

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE KARŞI TARAFIN ZARARA
UĞRAMASINI ENGELLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE
SONUÇLARI

Yasemin EROLU

2501211422

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ

İSTANBUL – 2024

ÖZ

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDE KARŞI TARAFIN ZARARA UĞRAMASINI ENGELLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SONUÇLARI

YASEMİN EROLU

Çalışmamız kapsamında sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ve bu sorumluluğun sonuçları ele alınmıştır. Birinci bölümde, öncelikle, sözleşme görüşmeleri, bunların hukuki niteliğine dair öğretide ileri sürülen görüşler; devamında da görüşmelerden doğan yükümlülükler, bu yükümlülüklerin sorumluluk kaynakları arasındaki yeri ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ortaya çıkışı ile söz konusu sorumluluğun benzer kavramlardan farkı ve güven sorumluluğuyla ilişkisi incelenmiştir. Bu bölümün sonunda ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'ndaki görünümü değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine yönelik öğretideki görüşler ve bu görüşlerin yüksek mahkemelerin kararlarına yansımaları değerlendirilmiştir. Bölümün devamında da görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için aranan şartlar incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme görüşmeleri, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, haksız fiil hükümleri, borca aykırılık hükümleri, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi, güven sorumluluğu, olumsuz zarar, olumlu zarar.

ABSTRACT

**OBLIGATION AND CONSEQUENCES TO PREVENT THE
OTHER PARTY FROM DAMAGE IN CONTRACT
NEGOTIATIONS**

YASEMİN EROLU

In the scope of our study, the responsibility arising from contract negotiations and the consequences of this responsibility are discussed. In the first part, firstly, contract negotiations and the opinions put forward in the doctrine regarding their legal nature; Subsequently, the obligations arising from the negotiations, the place of these obligations among the sources of responsibility, the emergence of the responsibility arising from the contract negotiations, the difference of the responsibility in question from similar concepts and its relationship with the responsibility of trust are examined. At the end of this part, the appearance of the liability arising from contract negotiations in the Turkish Code of Obligations and the Turkish Civil Code is evaluated.

In the second part, the opinions in the doctrine regarding the legal nature of the liability arising from contract negotiations and the reflections of these opinions on the decisions of the high courts are evaluated. In the rest of the part, the conditions required for liability to arise due to violation of obligations arising from negotiations are examined. In the third part, the consequences of liability arising from contract negotiations are discussed.

Keywords: Contract negotiations, liability arising from contract negotiations, tort provisions, breach of debt provisions, debt relationship independent of performance obligation, trust responsibility, negative damages, positive damages.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında hazırlanan bu çalışmada sözleşme görüşmelerinde karşı tarafın zarara uğramasını engelleme yükümlülüğü ve söz konusu yükümlülüğün sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır. Buradan hareketle, öncelikle sözleşme görüşmeleri ve görüşmelerden yükümlülükler ardından yükümlülüklerin ihlali halinde doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair öğretideki tartışmalar ile görüşmelerden doğan sorumluluğun şartları ele alınmış son olaraksa sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde doğabilecek sonuçlar değerlendirilmiştir.

Tezin danışmanlığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimim süresince kürsü hocam olan Prof. Dr. Tufan Ögüz tarafından üstlenilmiştir. Kendisine tezimin danışmanlığını kabul ederek beni onurlandırdığı, tezin konu seçiminden tamamlanmasına kadar her aşamada sorularımı sabırla cevaplandırarak bana yol gösterdiği, güvendiği ve karşılaştığım her türlü zorlukta destek olduğu için en içten şükranlarımı sunuyorum. Aynı şekilde lisans ve yüksek lisansta öğrencisi olmaktan tarifsiz bir mutluluk duyduğum hocam Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne'ye tezin yazım sürecinde ihtiyaç duyduğum kaynaklara ulaşmama katkı sağladığı, desteğini bir an olsun esirgemediği ve tez jürimde yer almayı kabul ettiği için sonsuz teşekkür ederim. Jürimde yer almayı kabul ettikleri ve tezime yönelik yaptıkları kıymetli değerlendirmeler için Prof. Dr. Burak Özen'e, Prof. Dr. İpek Sağlam'a ve Doç. Dr. Tülay Aydın Ünver'e çok teşekkür ederim. Ayrıca lisans yıllarımdan bugüne karşılaştığım sorunların çözülmesi adına elinden geleni yapan ve süreci benim için kolaylaştıran Prof. Dr. Saibe Oktay-Özdemir'e, Prof. Dr. Abuzer Kendigelen'e, Prof. Dr. Emrehan İnal'a ve Prof. Dr. Faruk Kerem Giray'a minnettarım.

Tezin ilerleyiş sürecini benimle paylaşan Araş. Gör. Emine Aslı Küçükaydın'a ve Araş. Gör. Meral Yıldırım'a; tezin savunma sürecinde her aşamayla kendi teziymiş gibi ilgilenen Araş. Gör. Musa Kama'ya ve Araş. Gör. Fatih İsaogulları'na gerekli kaynaklara ulaşmamda olan destekleri, katkıları ve endişelerimi sabırla dinleyerek beni cesaretlendirdikleri için çok teşekkür ederim. Onların desteği olmasaydı çalışmanın bu sürede tamamlanması da mümkün olmazdı. Ayrıca kütüphanemizin

lisans üstü bölümüne erişmekte karşılaştığım engelleri aşarak ilgili kaynaklara ulaşmama vesile olan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanesi emekçilerinin çalışmamıza katkıları göz ardı edilemez. Kendilerine gösterdikleri titizlik için teşekkür ederim.

Hayatım boyunca yanımda olan anne ve babama, hukuk alanındaki yolculuğuma amaç katan teyzem Asiye Seğmen'e, motivasyonumu her daim yükselten kuzenlerim Aslı Zeynep Kılıç Kapıcıoğlu'na, Av. Meltem Şahin'e ve bu süreçte beni yalnız bırakmayan arkadaşlarıma bitmek bilmeyen destekleri için gönülden teşekkür ederim.

Tezin yazım sürecinde kıymetli hocam ve sevgili ağabeyim Araş. Gör. Fatih Duran zamansız bir şekilde aramızdan ayrıldı. Bu nedenle tezimi ona ithaf etmek istiyorum. Dilerim hatırası sonsuz olsun.

Yasemin Erolu

İstanbul, Nisan 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ VE GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK

1. Sözleşme Görüşmeleri.....	3
1.1. Genel Olarak	3
1.2. Sözleşme Görüşmelerinin Hukuki Niteliği	5
1.3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülükler.....	9
1.3.1. Karşı Tarafıta Yersiz Güven Oluşturmama Yükümlülüğü	11
1.3.1.1. Sözleşme Yapma İradesi Olmaksızın Görüşmelere Başlanması ve Görüşmelerin Sürdürülmesi	12
1.3.1.2. Sözleşme Görüşmelerinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Şekilde Kesilmesi	13
1.3.1.3. İleride Yapılacak Sözleşmenin TBK m. 27'ye Aykırı Olduğu Bazı Haller	14
1.3.2. Aydınlatma Yükümlülüğü.....	17
1.3.3. Kişi ve Mal Varlığına Zarar Vermeme Yükümlülüğü	21
2. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüklerin Sorumluluk Kaynakları Arasındaki Yeri	22
3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk	26
3.1. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Ortaya Çıkışı	27
3.2. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Benzer Kavramlardan Farkı ve Güven Sorumluluğu ile İlişkisi	30
3.2.1. Önsözleşmeden Farkı	30
3.2.2. Fiili Sözleşme İlişkisinden Farkı	31
3.2.3. Ayıptan Sorumluluktan Farkı	33
3.2.4. Güven Sorumluluğu ile İlişkisi.	34

3.3.	Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'ndaki Görünümleri	35
3.3.1.	Önerinin Süreli Olması veya Hazır Olmayana Karşı Yapılması	36
3.3.2.	Yanılma, Aldatma ve Korkutma Halleri	37
3.3.3.	Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu ve Yetki Belgesinin Geri Alınmaması	39
3.3.4.	Sınırlı Ehliyetsizin Yapmış Olduğu İşlemler	41

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

1.	Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği	42
1.1.	Genel Olarak	42
1.2.	Haksız Fiil Görüşü	42
1.3.	Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Görüşü	45
1.3.1.	İleride Yapılacak Sözleşme Görüşleri	46
1.3.1.1.	İleride Yapılacak Sözleşmenin Geçersizliğine Dayanan Görüş	47
1.3.1.2.	İleride Yapılacak Sözleşmenin Geçerli Şekilde Kurulmasına Dayanan Görüş	48
1.3.1.3.	İleride Yapılacak Sözleşme Görüşlerine Yönelik Eleştiriler	48
1.3.2.	Sözleşme Görüşmelerini Bağımsız Hukuki İşlem Olarak Nitelendiren Görüşler	47
1.3.2.1.	Görüşmeleri Tek Taraflı Hukuki İşlem Olarak Nitelendiren Görüş	47
1.3.2.2.	Görüşmeleri İki Taraflı Hukuki İşlem Olarak Nitelendiren Görüşler	49
1.3.2.2.1.	Tarafların Örtülü İradesiyle Kurulan Sözleşme	49
1.3.2.2.2.	Kanundan Doğan Borç İlişkisi	50
1.3.2.2.3.	Fiili Sözleşme İlişkisi	52
1.4.	Karma Görüş	53
2.	Yüksek Mahkeme Kararlarında Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği	55
2.1.	Alman Federal Mahkemesinin Görüşü	55
2.2.	İsviçre Federal Mahkemesinin Görüşü	56
2.3.	Yargıtay'ın Görüşü	57
3.	Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Şartları	58
3.1.	Genel Olarak	58

3.2.	Tarafların Sözleşme Görüşmelerine Başlamış Olması	58
3.3.	Bir Güven Unsurunun Bulunması	60
3.4.	İyiniyet	61
3.5.	Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüğün İhlali	62
3.6.	Zarar	63
3.7.	Kusur	66
3.8.	İllyet Bağı.....	70
4.	İspat Yükü	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

1.	Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüklerin İhlali Nedeniyle Uğranılan Zararların Giderilmesi	74
1.1.	Genel Olarak	74
1.2.	Tazminat.....	75
1.2.1.	Maddi Tazminat	76
1.2.1.1.	Olumlu Zararın Giderilmesinin İstenebileceği Haller.....	79
1.2.1.2.	Maddi Tazminatın Belirlenmesi.....	81
1.2.1.2.1.	Zararın İspatı	84
1.2.1.2.2.	Zararın Denkleştirilmesi.....	86
1.2.1.2.3.	Olumsuz Zarar Miktarının Olumlu Zararın Miktarıyla Sınırlandırılıp Sınırlandırılmayacağı Sorunu	86
1.2.1.2.4.	Tazminatın İndirilmesi	88
1.2.1.2.5.	Zararın Hesaplanma Anı	90
1.2.2.	Manevi Tazminat	91
1.3.	Tazminat İsteyebilecek Kişiler.....	93
1.4.	Tazminat Borçlusu	95
1.4.1.	Genel olarak	95
1.4.2.	Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk	97
2.	Sorumluluk Kaynaklarının Yarışması.....	101
2.1.	Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk ile Yarışması	103
3.	Zamanaşımı	105

SONUÇ.....	108
KAYNAKÇA	112
ELEKTRONİK KAYNAKÇA.....	124



KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde

MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

TBK m. 1 uyarınca sözleşmeler “ *tarafların karşılıklı ve birbirine uygun*” iradeleriyle kurulur. Ancak çoğu zaman sözleşmenin kurulması bir anda gerçekleşmez ve taraflar arasında sözleşmeye dair hususların görüşüldüğü hazırlık aşaması gerçekleştirilir. İşte bu aşama, sözleşme görüşmeleri olarak adlandırılmaktadır.

Görüşmeler sırasında her ne kadar taraflar arasında henüz bir sözleşme kurulmamışsa da bu süreçte üçüncü kişilere göre birbirlerine daha yakın konumda bulunduklarından TMK m. 2’den birtakım yükümlülükler doğar. Öğretide farklı başlıklar altında karşımıza çıkan söz konusu yükümlülüklerin görüşenlerden biri tarafınca ihlal edilmesi halinde diğer taraf zarar uğramışsa bunun giderilmesi gerekecektir. Ancak görüşmeler sırasında taraflar arasında kurulmuş herhangi bir sözleşme olmadığı gibi, kanun koyucu tarafından da sözleşme görüşmelerine dair genel bir düzenleme yapılmadığından ortaya çıkan zararın hangi esasa göre giderileceği tartışmalıdır.

Çalışmamızın birinci bölümünde sözleşme görüşmeleri ve bunların hukuki niteliğine yönelik ileri sürülen görüşler ele alınmış; sonrasında görüşmeler sırasında TMK m. 2’den doğan yükümlülükler üç ana başlık altında incelenmiştir. Ardından da bahsi geçen yükümlülüklerin sorumluluk kaynakları arasındaki yeri değerlendirilmiştir. Devamında sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ortaya çıkışı, bu sorumluluğun benzer kavramlardan farkı ve güven sorumluluğuyla ilişkisi üzerinde durulmuştur. Bölümün sonunda ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’ndaki görünümü ortaya konulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, öncelikle, sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yükümlülüklerin ihlali halinde ortaya çıkacak zararların hangi esasa dayanarak giderileceğinde belirleyici olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair öğretide ileri sürülen görüşler detaylıca ele alınmıştır. Ardından sorumluluğun hukuki niteliğine yönelik bu tartışmaların Alman ve İsviçre federal mahkemeleri ile Yargıtay’ın kararlarına yansımaları

değerlendirilmiştir. Bölüm devamında da sözleşme görüşmelerinden bir sorumluluğun doğabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar ve ispat yükünün hangi tarafta olacağı üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sonuçları ortaya konulmuştur. Bu kapsamda öncelikle görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerin ihlali nedeniyle doğan zararlardan hangilerinin giderileceği incelenmiş ardından ise tazminatın kimler tarafından talep edilebileceği ve kimlerin tazminat borçlusu olacağı üzerinde durulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİ VE GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK

1. Sözleşme Görüşmeleri

1.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu’nun “*Sözleşmenin Kurulması*” başlıklı birinci maddesine göre sözleşmeler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun beyanlarını kanun koyucu “*öneri*” ve “*kabul*” olarak adlandırmaktadır.

