü makalesinde, bu sorumluluk uyarınca tazmin edilmesi gereken menfaati sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine ilişkin pozitif sözleşme menfaatinden ayrı tutmuş ve "negatif sözleşme menfaati", yani "geçersiz bir sözleşmenin hiç kurulmamasına ilişkin menfaat" olarak ifade etmiştir¹⁰⁷⁶. Çünkü Jhering'e göre culpa in contrahendo sadece geçersiz bir sözleşmenin kurulması halinde ortaya çıktığından ve bu geçersizlik sebebiyle herhangi bir ifa yükümlülüğü hiç doğmamış olduğundan, talep edilebilecek tazminat da ifa menfaatine yönelik olamaz¹⁰⁷⁷; o halde burada geçersiz bir sözleşmenin kurulması dolayısıyla ortaya çıkan zararların giderilmesine yönelik farklı bir tazminat anlayışından bahsedilmesi gerekir.

¹⁰⁷⁵ Doktrinde tipik menfi zarar kalemi olarak, öncelikle sözleşmenin kurulması için yapılan her türlü masraf, örneğin, noter masrafları veya resmi makamlara ödenen resim, harç gibi bedeller, komisyoncuya ödenen ücret, telefon, yazışma, posta ve seyahat giderleri gösterilmektedir (bkz. **TANDOĞAN**, 426; **EREN**, 1014; **BUZ**, 243). Malzeme temini ve bu amaçla başka sözleşmeler kurmak gibi edimin ifası; ya da araba, depo kiralamak gibi karşı edimin kabulü amacıyla yapılan masrafların (bkz. **TANDOĞAN**, 428; **EREN**, 1015); hatta sözleşmenin ifası dolayısıyla uğranılan zararlar ile başka bir sözleşmenin yerine getirilememesi dolayısıyla ödenen gecikme zammı, cezai şart gibi bedellerin (bkz. **TANDOĞAN**, 428) de menfi zarara dahil olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararlar (kaçırılan fırsatlar) da menfi zararın bir türü olarak gösterilmektedir (bkz. **EREN**, 1015).

¹⁰⁷⁶ Bkz. **JHERING**, 18.

¹⁰⁷⁷ Bkz. yukarıda § 4, I, C.

Böylece Jhering, culpa in contrahendo teorisi ile birlikte menfi zarar – müspet zarar ayrımını da modern hukuk öğretisine kazandırmıştır¹⁰⁷⁸.

Türk/İsviçre hukukunda da culpa in contrahendo tazminatı, esasen, kanunda "mukavelenin feshinden mütevellit zarar (BK. / OR m. 26)" veya "akdin sahih olmamasından tahaddüs eden zarar (BK. / OR m. 39)" şeklinde ifadesini bulan menfi zararın karşılanmasına hizmet eder¹⁰⁷⁹. Fakat BK. / OR m. 26/II, kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi iptal edenin; keza BK. / OR m. 39/II, kusurlu yetkisiz temsilcinin, hakkaniyet gerektiriyorsa hakim tarafından "daha fazla tazminat" ile yükümlü tutulabileceklerini de hükme bağlamıştır. Öyleyse Türk/İsviçre hukukunda her ner kadar culpa in contrahendo tazminatının kapsamı kural olarak menfi zararlar ifade edilse de, burada menfi zararı aşan bir tazminat talebinin de önünün açık bulunduğu tespit edilmelidir. Bununla beraber, sözkonusu tazminatın müspet zararı aşan bir tutara ulaşip ulaşamayacağı tartışılabilir.

Alman hukukunda "güveni boşa çıkmış olan tarafın, hiçbir zaman mevcut bir sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi halindeki durumundan daha iyi bir duruma getirilemeyeceği"¹⁰⁸⁰ düşüncesinden hareketle, menfi zararın tazmini talebi müspet zarar tutarı ile sınırlandırılmıştır. Gerçekten, geçersiz veya iptal edilmiş bir irade

¹⁰⁷⁸ Gerçi pozitif ve negatif sözleşme menfaati, dolayısıyla müspet - menfi zarar ayrımına Jhering'den önce Savigny ve Mommsen'in de işaret etmiş olduğu doktrinde belirtilmektedir (bkz. **BUCHER**, AT, 342 dpn. 54; **BUZ**, 239; **YALMAN**, 122). Bununla beraber sözkonusu ayrımın dogmatik esasları, culpa in contrahendo teorisi bağlamında Jhering tarafından ortaya koyulmuş, menfi zarar kavramı esas rengine bu şekilde kavuşturulmuştur.

¹⁰⁷⁹ Culpa in contrahendoyu düzenleyen diğer hükümlerde ise menfi zarara işaret eden ifadeler, bu denli net değildir, bkz. BK. m. 36/II, MK. m. 452/II.

¹⁰⁸⁰ Bkz. **SONNABEND**, 118.

beyanında bulunan kimsenin sorumluluğunu düzenleyen BGB §122'nin ilk fıkrasında; aynı şekilde, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen §179'un ikinci fıkrasında, sözkonusu hallerde doğan tazminat talebinin müspet zarar tutarını aşamayacağı hükme bağlanmıştır¹⁰⁸¹. Böylece Alman hukukunda bir yandan dogmatik temelleri farklı iki zarar türünün varlığı kabul edilmiş olmakta; diğer yandan sözkonusu zarar türlerinden birisi diğerinin üst meblağı ile sınırlı tutularak, her iki tür zarar bir yerde iç içe sokulmaktadır. Oysa Türk/İsviçre hukuk sisteminde benzer bir sınırlandırmaya rastlanılmamaktadır¹⁰⁸². Buna göre bizim hukuk sistemimiz bakımından tazmini talep edilebilecek menfi zararın tutarı, müspet zararın tutarından daha düşük olabileceği gibi, ona eşit veya ondan daha fazla olabilir¹⁰⁸³; çünkü menfi zarar ve müspet zarar, dogmatik temelleri birbirinden farklı olan ve zararlı sonuca yol açan ihlâl fiillerinin de farklı kategorilerde değerlendirilmesi icap eden iki ayrı türde zararı ifade eder¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ İmkânsız edim vaadinden doğan sorumluluğu düzenleyen eski BGB §307 de, ilk fıkrasında benzer bir sınırlamayı öngörmekteydi. Ancak Almanya'da 2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun ile imkânsızlık hukuku köklü bir değişikliğe uğratılırken sözkonusu hüküm de kaldırılmıştır.

¹⁰⁸² Doktrin, Türk hukukunda ilan yoluyla vadeleri düzenleyen BK. m. 8 hükmünün böyle bir sınırlamayı ihtiva ettiğini belirtmektedir. Gerçekten sözkonusu maddenin ikinci fıkrasına göre vaadde bulunan, karşılığında bir vaadde bulunduğu iş veya şey meydana gelmeksizin vaadinden dönerse "vaadettiği bedeli tecavüz etmemek üzere diğerlerinin hüsnüniyetle yaptığı masrafları ödemeye mecburdur".

¹⁰⁸³ **BUZ**, 278; **OĞUZMAN/ÖZ**, 342; **GONZENBACH**, 212. Kutlu Sungurbey, menfi zarar kalemleri arasında bir ayırım yapmakta; buna göre, menfi zarar kapsamındaki fiili zararların müspet zarar tutarına eşit veya ondan fazla olabileceğini kabul ederken, mahrum kalınan kazançlar şeklinde ortaya çıkan menfi zarar kaleminin müspet zararla sınırlı olduğunu ileri sürmektedir, bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 154-155.

¹⁰⁸⁴ " ... menfi zarar ile müspet zarar, farklı yöntemlere göre hesaplanan, illiyet bağının farklı noktalara dayandığı ayrı zararlardır" (**BUZ**, 278). "Öğretideki çoğunluk tarafından benimsendiği görülen ikinci

Gerçekten müspet zararı doğuran ihlâl fiili, geçerli bir sözleşme ilişkisi içerisinde ortaya çıkan bir ifa ihlâlidir; buna karşılık menfi zararı doğuran ihlâl fiili, sözleşmenin kurulup kurulmamasından, geçerliliğinden ve ifasından bağımsız bir güven ihlâlidir. Hal böyle olunca menfi zarar kapsamında değerlendirilmesi ve tazmin edilmesi gereken zarar da, güveni ihlâl eden davranışla illiyet bağı içerisinde bulunan her türlü zarar olarak belirir¹⁰⁸⁵; bu zararın tazmini talebinin, ifa menfaatine tekabül eden müspet zarar tutarı ile sınırlandırılması için "her vâkıa bakımından genel geçerliliği olan" bir sebep yoktur¹⁰⁸⁶.

Bu noktada gerek culpa in contrahendo tazminatının menfi zararlar, gerek menfi zararın müspet zararlarla sınırlı tutulup tutulmayacağı meselesinin her somut culpa in contrahendo vâkiası bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkar¹⁰⁸⁷. Örneğin, yetkisiz temsilci kusurlu olmasa dahi BK. m. 39/I'ye göre tazmini talep edilebilen menfi zarar tutarının, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca sadece kusurlu yetkisiz temsilciden talep edilebilecek "daha fazla zarar ve ziyarı" karşılayan tazminata

görüş şu noktadan hareket ediyor: Olumlu ve olumsuz tazminat kavramları, farklı olgulardan doğan, iki ayrı ve bağımsız tazminat biçimini ifade eder" (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 362).

¹⁰⁸⁵ **BUCHER**, AT, 379 dpn. 200.

¹⁰⁸⁶ Örneğin, bir malı (S1)'den 5 milyon liraya satın alan (A), aynı malı, kendisine 3 milyon liraya satmayı teklif eden (S2)'nin icabını -(S1) ile daha önce kurduğu sözleşme sebebiyle- reddetmiş olsa, fakat daha sonra (S1) ile kurduğu sözleşmenin örneğin hata sebebiyle iptali yüzünden piyasadan 6 milyon liraya almak zorunda kalsa, (A)'nın müspet zararı: 6 milyon – 5 milyon = 1 milyon lira iken, menfi zararı: 6 milyon - 3 milyon = 3 milyon lira olur (benzer örnekler için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, 342 dpn. 251; **KUTLU SUNGURBEY**, 153). Burada (A)'nın menfi zararını müspet zarar tutarına indirmek için bir sebep yoktur.

¹⁰⁸⁷ Somut bazı culpa in contrahendo vâkıalarında tazminatın kapsamına ilişkin çeşitli değerlendirmeler için bkz. **HUANG**, 60 vd.

ulaşmaması icap eder¹⁰⁸⁸. Yine doktrinde kendi kusuruyla hataya düşülmesi veya üçüncü kişinin tehdidi sebebiyle sözleşmenin iptali durumunda tazminine hükmedilecek menfi zararın müspet zarar miktarı ile sınırlı tutulması gerektiği; aksi halde iradesi sakatlanan kimsenin sözleşmeyle bağlı olmayı bağlı olmamaya tercih edeceği, böylece ona tanınmış olan sözleşmeyle bağlı olmamayı ileri sürme hakkının kullanılmasının imkânsızlaşacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁸⁹. Fakat özellikle karşı tarafın hilesi veya diğer tarafa zarar vermek kastıyla hareket etmesi durumunda menfi zararın müspet zarardan fazla olan kısmının da tazminine hükmedilebileceği belirtilmektedir¹⁰⁹⁰. Genel itibariyle, sözleşmenin hiç kurulmamış olduğu culpa in contrahendo vâkıalarında örneğin, sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşme yapılması veya görüşmelerin dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesilmesi hallerinde ise tazmini gereken zararın menfi zararla sınırlı olduğu kabul edilebilir¹⁰⁹¹. Buna karşılık, sözleşmenin elverişliliğinin azalması sonucunu doğuran culpa in contrahendo vâkıalarında, örneğin, açıklama ve özenli şekilde bilgi verme yükümlülüklerinin ihlâlinde böyle bir sınırlama yapılamaz¹⁰⁹².

Görüldüğü gibi, culpa in contrahendo tazminatının kapsamına ilişkin bazı teorik esaslar ortaya koyulsa da, sonuç itibariyle bu tazminatın tam kapsamını tayin etmek durumunda olan hakimin, BK. m. 43/T'de öngörüldüğü üzere "hal ve mevkiin icabı" ve "hatanın ağırlığı" ölçülerine göre hareket etmesi kaçınılmazdır. Nitekim doktrinde

¹⁰⁸⁸ KUTLU SUNGURBEY, 152.

¹⁰⁸⁹ **TANDOĞAN**, 429. Aynı yönde bkz. **von TUHR**, 291.

¹⁰⁹⁰ TANDOĞAN, 428.

¹⁰⁹¹ **KORNAU**, 131.

¹⁰⁹² **KORNAU**, 130.

sorumluluk sujesinin ağır kusurlu olması durumu, BK. m. 26/II hükmünün tipik bir uygulama alanı olarak gösterilmektedir¹⁰⁹³. Aynı şekilde BK. m. 44 hükmü uyarınca, "zarar görenin zarara rızası", "ortak kusuru" veya "hafif kusurlu tazminat borçlusunun ödeyeceği tazminat sonucu müzayakaya düşüp düşmeyeceği" hususları da, haksız fiil ve sözleşme tazminatlarının kapsamının belirlenmesinde dikkate alındığı gibi, culpa in contrahendo tazminatının kapsamının belirlenmesinde de dikkate alınır. Bu bakımdan doktrinde menfi zarar – müspet zarar ayrımı aleyhine ileri sürülen, böyle bir ayrımın "tazminatın kusura göre ve hakkaniyet çerçevesinde belirlenmesi" esasını "sert ve köşeli tazminat kuralları"na dönüştürdüğü¹⁰⁹⁴; menfi zarar kavramının zihinlere berraklık ve açıklık getirmekten ziyade ayrı bir tereddüt ve şüphe kaynağı oluşturduğu¹⁰⁹⁵ iddiasının, en azından culpa in contrahendo vâkıaları için¹⁰⁹⁶, tümüyle isabetli olduğu söylenemez.

¹⁰⁹³ von TUHR, 291; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 364; TUNÇOMAĞ, 350.

¹⁰⁹⁴ Serozan, menfi zarar – müspet zarar ayrımının, yapay bir ayrım olduğunu; zararın tutarını sebebine göre belirleyen bu anlayış yüzünden "tazminatın kusura göre ve hakkaniyet çerçevesinde belirlenmesi" esasının "sert ve köşeli tazminat kuralları"na dönüştürüldüğü belirtmektedir (bkz. SEROZAN, Dönme, 639). Oysa yazara göre, "zararın nedeni ister sözleşmenin geçersizliğine yol açmadan oluşsun, ister sözleşmenin ifa edilmemesinden oluşsun, bu zararın hangi ölçüde giderileceği sorunu, BY mad. 43 I kuralında öngörüldüğü gibi, 'hal ve mevkiin icabına ve kusurun ağırlığına göre' çözümlenmelidir" (SEROZAN, Dönme, 640; ayrıca bkz. SEROZAN, 127 vd.). Yine doktrinde menfi zarar – müspet zarar arasında teorik açıdan bir ayrım yapmak mümkün olsa da, pratikte menfi zararın tam ve doğru şekilde hesaplanmasının güç olduğu; "çünkü tipik menfi zarar kalemleri olarak gösterilen zarar kalemlerinin tamamının aynı zamanda müspet zararın da kapsamına dahil olabileceği ifade edilmektedir"; söz konusu bu iddialar hakkında bkz. BUZ, 258. Ayrıca menfi zararı oluşturan kalemlerle müspet zarar kalemleri arasındaki paralelliğe ilişkin olarak doktrinde verilen örnekler için bkz. BUZ, 263 dpn. 78.

¹⁰⁹⁵ Bkz. POSTACIOĞLU, 936.

¹⁰⁹⁶ Menfi zararın tazmininin söz konusu edilebileceği bir diğer durum olan "tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü (BK. m. 106, m. 108/II)" noktasında mesele ayrıca tartışılabilir. Bu konuda bkz. BUZ, 258 vd.

Culpa in contrahendo vâkıalarında, hakim, tazminatın tutarını hesaplarken öncelikle menfi zarar kalemlerini gözönünde bulundurur; böyle bir tutum, teorik açıdan, haklı güvenin ihlâlüne dayanan bir sorumluluk anlayışının tabii bir sonucudur. Pratik açıdan ise, kanaatimizce, menfi zarar kalemlerinin öncelikle gözetilmesi, hakim için bir "terüddüt ve şüphe kaynağı"ndan ziyade, bir hareket noktası oluşturur. Fakat sırf menfi zararın tazmininin somut olay adaletine uygun düşmediği durumlarda hakim, BK. m. 26/II ve m. 39/II hükümlerini kıyasen uygulayarak, müspet zarar tutarına erişen, belki bunu dahi aşan bir meblağa hükmetme serbestisine sahiptir. Ayrıca tazminat tutarı, her halükarda BK. m. 43 ve m. 44'de öngörülen esaslar dikkate alınarak belirlenir. Böylece hakime tazminatı hesaplarken ihtiyaç duyduğu esneklik ve hareket serbestisi, menfi zarar – müspet zarar ayrımının kabul gördüğü bir sistemde de sağlanmış olur.

Bu noktada, hakkaniyet gerektirdiği için menfi zararı aşan hatta müspet zarar tutarına ulaşan bir tazminatın sözkonusu olduğu culpa in contrahendo vâkıalarında dahi, pozitif güven korumasından bahsedilemeyeceği özellikle vurgulanmalıdır. Gerçekten, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında müspet zararın tazmini, güvenen kişinin güvendiği duruma uygun hale getirilmesi veya güvendiği durumun muhafaza edilmesi anlamına gelmez. Örneğin, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının düzeltilmesi ve bu bağlamda şekle aykırılık iddiasının dinlenmemesi veya irade beyanlarının güven teorisine uygun yorumlanarak güvenen kişinin güveninin korunması ve işlemin onun anladığı gibi kurulduğunun kabul edilmesi gibi durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğu yoktur; dolayısıyla bu sorumluluk gereğince müspet zararın tazmin edildiğinden de bahsedilemez. Bu gibi hallerde güveni korunan kişi gerekiyorsa ifa davası açabilir ve edim menfaatini doğrudan doğruya talep edebilir. Oysa culpa in

contrahendo sorumluluğu uyarınca hakkaniyet gerektirdiği için müspet zararı bulan bir tazminata hükmedilmişse, ifa menfaati "ifa davası yoluyla değil, tazminat davası yoluyla" dolaylı olarak karşılanmış olur.

Menfi zarar – müspet zarar ayrımı, sadece saf malvarlığı zararları gözetilerek ve tazminat ilişkisinin tarafları arasında bir sözleşmenin kurulduğu veya sözleşme kurulması ihtimalinin bulunduğu kabul edilerek yapılan bir ayrımıdır. Bu bakımdan bütünlük menfaatlerinin ihlâl edildiği culpa in contrahendo vâkıaları ile üçüncü kişinin culpa in contrahendodan sorumlu tutulduğu vâkıalarda sorumluluğun kapsamı belirlenirken, böyle bir ayrım dikkate alınmaz. Gerçekten bütünlük menfaatlerinin ihlâli sözkonusu olduğunda sorumluluğun kapsamı, haksız fiil sorumluluğundaki gibi, doğrudan doğruya uygun illiyet bağı teorisinin gerektirdiği anlayış doğrultusunda ve tazminatın hesaplanmasında dikkate alınan diğer genel ilke ve esaslar çerçevesinde belirlenir. Aynı şekilde üçüncü kişinin culpa in contrahendodan sorumlu tutulduğu vâkıalarda da tazmini gereken zarar, güveni ihlâl eden davranışın uygun sonucu olan zararlar, kısaca, güven zararlarıdır. Fakat bu tür güven zararlarının, menfi zarar kavramının dışında değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmek gerekir¹⁰⁹⁷; zira burada tazminat borçlusu ile alacaklısı arasında bir sözleşme veya görüşme ilişkisi hiç kurulmamış, hatta böyle bir ilişkinin kurulması hiç amaçlanmamıştır¹⁰⁹⁸. Bu bakımdan sözkonusu vâkıalardaki güven zararları, koruma yükümü ihlâl edilmiş olmasaydı meydana gelmeyecek olan zararlara işaret etmekte¹⁰⁹⁹ ve bu zararların tazmini

¹⁰⁹⁷ **KIRCA**, 207 ve aynı sayfada dpn. 1121.

¹⁰⁹⁸ **MOSER**, 188.

¹⁰⁹⁹ **KIRCA**, 207.

doktrinde "korunma veya dürüstlük menfaatinin tazmini (Ersatz des Erhaltungs- oder Integritätsinteresses) olarak da ifade edilmektedir¹¹⁰⁰. Buna göre örneğin, üçüncü kişinin, kendi aralarındaki bir ilişki gereğince görüşmecilerden birine özensiz şekilde bilgi vermesi sonucu, diğer görüşmeci zarara uğramışsa, zarara uğrayan, bilgi veren üçüncü kişiden "bilgi doğru verilseydi uğramayacağı zararların tazminini" ister¹¹⁰¹.

§ 10- YARDIMCI KİŞİLERDEN SORUMLULUK, ZAMANAŞIMI VE İSPAT YÜKÜ

I- YARDIMCI KİŞİLERDEN SORUMLULUK

Sözleşme görüşmeleri ilişkisinde tarafların yardımcı kişi kullanmaları mümkündür. Örneğin bir mağaza sahibi, mağazasında çalıştırdığı tezgâhtarın; bir terzi veya marangoz, yanında yetiştirmekte olduğu kalfanın, çırağın; bir banka, müdürden güvenlik görevlisine kadar çeşitli birimlerinde ve farklı kademelerde istihdam ettiği banka görevlilerinin aracılığıyla sözleşme görüşmelerini yürütebilir. Bu yardımcı kişilerin karşı görüşmeciye bir zarara uğratmaları halinde onu kullanan tarafın sorumluluğunun hangi hükümlere tâbi olacağı, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin teorik tartışmaları pratik bakımdan da önemli hale getiren, hatta bu tartışmalarla varılacak neticeyi etkileyen başlıca meselelerden birisidir.

Türk/İsviçre borçlar hukuku sistemi bir işin görülmesinde başkasını çalıştıran (yardımcı kullanan) kişilerin, yardımcılarının başkalarına vermiş oldukları zararlardan

¹¹⁰⁰ Bkz. **MOSER**, 188.

¹¹⁰¹ "Örneğin, banka, işletmenin iflas etmesi üzerine geri alamadığı krediyi, faiziyle birlikte bilgi verenden talep edebilir. Çünkü banka, bilgi verene güvenmeseydi işletmeye kredi vermeyecek ve bunu geri alamaması söz konusu olmayacaktı" (**KIRCA**, 207).

sorumluluklarını, "sorumluluk sujesi ile zarar gören arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin mevcut olup olmamasına göre" iki farklı hükümde düzenlemiştir. Bu iki farklı hükümden biri BK. / OR m. 55, diğeri BK. m. 100 / OR m. 101'dir. BK. / OR m. 55, sorumluluk sujesi (başkasını çalıştıran, yardımcı kullanan) ile zarar gören arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda; BK. m. 100 / OR m. 101 ise, sorumluluk sujesi ile zarar gören arasında önceden mevcut bir borç ilişkisinin bulunduğu durumlarda uygulama alanı bulur. Daha açık bir ifadeyle, 55. madde "haksız fiil sahası içerisinde başkasını çalıştıran kişinin sorumluluğunu" düzenlerken; 100. madde, "mevcut bir borç ilişkisi içerisinde haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken yardımcı kullanan kişinin sorumluluğunu" düzenlemektedir. Hal böyle olunca, sözleşme görüşmelerinde yardımcı kişinin karşı görüşmeciye verdiği zararlardan sorumluluk meselesinin de, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin benimsenen görüş doğrultusunda çözümleneceği söylenebilir. Buna göre, yardımcı kişilerden sorumluluk, culpa in contrahendonun haksız fiil olarak nitelendirilmesi durumunda BK. m. 55 hükmüne; mevcut bir borç ilişkisine aykırılık olarak nitelendirilmesi durumunda ise BK. m. 100 hükmüne tâbi olmalıdır. Fakat culpa in contrahendo sorumluluğunu karma bir görüş ile açıklamaya çalışan¹¹⁰², hatta culpa in contrahendoda haksız fiil karakteri gören bazı yazarların¹¹⁰³ dahi yardımcı kişilerden sorumluluk meselesine, BK. / OR m. 55'in dışında bir çözüm getirmek istedikleri görülmektedir. Bunun sebebinin, sorumluluktan kurtuluş imkânı bakımından 55. madde ile 100. madde arasındaki farklılıkta aranması gerekir.

¹¹⁰² Bkz. SCHÖNENBERG/JÄGGI, 406; BUCHER, AT, 288.

¹¹⁰³ Bkz. PIOTET, 74 vd.