Sözleşmenin kurulması amacıyla yapılan bu iki irade beyanından zaman itibariyle önce olan öneri, sonraki ise kabuldür¹. Bununla birlikte zaman itibariyle önce olan beyanın öneri olarak adlandırılabilmesi için, kendisine uygun olarak gelecek kabulle söz konusu sözleşmenin kurulması arzusunu taşımali yani öneride bulunan önerisiyle bağı olmalıdır². Aksi halde bu beyan bir öneri değıl, yalnızca görüşmelere başlamak üzere yapılan öneriye davettir.

Her ne kadar sözleşme bu şekilde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla da kurulsa çoğı zaman süreç bu kadar hızlı tamamlanmaz. TBK m. 2’ye göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşılmiş olması gerekir³. Birinci derecede esaslı noktalar bir sözleşmede mutlaka yer alması gereken sözleşmenin asgari unsurlarıdır. İkinci derecede esaslı noktalar ise

¹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 18.bs., İstanbul. Vedat Kitapçılık, Ekim 2023, s. 50; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 28.bs., Ankara, Legem Yayınevi, 2023, s. 276-293; Fikret Eren, Ünsal Dönmez, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi**, C.1 (m.1-48), Ankara, Yetkin Basımevi, 2022, s. 398. Öneri ve kabul beyanlarına yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Caner Taşatan, **Sözleşmenin Kurulması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2021, s. 65-168. Sözleşmenin kurucu unsurları kural olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olmakla birlikte bazı hallerde kanun koyucu bir sözleşmenin kurulabilmesi için başka unsurlar da aramaktadır. Örneğin evlenme böyledir (Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, **Aile Hukuku**, 13.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, Ocak 2018, s.68-70).

² Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s. 402-404; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 56-59; Eren, **a.g.e.**, s. 288.

³ Sözleşmenin birinci ve ikinci derecedeki noktalarına dair açıklamalar için bkz. Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s.417-427; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.72-73; Eren, **a.g.e.**, s.265-271; Taşatan, **a.g.e.**, s.189-202.

TBK m. 2’de düzenlenir; buna göre sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların bu noktalar üzerinde anlaşmış olması zorunlu değildir. Taraflar, bu noktalar hakkında hiç konuşmamış olabileceği gibi bunları görüşmeyi sözleşmenin kurulmasından sonraya da bırakmış olabilir⁴.

Sözleşmenin kurulmasından önce tarafların aralarında yürüttükleri bu süreç sözleşme görüşmeleri adı verilmektedir. Sözleşme görüşmeleri somut olayın şartlarına göre ya öneriye davet ya da en geç öneriyle başlar⁵ ve sözleşmenin kurulması ya da tarafların anlaşamayarak görüşmeleri yarıda kesmesiyle sona erer. Bu görüşmeler adeta sözleşmeye hazırlık niteliğindedir; bu yüzden de değişkendir ve süreç içerisinde gelişim gösterir⁶.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılabilir üzere sözleşme görüşmeleri taraflar arasında bir hukuki ilişki ortaya çıkarır⁷. Ancak sözleşme görüşmelerine giren taraflar söz konusu sözleşmeyi kurmak zorunda değildir. Borçlar hukukumuzda hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar kural olarak bir sözleşmeyi herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın istedikleri kişiyle yapabilir ve bu sözleşmenin içeriğini belirleyebilir⁸. Bununla birlikte TMK m. 2’de de ifade edildiği üzere “*herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak*

⁴ Taraflardan biri için ikinci derecede noktalar mutlaka sözleşmede yer alması gerekiyorsa bu noktalar üzerinde anlaşma olmaması sözleşmenin kurulmamasına neden olur. Bu nitelikteki ikinci derece noktalara “subjektif esaslı noktalar” adı verilir (bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 77). Sözleşmenin bir süreç olduğu dair bkz. Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2006, s.37; Sözleşmenin bir süreç olduğu Yargıtayca da ifade edilmektedir bkz. “Gerçekte de; sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir, Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir...” Y. HGK., T. 13.2.2013, 2012/13-1220 E., 2013/239 K.; Y. HGK., T. 9.6.2010, 2010/13-593 E., 2010/623 K.; Y. HGK., T. 22.3.2022, 2019/435 E., 2022/352 K.; Y. 19.HD., T. 1.12.2005, 2005/2865 E., 2005/11959 K. (Çevrimiçi-E.T.: 20.7.2023-www.karararama.yargitay.gov.tr).

⁵ Ümit Gezder, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Basım, Şubat 2009, s.38.

⁶ İlhan Ulsan, **Culpa In Contrahendo Üstüne**, İstanbul, Aristo Yayıncılık, Haziran 2021, s. 18.

⁷ Rainer Gonzenbach, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Verlag Stämpfli, 1987, s. 34-35; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.77; Gezder, **a.g.e.**, s.43; Eren, **a.g.e.**, s. 1254.

⁸ Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s.231-261; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.23 Gonzenbach, **a.g.e.**, s.33; Sözleşme yapma zorunluluğuna yönelik bkz. Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s.231-261.

zorundadır.” Bu maddeden hareketle dürüstlük kuralı sözleşme görüşmeleri yapan taraflara birtakım yükümlülükler yüklemektedir⁹.

Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflardan her biri, karşı tarafın kişi ve malvarlığına zarar verecek ya da sözleşmenin yapılmasına yönelik kararını etkileyebilecek aldatıcı davranışlardan kaçınma, doğru bilgi verme ve gerekli hallerde aydınlatma yükümlülüğü altındadır¹⁰. Ayrıca taraflar, sözleşme yapmaya yönelik iradeleri olmaksızın görüşmelere başlamamalı veya sürdürmemelidir. Sözleşme görüşmelerinde tarafların yükümlülüklerini ileride detaylıca açıklayacağımız için burada yalnızca bu yükümlülüklerden bahsetmekle yetiniyoruz.

1.2. Sözleşme Görüşmelerinin Hukuki Niteliği

Sözleşme görüşmelerinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Piotet’in öncü olduğu görüşe göre, sözleşme görüşmeleri aşamasında henüz sözleşme kurulmadığından tarafların fiilleri de hukuki işlem olarak nitelendirilemez¹¹. Bu halde sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan birinin diğerine zarar veren fiilleri yalnızca haksız fiil olarak değerlendirilebilir¹². Bu görüşün sonucu olarak görüşmeler sırasında doğan yükümlülüklerle aykırı davranarak karşı tarafın zarar uğramasına neden olan taraf haksız fiil sorumluluğu altındadır ve söz konusu zararları gidermekle yükümlüdür.

⁹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.38, 77, 477.

¹⁰ Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s.20; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 92-125; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.77; Yalman, **a.g.e.**, s. 37; Eren, **a.g.e.**, s. 12591263; Söz konusu yükümlülüklerle ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y.6.HD., T. 24.9. 2013, 2013/10098 E., 2013/12912 K.; Y.22.HD., T. 24.12.2018, 2017/20219 E., 2018/28025 K.; Y.9.HD., T. 28.10.2020,

¹¹ Paul Piotet’in görüşü hakkında açıklamalar için bkz. Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 39,41; Aynı görüşte olan yazarlar için bkz. Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, 2.Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, 1992, s. 82-83; Max Keller, Christian Schöbi, **Das schweizerische Schuldrecht: allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Band I, 3.Auflage, Basel/Frankfurt, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1988, s. 36; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2022, s.128. Hukuki işleme yönelik açıklamalar için bkz. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 28.bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2022, s.168-180.

¹² Ali Naim İnan, "Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma I", **Adalet Dergisi**, 1954, S. 7, s. 880; Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s 40, Gezder, **a.g.e.**, s.73; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 20; Merz, **a.g.e.**, s.86, Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 43.

Jhering ise sözleşme görüşmelerini ve ileride yapılacak sözleşmeyi tek bir hukuki işlem olarak değerlendirmektedir¹³. Buradan hareketle sözleşmeden doğan yükümlülükler de yapılacak sözleşmeden bağımsız bir nitelik taşımaz¹⁴. İleride yapılacak hukuki işlem bir sözleşme olduğundan, bu ihtimalde sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesine borca aykırılık hükümleri uygulanacaktır.

Jhering'in aksine sözleşme görüşmelerini, ileride yapılacak sözleşmeden bağımsız bir hukuki işlem olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur¹⁵. İki ilişkiyi birbirinden bağımsız kabul etmenin sonucu olarak sözleşme görüşmeleri ileride yapılacak sözleşmenin yokluğundan veya geçersizliğinden etkilenmeyecektir. Söz konusu görüşlerden biri, her iki tarafın da sözleşme görüşmeleri sırasında aydınlatma yükümlülüğü altında olduğunu; bu durumun da aralarında bir sözleşme oluşturduğunu varsaymaktadır¹⁶. Bu ihtimalde sözleşmenin tarafların örtülü iradesiyle kurulduğu kabul edilmektedir.

Sözleşme görüşmelerini, ileride yapılacak sözleşmeden bağımsız bir hukuki işlem olarak değerlendiren diğer görüş ise; bu görüşmeleri, tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirmektedir. Söz konusu görüş "*giriş nazariyesi*" olarak anılmaktadır ve bu görüşe göre taraflar dürüstlük kuralı gereğince ortaya çıkan imkansızlıkları birbirlerine bildirmekle yükümlüdür¹⁷.

Sözleşme görüşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin bir diğer görüş, bu görüşmeleri kanundan doğan bir borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, tarafların görüşmeler sırasında birbirlerine karşı olan yükümlülükleri özel bir hukuki ilişki

¹³ Rudolf von Jhering'in görüşü hakkında açıklamalar için bkz. Ali Naim İnan, "Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma II", *Adalet Dergisi*, 1954, S. 8, s.999-1002).

¹⁴ Ulsan (Culpa in Contrahendo), *a.g.e.*, s. 43-44; Gezder, *a.g.e.*, s.65. İnan II, *a.g.m.*, s. 1001.

¹⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.979; Gonzenbach, *a.g.e.*, s. 82; Oğuzman, Öz (I), *a.g.e.*, s. 77.

¹⁶ Yalman, *a.g.e.*, s. 75-76.

¹⁷ Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur (Culpa in Contrahendo) ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", *Yargıtay Dergisi*, C. XI, S. 3, 1985, s. 234; Ulsan (Culpa in Contrahendo), *a.g.e.*, s. 51; İnan II, *a.g.m.*, s.1007-1008.

ortaya çıkarmaktadır. Kanundan doğan borç ilişkisi görüşü, kanun koyucunun sözleşme görüşmelerine yönelik özel bir düzenleme getirmediğini, ancak TBK m. 35/f.1'in sözleşme öncesi döneme yönelik bir hüküm olduğunu; bu maddeden de hareketle sözleşme görüşmeleri aşamasındaki ilişkinin kanundan doğduğunu ileri sürmektedir¹⁸.

Öğretide bir görüş sözleşme görüşmelerini adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirmektedir¹⁹. TBK m. 620/f.1'e göre adi ortaklık sözleşmesinde iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlenmektedir. Buna göre sözleşme görüşmelerinde de taraflar, emeklerini ve mallarını ileride yapmak istedikleri sözleşme için birleştirmeyi üstlenmektedir²⁰.

Tüm bu açıklamalarla birlikte yukarıda da bahsettiğimiz üzere sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların arasında diğer kişilere göre daha yakın bir ilişki ortaya çıkar²¹. Görüşmelere giren taraflar bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelmiş ve diğer kişilere göre birbirlerine zarar verebilme olasılıkları da fazladır. Tarafların arasındaki bu yakından hareket eden bir görüş, sözleşme görüşmelerinin ileride yapılacak sözleşmeden bağımsız bir fiili sözleşme ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir²².

Fiili sözleşme ilişkisinde sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların, sözleşme yapmaya yönelik iradesi veya beyanı aranmamaktadır; yalnızca yararlanma iradesinin

¹⁸ Yalman, **a.g.e.**, s.77; Kanundan doğan borç görüşünün ortaya çıkmasında etkili olan hükümlere yönelik açıklamalar için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.977.

¹⁹ Wilhelm Schöenberger, Peter Jäggi, **Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht: Art. 1-529**, Zürich, Schulthess Verlag, 1973, s. 405-410; Adi ortaklık sözleşmesine yönelik açıklamalar için bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16.bs., İstanbul, Beta Basım, Ekim 2019, s. 881-891.

²⁰ Gezder, **a.g.e.**, 69-72.

²¹ Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2022, s. 347-348.

²² Bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 122-124; Huriye Reyhan Demircioğlu, **Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Ankara, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 68-70 (Çevrimiçi-E.T. 26.5.2023- www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/).

bulunması yeterlidir²³. Ayrıca bu ilişkide, tarafların iradesi hiç bulunmasa ya da geçerli olmasa bile birtakım fiili durum ve davranışlar hukuki sonuca bağlanmaktadır²⁴.

Bir diğer görüş ise sözleşme görüşmelerini edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir²⁵. Burada da sözleşme görüşmeleri, ileride yapılmak istenen sözleşmeden bağımsız olarak kabul edilmektedir²⁶. Edim bir borcun konusudur ve bir şeyi verme, yapma ya da yapmama olarak karşımıza çıkar. Ancak bir borcun konusu her zaman edim yükümlülükleriyle sınırlı değildir. Söz konusu yükümlülükler dışında koruma ve özen yükümlülükleri de borcun içeriğine dahildir.

Bu yükümlülükler “*edim yükümlülüğünden bağımsız borç*” olarak adlandırılırken içeriğini yalnızca koruma ve özen yükümlülüklerinin oluşturduğu borç ilişkileri, “*edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi*” kavramıyla ifade edilmektedir. Bu görüşe göre yakın ilişki kuran tarafların arasında bir güven oluşur. Ancak bu kişiler yakın ilişki içerisinde olduklarından birbirlerine zarar verme olasılığının yüksektir, bu nedenle de TMK m. 2’den koruma ve özen yükümlülükleri doğar²⁷. Söz konusu yükümlülükler, edim yükümlülüklerinden ayrıdır. Aslında bu halde de yükümlülükler kanuna dayandırıldığı için kanundan doğan bir borç ilişkisi mevcuttur²⁸.

Sözleşme görüşmelerinin taraflar arasında bir borç ilişkisi meydana getirdiğini ileri süren görüşler, görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerin ihlali halinde kusurlu

²³ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 43-44; Fiili sözleşme ilişkisine dair kararlar için bkz. Y. İBK. T.18.6.1958, 20 E., 9 K., RG. 10020(Çevrimiçi-E.T. 28.5.2023-www.resmigazete.gov.tr/arsiv/); Y. 19.HD., T. 26.3.2015, 2014/9431, 2015/4332 K.; Ankara BAM, 23.HD., T. 15.12.2021, 2018/1789 E., 2021/1960 K. (Çevrimiçi-E.T. 30.8.2023- www.lexpera.com.tr).

²⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, "Fiili Sözleşme İlişkileri", **Ankara Barosu Dergisi**, 1985, S. 5-6, s.741-742.

²⁵ Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, Yasa Yayıncılık 1988, s. 118; Rona Serozan, "Culpa İn Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **MHAD**, C. II, S.3, 1968, s. 119 (Çevrimiçi-E.T. 10.4.2023- www.dergipark.org.tr); Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 7.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 12.

²⁶ Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s.61.

²⁷ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 13,37.

²⁸ Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlali" ve "Culpa İn Contrahendo"”, **MHAD**, C.XV, S.18, 1990, s. 38-39 (Çevrimiçi-E.T. 21.5.2023- www.dergipark.org.tr).

davranışıyla karşı tarafın zarara uğramasına neden olan tarafın sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluğa dayandırmaktadır.

İleride yapılacak sözleşmeden bağımsız olarak kabul edilmesi ve tarafları kurmuş oldukları yakın ilişkiden dolayı dürüstlük kuralı gereğince birbirlerine karşı koruma ve özen yükümlülüğü altında tutulmaları nedeniyle biz de sözleşme görüşmelerinin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi oluşturduğu görüşüne katılmaktayız. Gerçekten de tarafların arasında görüşmelere başlanmasıyla yakın bir ilişki ortaya çıkmaktadır ve bu kişiler, üçüncü kişilere nazaran birbirlerine daha kolay zarar verebilecek noktada konumlanmaktadır.

1.3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülükler

Sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların aralarında, yukarıda da bahsedildiği üzere, bir hukuki ilişki ortaya çıkar. Görüşmelere başlanmasıyla tarafların her biri bakımından TMK m.2'den kaynaklanan birtakım koruma ve özen yükümlülükleri doğar. Bu noktada konunun daha iyi açıklanabilmesi bakımından edim, asli edim yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük kavramlarının açıklanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Edim, borçlunun gerçekleştirmekle yükümlü olduğu davranış, bir diğer deyişle borcun konusudur. Bu davranış verme, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Öğretide edimler çeşitli şekilde gruplandırılmaktadır; davranış şekli, ifa süresi ve belirlenme bakımından edimler bu gruplandırmaya örnek olarak verilebilir²⁹.

Bir sözleşmenin, birinci derecedeki noktalarını içeren ve içeriğini oluşturan yükümlülükler asli edim yükümlülüklerdir. Diğer bir deyişle bu yükümlülükler sözleşmenin türünü, özelliklerini ve tipini belirler³⁰. Örneğin bir satış sözleşmesinde

²⁹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 7-15; Eren, **a.g.e.**, s. 30-32.

³⁰ Özge Erbaş Odabaşı, “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.3, 2020, s.71(Çevrimiçi-E.T. 20.7.2023-www.izmirbarosu.org.tr/Yayın/); Eren, **a.g.e.**, s. 32; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.5.

satıcının satılan malın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmesi; buna karşılık alıcının da satış bedelini ödemesi asli edim yükümlülüklerindendir. Ayrıca söz konusu edim yükümlülüğünün ifasını alacaklı başka herhangi bir şeye bağlı olmaksızın talep edebilir.

Bir borç ilişkisindeki yükümlülükler çoğu zaman asli edim yükümlülüklerinden ibaret değildir. Genellikle sözleşmede asli edim yükümlülüklerinin yanında yan edim yükümlülükleri de mevcuttur. Bu yükümlülükler sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına yönelik ve asli edimlerden içerik itibarıyla bağımsızdır; bu nedenle de alacaklı bu edimlerin ifasını ayrıca talep ve dava edebilir³¹. Yan edim yükümlülükleri kanundan doğabileceği gibi sözleşmeden veya dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir³². Satın alınan bir kitaplığın satıcı tarafından montajlanması, hediyein paketlenmesi, satın aldığımız bir bilgisayarın kurulumunun yapılması bahsettiğimiz yükümlülüklerle bir örnek oluşturmaktadır.

Bununla birlikte bir borç ilişkisinin içeriğinde asli ve yan edim yükümlülüklerinin yanında yan yükümlülükler de mevcuttur. Bunlar, asli edim yükümlülüklerine bağlıdır. Yan yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde zarara uğrayan taraf bunların ifasını talep ve dava edemez, ancak uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Kanun koyucu, yan yükümlülükleri doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm getirmemiştir. Bu nedenle söz konusu yükümlülüklerin TMK m.2’den doğduğu kabul edilmektedir³³.

Yan yükümlülükler, öğretide ifaya yardımcı yan yükümlülükler, özen ve koruma yükümlülükleri olarak ikiye ayrılmaktadır³⁴. Aslında bir borç ilişkisinin yöneldiği asıl amaç edimlerin yerine getirilmesi, bir diğer deyişle tarafların ifaya olan menfaatinin

³¹ Eren, **a.g.e.**, s. 34.

³² Asli edim yükümlülüklerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı ilişkisi içinde olduğu kabul edilmektedir, ancak bu durum yan edim yükümlülükleri bakımından tartışmalıdır. Bu tartışma için bkz. Erbaş Odabaşı, **a.g.m.**, s.73-74. Böyle bir ayırım yapmaksızın asli edim yükümlülükleri dışındaki yükümlülükleri yan borç olarak gruplandıran görüş için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 6-7.

³³ Eren, **a.g.e.**, s.39; bizim hukukumuzda yan yükümlülükleri doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Alman kanun koyucu BGB 241/2’de koruma yükümlülüklerine yer vermiştir. BGB 241/2’ye göre borç ilişkisi konusu itibarıyla her bir tarafı, diğerinin haklarını, hukuki varlıkları ve menfaatlerini korumakla yükümlü kılabilir (Çevrimiçi- E.T. 5.9.2023- www.gesetze-im-internet.de).

³⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 29-40.

gerçekleşmesidir. Söz konusu ifaya yardımcı yan yükümlülükler de asli edimlerin, sözleşmede taraflarca kararlaştırıldığı şekilde, yerine getirilmesine yöneliktir. Örneğin alışveriş yaptığımız bir markette malların iyi şartlarda bozulmadan saklanması böyledir.

Özen ve koruma yükümlülükleri ise bunlardan farklıdır. Sözleşme taraflarının, üçüncü kişilere göre birbirleriyle daha yakın bir ilişki içerisinde olduğu açıktır. Bu yakın ilişki dolayısıyla tarafların birbirine zarar verme olasılığı da diğer kişilere nazaran daha yüksektir. Böyle bir zararın önüne geçebilmek için taraflardan her biri, birbirine karşı özen gösterme ve koruma yükümlülüğü altındadır. Özen ve koruma yükümlülüğü, edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız kabul edilir. Bu nedenle gerek sözleşme görüşmeleri sırasında³⁵ gerek sözleşme döneminde gerekse de sözleşme sonrasında bu yükümlülük varlığı sürdürebilmektedir³⁶.

Öğretide yükümlülüğün bu özelliğinden hareketle “*edim yükümlülüğünden bağımsız borç*” kavramı kullanılmaktadır; bu halde, söz konusu yükümlülük, sözleşmenin yokluğundan veya geçersizliğinden de etkilenmemektedir³⁷. Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler de böyledir. Başlığın devamında sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler yersiz güven oluşturmama, aydınlatma ve kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlülüğü olarak gruplandırarak açıklayacağız.

1.3.1. Karşı Tarafta Yersiz Güven Oluşturmama Yükümlülüğü

³⁵ Yukarıda da bahsedildiği üzere BGB 241/2’de tarafların koruma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Ancak Alman kanun koyucu bununla da sınırlı kalmayıp BGB 311/2’de, 241’e atıf yapmak suretiyle söz konusu yükümlülüğün ortaya çıktığı hallerden biri olarak sözleşme görüşmelerinin başlamasını saymıştır (Çevrimiçi- E.T. 5.9.2023- www.gesetze-im-internet.de).

³⁶ Eren, **a.g.e.**, s.40; Yargıtay’ın karşı tarafta yersiz güven oluşturmama yükümlülüğüne dair kararları için bkz. “...yaklaşık %31,33 oranında Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) adı altındaki bir bölümünün Belediyeye terkininin söz konusu olduğunun anlaşıldığını, bu durumun daha önceden davalı tarafından bilindiği halde satış şartnamesinde belirtilmediğini...davalının dürüstlük kuralları ve aldatmama yükümlülüğünün gereğini yerine getirmediğini...” Y. 11.HD., T.24.2.2015, 2014/4755 E., 2015/2456 K.; Y. 13.HD., T.27.11.2019, 2018/3999 E., 2019/11585 K.; Y. 3.HD., T.7.9.2021, 2021/3246 E., 2021/7980 K. (Çevrimiçi- E.T. 28.8.2023-www.lexpera.com.tr).

³⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 41.

Taraflardan her biri, diğersinin sözleşmenin yapılıp yapılmayacağına ya da yapıldığı şartlara ilişkin iradesini etkileyecek aldatıcı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür³⁸. Görüşmeler sırasında aldatıcı davranışlarıyla karşı tarafta yersiz bir güven oluşturarak, onu zarara uğratan taraf, bu zararları gidermekle yükümlüdür.

Öğretide sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler farklı başlıklar altında ele alınmaktadır. Nitekim hangi davranışın hangi yükümlülüğe aykırı olduğuna karar verebilmek için en iyi yol somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesidir. Ancak aşağıda da açıklandığı üzere aydınlatma yükümlülüğünün varlığı istisnadır. Sözleşmenin her bir tarafı öncelikle kendi menfaatini gözetmeli ve gerekli araştırmaları yapmalıdır.

Burada incelediğimiz başlıklara dair gerçek duruma taraflar kendi araştırmalarıyla da ulaşabileceği için ayrıca aldatıcı bir davranış bulunmadıkça bizce herhangi bir yükümlülüğe aykırılık da söz konusu olmayacaktır. Örneğin karşı tarafın, kanun koyucunun öngördüğü şekle uygun yapılmadığı için geçersiz olan bir sözleşmenin yine de ifa edileceğine inandırılması çoğu zaman yersiz güven oluşturmama yükümlülüğüne aykırılık hallerindendir.

1.3.1.1. Sözleşme Yapma İradesi Olmaksızın Görüşmelere Başlanması ve Görüşmelerin Sürdürülmesi

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşmenin kurulmasına yönelik irade, bu hukuki işlemin kurucu unsurudur. Böyle bir iradenin hiç var olmaması halinde sözleşmenin varlığından da söz edilemez; nitekim, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarında eksikliğin sonucu yokluktur, sözleşme görüşmelerine böyle bir irade olmaksızın başlanması halinde kural olarak sözleşme kurulmaz. Ancak bir kimse, karşı tarafın herhangi bir fiilini dürüstlük kurallarına göre

³⁸ Gezder, a.g.e., s. 174; Eren, a.g.e., s. 447.

kendisine yapılmış bir öneri olarak değerlendirmekte haklıysa ve bu öneriyi kabul ederse, taraflar arasında, sözleşme de güven teorisi gereğince kurulmuş olur³⁹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince kural olarak kimse, diğer bir kimseyle herhangi bir sözleşme yapmak zorunda değildir. Taraflar, karşı tarafa karar verebilecekleri gibi sözleşmenin içeriğini de kural olarak diledikleri gibi belirleyebilir. Sözleşme görüşmelerine başlanması da bu ilkeye bir istisna oluşturmamaktadır; görüşmelere başlanması, taraflara sözleşme yapma yükümlülüğü yüklemmez. Nitekim tarafların bu görüşmelerine girişmesindeki amaç; yapılacak sözleşmenin içeriğine, şartlarına yönelik değerlendirme yapmak, bunları tartışmaktır. Tartışılan noktalar üzerinde, tarafların anlaşamaması üzerine görüşmelerin kesilmesine bir engel yoktur. Bununla birlikte tarafların ileride herhangi bir sözleşme yapmaya yönelik iradesi olmaksızın görüşmelere başlaması sözleşme görüşmelerinin amacına uygun olmadığı gibi dürüstlük kuralından doğan yersiz güven uyandırmama yükümlülüğüne de aykırıdır.

TMK m.2/f.1'e göre "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*" Buna sözleşme yapma iradesi mevcut değilse ne sözleşme görüşmelerine başlanmalı ne de görüşmeler sürdürülmelidir. Şayet görüşmeler sırasında taraflardan birini artık sözleşme yapma iradesi ortadan kalkmışsa bu durumu karşı tarafa bildirerek görüşmelere son vermelidir. Aksi halde diğer tarafın sözleşmenin kurulacağına yönelik yaptığı harcamalar nedeniyle uğradığı zararların giderilmesi gerekir⁴⁰.

1.3.1.2. Sözleşme Görüşmelerinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Şekilde Kesilmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere sözleşme özgürlüğü gereğince kimse, kural olarak, herhangi bir sözleşme yapmaya zorlanamaz. Bunun sonucu olarak da taraflar

³⁹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.74-75; Eren, **a.g.e.**, s.267-268. Güven teorisine yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.336-337.

⁴⁰ Nihat Yavuz, "Culpa in Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları", **Yargıtay Dergisi**, C.XXVIII, S. 1-2, 2002, s. 78.

sözleşme görüşmelerine girişmek zorunda olmadığı gibi bu görüşmeleri sözleşmenin kurulmasıyla da sonuçlandırmak zorunda değildir. Görüşmelerin kesilebilmesi bakımından ne bu sürecin uzun sürmüş olması ne görüşmeleri kesen tarafın bir neden göstermemiş olması ne de bu uğurda karşı tarafın birtakım harcamalarda bulunmuş olması farklılık yaratır⁴¹.

Ancak sözleşme görüşmelerini kesen taraf, birtakım davranışlarıyla, söz konusu sözleşmenin kurulacağına yönelik karşı tarafta güven oluşturduysa bu durum dürüstlük kuralından doğan karşı tarafta yersiz güven oluşturmama yükümlülüğüne aykırıdır. Bu halde karşı tarafın sözleşmenin kurulacağına yönelik güveni boşa çıkarıldığı için uğramış olduğu zararlar giderilmelidir⁴².