Borçlar Kanununun 55. maddesi, kusursuz (objektif) bir sorumluluğu düzenlemektedir; fakat bu, "kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olan" türde bir kusursuz sorumluluk halidir. Buna göre BK. m. 55 gereğince sorumlu olan kişi, çalıştırdığı kişinin seçilmesine, denetlenmesine ve ona talimat verilmesine ilişkin objektif özen borcunu yerine getirdiğini veya sözkonusu özen borcunu yerine getirseydi dahi yine de zararın vuku bulacağını ispatlamakla sorumluluktan kurtulur. Görüldüğü gibi 55. maddede, her ne kadar kusursuz bir sorumluluğa yer verilmiş ise de, bu kusursuz sorumluluk en hafif hali ile düzenlenmiştir. Oysa BK. m. 100, kusursuz bir sorumluluk olup olmadığı tartışmalı bulunan¹¹⁰⁴, fakat sorumluluk sujesine kurtuluş kanıtı getirme imkânı vermediği kesinlikle kabul edilen¹¹⁰⁵ bir sorumluluk halini düzenlemektedir. Buna göre sorumluluğun doğumu için gerekli şartlar ortaya çıkmışsa, yardımcı kullanan kişi, kurtuluş kanıtı getirme imkânına sahip olmaksızın, yardımcısının verdiği zararlardan sorumludur. Üstelik doktrindeki hakim görüş uyarınca, sözkonusu sorumluluğun doğumu, ne yardımcı kullanan kişinin, ne de yardımcının "gerçek" kusuruna bağlıdır; burada sadece yardımcı kullanan kişinin "farazi kusurlu" olması yeterlidir¹¹⁰⁶. Yardımcı kullanan kişinin farazi kusurlu olması, yardımcı kişinin davranışının, ona kusur olarak yükletilebilmesini ifade eder. Daha açık bir deyişle, "yardımcı kişinin zarar verici davranışında bizzat borçlu bulunmuş olsa idi, bu davranış

¹¹⁰⁴ BK. m. 100'de düzenlenen sorumluluğun borçlunun veya yardımcı kişinin kusurunu gerektirip gerektirmediği hususundaki tartışmalar için bkz. **ŞENOCAK**, 203 vd.; **EREN**, 1037 vd.; **TANDOĞAN**, 443 vd.

¹¹⁰⁵ Bkz. **TANDOĞAN**, 446.

¹¹⁰⁶ **ŞENOCAK**, 210.

onun için kusurlu sayılacak idiyse, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur"¹¹⁰⁷. Böylece yardımcı kullanan kişi, yardımcısının karşı tarafa vermiş olduğu zararlardan, "bu zararı kendisi vermiş gibi" sorumlu tutulur; Borçlar Kanunu m. 55'deki durumun aksine, yardımcısını seçmede, denetlemede ve ona talimat vermede özenli davrandığını ispatlayarak da bu sorumluluktan kurtulamaz.

Görüldüğü gibi, BK. m. 100'de m. 55'e nispetle daha ağır biçimde düzenlenen sorumluluk, günümüzün eskiye oranla çok daha büyük, geniş kapsamlı, iktisadi yönden güçlü işletmelerinin sahiplerinin, çalıştırdıkları personelin davranışlarından sorumluluklarına daha uygun düşmektedir. Özellikle bugünkü yoğun, karmaşık, teknik iş ve ticaret hayatının çok sayıda personel çalıştırmayı kaçınılmaz kılması; buna bağlı olarak, sözkonusu personeli çalıştıran kişinin bundan elde ettiği nimetin fazlasıyla büyümesi, bu nimet karşılığında üstlenilen külfetin de ağırlaşmasını gerektirir. Bu durumda işyeri sahipleri, yanlarında çalıştırdıkları kişilerin zarar verici davranışlarının sorumluluğundan, onları seçmede, denetlemede, onlara talimat vermede özenli davrandıklarını ispatlamakla kolayca kurtulamamalıdır. Aksi halde, zarar gören, zararının tazminini sadece, kusurlu davranışıyla zarara yol açan, fakat büyük işyeri sahiplerine göre mali açıdan çok daha zayıf durumdaki yardımcı personelden istemek zorunda kalır ki, bu durum, kimi zaman zararın gereği gibi tazmin edilememesi sonucunu doğurur. Bu sebeple, culpa in contrahendoda haksız fiil karakteri gören bazı yazarların dahi culpa in contrahendo teorisi bağlamında yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluk meselesini BK. / OR m. 55 kapsamına dahil etmekten

¹¹⁰⁷ EREN, 1038.

kaçındıkları görülmektedir¹¹⁰⁸. Fakat sözkonusu yazarlar, sözleşme görüşmeleri ilişkisini özel bir bağlantı, bir borç ilişkisi olarak nitelendirmediklerinden, BK. m. 100 / OR m. 101 hükmünün culpa in contrahendonun bünyesine uygun düştüğünü de kabul etmemektedirler¹¹⁰⁹. Bu noktada sözkonusu yazarlar "yardımcı kişi kullanan aleyhine akit öncesi kendine özgü bir sorumluluk"tan bahsetmekte¹¹¹⁰ ve bu sorumluluğu vasıtanın hatasına ilişkin BK. / OR m. 27'e dayandırmaktadırlar. Buna göre "başkasının fiilinden dolayı sui generis akit öncesi sorumluluk, bizzat kanun tarafından rıza fesadı halleri için öngörülmüştür"¹¹¹¹; üstelik bu sorumluluk çerçevesinde de iş sahibi, herhangi bir kurtuluş kanıtı getirme imkânından yoksun olarak, kullandığı yardımcı kişinin her türlü kusurunu sanki kendi kusuruymuşçasına üstlenmek zorundadır¹¹¹². Böylece vasıtanın yaptığı hatayı doğrudan tarafların hatası olarak düzenleyen ve vasıta kullanan şahsı bununla bağlı tutan BK. / OR m. 27, culpa in contrahendo hallerinin tamamına uygulanabilecek genel bir hüküm olarak gösterilmiş olmaktadır.

¹¹⁰⁸ Bkz. **PIOTET**, 74 vd.

¹¹⁰⁹ Dürüstlük kuralının, ihlâli BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırılık yaratan bir temel koruma normu oluşturduğunu ileri sürdüğü için culpa in contrahendoda da haksız fiil karakteri gören Keller ise, sözleşme görüşmelerinde yardımcı kullanan kişinin sorumluluğuna BK. m. 100 / OR m. 101 hükmünün uygun düştüğünü kabul etmektedir (bkz. **KELLER/GABI**, 165). Gerçekten Keller'e göre, dürüstlük kuralı, ancak, taraflar arasında "özel bir bağlantı"nın varlığı durumunda uygulama alanı bulur ve sözleşme görüşmeleri de bu özel bağlantının ortaya çıktığı hallerden birisidir, bkz. yukarıda § 5, II, A, 3.

¹¹¹⁰ La responsabilité précontractuelle sui generis du fait d'autrui, bkz. **PIOTET**, 74 vd. (**SCHLEE**H, 60'dan naklen).

¹¹¹¹ **PIOTET**, 74 vd. (**ADAL**, 30'dan naklen).

¹¹¹² **PIOTET**, 80, 82 (**SCHLEE**H, 60'dan naklen).

Oysa, culpa in contrahendonun hile ile mukayesesini yaparken ortaya koyduğumuz gibi¹¹¹³, yöneldikleri amaç, korumayı hedefledikleri menfaatler bakımından kanunun irade sakatlığı hallerine ilişkin düzenlemeleri ile culpa in contrahendo teorisi, birbirlerinden esaslı şekilde farklıdır. Esas amacı iradenin serbestçe oluşumunu korumak olan irade sakatlığına dair hükümlerin bir tazminat meselesinin çözümüne aynen uygulanmak istenmesi, bir yorum hatasının sonucudur¹¹¹⁴. Gerçi irade sakatlığına sebebiyet vermek kimi durumlarda, culpa in contrahendo oluşturabilir; dolayısıyla culpa in contrahendo esasınca zararın tazminine dair bir mesele olarak ayrıca ele alınabilir¹¹¹⁵. Hatta BK. m. 26/II'de olduğu gibi, irade sakatlığı neticesinde de olsa, doğrudan bir zararın tazmini meselesinin çözümüne yönelmiş kimi hükümler, bünyesine uygun düştüğü ölçüde diğer culpa in contrahendo hallerine de kıyasen uygulanabilir¹¹¹⁶. Fakat BK. m. 27 hükmü, esasen bir tazminat yükümlülüğünü ihtiva etmemektedir. Bu hüküm sadece, beyan hatasına dair BK. m. 23 vd.'de yer alan hükümlerin, vasitanın hatası durumunda da sözkonusu edileceğini belirtmektedir¹¹¹⁷. Buna göre beyan hatası sebebiyle sözleşmenin iptali neticesinde ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünün vasitanın hatası durumunda tâbi olacağı hüküm de, yine BK. / OR m. 55 veya BK. m. 100 / OR m. 101 olmalıdır. Sözkonusu meselenin çözümü bakımından üçüncü bir yol mevcut değildir.

¹¹¹³ Bkz. yukarıda § 3, I.

¹¹¹⁴ ŞENOCAK, 271.

¹¹¹⁵ Bkz. yukarıda § 7, III, B, 1, d.

¹¹¹⁶ Bkz. yukarıda § 9, III.

¹¹¹⁷ YALMAN, 112.

Esasen, sözleşme görüşmelerinde yardımcı kullananın sorumluluğu meselesine âdil bir çözüm bulmak için BK. m. 100'ün dışında bir hüküm aramaya gerek yoktur. Zira BK. m. 100, kurtuluş kanıtı getirme imkânını tanımayan bir sorumluluğu düzenlemesi sebebiyle günümüzün iktisadi yönden güçlü işletmelerinin yardımcı personelin davranışlarından sorumluluklarına uygun düşmektedir. Ayrıca sözleşme görüşmeleri ilişkisinin niteliği, bu görüşmelerde yardımcı kullanan kimsenin sorumluluğunun BK. m. 100'e tâbi kılınmasını gerektirmektedir. Gerçekten sözleşme görüşmeleri, BK. m. 100'nin metninde ortaya koyulduğu gibi "bir borcun ifasının veya borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasının" sözkonusu olduğu bir ilişkiye tekabül etmektedir; çünkü modern borçlar hukuku öğretisi, borç ilişkisi kavramını edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini de kapsayacak şekilde tanımlamakta ve sözleşme görüşmeleri ilişkisinin de edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi olduğunu kabul etmektedir. Böylece sözleşme görüşmeleri ilişkisi, BK. m. 100'ün uygulanabileceği çeşitli borç ilişkilerinden birisi olarak ortaya çıkar¹¹¹⁸.

Borçlar Kanununun 100. maddesinde yer alan sorumluluğun culpa in contrahendo vâkıalarında da uygulanabilmesi, sözkonusu sorumluluğun doğumu için gerekli olan şartların gerçekleşmesine bağlıdır. O halde sözleşme görüşmecisinin BK. m. 100 hükmü uyarınca sorumlu tutulması, ancak yardımcı kişinin davranışının ona farazi kusur olarak yükletilebilmesi ile mümkündür. Farazi kusur tespit edilirken, sözleşme görüşmecisinin kişisel bilgi ve yeteneklerinin, yardımcı kişinin bilgi ve yetenekleri karşısındaki durumu özel olarak dikkate alınır. Buna göre, sözleşme

¹¹¹⁸ Bkz. **EREN**, 1029; **ŞENOCAK**, 277.

görüşmecisinin kişisel bilgi ve yetenekleri yardımcı kişininkinden üstün ise, yardımcı kişi için kusurlu sayılamayan bir davranışın sözleşme görüşmecisi için kusurlu sayılması mümkündür. "Buna karşılık, yardımcı kişi yönünden kusurlu sayılan bir davranış, borçlu tarafından yapılmış olsaydı, bu, borçlu için kusur sayılmayacak idiyse, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olmaz"¹¹¹⁹. Böyle bir durumda ancak, "kendi lehine özel ölçüde bir kişisel güven yaratan" yardımcı kişinin culpa in contrahendodan sorumlu tutulması düşünülebilir; başka bir deyişle, üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu üzerinde durulabilir¹¹²⁰.

Sözleşme görüşmecisinin farazi kusuruna hükmedilebilen durumlarda, onun, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. O, ancak yardımcı kişinin davranışıyla zarar arasındaki illiyet bağının, bizzat karşı görüşmecinin kusuru veya bir mücbir sebep tarafından kesildiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹¹²¹. Buna karşılık, BK. m. 100/II'de, taraflara yardımcı kişilerin davranışlarından sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı tanınmıştır; o halde aynı imkânın yardımcı kişilerden sorumlulukları noktasında sözleşme görüşmecilerine de tanınması gerekir. Gerçekten BK. m. 100'deki sorumluluk, taraflar arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığı halinde uygulandığından, bu sorumluluğun işletilmesini gerektiren bir zararın doğumundan önce tarafların, aralarında bir sorumsuzluk anlaşması yapmış

¹¹¹⁹ **EREN**, 1038-1039. İsviçre Federal Mahkemesi ise bir kararında, ifa yardımcısının bilgisi dahilinde bulunan her türlü hususun borçluya isnad edilmesi gerektiğini belirtmektedir (bkz. BGE 90 II 21, **GONZENBACH**, 162; **ŞENOCAK**, 285). Bu karara göre "yardımcı kişinin bilgisinin fazla olması durumunda da, onun bizzat sahip olduğu bilgi nedeniyle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden davranışının sebep olduğu zarardan, müstakbel âkid sorumlu tutulmalıdır" (**ŞENOCAK**, 285).

¹¹²⁰ Bkz. yukarıda § 9, II, B.

¹¹²¹ **TANDOĞAN**, 450 dpn. 67.

olmaları mümkündür. Sözleşme görüşmeleri ilişkisi de zararın vukuundan önce kurulmuş somut bir borç ilişki niteliğindedir; dolayısıyla sözleşme görüşmecileri, birbirlerine karşı belirli bir veya birkaç kişi durumundadırlar. Bu sebeple görüşmeler sırasında tarafların, BK. m. 100/III'de öngörülen sınırlar dahilinde bir sorumsuzluk anlaşması yapmış olabilecekleri, en azından teorik olarak, kabul edilebilir. Nitekim doktrinde haksız fiil sahası içerisinde dahi, belli bazı sınırlarla sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceğini teorik açıdan mümkün gören yazarlar bulunmaktadır¹¹²².

Doktrinde yardımcı kişilerden sorumluluğun doğumu için, ifa fiiliyle zarar arasında fonksiyonel bir bağlılığın bulunması gerektiği de belirtilmektedir. Buna göre, yardımcı kişinin zarara sebebiyet veren davranışı, "borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri" ihlâl etmelidir¹¹²³. O halde, sözkonusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin neler olduğu meselesi ile yakından ilgilidir. Modern borçlar hukuku öğretisi, borç ilişkisinin taraflarını, birbirlerinin edim menfaatlerinin dışında kalan kişi ve mal varlığı değerlerini de korumakla yükümlü tuttuğundan, ifa yardımcısının davranışının bu türde bir hukuki değeri ihlâl etmesi halinde de BK. m.

¹¹²² Bkz. **AKMAN**, 111 vd. Akman'a göre, "zarar görenin haksız fiile gösterdiği rızanın geçerli olduğu hallerde, tek taraflı hukuki işlem olan ve her zaman yine tek taraflı olarak geri alınabilen rıza yerine, tarafların bir sorumsuzluk anlaşması yapmaları pekala mümkündür" (**AKMAN**, 113). Bu anlayış doğrultusunda yazar, şahısvarlığına verilecek zararlar hakkında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını kural olarak geçersiz kabul ederken (bkz. **AKMAN**, 114); malvarlığına verilecek zararlar hakkında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını geçerli kabul etmektedir (bkz. **AKMAN**, 115). Fakat böyle bir halde dahi, "ortada haksız veya hukuka aykırı bir fiil hiç bulunmadığından, sorumsuzluk anlaşmasından bahsetmek gereksiz ve teorik kalmaya mahkumdur" (**AKMAN**, 115).

¹¹²³ **ŞENOCAK**, 170.

100 hükmü uygulama alanı bulur. Bu noktada doktrinin, "ifa vesilesiyle" verilen zararların borcun ihlâli hükümlerince tazmin edilip edilemeyeceği hususunu tartışma konusu yaptığı görülmektedir¹¹²⁴. Biz, esasen akdin müspet ihlâli kapsamında çözümlenmesi gereken bu meseleyi, yine akdin müspet ihlâli bakımından benimsediğimiz görüş doğrultusunda değerlendirmekte¹¹²⁵ ve yardımcı kişi tarafından "ifa vesile kılınarak" gerçekleştirilen kişi ve mal varlığı ihlâllerinin de BK. m. 100'deki sorumluluğa yol açacağını düşünmekteyiz. Buna göre borçlu, yardımcı kişinin, örneğin tamir için gittiği evde hırsızlık yapmasından veya karşı tarafı ya da onun koruma sahası içerisinde bulunan eşi, çocuğu, hizmetçisi gibi üçüncü bir kimseyi yaralamasından sorumludur¹¹²⁶. İfa vesilesiyle verilen zararların doğrudan doğruya ifa fiili ile ilgili olmadıkları gerekçesiyle BK. m. 100'deki sorumluluk kapsamında tazmin edilemeyeceğini savunmak, borç ilişkisinin aynı zamanda bir güven ilişkisi olma niteliğinin görmezden gelinmesi ve basit bir edim ilişkisine indirgenmesi anlamını taşır¹¹²⁷. Bu değerlendirme doğrultusunda, sözleşme görüşmecileri de kullandıkları yardımcı kişilerin "görüşmeler vesilesiyle" gerçekleştirdikleri ihlâllerden, BK. m. 100 uyarınca sorumlu tutulmalıdır.

¹¹²⁴ Söz konusu tartışmalar için bkz. **ŞENOCAK**, 171 vd.

¹¹²⁵ Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

¹¹²⁶ Aynı görüş için bkz. **ŞENOCAK**, 201.

¹¹²⁷ "Böyle bir görüş, borç ve sözleşme ilişkisine halâ tek gözle bakan ve bu ilişkiyi yalnız edim yükümlülüklerinden ibaret sayan, bu suretle de modern borç ilişkisi anlayışı dışında kalan, 19 ncu Yüzyıl sonu ile 20 nci Yüzyıl başındaki telâkkiye sadık bir görüşten başka bir şey değildir" (**EREN**, 1037).

II- ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunumuz farklı sebeplerden doğan sorumlulukları, farklı zamanaşımı sürelerine tâbi tutmuştur. Gerçekten Kanun, 60. maddesinde sadece haksız fiil sorumluluğu için 1 yıllık kısa ve 10 yıllık uzun zamanaşımı süreleri öngörmüş¹¹²⁸; buna karşılık 125. maddesinde, aksi kanunda ayrıca düzenlenmemiş ise, her davanın 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olduğunu belirtmiştir. Borçlar Kanununun 125. maddesinde yer alan bu 10 yıllık süre, sözleşme sorumluluğunda da uygulanan genel bir zamanaşımı süresidir. Culpa in contrahendo vâkıalarında taraflar arasında bulunan özel bağlantı, bu bağlantıdan doğan yükümlülüklerin ihlâline sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanmasını haklı kıldığından¹¹²⁹, culpa in contrahendo sorumluluğu da BK. m. 125'de öngörülen zamanaşımı süresine tâbidir. Buna göre, culpa in contrahendodan doğan talep hakları, 10 yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna uygulanan bu zamanaşımı süresinin tek istisnasını MK. m. 452/II'de düzenlenen sorumluluk oluşturur. Esasında, kendisini gerçeğe aykırı biçimde ehil gösteren vesayet altındaki kimseyi bu davranışından sorumlu tutan MK. m. 452/II hükmü, kanaatimizce, tipik bir culpa in contrahendo vâkiasını düzenlemektedir¹¹³⁰. Gerçekten bu hüküm ile kanun koyucu, vesayet altındaki kimsenin, herkese karşı işleyebileceği bir haksız fiilden ziyade, sözleşme görüşmeleri ilişkisi içinde bulunduğu kimseye karşı olan koruma yükümlülüğünü ihlâl eden bir davranışına sorumluluk bağlamıştır. Bununla beraber sınırlı ehliyetsiz bir kimse

¹¹²⁸ Borçlar Kanunumuz, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçları da aynı şekilde 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tâbi tutmuştur (BK. m. 66).

¹¹²⁹ GONZENBACH, 194.

¹¹³⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. yukarıda, § 7, III, B, 1, c.

tarafından işlenen böyle bir culpa in contrahendoya sözleşme sorumluluğu hükümlerini uygulamak, doğrudan sözleşme sorumluluğu sujesi olamayan bir kimsenin kıyas yoluyla bu sorumluluğa tâbi kılınması anlamına gelir. Böyle bir sonuç, hem hukuk mantığı, hem de MK. m. 16/I hükmünün korumayı amaçladığı değer ile çelişeceğinden; bu kimselerin culpa in contrahendolarına haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanması daha isabetli olur. Dolayısıyla MK. m. 452/II'de düzenlenen sorumluluk, zamanaşımı süresi bakımından BK. m. 60'a tâbi kılınmalıdır¹¹³¹.

Doktrinde bir görüş¹¹³², akdi nitelikli bazı talep haklarını istisnaen 5 yıllık zamanaşımına tâbi tutan BK. m. 126 hükmünün, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre BK. m. 126 kapsamına giren sözleşmelerin görüşülmesi sırasındaki kusurlu davranışlardan doğan sorumluluk, tıpkı ifalarına ilişkin sorumluluk gibi, 5 yıllık zamanaşımına tâbi olmalıdır. Culpa in contrahendo sorumluluğunun, görüşmeleri sürdürülen sözleşmenin kurulup kurulmamasından, kurulan sözleşmenin geçerlilik veya geçersizliğinden, taraflarından ve şüphesiz ki içeriğinden bağımsız olduğunu gözden kaçırdığı için, bu görüş, kanaatimizce, isabetli değildir. Gerçekten BK. m. 126, genel zamanaşımı süresinden daha kısa bir zamanaşımı süresini "mutaden çabuk ifa edilen"¹¹³³ bazı edim borçları için öngörmüştür. Oysa sözleşme görüşmeleri ilişkisinin taraflara yüklediği yükümlülükler, ifası talep edilebilen edim yükümlülükleri olmayıp, sadece ihlâli halinde tazmini talep edilebilen koruma yükümlülükleridir. Dolayısıyla culpa in contrahendo

¹¹³¹ Aksi görüş için bkz. **GONZENBACH**, 197. Yazara göre hukuk güvenliği, her türlü culpa in contrahendo vâkiasının aynı zamanaşımı süresine tâbi tutulmasını gerektirir.

¹¹³² Bu görüş için bkz. **GONZENBACH**, 195.

¹¹³³ **TUNÇOMAĞ**, 1253.

sorumluluğundaki tazminat yükümlülüğünün ifası ile BK. m. 126 kapsamındaki bazı ilişkilerden doğan borçların ifası, birbiriyle ilişkilendirilemez. Kaldı ki, culpa in contrahendo sorumluluğu aşamasında, "mutaden çabuk ifa edilen" bir borcun kaynağı olarak herhangi bir sözleşme ilişkisi henüz kurulmamıştır; yürütülen görüşmelerin bu sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı da belli değildir. Bu aşamadaki bir koruma yükümlülüğünün ihlâlîne, sözleşmenin kurulması halinde doğacak edim borcunun tâbi olacağı zamanaşımını uygulamak, "kurulacak sözleşmenin etkilerinin, sözleşme öncesi aşamaya çekilmesi" anlayışının önünü açar. Böyle bir anlayışın, hem hukuk mantığı ile hem de culpa in contrahendo sorumluluğunun kurulacak sözleşmeden bağımsızlığı esası ile çelişeceği açıktır¹¹³⁴.

III- İSPAT YÜKÜ

Culpa in contrahendo sorumluluğuna sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanmasının bir diğer pratik sonucu, alacaklı ve borçlu arasındaki ispat yükünün dağılımı hususunda kendisini gösterir. Esasında, ispat yükünün dağılımı bakımından hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğu için, MK. m. 6'daki temel prensip geçerlidir. Bu prensibe göre, " ... taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" (MK. m. 6). O halde alacaklı, alacağını talep ederken, sorumluluğun doğumu için gerekli olan şartların somut olayda gerçekleşmiş bulunduğunu ispat etmelidir. Ancak bu esasa kanun koyucu, sözleşme sorumluluğu bakımından BK. m. 96'da bir istisna getirmiş ve borçlunun kusurunun alacaklı tarafından değil, "kendi kusursuzluğunun" borçlu tarafından ispatlanmasını

¹¹³⁴ Culpa in contrahendo sorumluluğunun kurulacak sözleşmeden bağımsızlığına ilişkin olarak bkz. § 5, II, A, 2.

öngörmüştür. Böylece " taraflar arasındaki mevcut borç ilişkisinin ihlâli durumunda" borçlu aleyhine işleyen bir kusur karinesi ortaya çıkmaktadır. Buna göre, mevcut bir borç ilişkisinin ihlâli, kural olarak, borçlunun bu ihlâlde kusurunun bulunduğu anlamına gelir; o, ancak kusursuz olduğunu ispatlayabilirse sorumluluktan kurtulur. Böyle bir hükmün, ihlâl fiilinden önce taraflar arasında bir borç ilişkisinin mevcut olduğu culpa in contrahendo vâkıalarının bünyesine de uygun düştüğü açıktır. Gerçekten " sözleşmenin ifasına ilişkin olarak düzenlenmiş bu hüküm, menfaat durumlarının benzer olduğu culpa in contrahendo vâkıalarına da aktarılabilir"¹¹³⁵ ve haklı güveni ihlâl edilen taraf, karşı tarafın kusurunu ispat yükünden kurtulur.