1.3.1.3. İleride Yapılacak Sözleşmenin TBK m. 27'ye Aykırı Olduğu Bazı Haller

TBK m. 27/f.1'e göre *“kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu hallerde aslında sözleşme kurulmuştur ancak sözleşmenin geçerli şekilde hükümlerini doğurabilmesi için aranan şartlar sağlanamamıştır.

Kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi yargılama sırasında hakim tarafından, taraflar ileri sürmemiş olsa dahi, davanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınır. Bu yaptırım zamanın geçmesiyle de düzelmez, sözleşmenin hükümlerini doğurabilmesi için en baştan yapılması gerekir.

Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırılık bakımından şekle aykırılık öğretide sıkça incelenen bir konudur. Sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan şekil serbestisi gereğince sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanun koyucu da TBK m. 12/f.1'de bu

⁴¹ Özkan Özyakışır, Muhammed K. Ganbari, “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar”, **SÜHFD**, C. XXVIII, S.2, 2020, s.758-759(Çevrimiçi-E.T. 16.6.2023-www.dergipark.org.tr); Eren, **a.g.e.**, s.1266.

⁴² Gezder, **a.g.e.**, s. 163-165.

özgürlüğü açıkça düzenlemiştir. Aynı maddenin devamında ise öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğuna ve bu şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin hükümlerini doğurmayacağına yer vermiş ancak bu yaptırımın türünü belirtmemiştir. Bu nedenle öğretide yaptırımın türüne dair çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁴³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre kanun koyucunun öngördüğü şekil kuralları emredici niteliktedir ve öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler de kesin hükümsüzdür⁴⁴. Sözleşmenin yapıldığı anda şekle uygun olması gerektiğinden şekli etkileyebilecek davranışların görüşmeler sürecinde gerçekleşeceğinden şüphe yoktur. Örneğin taraflardan biri aldatici davranışlarıyla kanunun öngördüğü şeklin gerçekleşmesine engel olabilir. Bu yöndeki davranışlar da karşı tarafta yersiz güven oluşturmama yükümlülüğüne aykırıdır.

Çoğu zaman sözleşmenin şekle aykırı olduğunun böyle ileri sürülmesi TMK m.2'ye aykırılık oluşturur⁴⁵. Bu halde ise şekle aykırılık iddiası dikkate alınmayacağından ve şekle aykırı sözleşme, geçerli bir sözleşmeymiş gibi hükümlerini doğuracağından karşı tarafta yersiz güven oluşturmama yükümlülüğünün ihlalinin doğan herhangi bir zarardan da söz edilemeyecektir. Ancak şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığına hakim her somut olayın özelliklerini dikkate alarak karar verecektir⁴⁶. Bunun, hakim tarafından hakkında kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemesi ihtimalinde sözleşme de kesin hükümsüzdür. Bu nedenle şekle aykırılığa yol açan taraf, diğer tarafın uğradığı olumsuz zararı gidermekle yükümlü olur⁴⁷.

⁴³ Bunlar “yokluk”, “kesin hükümsüzlük (klasik görüş)”, “kendine özgü (sui generis) geçersizlik”, “iptal edilebilirlik”, “eksik borç” ve “fiili sözleşme” görüşleridir, görüşlere dair detaylı açıklamalar için bkz. Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s.93-137; Eren, **a.g.e.**, 332-339.

⁴⁴ Yargıtay da bu görüştedir bkz. Y. 15. HD. 4.11.2019, E.2019/396, K.2019/4314; Y. HGK., 28.4.2010, E. 2010/15-193, K. 2010/235 (Çevrimiçi-E.T. 15.5.2023-www.karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁵ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s.247.

⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, s.328

⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 263; Buradaki tazminat yükümlülüğünü ahlaka aykırılığa dayandıran görüşe yönelik açıklamalar için bkz. Yalman, **a.g.e.**, s.98.

Sözleşme yapıldığında sözleşmenin konusu olan edimlerden biri imkansızsa sözleşme kesin hükümsüzdür. Sözleşmenin geçerliliğinin etkilenebilmesi için imkansızlığın objektif olması gerekir. Burada objektiflikten anlaşılması gereken edimin ifasının kimse için mümkün olmamasıdır. İfa, yalnızca borçlu için mümkün değilse imkansızlık subjektiftir ve sözleşmenin geçerliliği bu durumdan etkilenmez. İmkansızlık fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir⁴⁸. Ayrıca bu imkansızlık sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmalıdır; tarafların imkansızlığı sonradan fark etmiş olması sözleşmenin geçerliliği bakımından herhangi bir farklılık yaratmaz. Ancak tarafların ifa zamanında ifasının mümkün hale geleceğine inanarak yaptığı sözleşmeler geçerlidir⁴⁹. Henüz görüşmeler aşamasında taraflardan biri, söz konusu imkansızlığı bilmesine rağmen bunu diğer tarafa bildirmediyse karşı tarafın uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olur⁵⁰.

Öğretide bir görüş baştaki imkansızlık hallerinde kanun koyucunun sonraki imkansızlık için öngörmüş olduğu TBK 112, 136 ve 137'nin uygulanarak kesin hükümsüzlüğün olumsuz sonuçlarının bertaraf edilebileceğini ileri sürmektedir. Aynı görüş sözleşmenin imkansızlığında kusurlu olan tarafın garanti sorumluluğu altında olduğunu ve kesin hükümsüzlüğe başvurmaksızın bu sorumluluk kapsamında karşı tarafın zararlarının giderilebileceğini başka bir çözüm yolu olarak sunmaktadır⁵¹. Ancak bu görüş TBK m. 27'de sözleşmenin konusunun imkansız olması bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımını açıkça öngörüldüğünden eleştirilmiştir⁵².

Açıklanması gereken bir diğer konusu da sözleşmenin ahlaka aykırı olmasıdır. Sözleşme kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamakla birlikte, sözleşmenin konusu ahlaka aykırı bir amaca yönelmişse bu sözleşme de kesin hükümsüzdür.

⁴⁸ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 93-94; Eren, **a.g.e.**, s. 381-383.

⁴⁹ Erkam Haşim Bulut, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun "İmkânsızlık" Halindeki Görünümü", **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. V, S.9, 2020, s. 113 (Çevrimiçi-E.T. 28.5.2023-www.dergipark.org.tr); Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.94.

⁵⁰ Bulut, **a.g.m.**, s. 114; Eren, **a.g.e.**, s.1261.

⁵¹ Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 252.

⁵² Fırat Akşener, **Türk ve İngiliz Hukukunda Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması Durumu**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 33 (Çevrimiçi-E.T. 16.6.2023- www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/).

Burada ahlaktan anlaşılması gereken genel ahlaktır. Bu halde de sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlüğüne yol açan taraf, diğer tarafın bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak öğretide, ahlaka aykırı bir sözleşmenin kesin hükümsüzlüğe sebep olabilmesi için bir tarafın söz konusu ahlaka aykırılığı bilmesi yeterli kabul edilmemektedir. Bu halde karşı tarafın da bu ahlaka aykırı amaca katılması veya bundan olağanüstü bir menfaat elde etmesi aranmaktadır⁵³. Bizce diğer tarafın da ahlaka aykırı amaca katılması durumunda ortada artık giderilmesi gereken bir zarar da bulunmamaktadır.

Her ne kadar bu başlık altında bahsettiğimiz halleri yersiz güven oluşturmama yükümlülüğü kapsamında ele almış olsak da yukarıda açıkladığımız üzere hangi durumun hangi yükümlülüğü ihlal ettiğinin tespitinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır⁵⁴. Bu nedenle gerek bu başlık altında ele aldığımız TBK m. 27'ye aykırı haller gerekse sözleşme yapma iradesi olmaksızın görüşmelere başlanması ve görüşmelerin sürdürülmesi halleri mevcut ve karşı tarafa açıklanması gerekirken açıklanmamışsa, aşağıda ele alacağımız aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline de sebep olabilir.

1.3.2. Aydınlatma Yükümlülüğü

Aydınlatma yükümlülüğü, tarafların sözleşme yapmaya yönelik iradelerinde etki olabilecek konulara ilişkindir ve yükümlülük kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanabilir. Türk hukukunda tüm durumlar için genel bir aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Sözleşmenin taraflarından her biri kendisi için gerekli araştırmayı kendisi yapmalıdır. Ancak taraflardan birinin, diğerine soru sorması halinde karşı taraf; bu sorulara, soranın sözleşme kurmaya yönelik iradesini etkilemeyecek şekilde doğru ve eksiksiz cevaplar vermeye özen göstermelidir⁵⁵. Aksi

⁵³Bu görüşe yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.91-92; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.400-401.

⁵⁴ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 104-105.

⁵⁵ Eren, **a.g.e.**, s.1261.

halde bu durum sözleşmenin geçersizliğine ya da soru soran taraf için dezavantajlı şartlarda⁵⁶ kurulmasına neden olabilir.

Aydınlatma yükümlülüğü öğüt, bilgi vermek ya da tavsiyelerde bulunmak gibi çeşitli açıklamalarda bulunma şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlar her ne kadar birbirleriyle ilişkili kavramlar olsa da aslında farklı anlamlara sahiptirler. Öğüt vermek, bir kimseye yapması veya yapmaması gerekenler için yol göstermek anlamına gelirken bilgi vermek ise bilgisine başvurulanan tarafın bir konu hakkında sahip olduğu verileri diğer tarafa aktarmasıdır⁵⁷.

Yükümlülüğün ölçüsü ise sözleşmenin niteliğine, somut olayın özelliklerine ve tarafların menfaatlerine göre belirlenir⁵⁸. Tecrübesiz tarafın aydınlatılması ve ehliyetsizliği ya da temsil yetkisi eksikliğini bildirme bu yükümlülüğe örnek olarak verilebilir⁵⁹. Aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranarak karşı tarafı zarara uğratan taraf bu zararları gidermekle sorumludur.

Kimi hallerde taraflardan biri diğerine göre daha zayıf konumdadır. Bu nedenle kanun koyucu zayıf tarafı koruyabilmek adına aydınlatma yükümlülüğüne dair ayrıca birtakım hükümler öngörmüştür. Bu tarzdaki hükümler, sıklıkla, tüketici ile yapılan sözleşmelerde ve hekimlik sözleşmelerinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin “*Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü*” başlıklı TKHK m. 23 uyarınca “*Kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren*

⁵⁶ Gezder, **a.g.e.**, s.173. Bizim hukukumuzda durum böyleyken BGB 675/2’de tavsiyede bulunan kişinin sözleşmeden, haksız fiilden ya da herhangi bir kanun hükmünden doğan sorumluluğu saklı olmak üzere, verdiği tavsiyeden veya tavsiyeye uyulmasından kaynaklanan herhangi bir zararı gidermekle yükümlü olmadığı düzenlenmiştir (Çevrimiçi- E.T. 7.10.2023- www.gesetze-im-internet.de).

⁵⁷ Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2006, s. 16-22.

⁵⁸ Eren, **a.g.e.**, s.448; Gezder, **a.g.e.**, s. 177.

⁵⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1260. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğacağına yönelik Yargıtay kararı için bkz. “*Bu durumda davalının sözleşme öncesinde davacıyı sözleşme süreci hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebi ile sözleşme öncesi sorumluluğunu ihlal ettiği, ve davacının fiili olarak çalıştığı 1,5 aylık fiili çalışmasının karşılığının ödenmesi gerektiği gibi davacının talebi ile sınırlı olarak yeni işe başladığı tarih olan 11/04/2013 tarihine kadar işleyecek ücretinin de davalıya ihlal edilen sözleşme öncesi sorumluluk gereğince ödenmesi gerekmektedir.*” Y. 22. HD., T. 24.12.2018, 2017/20291 E., 2018/28025 K. (Çevrimiçi-E.T.: 20.8.2023-www.lexpera.com). Çeşitli örnekler için bkz. Yavuz, **a.g.m.**, s. 77.

sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunludur.”

Hekimlik sözleşmesi bakımından ise hekimin, hastasına gerekli bilgilendirmeyi yapmakla yükümlüdür. Kural olarak kişinin vücuduna yönelik yapılan müdahaleler hukuka aykırıdır. Müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için hastanın aydınlatılmış rızasına ihtiyaç vardır. Burada tıbbi müdahale öncesinde hekimin hastasına bilgilendirmede bulunması söz konusudur ve bilgilendirmenin kapsamı HHY m. 15’te sayılmıştır⁶⁰. Buna göre hekim, hastasına “*hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında*” bilgi vermelidir.

Burada çeşitli açıklamalarda bulunma yükümlülüğünün bir sözleşmeden doğup doğmadığına göre de ayrıma gidilerek değerlendirme yapılmalıdır. Birtakım sözleşmelerde açıklamalarda bulunmak asli edim yükümlülüğüdür. Bu hallerde yukarıda bahsettiğimiz farklı olarak bir konuda bilgi veya tavsiye almak için ayrıca soru sorulması gerekmez, çünkü sözleşmenin kurulma amacı zaten bir konuda bilgi veya tavsiye almaktır. Öğüt, bilgi verme ya da tavsiyede bulunmanın asli edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıktığı sözleşmelere avukatlık sözleşmeleri⁶¹ örnek olarak verilebilir.

⁶⁰ Tıbbi müdahaleler hukuka uygun hale gelmesi ve aydınlatılmış rıza için detaylı açıklamalar için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 23.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022, s.106-113; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 20.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 183-186. Aydınlatma yükümlülüğüne dair Yargıtay kararları için bkz. “...hekim, görevini yüksek özenle yerine getirmeli ve hastanın bilgi alma hakkı kapsamında onu aydınlatmalıdır. Somut olayda, alan uzmanı hekimin anne karnındaki bebekteki down sendromunu teşhise yönelik bir hatası veya bu anomaliyi teşhise yönelik imkanlar konusunda hastayı yeteri kadar aydınlatmamasının sorumluluğunu doğuracağı izahtan varestedir.” Y. HGK., T. 22.3.2022, 2020/592 E., 2022/356 K.; Y. 13.HD., T. 29.5.2019, 2016/13748 E., 2019/6766 K.; Y. 6.HD, T.25.4.2023, 2022/1735 E., 2023/1438 K. (Çevrimiçi-E.T.: 18.9.2023-www.lexpera.com).

⁶¹ Avukatlık sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu sözleşme vekalet sözleşmesidir. Buna göre söz konusu sözleşme gereğince avukat, müvekkilinin menfaatine yönelik bir işini görmeyi veya yapmayı üstlenmektedir (bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Aydın Zevkliler, K.