O halde culpa in contrahendo esasına dayanarak uğradığı zararın tazminini isteyen alacaklı, borçlunun sözleşme görüşmeleri ilişkisinden doğan bir koruma yükümlülüğünü ihlâl ettiğini; uğradığı zararı ve bu zarar ile ihlâl fiili arasındaki illiyet bağıını ispatlamak durumundadır. Söz konusu hususların ispatı halinde, borçlunun sözleşme görüşmelerinden doğan bir yükümlülüğü ihlâl etmekte kusurunun bulunduğu, " alacaklı tarafından ayrıca ispatı gerekmeksizin" kabul edilir. Buna karşılık borçlu, iki türlü hususu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunlardan ilki, borçlunun bir " kusursuzluk kanıtı" ile kendi kusursuzluğunu ispatlamasıdır. Doktrinde bu kusursuzluk kanıtının, " beklenmedik hal" veya " mücbir sebep", " münhasıran alacaklının veya üçüncü bir kişinin ağır kusuru" gibi illiyet bağıını da kesen bir sebebin ispatı halinde getirilmiş sayılacağı belirtilmektedir¹¹³⁶. Ayrıca borçlunun, zararlı sonucun doğmaması için gerekli bütün tedbirleri aldığını ispat ederek de kusursuzluğu hususunda hakimde

¹¹³⁵ GONZENBACH, 155.

¹¹³⁶ EREN, 1023; TUNÇOMAĞ, 815-816.

kanaat uyandırması mümkündür¹¹³⁷. Şüphesiz ki, yetkisiz temsilcinin kusursuz dahi olsa karşı tarafın menfi zararını tazminle yükümlü tutulması gibi (BK. m. 39/I, c. 1) "sorumluluk sujesinin kusurunun gerekli olmadığı" culpa in contrahendo vâkıalarında, borçlu, kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz; bu gibi haller bakımından kusursuzluk kanıtının sorumluluğu kaldırıcı bir fonksiyonu yoktur.

Borçlunun sorumluluktan kurtulmak için ispatlayabileceği bir diğer husus, culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmemiş olduğudur. Bu noktada borçlu, ihlâl ettiği ileri sürülen türde bir koruma yükümlülüğünün mevcut bulunmadığını veya bir koruma yükümlülüğü bulunsa dahi davranışının bunu ihlâl edici nitelikte olmadığını ispatlayabilir. Örneğin, somut olay bakımından kendisine herhangi bir açıklama yükümlülüğü isabet etmediğini veya sözleşme görüşmelerini yarıda kesmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmadığını ileri sürebilir. Borçlu, ayrıca, alacaklı ile aralarında bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin hiç kurulmamış olduğunu ispatlayarak da sorumluluktan kurtulabilir. Esasında, sorumluluğun diğer şartları bakımından olduğu gibi, ortada bir sözleşme görüşmeleri ilişkisinin bulunduğunu ispat etmek de alacaklıya düşer; alacaklı bu hususu ispatlayamamışsa, borçlunun, alacaklı ile aralarında bu tür bir ilişkinin kurulmamış olduğunu ispat etme yükümlülüğü yoktur. Bununla beraber, "hayatın olağan akışının aksini ispat, bunu iddia edene düşeceğinden"¹¹³⁸, genel iş ve hayat tecrübeleri uyarınca taraflar arasında bir görüşme ilişkisinin kurulmuş bulunduğunun objektif olarak iddia edilebildiği durumlarda, böyle bir ilişkinin hiç kurulmamış olduğunun ispatı, borçluya düşer. Örneğin, genel iş ve

¹¹³⁷ TANDOĞAN, 423.

¹¹³⁸ Bkz. ZEVKLİLER, 157.

hayat tecrübeleri, mağaza, dükkân gibi yerlere giren herhangi bir kimsenin, kural olarak muhtemel müşteri şeklinde değerlendirilmesini gerektirdiğinden, bu kimselerin sözleşme görüşmecisi olmadıklarının, ortada bir görüşme ilişkisinin bulunmadığının ispatı iş yeri sahibi tarafından yapılmalı¹¹³⁹; bu gibi kimselerin iş yerinde bir zarara uğramaları halinde iş yeri sahibi, bu kimselerin "sözleşme kurmaktan başka amaçlarla orada bulunduklarını" ispatlamalıdır.

§ 11- CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN DİĞER SORUMLULUK SEBEPLERİ İLE YARIŞMASI

I- HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE YARIŞMA

Aynı somut olayda, haksız fiil sorumluluğunun şartları ile culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarının ayrı ayrı gerçekleşmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda haksız fiil sorumluluğu ile culpa in contrahendo sorumluluğunun yarışması sözkonusu olur; başka bir deyişle zarar gören, isterse haksız fiil, isterse culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak zararını tazmin ettirebilir.

Culpa in contrahendo sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması, çoğu zaman, bütünlük menfaatlerinin ihlâl edildiği culpa in contrahendo vâkıaları bakımından ortaya çıkar. Bununla beraber, irade sakatlığı hallerinden hile ve tehdit de, culpa in contrahendo ile haksız fiil sorumluluğunun yarışmasına tipik örnek oluşturan vâkıalardır. Aynı şekilde, "özel bir koruma normu gereğince" salt malvarlığı ihlâllerinin de haksız fiil olarak değerlendirilebildiği durumlarda, yine culpa in

¹¹³⁹ **LARENZ**, sozialer Kontakt, 518.

contrahendo sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışabilir. Bu gibi hallerde önemli olan husus, ihlâli BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırılık yaratan koruma normlarının, içerikleriyle sınırlı bir düzenleme getirip getirmediğidir. Zira sözkonusu normların sınırlayıcı, başka bir deyişle "nitelikli susma" olarak değerlendirilebilecek bir düzenleme içermeleri halinde, kanunda boşluk bulunmadığından, bu boşluğun güven sorumluluğu veya culpa in contrahendo sorumluluğu ile doldurulması da mümkün değildir¹¹⁴⁰.

Bütünlük menfaatlerinin ihlâl edildiği vâkıalar bakımından ise durum tamamen başkadır. Çünkü kişilerin edim dışındaki kişi ve mal varlığı değerlerini ifade eden bütünlük menfaatleri, esas olarak, haksız fiil hukukunun koruma sahasına girerler; dolayısıyla ihlâlleri halinde haksız fiil sorumluluğunu doğururlar. Fakat bu tip bir ihlâl, taraflar arasında özel bir bağlantı, edim yükümlülüklerinden bağımsız da olsa bir borç ilişkisi içerisinde gerçekleştirildiğinde, haksız fiilin unsurları, somut olayın unsurlarıyla tam olarak örtüşmez. Gerçekten, taraflar arasındaki somut bir borç ilişkisinin yarattığı güveni ihlâl eden davranışlar, bir bütünlük menfaatinin ihlâli niteliğinde de olsalar, salt haksız fiil olarak değerlendirilemezler; dolayısıyla bu tür vâkıalara sadece haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek, zarar göreni hak ettiğinden daha elverişsiz hükümlerle korunmaya mahkum etmek olur. O halde burada "koruma normlarının bulunmamasından kaynaklanan" değil, "var olan koruma normlarının somut olay adaletini tesis edememesinden kaynaklanan" bir kanun boşluğu mevcuttur. Zira doktrin, mevcut koruma normlarının uygulanması sonucu, zarar görenin olması

¹¹⁴⁰ KIRCA, 214.

gerekenden daha az korunduğu durumlarda da bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmektedir¹¹⁴¹. Bu kanun boşluğu, culpa in contrahendo sorumluluğu ile -veya salt haklı güvenin ihlâl edildiği başka bir vâkıa sözkonusu ise güven sorumluluğu ile- doldurulur ve somut olaya sözleşme sorumluluğu hükümleri kıyasen uygulanır. Böylece culpa in contrahendodan doğan talep hakları ile haksız fiilden doğan talep hakları arasında, sözleşmeden doğan talep hakları ile haksız fiilden doğan talep hakları arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki ortaya çıkar¹¹⁴². Buna göre, somut bir olaya haksız fiil hükümlerinin uygulanabilirliği, aynı olayda şartları gerçekleşmiş bulunan culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulanabilirliğini engellemez. Başka bir deyişle culpa in contrahendo sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu yanında ikincil (tâli) bir nitelik taşımaz; aksine ona alternatif oluşturur¹¹⁴³.

II- SÖZLEŞME SORUMLULUĞU İLE YARIŞMA

Culpa in contrahendo sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğunun aksine, sözleşme sorumluluğu ile yarışması mümkün değildir. Çünkü zarar görenin akdi bir talep hakkına sahip olduğu durumlarda, culpa in contrahendo sorumluluğunun işletilmesini gerektiren bir kanun boşluğundan¹¹⁴⁴ veya "hakkaniyete daha uygun bir sorumluluk tesis etme ihtiyacından"¹¹⁴⁵ bahsedilemez. Üstelik culpa in contrahendo sorumluluğu, taraflar arasındaki "sözleşme görüşmeleri ilişkisi" şeklinde ortaya çıkan

¹¹⁴¹ FEHLMANN, 195; KIRCA, 214.

¹¹⁴² MOSER, 201.

¹¹⁴³ FEHLMANN, 194.

¹¹⁴⁴ MOSER, 200.

¹¹⁴⁵ "Sözleşmeye dayanan taleplerin mevcudiyeti durumunda güven sorumluluğunun tâliliği, (zarar gören açısından) daha elverişsiz bir pozisyona sebebiyet vermez" (FEHLMANN, 195).

özel bağlantı sebebiyle, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin "kıyasen" uygulandığı bir sorumluluktur; o halde doğrudan doğruya sözleşme sorumluluğunun sözkonusu olduğu durumlarda dahi culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurularak aynı hükümlerin kıyasen uygulanması, isabetli bir tutum oluşturmaz¹¹⁴⁶.

Doktrinde sözleşmeden doğan talep haklarının culpa in contrahendodan doğan talep haklarını engellemesine "culpa in contrahendonun culpa in solvendo karşısında ikincilliği (tâliliği)" denmektedir¹¹⁴⁷. Buna göre "sözleşmenin kuruluşundan önce işlenen kusurun özgül (spesifik) sözleşme ilişkilerini, başka bir deyişle sözleşmenin içeriğini ilgilendirmekle birlikte, sözleşmenin kuruluşuna değil de ödenmesine ilişkin bulunduğu durumlar, culpa in contrahendo'nun uygulama alanı dışında kalır"¹¹⁴⁸.

Culpa in contrahendonun culpa in solvendo (sözleşmenin ödenmesinde kusur) karşısında tâli bir nitelik taşıması, öncelikle, BK. m. 96 hükmü kapsamındaki "gereği gibi ifa etmeme halleri"nde görülür. O halde sözkonusu hüküm kapsamında

¹¹⁴⁶ 12.03.1997 tarih ve E. 1996/13-850 K.1997/186 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında ise Yargıtay, 657 sayılı kanununun 28. maddesindeki yasağa rağmen ticari faaliyette bulunan bir devlet memurunun yaptığı ticari nitelikteki sözleşmeyi -memurun bu kanundan doğan sorumluluğu devam etmek kaydı ile- geçerli kabul etmiş; diğer yandan devlet memurunun dürüstlük kuralına da aykırı davrandığından bahisle, "olaya, akit görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) kurallarıyla bakılması gerektiğine" hükmetmiştir: "... devlet memuru bir tacir veya bir esnaf gibi, ticari faaliyette bulunurken bu tür faaliyetleri gereği, ticari nitelikte bir sözleşme ilişkisine girmiş ise, memuriyet sıfatından kaynaklanan inzibati sorumluluğu, aynen devam etmek koşuluyla, sözleşme sorumluluğu kabul edilmeli ve bu tip sözleşmeler hukuken geçerli ve bağlayıcı olmalıdır. ... davacı Yüksek'in öğretmen olduğunu o nedenle ticaretle iştigal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır" (bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

¹¹⁴⁷ Bkz. KUTLU SUNGURBEY, 112.

¹¹⁴⁸ KUTLU SUNGURBEY, 113.

değerlendirdiğimiz kötü ifa, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve ifa sırasında koruma yükümlülüklerinin ihlâli, "sözleşmenin kuruluşundan önceki bir kusur dolayısıyla ortaya çıkmış olsalar dahi", culpa in contrahendo sorumluluğuna sebebiyet vermezler. Örneğin, bir restoran sahibinin henüz müşteriler restorana gelmeden önce bozuk malzemelerle pişirdiği yemek, daha sonra bunu yiyen müşterileri zehirlerse, culpa in contrahendodan değil, kötü ifadan bahsedilir¹¹⁴⁹. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlâl edildiği vâkıalarda ise bu tür bir ihlâlin, sözleşmenin kuruluşunu mu, ifasını mı etkilediğine bakmak gerekir. Eğer akit öncesi bir aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli, sözleşmenin ifasını etkiliyor, başka bir deyişle, ifaya yardımcı bir yan yükümlülüğün ihlâlini oluşturuyorsa, culpa in contrahendoya dayanan tazminat talebi, doğrudan sözleşmeye dayanan tazminat talebinin arkasında kalır¹¹⁵⁰.