Ancak bu yükümlülüğün, asli edim yükümlülüğü olduğu sözleşmeler söz konusu örneklerle sınırlı değildir. Sözleşme özgürlüğü gereğince taraflar kanun koyucunun öngördüğü sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla yapacakları sözleşmenin içeriğini diledikleri şekilde belirleyebilir; bu sözleşmenin mutlaka kanunda düzenlenmiş olmasına gerek yoktur.

İşte bu şekilde açıklamada bulunmanın bir sözleşmenin asli edim yükümlülüğü olduğu hallerde artık sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler ve bunların ihlaline yönelik herhangi bir değerlendirmeye de gerek yoktur. Bu hallerde taraflar arasında bir sözleşme meydana getirilmiştir ve sözleşmeden doğan yükümlülükler söz konusudur. Artık bu yükümlülüklerin ihlalinin borca aykırılık anlamına geleceğinden de herhangi şüpheye yer yoktur.

Bahsettiğimiz amaca yönelik kurulan sözleşmelerin görüşülme aşamasında, sözleşmenin içeriğine dair yapılan açıklamalardan kaynaklanan zararlar da görüşmelerden doğan sorumluluk kapsamına dahil edilmektedir⁶². Görüşmeler sırasında verilen bilgiden dolayı söz konusu sözleşmenin kurulamaması ya da başkasıyla kurulması nedeniyle uğranılan zararlar böyledir⁶³.

Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 619; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 5.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, Aralık 2020, s.440; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11.bs., Legem Yayınevi, Ankara, 2023 Ekim, s. 714,717; bizim de katıldığımız, bu görüşle aynı doğrultuda ancak avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin kanunla düzenlenmiş özel bir türü olduğu görüşü için Özcan Günerkök, **Avukatlık Sözleşmesi**, 3.bs., Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s.35; Raziye Aksu, “Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği”, **TAAD**, S. 27, 2016, s.882-885, (Çevrimiçi-E.T. 5.9.2023-www.dergipark.org.tr). Diğer görüş ise avukatlık sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendirmektedir. Avukatlık sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendiren bu görüşe göre ise avukatlık yalnızca kanun koyucunun yaptığı düzenlemelerden ibaret değildir. Meslek örgütlerinin süregelen uygulamalarının da avukatlık ilişkisinin oluşmasında etkilidir (Haluk Burcuoğlu, “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, **TBB Dergisi**, C. III S. 49, 2003, s. 49(Çevrimiçi-E.T. 6.9.2023-www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr); Semih Güner, **Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret**, Ankara, Yetkin Basımevi, Mayıs 2014, s. 33-34). Avukatlık sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin Avukatlık Kanunu ile düzenlenmiş özel bir türü olduğuna yönelik Yargıtay kararı için bkz. “Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak Avukatlık Kanunu’nda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olmasıdır.” Y. 4.HD., T. 8.6.2020, 2019/3358 E., 2020/1670 K. (Çevrimiçi-E.T.: 10.9.2023-www.lexpera.com). Gürpınar, **a.g.e.**, s.34-35.

⁶² Gürpınar, **a.g.e.**, s. 162-163.

⁶³ Eren, **a.g.e.**, s.1283-1284.

1.3.3. Kişi ve Mal Varlığına Zarar Vermeme Yükümlülüğü

Sözleşmeler, tarafları arasında nisbi bir ilişki ortaya çıkarır ve tarafları, sadece kural olarak yalnızca birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri bir hak sahibi yapar. Nisbi haklar, yalnızca borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürülebileceği gibi yine yalnızca taraflarca ihlal edilebilir. Ancak durum her zaman nisbi hakların ihlaliyle sınırlı olmayabilir. Bir kimsenin kişilik hakkı ve ayni hakları; herkese karşı ileri sürülebilen ve bu nedenle de herhangi bir kişi tarafından ihlal edilebilen mutlak haklardandır.

Yukarıda da açıklandığı üzere sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında yakın bir ilişki oluşur. Bu yakın ilişkiden dolayı taraflar birbirlerine daha kolay zarar verebilecek konumdadır. Bu nedenle görüşmeler sırasında TMK m. 2'den doğan yükümlülüklerden biri de tarafların birbirlerinin ve her bir tarafın koruma alanına giren kişilerin, kişi ve mal varlığına zarar vermemektir; buna göre her bir taraf diğerinin ve onun koruma alanındaki kişilerin söz konusu değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Borçlunun, yardımcı kişileri kullandığı durumlarda bu kişiler de karşı tarafın ve onun koruma alanındaki kişilerin, kişi ve mal varlıklarını korumakla yükümlüdür.

Taraflardan biri diğer tarafa veya diğer tarafın koruma alanındaki bir kişiye bu yönde bir zarar verirse bu zararı gidermekle yükümlü olur. Yükümlülüğe dair en sık verilen örnek bir mağazaya kumaş almaya gelen müşterinin üzerine raftan kumaş rulolarının düşmesidir⁶⁴. Alman hukukunda, 2002 yılında, BGB 241'de yapılan değişiklikle taraflar arasındaki koruma yükümlülüğü ayrıca düzenlenmiştir. Ancak

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s.10. Yargıtay'ın sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerini korumakla yükümlü olduğuna yönelik kararı için bkz. *“Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, diğer bir deyişle kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri doğar.”* Y. HGK., T. 9.6.2010, 2010/13-593 E., 2010/623 K. (Çevrimiçi-E.T.: 20.7.2023-www.karararama.yargitay.gov.tr).

bizim hukukumuzda koruma yükümlülüğüne dair bu şekilde genel bir düzenleme söz konusu değildir⁶⁵.

Burada değinilmesi gereken bir husus da sözleşme görüşmelerinde doğan diğer yükümlülüklerden farklı olarak, kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan zararların, haksız fiil sorumluluğu kapsamında da tazmin edilebilmesidir. TBK m. 49'un haksız fiil sorumluluğu için aradığı şartlardan biri de kişinin zarar görmesidir. Ancak söz konusu zarar, zarar görenin mutlak haklarına temas ettiği ölçüde haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilebilir; yoksa salt mal varlığı zararları, aksi öngörülmedikçe, bu kapsamda değildir.

Salt mal varlığı zararları, kişilik veya mülkiyet hakkı gibi mutlak haklar dışında kalan mal varlığı değerlerinin ihlalden kaynaklanmaktadır⁶⁶. Bu zararların giderilmesi her ne kadar haksız fiil hükümleri çerçevesinde kural olarak mümkün olmasa da sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında giderilmeleri mümkündür⁶⁷. Önceki başlıklarda ele aldığımız yersiz güven oluşturmama ve aydınlatma yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklanan zararlar da bu tarzda zararlardır ve bunlar, kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlülüğünün aksine, haksız fiil sorumluluğu kapsamında giderilmez.

2. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüklerin Sorumluluk Kaynakları Arasındaki Yeri

Borçlunun, alacaklıya edimin ifası veya kişinin, fiilinden ya da başka bir nedenden doğan zararın tazmini için söz konusu olan yükümlülük, sorumluluk olarak ifade

⁶⁵ 2002 yılında BGB'de yapılan değişikliklere yönelik açıklamalar için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 129-130.

⁶⁶ Fikret Eren, Ünsal Dönmez, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi**, C.II (m.49-82), Ankara, Yetkin Basımevi, 2022, s. 1082; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 752-755.

⁶⁷ Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4.Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2017, s.480; Pınar Çağlayan Aksoy, **Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tanzimi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 10-15.

edilmektedir. Diğer bir deyişle sorumluluk hukuku, ortaya çıkan zararın kim tarafından hangi ölçüde ve neye dayanarak giderileceğiyle ilgilenir.

Sorumluluk “... ile sorumluluk” ve “...den sorumluluk” şeklinde ikiye ayrılır. Borçlunun, edimin ifası için alacaklıya malvarlığıyla sorumlu olması “... ile sorumluluk”; kişinin, genel davranış kurallarına veya bir borcuna aykırı fiillerinden doğan zararı tazmin etme yükümlülüğü “... den sorumluluk” ortaya çıkmaktadır. Sorumluluk kaynakları ise bu sorumluluklara sebep olan olgulardır. Öğretide farklı şekillerde sınıflandırmalara rastlamak mümkünse de sorumluluğun kaynakları genel olarak; haksız fiil, sözleşme, sebepsiz zenginleşme ve kanun hükmüdür⁶⁸.

Haksız fiil sorumluluğunda, tarafların arasında mevcut bir sözleşme yoktur ve genel davranış kurallarına aykırılıktan doğan bir sorumluluk söz konusudur. Bu sorumluluk TBK m. 49’da düzenlenmektedir. Buna göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bir kişinin haksız fiilden sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kural olarak fail kusurlu olması aranır ve kusur, failin hukuka aykırı fiile yönelik iradesi nedeniyle failin davranışının kınanabilir olmasıdır⁶⁹. Bununla birlikte kanun koyucu başta Borçlar Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda kusursuz sorumluluk halleri düzenlemiştir⁷⁰. Bu hallerde failin, zarar görenin uğramış olduğu zarardan sorumlu

⁶⁸ Farklı sınıflandırmalar için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 35-37; Eren, **a.g.e.**, s.562-563; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.55-56; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 18-23. Kişilerin arasında bir sözleşmenin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın meydana gelen zararların giderilmesi yükümlülüğüne hukuki sorumluluk adı verilmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk, sözleşmesel sorumluluk olarak ifade edilirken; bu hal dışındaki sorumluluk türleri içinse sözleşme dışı sorumluluk ifadesi kullanılmaktadır (bu terimlerin kullanımı için bkz. Eren, **a.g.e.**, s.563; Yalman, **a.g.e.**, s. 33).

⁶⁹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 18.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim 2023, s.2.

⁷⁰ TBK’da düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri: hakkaniyet sorumluluğu (TBK m.65), istihdam edenin sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67), yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) ve tehlike sorumluluğudur (TBK m.71). Diğer kanunlar düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerine Kara Yolları Trafik Kanunu m.85’te düzenlenen işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu ve Çevre Kanunu m. 28’de düzenlenen kirletenin sorumluluğu örnek oluşturur. TBK m. 64’te düzenlenen ıztırar halinde verilen zarardan sorumluluk ise öğretide kusur ve kusursuz sorumluluktan ayrı bir sorumluluk türü olarak değerlendirilmekte ve bu da fedakarlığın denkleştirilmesi esasına dayanan sorumluluk şeklinde adlandırılmaktadır (bkz. İlhan Ulsan, **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 8-18; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s.10; Eren, **a.g.e.**, s.580-584). Bununla birlikte

tutulabilmesi için yalnızca kusur aranmaz; ancak, TBK m. 49’da öngörülen diğer şartların sağlanması gerekir.

Sözleşmeler en önemli borç kaynağıdır ve sözleşmeden doğan sorumluluk borçlunun, taraflar arasındaki borç ilişkisine aykırı bir fiilden alacaklının uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlü olmasıdır. Bu hallerde borç hiç veya gereği gibi ifa edilmemiştir. TBK’nın “*Borç İlişkisinin Kaynakları*” başlıklı birinci bölümüm birinci ayrımında sözleşmelere yönelik hükümler yer almaktadır ve bu ayrımda yer alan hükümler uygun düştüğü ölçüde diğer hukuki işlemlere de uygulanır.

Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler TBK’nin üçüncü ayrımında “*Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri*” başlığı altında düzenlenmektedir. Sebepsiz zenginleşme, borç ilişkisi yaratan bir kaynaktır ve herhangi bir hukuki işleme ya da haksız fiile dayanması gerekmez. Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için TBK m. 77’de de ifade edildiği üzere bir kişinin haklı bir sebep olmaksızın, başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmiş olması gerekir⁷¹. İşte bu şekilde herhangi bir haklı sebep bulunmaksızın bir başkasının mal varlığından ya da emeğinden zenginleşen kişi, mal varlığında oluşan bu fazlalığı geri vermekle yükümlüdür.

İsviçre hukukunda böyle bir ayırım yapılmamakta söz konusu sorumluluk türü de kusursuz sorumluluk başlığı altında ele alınmaktadır (açıklamalar için bkz. Gökhan Antalya, **Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 2.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.51-54; Eren, **a.g.e.**, s. 563).

⁷¹ Sebepsiz zenginleşmenin şartları öğretide bir kimsenin malvarlığında bir zenginleşme olması, bu zenginleşmenin başkasının malvarlığı ya da emeğinden sağlanması, zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmaması, zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında illiyet bağı bulunması ve başkasının fakirleşmesi olarak sayılmaktadır (Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s.315, Eren, **a.g.e.**, s. 976-1001). Ancak fakirleşme şartının varlığı öğretide tartışmalıdır. Fakirleşme şartını arayan görüşe göre zenginleşmenin olabilmesi için mutlaka bir başkasının malvarlığının fakirleşmesi gerekir (M. Turgut Öz, **Öğretici ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1990, s. 36-40; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s 734). Fakirleşmeyi sebepsiz zenginleşmenin bir şartı olarak aramayan görüşe göre yalnızca zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaması ve bir başkasının malvarlığından ya da emeğinden elde edilmiş olması yeterlidir (Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 423-426). Yargıtay da kararlarında fakirleşmeyi sebepsiz zenginleşmenin şartı olarak aramaktadır bkz. “*Sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından ya da emeğinden yararlanma olarak tanımlanır. Sebepsiz zenginleşme için, bir taraf zenginleşirken diğer tarafın fakirleşmesi, zenginleşme ile fakirleşme arasında nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.*” Y. 3.HD., T. 2.12.2020, 2020/9882 E., 2020/7277 K.; Y. 3.HD., T.6.12.2012, 2012/21048 E., 2012/25154 K.; Y. 3.HD., T.29.11.2011, 2011/11511 E., 2011/19028 K. (Çevrimiçi-E.T.: 18.9.2023-www.lexpera.com).

Sorumluluğun kaynakları, haksız fiil, sözleşme ve sebepsiz zenginleşmeyle sınırlı değildir, doğrudan kanundan doğan sorumluluk türleri de mevcuttur. Bu hallerde herhangi bir haksız fiil veya sözleşme bulunmasa bile zarar görenin zararının giderilmesi yükümlülüğü söz konusu olur. Kanundan doğan sorumluluğa örnek olarak vekaletsiz iş görme, nafaka borcu⁷² verilebilir. Her ne kadar bahsi geçen sorumluluk türü kanun hükmünden doğan sorumluluk olarak adlandırılmaktaysa da bundan yukarıdaki diğer sorumlulukların kanuna dayanmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Sorumlulukların tümünün dayanağını kanundur.

Sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu Roma hukukundan beri var olan bir ayrımdır. Roma hukukunda⁷³ da karşımıza çıkan bu ikili ayrıma, zaman içerisinde yaşanan gelişmeler göz önüne alındığında, öğretilerde artık tüm durumların sınıflanamayacağı gözüyle bakılmaya başlanmıştır. Bu ayrıma girmeyeceği düşünülen haller için “*haksız fiil benzeri kaynaklar*”, “*sözleşme benzeri kaynaklar*”, “*diğer sebeplerden doğan borçlar*” gibi kavramlar kullanılmaya başlanmıştır⁷⁴.

Roma hukukundan beri varlığı sürdüren sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu ayrımına göre sonraları ortaya çıkan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ise tam olarak ne haksız fiil ne de borca aykırılık hükümlerine göre giderilmesi mümkün olan zararların tazminini sağlamaya yönelmiştir. Bu sorumluluğun niteliği tartışmalıdır.

Aşağıda detaylıca açıklayacağımız üzere görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlali bir görüş, bu dönemde henüz sözleşmenin kurulmadığından hareketle, haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirirken; diğer görüş, taraflar arasındaki yakın ilişkiyi göz önüne alarak, sözleşme sorumluluğuna dahil etmektedir⁷⁵. Üçüncü bir

⁷² Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 36; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.56-57.

⁷³ Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 16.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, Şubat 2018, s.39-41; Özlem Söğütlü Erişgin, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2016, s. 117-118.

⁷⁴ Bu yönde kavramların kullanımına yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.36-37; Yalman, **a.g.e.**, s. 27-28.

⁷⁵ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Turgut Uygur, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi (madde 1-236)**, 3.bs., Ankara,

görüş ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu doğrudan doğruya haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirmekten kaçınmaktadır⁷⁶.

3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk

Önceki başlıklarda da açıklandığı üzere aksi kanunda belirtilmedikçe bir sözleşmenin kurucu unsurları taraflarının birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarıdır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olan öneri ve kabul beyanları bir araya gelmediği sürece bir sözleşmenin varlığından da söz edilemeyeceğinden, ilk akla gelen, henüz sözleşme görüşmelerinin yapıldığı aşamada bir sorumluluğun da mevcut olmayacağıdır.

Bununla birlikte sözleşme görüşmeleri, tarafların ileride yapacakları sözleşmenin içeriğini ve şartlarını değerlendirdikleri bir hazırlık aşamasıdır. Görüşmeler sırasında taraflar birbirleriyle üçüncü kişilere göre daha yakın bir ilişki içerisine girer ve bu yakınlık nedeniyle de tarafların birbirine zarar verebilme ihtimali de daha fazladır. İşte hem taraflar arasındaki yakınlıktan hem de tarafların birbirine zarar verebilme ihtimalinin yüksekliğinden görüşmeler sırasında TMK m. 2’den yukarıda açıklanan birtakım yükümlülükler doğar. Bu yükümlülüklere aykırı fiiliyle karşı tarafın zarar uğramasına neden olan taraf, bu zararından da sorumludur.

Görüşmelerdeki yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde doğan bu sorumluluğa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk adı verilmektedir. Bu sorumluluk öğretide çeşitli adlarla karşımıza çıkmaktadır. Farklı adlandırmalara örnek olarak “*culpa in contrahendo* sorumluluğu”, “*akit öncesi sorumluluk*”, “*sözleşme öncesi*

Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 236; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 127-128. Bu sorumluluğu sözleşme sorumluluğu olarak nitelendiren görüş için bkz. Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 347-348; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 40; Eren, **a.g.e.**, s. 1279-1280; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 19-20.

⁷⁶ Schöenberger, Jäggi, **a.g.e.**, s. 400-410. Bu görüş hakkında daha fazla açıklama için bkz. Claire Hugueinin, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 3.Auflage, Zürich, Schulthess, 2019, s. 476-478; Arıkan, **a.g.m.**, s. 83-84.

kusurdan sorumluluk” ve “*mukavele yapılırken işlenen kusurdan dolayı mesuliyet*”, “*müzakere girişmeden doğan sorumluluk*”, “*sözleşme öncesi sorumluluk*” verilebilir⁷⁷.

3.1. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Ortaya Çıkışı

Sözleşmeler günümüzden farklı olarak Roma hukukunda yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla, kural olarak, kurulamamaktaydı. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için şekle ilişkin birtakım şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bir hukuki işlemin sözleşme olarak kabul edilebilmesi için taraflar arasındaki ilişkinin ya *Ius Civile*’de *contractus* olarak sınıflandırılması ya da *praetor* veya *imperatorca pactum* olarak nitelendirilmesi gerekiyordu.

Sözleşmelere yönelik bu sınırlı sayı ilkesi kendini davalar bakımından da göstermiştir ve Roma hukukunda genel nitelikte bir davaya ilişkin düzenlemeye yer verilmemiş; bunun yerine her durum için ayrı bir dava yaratma yoluna gidilmiştir⁷⁸. Ancak bu şekilde sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesi zaman içerisinde Roma hukukunu, toplumun ihtiyaçlarına cevap veremez duruma getirmişti. Bu sorun üzerine Roma’da günümüzün hakimlerinin görevini üstlenen *praetorlarca fides* kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Kişilerin ihtiyaçlarına cevap verebilmek amacıyla ortaya çıkarılan bu kavram, sözleşmelerde ise kendini *bona fides* olarak göstermekteydi. *Bona fides*, uygulamaya iyiniyet davaları olarak yansımakta ve *Ius Civile*’de tanınmayan davaların *praetorlarca* açılmasına imkan sağlamaktaydı⁷⁹.

İyiniyet davasının konularından birini de aldatma oluşturmaktaydı. Aldatma, kişinin, bir fiiliyle başka bir kimsede yanlış bir irade oluşmasına yol açarak onu bu

⁷⁷ Bu adlandırmaların kullanımı için bkz. Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 2.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s.5-9; Oğuzman, Öz (I), *a.g.e.*, s.503-508; Eren, *a.g.e.*, s.1254-1266; Serozan, Baysal, Sanlı, *a.g.e.*, s.346-359; Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s.119-123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *a.g.e.*, s.975-978; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), *a.g.e.*, s.8-10; Ulsan (Culpa in Contrahendo), *a.g.e.*, s.27-36; Gezder, *a.g.e.*, s.144-160; Yalman, *a.g.e.*, s.37-53; İnan, *a.g.m.*, s.878.

⁷⁸ Rado, *a.g.e.*, s. 15,42, 43, 44.

⁷⁹ Söğütlü Erişgin, *a.g.e.*, s. 69-71.

yönde beyanda bulunmaya yönlendirmesidir⁸⁰. Roma hukukunda şekle bağlılık esas olduğundan ve sözleşmenin kurulabilmesi için şekil kurucu unsur olarak arandığından aldatmayla yapılan sözleşmeler geçerli kabul edilmekteydi. Ancak bu durumun kişilerdeki adalet duygusunu sarsan bir ortam yaratması nedeniyle günümüzde kastın karşılığı olan *dolus* kavramı dürüstlük kuralına aykırı olan tüm haller için kullanılarak iyiniyet davalarının uygulama alanına dahil olmuştur. Zaman içerisinde bu durum daha da esneklik kazanarak sözleşme görüşmelerindeki fiilleri de kapsamıştır.

Roma hukukunda süreç yukarıda açıklandığı şekilde olmakla birlikte o dönemde de sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa yönelik genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁸¹. Görüşmelerden doğan sorumluluğa yönelik düzenlemeler bakımından önemli bir gelişme Prusya Devletleri Genel Kanunu'dur. 1792 tarihli bu kanunun öncelikle birinci bölüm 284. paragrafında borcun ifasındaki sorumluluğun sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflardan birinin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda da söz konusu olacağı öngörülmüştür. Bu paragrafı takip eden 285'te ise sözleşmenin kuruluşunda ya da ifasında kusurlu olarak ihlal edenin diğer tarafın tüm menfaatlerini tazmin etmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir⁸².

Prusya Devletleri Genel Kanunu'nda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna yönelik düzenlemeler açıkladığımız iki paragrafla sınırlı olmayıp; bu sorumluluğun konusuna giren başka birtakım hükümler de öngörülmüştür. Bu hükümlere yukarıda açıkladığımız konusu herkes için imkansız olan bir sözleşmenin yapılmasına sebep olunmasını konu edinen 33. paragraf ve biraz aşağıda ele alacağımız yanılma halinde yanılan kişinin, yanılmasında kusurlu olması ihtimalinde; diğer tarafın, sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararını gidermekle yükümlü olmasına ilişkin 79. paragraftaki düzenleme örnek olarak verilebilir.

⁸⁰ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 114-115.

⁸¹ Söğütü, Erişgin, **a.g.e.**, s. 95-98; Rado, **a.g.e.**, s. 155-156; “*culpa in contrahendo*” kavramı yerine “*dolus in contrahendo*” kavramının kullanımına yönelik açıklamalar için bkz. Söğütü Erişgin, **a.g.e.**, s. 98.

⁸² Prusya Devletleri Genel Kanunu'nun ilgili hükümleri için bkz. Çevrimiçi-E.T.: 10.10.2023-www.opiniojuris.de/quelle/1622#Erster_Titel_Von_Personen_und_deren_Rechten_ueberhaupt).

Prusya Devletleri Genel Kanunu’nu takip ederek Kıta Avrupası hukuk sistemi için ilk kodifikasyon örneklerinde olan ve 1811 yılında yürürlüğe giren Avusturya Medeni Kanunu’nda da görüşmelerden sorumluluğun konusuna giren hükümlere yer verilmiştir⁸³.

Tüm bu gelişmelerle birlikte sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunun kurumsallaşması için en önemli adımlar Rudolph von Jhering tarafından atılmıştır. 1861 yılında yayınladığı “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*” başlıklı makalesinde Jhering, hem geçersiz sözleşmelerde görüşmelerden doğan sorumluluğu ortaya çıkarmış hem de olumlu zararlar olumsuz zarar ayırımına dikkatleri çekmiştir.

Jhering makalesini sözleşme görüşmelerinde kendi kusuruyla sözleşmenin geçersiz olmasına neden olan tarafın, karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlü olup olmadığı sorusunu cevaplandırmak üzerine kurmuştur. Alman hukukçu, döneminin hükümleri bakımından, kendi kusuruyla yanılarak sözleşmenin hiç kurulmamasına ya da geçersiz olmasına neden olan kişinin, diğer tarafın bu nedenle uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlü olmadığı sonucuna varmış, bunun üzerine yeni bir sorumluluk türü ortaya çıkarmıştır. Görüşmelerin sözleşmeyle ilişkisinden hareketle Jhering, buradaki sorumluluğu da sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendirmiştir⁸⁴.

Görüşmelerden doğan sorumluluk için önemli olan bu eserde Jhering, geçerli şekilde yapılan sözleşmeleri, bu sorumluluğun dışında tutmuştur. Ona göre sözleşmenin geçerli olduğu durumlarda artık, görüşmelerden doğan sorumluluğa ihtiyaç yoktur; çünkü buradaki yükümlülük ihlalleri zaten sözleşme sorumluluğu kapsamındadır. Jhering sözleşmenin kurulamadığı ve geçersiz olduğu halleri sözleşme yapma iradesinin güvene değer olmaması, ehliyetsizlik ve konuda imkansızlık olarak gruplandırmıştır. Bu şekilde sözleşmenin bir tarafın kusuruyla, hiç kurulamaması ya

⁸³ Prusya Devletleri Genel Kanunu ve Avusturya Medeni Kanunu’nda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa yönelik düzenlemelerin diğer örnekleri ve detaylı açıklamalar için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 31-34.

⁸⁴ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 99-100.

da geçersiz olması nedeniyle karşı tarafın tazmin edilecek zararının da olumsuz zarar olduğunu kabul etmiştir⁸⁵.

Jhering'in sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu yalnızca hiç kurulamamış veya geçersiz şekilde kurulmuş sözleşmelere uygulaması üzerine Franz Leonhard, aksini ileri sürerek, bu sorumluluğu geçerli sözleşmelerde uygulamıştır. Leonhard'a göre de sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali sözleşme sorumluluğu kapsamındadır⁸⁶. Ancak böyle bir sorumluluktan bahsedilebilmesi için ortada geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir. Bu şekilde, daha sonra da detaylıca açıklayacağımız üzere, her ne kadar Jhering'den sonra sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa ilişkin çeşitli görüşler ileri sürüldüyse de sorumluluğun ortaya çıkması bakımından Jhering'in makalesi önemlidir⁸⁷.

3.2. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Benzer Kavramlardan Farkı ve Güven Sorumluluğu ile İlişkisi

3.2.1. Önsözleşmeden Farkı

Sözleşme özgürlüğü gereğince taraflar bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta özgürdür. Bu kuralın istisnalarından biri önsözleşmedir. Bir kişinin, başka bir kişiye, ileride onunla ya da üçüncü kişiyle farklı bir sözleşme yapmayı vadettiği sözleşmelere önsözleşme adı verilmektedir ve taraflar ileride kurmayı vadettikleri sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür⁸⁸. Nitekim TBK m.29/f.1 uyarınca bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Ancak bunun için ileride yapılacak

⁸⁵ Gürpınar, **a.g.e.**, s. 140-142; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 37-38; Gezder, **a.g.e.**, s.101; Yalman, **a.g.e.**, s. 38.

⁸⁶ Franz Leonhard'ın görüşü için bkz. İnan II, **a.g.m.**, s.1000-1002; Demircioğlu, **a.g.e.**, s.61-63.

⁸⁷ Mustafa Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", **SÜHFD**, C. XVII, S.1, 2009, s.71; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 37-38; Gezder, **a.g.e.**, s.101; Yalman, **a.g.e.**, s. 38. Jhering'in makalesinin Alman hukuku bakımından etkilerine yönelik açıklamalar için bkz. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 22.Auflage, Münih, Verlag C.H. Beck, 2021, s. 241-242.

⁸⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 353-356; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.197-200. Satış vaadi ile satış sözleşmesi arasında herhangi bir farklılık bulunmadığı görüşü için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s.50; İsmet Sungurbey, **Medeni Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi**, 2.bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1972, s.43-45.

sözleşmenin mutlaka borç doğuran bir sözleşme olması gerekir, tasarruf işleminden önce yapılan sözleşmeler önsözleşme olarak nitelendirilemez. Önsözleşmelere en sık verilen örnek satış vaadi sözleşmelerdir.