Aynı şekilde, satım, kira, istisna gibi sözleşmeler bakımından kanunda özel olarak düzenlenmiş "ayıba karşı tekeffül hükümleri"nin uygulama alanı bulduğu durumlarda da culpa in contrahendo sorumluluğu, ilgili hükümler karşısında tâli bir nitelik taşır; böylece ayıba karşı tekeffül hükümleri ile culpa in contrahendo sorumluluğunun yarışması mümkün olmaz.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu karşısındaki tâli karakteri, kendisini "akdin müspet ihlâli" kurumu karşısında da gösterir. Gerçi doktrinde hakim görüşü oluşturan, bizim de kabul ettiğimiz "bütünsel koruma ilişkisi anlayışı" uyarınca culpa in contrahendo ve akdin müspet ihlâli, aynı bütünün, borç

¹¹⁴⁹ Örnek için bkz. **KUTLU SUNGURBEY**, 112-113.

¹¹⁵⁰ Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli meselesi için bkz. yukarıda § 7, III, B, 2, a.

ilişkisinin bulunduğu safhaya göre sadece görünüm biçimleri değişen parçalarıdır¹¹⁵¹. Bu bakımdan culpa in contrahendo ile akdin müspet ihlâli kurumları arasındaki ilişki, tam anlamıyla, culpa in contrahendo sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğu arasındaki ilişkiye benzetilemez. Bununla beraber, geçerli bir sözleşme kurulduktan sonra koruma yükümlülüklerinin ihlâlinin, kavramsal açıdan da olsa, culpa in contrahendo değil, akdin müspet ihlâli oluşturduğunu kabul ettiğimizden¹¹⁵², culpa in contrahendo ile akdin müspet ihlâlinin yarışmasının da mümkün olmadığı belirtilmelidir.

¹¹⁵¹ Başka bir deyişle akdin müspet ihlâli, " taraflar arasında ilk işlem teması ile doğmuş olan ve sözleşmenin kurulmasından sonra artarak devam eden güven ilişkisinin bu safhadaki ihlâlini oluşturur" (bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2). Bu sebeple biz, akdin müspet ihlâli kavramını, BK. m. 96 anlamında gereği gibi ifa etmeme kavramından ayırmakta ve gereği gibi ifa etmeme hallerinin, esas olarak, kötü ifa, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve "ifa sırasında" koruma yükümlülüklerinin ihlâlinden ibaret olduğunu kabul etmekteyiz. Koruma yükümlülüklerinin "ifa vesilesiyle" ihlâli ise, kanaatimizce, BK. m. 96 anlamında bir gereği gibi ifa etmeme hali oluşturmaz; dolayısıyla bu tür ihlâllerin de akdi sorumluluğa tâbi kılınabilmesi için, culpa in contrahendo ile aynı esasa dayanan, akdin müspet ihlâli kurumunun kabulüne ihtiyaç vardır. Bu konuda bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

¹¹⁵² Bkz. yukarıda § 6, IV, D, 2.

SONUÇ

1. Sorumluluk hukukunun Roma hukukuna dayanan klasik ikili yapısının günümüzdeki karmaşık iktisadi ve hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar karşısında yetersiz kalması, hukuk doktrinini, bu yetersizliğin çözümüne ilişkin çeşitli müesseseler yaratmaya itmiştir. Bu bağlamda culpa in contrahendo, öncelikle, zarar verici davranışın haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilemediği, bu sebeple "(zarar veren) kusurlu tarafın sorumsuz kılındığı, (zarara uğrayan) kusursuz tarafın ise kendisinden kaynaklanmayan bir kusurun kurbanı olduğu" durumlarda, hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmesi çabalarının bir ürünü olarak değerlendirilebilir. Bunun yanı sıra hukuk doktrin ve uygulamasının, haksız fiil sorumluluğuna yol açtığı şüphe götürmeyen bazı vâkıalarda dahi culpa in contrahendo sorumluluğunu, somut olay adaletinin sağlanabilmesi için bir çıkış yolu olarak kullandıkları görülmektedir.

2. Ancak her ne kadar hukuk doktrin ve uygulaması culpa in contrahendo sorumluluğunu geliştirerek sorumluluk hukukunun ikili yapısından kaynaklanan yetersizliği aşmayı amaçlamışsa da, önceleri culpa in contrahendo vâkıalarını sözleşme veya haksız fiil olarak nitelendirmek suretiyle yine sözkonusu ikili yapıya bağlı kalmıştır. Gerçekten culpa in contrahendonun mutlaka sözleşme ya da haksız fiil olarak nitelendirilmesiyle, aslında sorumluluk hukukunun ikili yapısı değil, sadece sözkonusu sorumluluk tiplerinin sınırları aşılmış olmaktadır. Nitekim culpa in contrahendoda sözleşme karakteri gören bazı kuramlar, culpa in contrahendo sorumluluğunu "geçerli veya geçersiz surette kurulan sözleşmenin ön etkileri"ne bağlamakta; diğer bazı

kuramlar ise culpa in contrahendoyu "açıklama ve koruma yükümlülüklerini içeren, zımnen akdedilmiş bağımsız bir sözleşmenin" veya "sosyal temastan doğan fiili bir sözleşme ilişkisinin ihlâli" olarak nitelendirmektedirler. Söz konusu kuramlar, culpa in contrahendo vâkıalarına akdi etkiler bağlamak suretiyle hakkaniyetin tesisini sağlamayı amaçladıkları oranda takdire şayan olsalar da, bu amaca ulaşmak için ileri sürdükleri "kurulacak sözleşmenin ön etkisi", "zımnen akdedilen koruma sözleşmesi", "irade beyanı olmaksızın fiilen akdedilen sözleşme ilişkisi" gibi kavramlarla klasik hukuki işlem öğretisinin sınırlarını zorlamışlardır. Aynı şekilde culpa in contrahendoda haksız fiil karakteri olduğunu ileri süren kuramların da haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını zorladıkları görülmektedir. Öyle ki, bu kuram kapsamında ileri sürülen görüşlerden bazısı sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan kusurlu davranışın kendisini hukuka aykırı kabul ederek, "kusur" ile "hukuka aykırılık" unsurlarını birbirine karıştırmıştır. Haksız fiilin bağımsız bir unsurunu oluşturan hukuka aykırılığın, kusur unsuru içerisinde adeta kaybolmasına yol açacak böyle bir anlayış, Türk/İsviçre ve Alman hukukları bakımından kabul edilemez. Culpa in contrahendoda haksız fiil karakteri gören diğer bazı görüşler ise culpa in contrahendo vâkıalarındaki hukuka aykırılık unsurunu ya genel davranış yükümlülüklerinin ya da doğrudan dürüstlük kuralının ihlâline bağlamaktadırlar. Oysa haksız fiillerdeki hukuka aykırılık unsuruyla eş değerde "genel davranış yükümlülükleri" oluşturmak, "önceden tahmin edilebilen bir zararın önlenmesi için aynı şartlar altındaki kişilerden beklenen özenin ihlâli"ne, yani objektif kusura hukuka aykırılık hükmü bağlamak anlamına gelir ve yine "kusur" ile "hukuka aykırılık" unsurlarının birbirine karışması sonucunu doğurur. Haksız fiil kuramları içerisinde culpa in contrahendonun dürüstlük kuralını ihlâl ettiğini ileri süren görüş ise, esas

itibariyle isabetlidir. Ancak bu görüşün, dürüstlük kuralının ihlâlinden hareketle haksız fiil sorumluluğuna ulaşması; başka bir deyişle dürüstlük kuralını, ihlâli BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırılık yaratan bir temel koruma normu olarak değerlendirmesi kabul edilemez. Çünkü haksız fiil sahası içerisinde herkesin başkalarına karşı dürüst davranmak gibi bir hukuki yükümlülüğü bulunmaz; MK. m. 2/I uyarınca dürüstlük kuralının uygulanması, ancak, hakların kullanılması ve borçların ifasının sözkonusu olduğu bir hukuki ilişki içerisinde mümkündür. Nitekim culpa in contrahendo vâkıalarında taraflar arasında bulunan sözleşme görüşmeleri ilişkisi, bu türden bir hukuki ilişkiye tekabül eder. Böyle bir hukuki ilişkinin varlığı, tarafların, "aradaki ilişkinin en erken zararın vukuu anında kurulduğu" haksız fiil sahasının dışına çıktıklarını gösterir ve buna rağmen böyle bir hukuki ilişkinin ihlâline haksız fiil hükümlerinin uygulanabileceğini iddia etmek, haksız fiil sorumluluğunun sınırlarını zorlamak olur.

3. Oysa culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi için ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğunun sınırlarının zorlanmasına gerek vardır. Çünkü bizzat kanun koyucu, münferit bazı culpa in contrahendo vâkıalarına kanunda yer vermek suretiyle, culpa in contrahendo sorumluluğunu haksız fiil veya sözleşmeden bağımsız "kanuni bir sorumluluk" ve sözleşme görüşmeleri ilişkisini de "kanuni bir borç ilişkisi" olarak düzenlemiştir. O halde yapılması gereken, bu kanuni borç ilişkisinin nitelik ve özelliklerinin, sözleşme veya haksız fiilden bağımsız olarak, ortaya konulmasıdır. Bu noktada hukuk doktrini, taraf iradelerine dayanan edim yükümlülükleri ile taraf iradelerinden bağımsız olarak MK. m. 2/I uyarınca ortaya çıkan koruma yükümlülüklerini, isabetli bir biçimde

birbirinden ayırmış ve herhangi bir edim yükümlülüğü içermeyen, sırf koruma yükümlülüklerinden ibaret borç ilişkilerinin varlığını kabul etmiştir. "Edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni borç ilişkileri" olarak adlandırılan bu tür hukuki ilişkilerin kabulü, "borç ilişkisi" kavramına yeni bir anlam kazandırmıştır. Çünkü bu sayede borç ilişkisi, basit bir edim ilişkisi olmanın ötesinde; edim yükümlülükleriyle birlikte veya sırf koruma yükümlülüklerini içeren bir "güven ilişkisi" olarak da karşımıza çıkmaktadır. Güven ilişkisi, bir hukuki işlem teması sonucunda birbirinin hukuki değer ve menfaatlerine özel olarak etki etme imkânına kavuşan kişileri dürüst davranmakla yükümlü kılar ve tarafların irade beyanlarının yönelmiş olduğu edim ilişkisinden bağımsız olarak ortaya çıkar. Bu sebeple, geçerli bir edim ilişkisinin tarafları kadar, aralarında henüz bir edim ilişkisi kurulmamış olan veya aralarındaki edim ilişkisi geçersiz bulunan yahut geçerli bir edim ilişkisini karşılıklı ifa ile sona erdiren, fakat tüm bu safhalarda hukuki değer ve menfaatlerini karşılıklı olarak birbirlerinin etkisine açan taraflar arasında da, "güven ilişkisi anlamında" bir borç ilişkisi mevcuttur. Böylece borç ilişkisi kavramı, "sözleşme görüşmelerine girilmesi anından sözleşme etkilerinin tamamen sona erdiği ana kadar devam eden, bu süreç içerisinde sadece görünüm biçimleri değişen canlı bir organizma" olarak yeniden tanımlanmış olmaktadır. Başka bir deyişle borç ilişkisi, "edim ilişkisinden önce taraflar arasında özel türde bir güven yaratan ilk sosyal temasla (hukuki işlem temasıyla) başlayan ve ancak geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla birlikte edim ilişkisini de içeren, bazı durumlarda ise edim ilişkisi sona erse bile varlığını sürdüren, komplike bir ilişki"ye dönüşmektedir. Bu bütün içerisinde culpa in contrahendo sorumluluğu, güven

ilişkisinin (güven ilişkisi anlamında borç ilişkisinin), henüz geçerli bir edim ilişkisinin kurulmamış olduğu safhadaki ihlâlinden doğan sorumluluğu ifade etmektedir.

4. Culpa in contrahendonun, taraflar arasında geçerli bir edim ilişkisi kurulmadan önce, ilk hukuki işlem temasıyla başlayan güven ilişkisinin (edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisinin) ihlâli olarak değerlendirilmesi, onu, haksız fiil sahasından çıkartarak, sözleşme sorumluluğu sahasına yaklaştırır. Çünkü haksız fiil sorumluluğunda sorumluluk doğurucu vâkıa gerçekleşinceye kadar, taraflar arasında her hangi bir borç ilişkisi mevcut değildir. Başka bir deyişle haksız fiilde borç kaynağı, haksız fiilin kendisidir; bu sebeple ancak hukuka aykırı surette bir zarar verme eylemi gerçekleştiği anda taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Oysa sözleşme sorumluluğunda belli bir borç ilişkisinden doğan borcunu yerine getirmeyen kimsenin tazminatla yükümlü tutulması sözkonusu olduğuna göre; böyle bir sorumluluğun doğumu için, taraflar arasında ihlâl fiilinden önce kurulmuş bir borç ilişkisinin mevcudiyeti gereklidir. İşte modern öğretide "borç ilişkisi" kavramının edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerini de kapsayacak şekilde tanımlanmış olması, bu tür borç ilişkilerinin ihlâline de sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılar. Böyle bir anlayış içerisinde "tarafların hukuki değer ve menfaatlerinin birbirlerinin etkisine açılması sonucunu doğuran sosyal temas", ihlâli halinde sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılan edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi kurmakta; "sözkonusu sosyal temasın böyle bir hukuki etki yaratmasının içsel sebebini ise güven esası oluşturmaktadır". Bu noktada güven unsuruna, böyle bir hukuki etki bağlanıp bağlanamayacağı sorgulanabilir:

a. Sözleşmenin ihlâlinden bağımsız olarak, sadece haklı güvenin ihlâlüne sözleşme sorumluluğu hükümlerinin bağlanıp bağlanamayacağı sorgulanırken, borçlar hukukunun temel mantığından hareket etmek gerekir. Borçlar hukuku sistemimiz, haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarını iki ayrı sorumluluk tipi olarak düzenlemiş ve netice olarak sözleşme sorumluluğunu, zamanaşımı, ispat yükü, yardımcı şahıslardan sorumluluk gibi hususlarda haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha ağır hükümlere tâbi tutmuştur. Oysa her iki sorumluluk tipinin korumayı amaçladıkları değerler karşılaştırıldığında, haksız fiil sahası içerisinde korunan yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakların, kişilik hakları ve ayni hakların, sözleşme hukukuyla korunan alacak hakkından daha üstün oldukları, genel bir değerlendirme ve hayat tecrübelerine binâen, söylenebilir. Bu doğrultuda, örneğin bir kimsenin yaşam hakkına yönelik bir tecavüz, kira alacağının ödenmemesinden daha ağır bir ihlâl olarak kabul edilebilir; ancak borçlar hukuku sistemine göre, kira borcunu ödemeyen bir kimsenin tâbi olacağı sorumluluk hükümleri, ev sahibini öldüren bir kimsenin tâbi olacağı sorumluluk hükümlerinden -teorik açıdan- daha ağırdır. Genel hayat tecrübeleriyle bağdaştırılamaz görünen bu sistem, aslında borçlar hukukunun kendi içerisinde farklı bir anlayış ve prensibi barındırmasından kaynaklanmaktadır. Bu, ihlâl edilen hakkın niteliğine göre bir koruma tesis eden eşya hukuku anlayışından farklı olarak, borçlar hukukunda hakim olan "iradenin korunması anlayışı" ve dolayısıyla "irade özerkliği prensibi"dir. Gerçekten mutlak haklara üstün bir koruma tanımak, örneğin mülkiyet hakkını her zaman, herkese karşı ileri sürülebilir şekilde korumak, eşya hukuku mantığıdır; eşya hukukunda önemli olan, korunması sözkonusu değer niteliğidir. Borçlar hukukunda ise önemli olan taraf iradeleridir; dolayısıyla üstün korumayı hak eden değer, taraf

iradelerinin yönelmiş olduğu değerdir. Borçlar hukukunun ihlâl edilen değer in niteliğine bakmaksızın taraf iradelerine üstün bir koruma tanıyan bu anlayış, aynı zamanda, "taraf iradelerine dayanarak özel ve somut şekilde yaratılmış güven in ihlâl ine, varsayımsal ve soyut güven in ihlâl inden daha ağır sonuçlar bağlanması gerekliliği"ni ortaya koymaktadır. Öyle ki, belli bir edim borcunu iradesiyle üstlenmiş olan tarafın o borcun ifa edileceğine dair karşı tarafta uyandırdığı güven, özel, somut, "boşa çıkarılmayacağı taahhüt edilmiş" bir güvendir. Oysa haksız fiil sahası içerisinde kişilerin birbirlerine karşı duydukları güven, esas olarak mutlak haklarına saygı gösterileceğine, bunların ihlâl edilmemesi hususunda hukuk düzenin koymuş olduğu genel bir kurala riayet edeceğine dair herkese karşı duyulan, genel, soyut, "varsayımsal" bir güvendir. İşte borçlar hukuku sistemimiz sözleşme sorumluluğuna haksız fiil sorumluluğundan daha ağır hükümler bağlamak suretiyle özünde şu hususu vurgulamaktadır: "Taraflar arasında özel bir güven yaratan ilişkilere sağlanan koruma, genel ve varsayımsal bir güven in ihlâli halinde taraflara sağlanan korumadan daha yüksek olmalıdır!". Böyle bir anlayışın ne derece isabetli olduğu tartışılabilir; ancak mevcut kanunun ruhuna uygun yapılan bir yorum, bu anlayışın inkârını imkânsız kılar.

b. Culpa in contrahendo vâkıalarında ihlâl edilen güven de, haksız fiil sahasında rastlanılan genel ve soyut güvenden ziyade, geçerli bir sözleşmenin (edim ilişkisinin) taraflar arasında yarattığı özel ve somut güvene benzemektedir. Gerçi culpa in contrahendo sorumluluğu aşamasında henüz tarafların iradeleri ile üstlenmiş oldukları edim yükümlülükleri yoktur; bundan dolayı, özellikle borçlanılan edimin ifa edileceğine dair yaratılmış, "taahhüt edilmiş bir güven" derecesinde yoğun bir güven, bu aşamada söz konusu değildir. Bununla beraber, girişmiş oldukları işlem teması sebebiyle hukuki

değer ve menfaatlerini birbirlerinin etkisine açan taraflar, bunların karşı tarafça "haksız fiil hukukunun gerektirdiğinden daha yüksek bir özenle" korunacağına güvenmekte haklıdırlar. Çünkü sözkonusu hukuki işlem teması, onları haksız fiil sahası içerisinde görülen tesadüfi karşılaşmaların ötesine taşımış; somut bir "sözleşme görüşmeleri ilişkisi"nin tarafları haline getirmiştir. Böyle bir somut ilişkinin tarafları arasında bulunan güven, bir hukuk toplumunda yaşayan kişilerin birbirlerine karşı duydukları genel ve soyut güvenin üzerindedir; bu sebeple sözkonusu güvenin ihlali halinde haksız fiil hükümlerini uygulamak, somut olay adaletine uygun düşmez. Burada, bir hukuki ilişki içerisinde bulunan tarafların bu hukuki ilişki sebebiyle birbirlerine karşı duymakta haklı oldukları daha yüksek bir güvenin ihlâlinden doğan sorumluluğa, yani sözleşme sorumluluğuna benzer bir mekanizmanın işletilmesine gerek vardır. Bu bakımdan taraflar arasında henüz geçerli bir edim ilişkisinin bulunmaması, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz; çünkü mesele, taraflar arasında geçerli bir edim ilişkisinin bulunup bulunmadığı değil, ihlâl edilen güvenin sözleşme ilişkisindeki gibi özel ve somut bir güven olup olmadığıdır. Borç ilişkisini aynı zamanda bir güven ilişkisi olarak tanımlayan anlayış uyarınca, geçerli bir edim ilişkisinin varlığı, sadece taraflar arasındaki güvenin maksimum noktaya ulaşmasını ifade eder; buna karşılık geçerli bir edim ilişkisinin bulunmaması, taraflar arasında "güven ilişkisi anlamında bir borç ilişkisi"nin bulunmadığı anlamına gelmez; çünkü edim ilişkisi ile güven ilişkisinin kaynakları birbirinden farklıdır. Böylece culpa in contrahendo, "hukuka aykırı bir surette zarar verme eylemi" veya "sözleşmenin (edim ilişkisinin) ihlâli"nden bağımsız şekilde, doğrudan bir güven ilişkisinin ihlâline bağlanan bir sorumluluk türü olarak belirir.

5. Doktrinde culpa in contrahendo gibi, doğrudan bir güven ilişkisinin ihlâlâine bağlanan sorumluluk, güven sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Doktrinin en geniş şekliyle güven sorumluluğu başlığı altında ele aldığı sorumluluk, güvenen kişinin, ya güvendiği duruma ya da güvendiği duruma güvenmemiş olsaydı içinde bulunacağı duruma uygun hale getirilerek korunmasını ifade etmekte; böylece karşı taraf nezdinde haklı bir güven uyandıran kişi, bu davranışının sonuçlarına, ya yarattığı hukuki görünüşten beklediği menfaati elde edemeyerek ya da bir tazminat ödeyerek katlanmaktadır. İlk ihtimalde güvenen kişiye sağlanan koruma, "pozitif güven koruması"; ikinci ihtimalde ise "negatif güven koruması" olarak adlandırılmaktadır. Ancak belirtmelidir ki, güven sorumluluğu başlığı altında toplanan sorumluluk hallerinin neler olması gerektiği hususunda doktrinde bir fikir birliği yoktur. Gerçekten doktrinde bir görüş, sorumluluk hukukunun dar ve teknik manasıyla tazminat hukuku olarak anlaşılması gerektiğinden hareketle, güvenen kişinin güvendiği durum muhafaza edilerek veya güvendiği duruma uygun bir pozisyona getirilerek korunması hallerini yani pozitif güven korumasını güven sorumluluğunun dışına çıkartmakta ve bu gibi hallerde sadece "hukuki görünüş sorumluluğu (Rechtsscheinsvertrauen)"ndan bahsetmektedir. Böylece negatif güven korumasının sözkonusu olduğu hallere indirgenen güven sorumluluğu, esas itibariyle, kanunda düzenlenmiş veya yargısal ve doktrinel içtihatlarla kabul edilmiş culpa in contrahendo vâkıalarına tekabül etmekte ve culpa in contrahendo, güven sorumluluğunun en önemli alt türü haline gelmektedir. Buna karşılık doktrindeki bir başka görüş uyarınca güven sorumluluğu, bir sözleşmenin akdedilmesiyle doğrudan bağlantılı olan culpa in contrahendo vâkıalarından farklı olarak, esasen haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken bazı vâkıaların

sözleşme hukukunun kapsamına dahil edilmesi çabalarının bir ürünüdür ve özellikle güven sorumluluğunun hukuki sonuçları noktasındaki belirsizlik, hukuk güvenliğini zedelemektedir. Güven sorumluluğu düşüncesi ayrıca "haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının temellerinde de güvenin korunması anlayışının bulunduğu; bu sebeple tüm sorumluluk tipleri için ortak bir unsur olan güven olgusunun, bunlardan ayrı, bağımsız bir sorumluluk tipine esas oluşturamayacağı" gerekçesiyle de eleştirilmiştir.

Görüldüğü gibi bir süreden beri doktrin ve yargı kararlarında yer bulan güven sorumluluğu kavramı, gerek içeriği, gerek şart ve hükümleri bakımından tam olarak açıklığa kavuşmuş değildir ve bu kavramın hukuk çevrelerince tamamen benimsendiği söylenemez. Bununla beraber hukuk doktrin ve uygulamasında güven sorumluluğu kavramının geliştirilmiş olması, kanaatimizce, bu başlık altında ele alınan pozitif ve negatif güven korumasına ilişkin bir çok münferit olayın "haklı güvenin korunması anlayışı ve hakkaniyet düşüncesi" ortak zeminine yerleştirilmesi açısından son derece önemlidir. Gerçekten haklı güvenin ihlâlüne sorumluluk kurucu bir etkinin bağlandığı çeşitli sorumluluk hallerinin güven sorumluluğu çatısı altında toplanması, tüm bu sorumluluk hallerinde ortak olan "güven olgusu"nu esaslı unsur olarak ön plana çıkartmakta ve hukuka aykırı biçimde zarar verme eylemi veya karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan borç ilişkilerinden ayrı bir kategorinin oluşmasını sağlamaktadır. Böylece sorumluluk hukukunun ikili yapısı, teorik açıdan aşılmış olur. Ancak pratik açıdan güven sorumluluğu vâkıalarına yine kanunda düzenlenmiş iki sorumluluk tipinden birinin -bizim kabul ettiğimiz görüş uyarınca sözleşme

sorumluluğu hükümlerinin- "kıyasen" uygulanması ve bu suretle kanundaki boşluğun yine kanun ile doldurulması kaçınılmazdır.