Önsözleşmeyle ileride yapmayı vadettiği sözleşmeyi yapmaktan kaçınan tarafa karşı, diğer taraf dava açabilir. Öğretide, bu davayla hakimin hükmü sözleşmeyi yapmaya yanaşmayan tarafın beyanının yerine geçerek yapılması vadedilen sözleşmeyi kuracağı ifade edilmektedir⁸⁹.

Görüldüğü üzere önsözleşmeler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan, yükümlülükler içeren bir sözleşmedir. Ayrıca TBK m.29'un devamında kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlı olduğu da öngörülmüştür⁹⁰. Ancak sözleşme görüşmeleri bakımından böyle bir durum söz konusu değil. Her ne kadar görüşmeler devamında bir sözleşmenin yapılması hedefleniyorsa da bu aşama yalnızca bir hazırlık aşamasıdır ve ileride herhangi bir sözleşme yapma zorunluluğunu da içermez.

Yukarıda da açıklandığı üzere taraflar, görüşmeleri diledikleri zaman kesebilecekleri gibi sözleşme görüşmeleri, olsa olsa taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana getirir. Bu borç ilişkisinin içeriğinde edim yükümlülükleri taşımaz, özen ve koruma yükümlülüklerinden oluşur.

3.2.2. Fiili Sözleşme İlişkisinden Farkı

Fiili sözleşme ilişkilerinde, sözleşme kurmaya yönelik bir irade beyanına ihtiyaç olmaksızın yalnızca fiillere çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Bu ilişkide

⁸⁹ Bu görüşe yönelik açıklamalar ve tartışmalar için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 24.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022, 462-465.

⁹⁰ Noterlik Kanunu m. 60 uyarınca bizim hukukumuzda resmi şekil noterlerce düzenlenebilir. Bununla birlikte taşınmaz satış sözleşmelerinin düzenlenmesi bakımından bir farklılık mevcuttu. Tapu Kanunu m. 26'ya göre taşınmaz satış sözleşmeleri yalnızca tapu sicil memurları tarafından düzenlenebilir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenlemeye yetkili mercinin noterler olması nedeniyle önsözleşme ve asıl sözleşme arasında TBK m.29'a istisna teşkil eden bir durum ortaya çıkıyordu. Ancak 7413 sayılı Kanun ile Noterlik Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmiş, böylece bu istisna da ortadan kalkmıştır (Süha Tanrıver, Mehmet Serkan Ergüne, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", **AÜHFD**, C. XXII, S. 1, 2023, s. 144-148 (Çevrimiçi - E.T.: 5.4.2023- www.dergipark.org.tr)).

sunulan bir hizmetten, arada ne herhangi bir sözleşme ne de sözleşme yapmaya yönelik irade olmaksızın yararlanan kişiden, bu hizmetin bedelinin, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerince alınmasını sağlamak amaçlanmıştır. Böylece sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurmaya gerek kalmaksızın bedel elde edilmektedir⁹¹.

Fiili sözleşme ilişkisi, iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki özellikle hizmet ve kira gibi kişinin, diğer taraf ya da bir şey karşısında korunmaya değer bir ilişki kurmasıdır. Diğerisi ise toplumsal türde fiilden doğan bir borç ilişkidir. Bu hallerde fiili sözleşmenin kurulabilmesi hizmetten yararlanan kişinin fiil ehliyetine sahip olması da gerekmez⁹².

Toplumsal türde fiilden doğan fiili sözleşme ilişkisine en sık verilen örnek bir kimsenin bir toplu taşıma aracına biletsiz binmesidir. Toplu taşıma aracına binen kişinin, bilet almasıyla bir taşıma sözleşmesi kurulmuş olur; ancak burada hizmetten yararlanırken bilet alınmaması nedeniyle böyle bir sözleşme de mevcut değildir. Bununla birlikte toplu taşıma aracının kişiyi bir yerden bir yere taşıma hizmeti gerçekleştirmiştir. Fiili sözleşme ilişkisi sayesinde ise burada sözleşme kurulmuş kabul edilebilecek ve hizmetten yararlanan kişiden biletin ücreti alınabilecektir⁹³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere sözleşme görüşmelerinin hukuki niteliğine yönelik ileri sürülen görüşlerden biri de fiili sözleşme ilişkisidir. Ancak görüşmelerin, fiili sözleşme ilişkisinden farklı olduğu görüşündeyiz. Her ne kadar fiil sözleşme ilişkisinde de görüşmelerde olduğu gibi taraflar arasında yakın bir ilişki kurulmuş olsa da sözleşme görüşmelerinin yöneldiği amaç ileride kurulacak sözleşmenin içeriğine

⁹¹ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 739-741. Bu hallerde sözleşmenin örtülü irade beyanı ile kurabileceği şeklinde yorumlandığı Yargıtay kararı için bkz. “*Borçlar Kanununun birinci maddesi hükmünce rıza sarih olabileceği gibi zımnî ve eylemli dahi olabileceğinden kanun mahiyetinde demek, olan işbu tarifenin idare tarafından yayınlanması suretiyle yapılan genel icap, sevk için zahire ve eşyasını bu yerlere koyanlar tarafından da eylemli bir şekilde kabule iktiran etmiş ve şu hale göre karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını beyan etmiş bulunan iki taraf arasında bir bağit husule gelmiştir. Bu akdin Borçlar Kanununda beyan olunan bağitlardan biri yani süresi ve ücreti belli bir kiralama bağiti olduğunda şüphe edilemez.*” Y. İBK. T.22.12.1945, 2 E., 13 K., RG. 1187 (Çevrimiçi-E.T. 30.7.2023-www.resmigazete.gov.tr/arsiv/).

⁹² Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 23-24.

⁹³ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 41; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 68-69.

ilişkin değerlendirme yapmaktır. Fiili sözleşmeler ise bir hizmetin bedelini elde etmek amacıyla oluşturulmuş bir görüştür.

3.2.3. Ayıptan Sorumluluktan Farkı

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla karşılaştırılması gereken diğer bir kavram da ayıptan sorumluluktur. Ayıp, sözleşme konusu şeyde ya borçlunun alacaklıya söylediği niteliklerin bulunmaması ya da şeyin değerini, taraflar arasındaki sözleşme gereğince ondan beklenen faydayı azaltan veya kaldıran eksikler bulunmasıdır⁹⁴. Ayıp maddi, hukuki veya ekonomik olabilir⁹⁵. Kanun koyucu ayıptan sorumluluğu hüküm ve sonuçlarıyla satış, kira ve eser sözleşmeleri için TBK'da sırasıyla 219-231, 304-308, 473-478. maddeleri arasında ayrıca düzenlemiştir.

Görüldüğü üzere ayıba neden olan fiillerden biri sözleşme konusu şeyde borçlunun alacaklıya söylediği niteliklerin bulunmamasıdır. Sözleşme konusunun nitelikleri ve ondan beklenen fayda, çoğunlukla sözleşme görüşmelerinin yapıldığı aşamada konuşulduğundan ayıptan sorumluluğun da, tıpkı başlangıçtan itibaren konusu imkansız olan bir sözleşmenin yapılması gibi, görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlalinin kaynaklanan bir sorumluluk olduğu düşünülebilir. Ancak ayıptan sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre sözleşme konusunun ayıpsız şekilde teslim edilmesi ve borcun ayıpsız olarak ifa edilmesi, borçlunun ifa yükümlülüğünün kapsamında olduğundan; ayıplı ifa, borcun gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir⁹⁶.

Ayıptan sorumluluktan söz edilebilmesi için sözleşmenin kurulmuş ve sözleşme konusunun teslim edilmiş olması gerekir. Bu şartlar gerçekleşmedikçe ayıp hükümleri de uygulama alanı bulamaz. Oysa sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan söz edilebilmesi için sözleşmenin kurulup kurulmamasının ya da

⁹⁴ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 73, 250, 564; Eren (Borçlar Özel), **a.g.e.**, s. 100, 329, 633; Gümüş, **a.g.e.**, s. 62, 224, 368; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s.113, 259, 521.

⁹⁵ Eren (Borçlar Özel), **a.g.e.**, s.104-106; Gümüş, **a.g.e.**, s.70-73; Kira sözleşmeleri bakımından manevi ayıp da söz konusu olabilir bkz. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 259, Gümüş, **a.g.e.**, s.225.

⁹⁶ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 73-74; Eren (Borçlar Özel), **a.g.e.**, s. 101-102.

geçerli olup olmamasının bir önemi yoktur. Ayrıca borçlunun, ayıptan sorumlu olabilmesi için kusurlu olması da aranmaz⁹⁷. Buna karşılık, aşağıda da açıklayacağımız üzere, bir kimsenin görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlalden sorumlu olabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekir⁹⁸.

3.2.4. Güven Sorumluluğu ile İlişkisi

Güven sorumluluğu, bir kimsenin başka bir kişide haklı beklentilerle oluşturduğu güvenden kaynaklanmaktadır. Karşı tarafta bu şekilde bir güven oluşturan kişi dürüstlük kurallarına aykırı şekilde bu güveni ihlal ederse, bu nedenle meydana gelen zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilebilir⁹⁹.

Güven sorumluluğu, yukarıda açıkladığımız edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisiyle gelişmiştir. Öğretide edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinin sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşme sürecince ve sözleşme sonrasında da varlığını sürdürdüğü ve güven sorumluluğunun da tüm bu süreci kapsadığı kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Açıklamalardan da hareketle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulmasından öncesine tekabül ettiğinden güven sorumluluğunun bunu kapsayan bir üst kavramdır¹⁰¹. Ayrıca görüşmeler sırasında taraflar arasında oluşan

⁹⁷ Zevkililer, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 128, 265; Gümüş, **a.g.e.**, s. 62, 229.

⁹⁸ Ayıptan sorumlulukla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun karşılaştırılması için ayrıca bkz. Gezder, **a.g.e.**, s.139.

⁹⁹ Yasemin Durak, “Güven Sorumluluğu ve “Culpa in Contrahendo””, **SÜHFD**, C.XXV, S.1, 2017, s.255-256 (Çevrimiçi-E.T. 17.4.2023- www.dergipark.org.tr); Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.57. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalktıktan sonra da, bu süreçte kurmuş oldukları yakın ilişkiden dolayı, birbirilerine üçüncü kişilere göre daha kolay zarar verebilirler. Bu durumu ifade etmek için öğretide *culpa post pactum perfectum* kavramı kullanılır (Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.38; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s.359-361).

¹⁰⁰ Serozan (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 38-40. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de aynı yöndedir bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 87-88.

¹⁰¹ Demircioğlu, **a.g.e.**, s.182-201; Durak, **a.g.m.**, s.259-263. Güven sorumluluğu ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin arasındaki farklara yönelik açıklamalar için bkz. Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 353-357.

yakın ilişki aslında bir güven yaratır ve görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi de oluşan bu güveni ihlal eder.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun güven sorumluluğuyla ilişkisi çoğu zaman yukarıda açıkladığımız yönde ele alınmakla beraber bir görüşe göre söz konusu sorumluluğun bu şekilde alt kavram olarak değerlendirilmesi güven sorumluluğunun kapsamını fazlaca genişlettiği için sakıncalıdır¹⁰². Buna göre her ne kadar sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında ortaya çıkan ilişkinin temelinde güven olsa da yalnızca bu nedene dayanılarak her türlü ilişki güven sorumluluğunun kapsamında değerlendirilemez.

Biz, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun güven sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceği görüşüne katılmamaktayız. Bu sorumluluk gerçekten taraflar arasında görüşmelerle ortaya çıkan yakın ilişkiden kaynaklanan güven temeline dayanmaktadır. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu tam anlamıyla ne haksız fiil ne de sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında sokabilmek mümkündür. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, bize göre, sözleşme benzeri bir güven sorumluluğudur. Tarafların arasındaki yakın ilişki göz önüne alındığında, söz konusu sorumluluğa haksız fiil hükümleri zarar gören taraf için dezavantajlı olacağından borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu da ancak güven sorumluluğun yardımıyla gerçekleşebilir¹⁰³.

3.3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'ndaki Görünümleri

¹⁰² Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 281-283. Güven sorumluluğuyla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ilişkisine getirilen eleştirilere yönelik açıklamalar için ayrıca bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 88-90.

¹⁰³ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin haksız fiil ve sözleşme arasında özel bir “akdi güven sorumluluğu” oluşturduğu hakkında bkz. Serozan (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.e.**, s. 38.

Türk hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu genel olarak düzenleyen bir hüküm yoktur. Ancak TBK’da, görüşmelerden doğan sorumluluğun görünümüleri olan münferit birtakım hükümler düzenlenmiştir. Bu başlık altında bahsettiğimiz görünümüleri ele alacağız.

3.3.1. Önerinin Süreli Olması veya Hazır Olmayana Karşı Yapılması

Yukarıda açıkladığımız üzere sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Bu beyanların zaman olarak önce yapılanı öneri olarak adlandırılır. Öneri, karşı tarafa kabul için belirli bir süre tanıyarak da yapılabileceği gibi an itibariyle iletişimde bulunmayan bir kişiye de yapılabilir. Bu şekilde doğrudan iletişimde bulunmayan kişiler arasında yapılan öneriler “*hazır olmayanlar*” arasındadır. Kanun koyucu TBK m. 3’te süreli, m. 5’te ise hazır olmayanlar arasındaki öneriler düzenlenmiştir.

TBK m. 3’te öneri, belirli bir süre tanınarak yapılmışsa, önerenin süre boyunca önerisiyle bağlı olduğu, ancak süre sona erince öneren bu bağlılıktan kurtulacağı açıkça ifade edilmektedir. Bu hüküm sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler başlığı altında ele alınan sözleşme yapma iradesi olmaksızın görüşmelere başlamama ve sürdürmemenin bir yansımasıdır. Öneride bulunan kişi, böyle bir irade beyanında bulunurken bununla bağlı olduğunun farkında olmalı ve kurmak istemediği bir sözleşmeye yönelik böyle bir beyanda bulunmamalıdır. Aksi halde öneren, TMK m. 2 gereğince karşı tarafın bu nedenle uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlü olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴.