6. Güven sorumluluğu fikri, günümüz hukuk doktrin ve uygulamasında tam olarak benimsenmiş bir anlayışı yansıtmamakla birlikte, Jhering'in teorisinden beri gelişimini sürdüren culpa in contrahendo öğretisinin ulaştığı son aşamayı ifade etmektedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesine göre güven sorumluluğu, "culpa in contrahendo sorumluluğundaki esasın genelleştirilmesinin sonucudur". Culpa in contrahendo sorumluluğunun esasında ise, taraflardan birinin karşı taraf nezdinde uyandırdığı haklı, yani "normatif anlamda korunmaya değer" güvenin ihlâline sorumluluk kurucu bir etki tanınması anlayışı vardır. Öyleyse, güven sorumluluğu haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının yanında üçüncü bir sorumluluk kategorisi olarak kabul edilsin ya da edilmesin, culpa in contrahendonun haklı güvenin ihlâline dayanan bir sorumluluk olduğu ve bu manada güven sorumluluğunun bir alt türünü oluşturduğu, her türlü tartışmadan uzak tutulmalıdır.

7. Culpa in contrahendo sorumluluğunun "hukuka aykırı bir surette zarar verme eylemi" veya "bir edim ilişkisinin ihlâli"nden bağımsız şekilde, salt güven olgusunun ihlâline bağlanması ve bu manada güven sorumluluğunun bir alt türü olarak değerlendirilmesi, bu sorumluluğun doğumunu, haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının şartlarından başka bazı şartların gerçekleşmesine bağlı kılar. Culpa in contrahendo sorumluluğunun özel şartları olarak nitelendirdiğimiz bu şartlar, "bir güven konusunun varlığı", "buna duyulan güvenin normatif anlamda korunmaya değer olması" ve "normatif anlamda korunmaya değer olan bu güvenin ihlâli" şeklinde özetlenebilir. Ayrıca, culpa in contrahendo sorumluluğu, genel bir güven sorumluluğu anlayışının

aksine, sadece sözleşme görüşmeleri ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlâli ile ilgilidir ve bu sebeple sözkonusu sorumluluğun şartları ortaya koyulurken "sözleşme görüşmeleri ilişkisi" kavramına da özel bir önem verilmelidir. Gerçekten culpa in contrahendo vâkıalarının bir çoğunda taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri ilişkisi, hem doğrudan bir güven konusu oluşturur; hem de duyulan güveni normatif anlamda korunmaya değer kılar. Çünkü bu ilişki, MK. m. 2/T'de ifadesini bulan, hakların kullanıldığı ve borçların ifa edildiği bir hukuki ilişkiye, "özel bir bağlantıya" tekabül eder; böylece sözleşme görüşmecileri arasındaki güven, sosyal hayatın bir gereği olarak ortaya çıkan alelade bir güven olgusundan ayrılır ve hukuken dikkate alınması gereken, haklı, korunmaya değer bir güven haline gelir. Ancak normatif anlamda korunmaya değer güven, aynı zamanda güvenen kimsenin iyiniyetli olmasını gerektirir; dolayısıyla "iyiniyet" de culpa in contrahendo sorumluluğunun özel şartlarından birisini oluşturur. Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğumu, son olarak, haklı güveni ihlâl eden bir davranışın varlığına bağlıdır. Bu davranış, "sözleşme görüşmelerinden doğan bir yükümlülüğün ihlâli" şeklinde ortaya çıkar.

8. Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin "doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle bağlantılı yükümlülükler", "görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlülükler" ve "bütünlük menfaatlerinin korunmasına yönelik yükümlülükler" şeklinde tasnif edilmesi mümkündür. Buna göre:

a. Doğrudan sözleşme görüşmeleriyle bağlantılı yükümlülükler, sözleşme görüşmelerinin ciddiyetle başlatılıp bu şekilde yürütülmesine ilişkin yükümlülüklerdir ve bunların ihlâli, bir sözleşmenin kurulmasına baştan engel olur. "Sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşmeler yapmak" veya "görüşmeleri dürüstlüğe aykırı biçimde

yarıda kesmek", bu tür yükümlölüklerin ihlâlini oluşturur. Buna karşılık görüşmeleri yapılan sözleşmeyle bağlantılı yükümlölükler, kurulmuş sözleşmenin geçerliliğine veya elverişliliğine ilişkin güveni boşa çıkartmamaya yöneliktir. Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin güveni boşa çıkartmama yükümlölüğü, "geçerlilik şekline aykırı sözleşme yaparak", "hukuka, ahlâka aykırı veya gerçekleştirilmesi imkânsız bir edim vaad ederek", "yetkisiz temsilde bulunarak veya ehliyetsizliğini gizleyerek" ya da "irade sakatlığına sebebiyet vererek" ihlâl edilebilir ve bu tür bir ihlâl, culpa in contrahendo sorumluluğunu doğurabilir. Karşı tarafın kurulmuş sözleşmenin elverişliliğine ilişkin güvenini boşa çıkartan davranışlar ise, esas olarak açıklama ve özenli şekilde bilgi verme yükümlölüklerini ihlâl eden davranışlardır. Fakat bu tür davranışların sözleşme görüşmelerinden doğan bir yükümlölüğü ihlâl etmiş sayılması, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açması için, zarara uğrayan kimsenin, Borçlar Kanununun 96. maddesinden veya ayıba karşı tekeffül gibi hükümlerden doğan "doğrudan doğruya sözleşmeye dayalı bir talep hakkı"na sahip olmaması gerekir. Aksi halde, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin, doğrudan uygulanması yerine, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak "kıyasen" uygulanması sözkonusu olur ki, böyle bir sonuç, hukuk tekniği ve mantığı ile bağdaştırılamaz. Bu bakımdan culpa in contrahendo sorumluluğunun, sözleşme sorumluluğu karşısında "tâli" bir karaktere sahip olduğu söylenebilir; fakat buradan, geçerli bir sözleşmenin varlığı durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunun hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacağı sonucu da çıkartılmamalıdır. Zira culpa in contrahendo, sözleşmenin kurulup kurulmamasından ve kurulmuş bir sözleşmenin geçerli olup olmamasından bağımsız bir sorumluluktur. Geçerli bir sözleşmenin varlığı, culpa in contrahendo sorumluluğunun

uygulama alanını daraltsa da, tamamen ortadan kaldırmaz; örneğin, hileye uğrayanın hileye rağmen sözleşmeyi iptal etmeyip sadece uğradığı zararların tazminini talep ettiği durumlarda bu tazminatın dayanağını yine culpa in contrahendo oluşturur.

b. Bütünlük menfaatlerinin korunmasına yönelik yükümlülüklerin sözleşme görüşmelerinden doğan bir yükümlülük grubunu oluşturup oluşturmadığı, dolayısıyla bu tür menfaat ihlallerinin culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açıp açmayacağı hususu ise, doktrinde tartışmalıdır. Gerçekten, culpa in contrahendoyu sözleşme sahasına yakın gören kimi yazarların dahi, doğrudan sözleşme görüşmeleri ilişkisiyle veya görüşmeleri yapılan sözleşmeyle ilgisi bulunmayan, esas olarak haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan bir yükümlülüğün ihlâline akdi sonuçlar bağlamaktan kaçındıkları görülmektedir. Bu yazarlara göre culpa in contrahendo, sadece sözleşmenin kuruluşu aşamasında iradelerin oluşum sürecine etki eden bir kusurlu davranışla ilgilidir; dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama sahası söz konusu türde kusurlu davranışlarla sınırlı tutulmalıdır. Oysa modern borçlar hukuku doktrininde söz konusu tartışmalar, tarafların sözleşme dışı menfaatlerinin korunmasının da borç ilişkisinden doğan yükümlülöklere dahil edilmesiyle, "esasen akdin müspet ihlâli kurumu kapsamında" çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre borç ilişkisi, basit bir edim ilişkisi olmanın ötesinde aynı zamanda bir güven ilişkisini ifade etmekte olduğundan; tarafların edim dışındaki diğer şahıs ve mal varlığı değerlerinin ihlâli, güven ilişkisinin ihlâli olarak kabul edilebildiği oranda sözleşme sorumluluğuna sebebiyet verir. Aynı sonucun, edim yükümlölüklerinin henüz hiç doğmadığı, tamamen bir güven ilişkisi görünümünde olan sözleşme görüşmeleri bakımından da kabul edilmemesi için hiçbir sebep yoktur. Böylece hem borç ilişkisinin bulunduğu safhaya göre değişiklik

göstermeyen "bütünsel bir koruma anlayışı" tesis edilmiş; hem de kusurlu davranışa, ihlâl ettiği değerin niteliğine değil, ihlâl ettiği güvenin yoğunluğuna göre sonuç bağlayan borçlar hukuku sistemine uygun bir çözüm elde edilmiş olur.

10. Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği ve şartları bakımından ortaya koyulan tüm bu teorik ve soyut tartışmaları pratikte önemli hale getiren husus, şüphesiz ki, bu sorumluluğa bağlanacak hüküm ve sonuçların neler olacağıdır. Sözleşme görüşmeleri ilişkisinin edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi şeklinde nitelendirilmesi, ayrıca bu ilişkiden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlâlinin "somut ve özel bir güven ilişkisinin ihlâli" olarak sözleşmenin ihlâline benzetilmesi, bu noktada belirleyici bir rol oynar ve culpa in contrahendo sorumluluğuna sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektirir. Buna göre, sözleşme görüşmecilerinin, kullandıkları ifa yardımcılarının karşı tarafa verdikleri zararlardan sorumlulukları, BK. m. 55 hükmüne değil, BK. m. 100 hükmüne tâbi olur. Aynı şekilde, culpa in contrahendo sorumluluğuna, BK. m. 60/T'de haksız fiiller için öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresi değil, sözleşmeye aykırı davranışların da tâbi olduğu BK. m. 125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır. Ayrıca, kusuru ispat yükünü zarar gören lehine ters çevirerek, sorumluluk sujesini "kusursuzluğunu" ispat yükü altına sokan BK. m. 96 hükmü, culpa in contrahendo sorumluluğunda da uygulama alanı bulur.

ÖZET

Culpa in contrahendo sorumluluğu, ana hatlarıyla, “sözleşmenin kurulmasından önce, henüz görüşmeler safhasında tarafların, kusurlu davranışlarıyla birbirlerine verdikleri zararlardan sorumluluğu” olarak tanımlanabilir. Burada, culpa in contrahendo sorumluluğunu sözleşme sorumluluğundan ayıran nokta, taraflar arasında henüz bir sözleşme ilişkisinin kurulmamış olması; haksız fiil sorumluluğundan ayıran nokta ise, taraflar arasında sözleşme görüşmelerine girişmekle somutlaşan bir işlem temasının başlamış bulunmasıdır. Bu bakımdan culpa in contrahendo sorumluluğu, borçlar hukuku sistemimizin klasik sorumluluk türlerinin dışında kalan bir sorumluluk hali olarak belirlemekte ve bu durum, sözkonusu sorumluluğun kaynağının, farklı kurum ve esaslar çerçevesinde araştırılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Nitekim bugün yerli ve yabancı hukuk doktrinlerinde, karşılıklı irade beyanlarından veya hukuka aykırı bir müdahaleden bağımsız olarak, sadece sözleşme görüşmelerine başlamakla kurulan ve temelini MK. m. 2’de bulan bir hukuki ilişkiden bahsedilmeye başlanmıştır. Bu ilişki çerçevesinde tarafların, her bakımdan dürüstlük kuralına uygun davranmaları, örneğin, görüşmeleri ciddiye ve özenle sürdürmeleri, kurmak istedikleri sözleşmeyi geçersiz kılacak davranışlardan kaçınmaları, sözleşmenin içerik ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatmaları, birbirlerinin kişiliğine ve malvarlığına zarar vermemek için gerekli özeni göstermeleri gerekmektedir. Taraflar, bu yükümlülöklere kusurlu olarak aykırı davranıp, sözleşme görüşmelerinden doğan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zararlardan culpa in contrahendo esasınca sorumludurlar.

ABSTRACT

Culpa in contrahendo liability can be briefly identified as "liabilities of parties for the loss they cause mutually due to faulty actions at pre-contractual negotiations phase". The point differing culpa in contrahendo liability from contractual liability is that in culpa in contrahendo there is no contractual relation between the parties yet; and the point differing it from tort is that there is a proceeding contact, which had become concrete, initiated with contractual negotiations between the parties. Because of this culpa in contrahendo liability appears as a liability out of the classical liability types in Law of Obligations system and this situation makes inevitable to research the source of this liability in the frame of different institutions and principals. As a matter of fact today local and foreign judicial doctrines started to discuss a legal judicial relation on the basis of Civil Code Article 2 and just started with negotiations on agreement independent of unlawful act or mutual declarations of intention. In the frame of this relation parties should act as in principle of good faith and should pay the necessary attention, for example, to avoid from any type of behavior that will render the intended contract invalid, to clarify each other about the terms and conditions of the contract, and to respect each other's personalities and assets. In case parties violate the trust relation arising from contractual negotiations by acting in fault contrary to these obligations, they are liable for the damages, which arose from that, on the basis of principles of culpa in contrahendo.