TBK m. 5 ise hazır olmayan bir kimseye ve süre vermeksizin yapılan önerileri düzenlemektedir. Bu kapsamda TBK m. 5/f. 1 genel kuralı getirerek, doğrudan iletişimde bulunulmayan kişiye yapılan önerinin, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilen bir cevabın beklenebileceği sürece önereni bağlayacağını öngörmüştür. Söz

¹⁰⁴ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 64; Eren, **a.g.e.**, s.1281. Bu halde TBK m. 5/f. 3’ün kıyasen uygulanacağı yönündeki görüş için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 91.

konusu hükmün devamında da önerinin karşı tarafa geç varması nedeniyle kabulün de gecikmesi ele alınmaktadır. Bu halde öneren, önerisinin karşı tarafa geç vardığını bilmiyorsa, onun zamanında ulaştığını varsayabilir. Böylece öneren yalnızca normal bekleme süresince bekleyecek ardındansa öneri bağlayıcılığını kaybedeceğinden geciken kabul sözleşmeyi kural olarak kurmayacaktır. Ancak her ne kadar bu şekilde geciken kabul sözleşmeyi kurmayacaksa da TBK m. 2 gereğince önerenin, kabulün geciktiğini bildirmesi gerektiği halde bildirimi yapmaması nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵.

3.3.2. Yanılma, Aldatma ve Korkutma Halleri

Bir sözleşmenin hükümlerini doğurabilmesi için onu oluşturan irade beyanlarının da bozuk olmaması gerekir. İrade beyanındaki bozukluklar, kendisini iradenin oluşumunda ya da iradenin beyana uymamasında gösterebilir. Yanılma, aldatma ve korkutma halleri iradenin oluşumundan kaynaklanan bozukluklardır. Kanun koyucu, bu bozuklukların hüküm ve sonuçlarını TBK m. 30-39’da ayrıca düzenlemiştir ve bu hükümler aksi öngörülmedikçe, uygun düştüğü ölçüde tüm hukuki işlemlere kıyasen uygulanır.

Yanılma, beyanın iradeye uygun olmaması veya iradenin oluşmasında etkili olan hususların gerçek duruma uymamasıdır. Bununla birlikte her yanılma, sözleşmenin hükümlerini doğurmasını engellemez. Bir yanılmanın, sözleşmenin geçerliliği etkileyebilmesi için, kanun koyucunun da işaret ettiği gibi, “*esaslı bir yanılma*” olması gerekmektedir. Beyanın iradeye uygun olmadığı “*açıklamada yanılma*” hallerinin hangi durumda esaslı olacağı TBK m. 31’de düzenlenirken; TBK m.32’de, iradenin oluşumuyla gerçek durum arasındaki uyumsuzluğu ifade eden saikte yanılmanın, esaslı bir yanılma olmadığı öngörülmüştür.

¹⁰⁵ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 67-68; Eren, **a.g.e.**, s. 292-293; Yalman, **a.g.e.**, s.39-41; Gezder, **a.g.e.**, s. 144-146. Zamanında gönderilen kabulün geç ulaşması üzerine önerenin onunla bağlı olmak istemediği ihtimale yönelik TBK m. 5/f. 3’ün getirdiği düzelemeye dair açıklama için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 68; Eren, **a.g.e.**, s. 292-293.

Saikte yanılmanın, esaslı sayılabilmesi için yanılan tarafın, yanıldığını bilmesi halinde söz konusu sözleşmeyi ya hiç ya da mevcut şartlarla yapmayacağını kabul edilebilmesi gerekir. Bununda dışında kanun koyucu, saikte yanılmanın esaslı bir yanılma olabilmesi için; bu yanılmadan, sözleşmenin geçerliliğinin etkilemesinin, iş ilişkilerindeki dürüstlük kurallarına uygun olmasını ve karşı tarafça da yanılmanın bilinebilmesini aramıştır¹⁰⁶.

Aldatma ve korkutmada, yanılmadan farklı olarak kişinin sözleşme yapmaya yönelik iradesine, karşı taraf veya üçüncü kişilerce müdahale söz konusudur. Bir kimsenin sözleşme yapmaya yönelik beyanda bulunmaya, sözleşmenin karşı tarafı ya da üçüncü bir kişinin, herhangi fiiliyle bilerek yönlendirilmesi TBK m. 36'da öngörülen aldatmadır¹⁰⁷. Bu hükmü takip eden TBK m. 37'de ise korkutma düzenlenmektedir. Korkutmadan söz edilebilmesi için sözleşmenin, bir kişinin karşı taraf ya da üçüncü bir kimse tarafından, kendisine veya yakınlarına yönelik önemli bir tehlikenin varlığına dair tehdit edilerek yapılmış olması gerekir.

Yukarıda açıklanan hallerde kanun koyucu yanılan, aldatılan ya da korkutulan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı¹⁰⁸ tanımış ve uğranılan zararların giderilmesini öngörmüştür. Bu nedenle iptal hakkını kullanan yanılan, kendi kusuruyla yanılığa düştüyse karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği nedeniyle uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlü olduğu gibi; aldatılan veya korkutulan da, ister iptal hakkını kullanmış isterse de sözleşmeyi onayarak geçerli hale getirmiş olsun, aldatma ya da korkutma nedeniyle uğramış olduğu zararların giderilmesini isteyebilir.

¹⁰⁶ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.105-110; Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s. 858-863; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 261-262.

¹⁰⁷ Aldatma hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s.883-901.

¹⁰⁸ Bu hakkın kullanılmasıyla doğacak olan sonuçlar öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre iptal hakkı kullanılıncaya kadar bu sözleşmeler geçerlidir ancak yanılan, aldatılan ya da korkutulan tarafından iptal hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar (Koller, **a.g.e.**, s.288-289; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s.162-163; Eren, **a.g.e.**, s. 470-471; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.263-264). İkinci görüşe göre ise sözleşme baştan itibaren geçersizdir ancak bu geçersizlik sadece yanılan, aldatılan veya korkutulan tarafça ileri sürülebilir (Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 15.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, 68-70). Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise yanılan, aldatılan sözleşme bağlı değilken karşı taraf bağlıdır. Ancak iptal hakkı TBK m. 39'da öngörülen süre içerisinde kullanılmazsa sözleşme geçerli hale gelir (Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.123-124; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 452-453).

İşte, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun görünümüleriyle karşılaşılan noktalar da buradadır. Yanılmada karşı tarafın tazminat talebi, iptal hakkının kullanılmasıyla artık ortada geçerli bir sözleşme olmadığından sözleşmeye dayandırılmayacağı için; uğranılan zararlar, diğer tarafın yanılığa düşmesinin hukuka aykırılığından hareketle haksız fiil hükümlerine başvurulabilir. Ancak bu yolla, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, kanun koyucu açıkça imkan tanımadıkça saf malvarlığı zararlarının giderilmesi istenemeyecek ve haksız fiil sorumluluğunun şartları uygulama alanı bulacaktır. Her ne kadar kanun koyucu, TBK m. 35'te yanılanın kendi kusuruyla yanılması ihtimalinde sözleşmenin geçersizliği nedeniyle uğranılan zararların giderilmesine olanak vermişse de ispat yükünün hangi tarafta olacağı ve tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı süresi bize göre borca aykırılık hükümleri uyarınca belirlenecektir¹⁰⁹.

Aldatma ve korkutma hallerinde iptal hakkının kullanılması da, talebin sözleşmeye dayanması açısından, durum yanılmada açıkladığımız gibidir. Sözleşmenin onanması halinde ise, bu defa, aldatılan veya korkutulanın iradesi sözleşmeyle bağlı olma yönünde olduğundan tazminat talebinin sözleşmeye dayanması mümkün değildir. Tüm bu haller aslında görüşmeler sürecindeki fiillerden kaynaklandığından, tazminat talebinin de dayanağını sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk oluşturur¹¹⁰.

3.3.3. Yetkisiz Temsilcinin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu ve Yetki Belgesinin Geri Alınmaması

¹⁰⁹ Öğretide yanılanın sorumluluğuna uygulanacak hükümler tartışmalıdır. Bu tartışmalara dair daha fazla açıklama için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 112.

¹¹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.124-125; Eren, **a.g.e.**, s. 1282. Aldatma ve korkutmanın kimi hallerde haksız fiil oluşturması da mümkündür. Ancak, ileride de açıklayacağımız üzere, tazminat talebinin haksız hükümleri yerine sözleşme sorumluluğuna dayanması daha avantajlıdır. Kanun koyucu da burada aldatma ve korkutmanın sözleşme görüşmelerinde gerçekleşmesine dayanarak aldatılan ya da korkutulana bu nedenle meydana gelen zararlarını ayrıca giderme imkanı tanımıştır.

Temsil, bir hukuki işlemin bir kişi tarafından başkası adına ve hesabına yapılmasıdır. Kural olarak her hukuki işlem temsil yoluyla yapılabilir¹¹¹. Konumuz itibariyle biz bu başlık altındaki açıklamalarımızı sözleşmeleri esas alarak yapacağız. Bir kimsenin temsilci olabilmesi için ya adına ve hesabına işlem yapılacak kişi tarafından ya da kanun gereği yetkilendirilmiş olması gerekir. Bu şekilde herhangi bir yetkisi olmaksızın başkası adına ve hesabına işlem yapan kimse, yetkisiz temsilcidir. Ancak temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeyi onayarak ona geçerlilik kazandırabilir.

Bahsettiğimiz şekilde temsil olunanın onay vermediği sözleşmeler ne kendisini ne de yetkisiz temsilciyi bağlar. Ancak temsil olunanın onay vermemesi nedeniyle sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı, karşı taraf zarara uğramışsa, yetkisiz temsilci bu zararı TBK m. 47/f.1 uyarınca gidermekle yükümlüdür. Burada karşı taraf, yetkisiz temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişidir. Temsil olunan sonradan onay vermediği için de sözleşme hiç kimse bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Yetkisiz temsilciyle üçüncü kişi arasında sözleşmenin yapılmasından önce görüşme aşaması gerçekleşmiş ve aralarında yakın bir ilişki oluşmuştur. Bu nedenle buradaki tazminat talebi de sözleşme görüşmelerden doğan sorumluluğun görünümüdür.

Bu başlık altında incelenmesi gerek bir diğer konu temsil yetkisi sona eren temsilciden yetki belgesinin geri alınmamasıdır. Temsil olunan bir kimseye verdiği temsil yetkisini bir belgeyle açıklamış olabilir¹¹². Söz konusu yetki sona erdikten sonra temsilci bu belgeyi temsil olunana vermekle yükümlüdür. Yetki belgesinin geri verilmemesi durumunda TBK m. 44/ f.2'ye göre “*temsil olunan veya halefleri, temsilcinin belgeyi geri vermesi için gerekeni yapmazlarsa, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler.*” Burada da üçüncü kişiyle temsil olunan arasında herhangi bir sözleşme yoktur ve bu kişilerin yetki belgesinin geri

¹¹¹ Temsil yoluyla yapılamayacak hukuki işlemlere yönelik açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 225.

¹¹² Mustafa Tiftik, Elif Şen, “Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo Sorumluluğu”, **MÜHFHAD**, C.XXII, S.3, 2016, s. 2649-2652; Eren, Dönmez (I), **a.g.e.**, s.963-964. Temsil yetkisinin dışa açıklanması hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 232-234.

alınmamasından kaynaklanan zararlarını giderme yükümlülüğü sözleşme görüşmelerinden doğan bir sorumluluktur¹¹³.

3.3.4. Sınırlı Ehliyetsizin Yapmış Olduğu İşlemler

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiiliyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesidir. Kişileri ehliyetine ilişkin hükümler Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. TMK m. 10'a göre ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan ve ergin her kişi fiil ehliyetine sahiptir. Fiil ehliyetine sahip kimseler, herhangi bir başka kimsenin katılımına ihtiyaç olmaksızın hak sahibi olabilir ya da borç altına girebilirler.

Ayırt etme gücüne sahip, küçük veya kısıtlı kimseler ise sınırlı ehliyetsiz olarak adlandırılır. TMK m. 16/f.1 uyarınca bu kimseler, kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Kanuni temsilci, işlemin geçerli olabilmesi için ihtiyaç duyulan rızasını baştan açıklayabileceği gibi sonradan da açıklayabilir. Temsilcinin baştan ya da sonradan rıza göstermemesi halinde sözleşme kesin hükümsüz olur ve TMK m. 452/f.1'e göre taraflar verdiklerini geri isteyebilir.

Kural, yukarıda açıkladığımız şekilde olmakla birlikte TMK m. 452/f.2'de bir istisna öngörülmüştür. TMK m. 452/f. 2 uyarınca “*vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur.*” Burada da ne geçerli bir sözleşmeden ne de bir hak fiilden söz etmek mümkündür, bu nedenle sınırlı ehliyetsizlerin, fiil ehliyetine sahip oldukları konusunda karşı tarafı aldatması durumunda karşı tarafın uğradığı zararları giderme yükümlülüğü sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun Türk Medeni Kanunundaki görünümüdür¹¹⁴.

¹¹³ Tiftik, Şen, **a.g.m.**, s. 2655-2660; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 125; Eren, **a.g.e.**, s. 1282-1283.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.125-126. Bu hükmün yalnızca vesayet altındaki kişiler için değil, küçükler için de uygulanacağına yönelik görüşe dair bkz. Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 91.

İKİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

1. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

1.1. Genel Olarak

Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında yakın bir ilişki oluşur. Bu yakın ilişkide taraflardan her biri için TMK m. 2'den yersiz güven oluşturmama, aydınlatma, kişi ve mal varlığına zarar vermeme gibi birtakım yükümlülükler doğar. Kanunlarda genel olarak düzenlenmemekle birlikte çeşitli hükümlerde yansımalarıyla karşılaştığımız bu yükümlülüklerin ihlali edilmesi halinde karşı taraf, zarar gören tarafın bu nedenle uğramış olduğu gidermekle yükümlüdür. Önceki bölümde de açıkladığımız üzere, bu şekilde görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde uğranılan zararların giderilmesi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk aracılığıyla sağlanmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan bu sorumluluğun hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bu tartışmalarında odak noktası görüşmelerden doğan söz konusu yükümlülüklerin ihlali halinde meydana gelen zararların haksız fiil hükümlerine göre mi yoksa borca aykırılık hükümlerine göre mi isteneceğidir.

1.2. Haksız Fiil Görüşü

Haksız fiil sorumluluğunun şartları genel olarak TBK m. 49/f. 1'de düzenlenmiştir. Buna göre hukuka aykırı bir fiille kusurlu olarak bir kişinin zarar uğramasına neden olan kimse bu zararları gidermekle yükümlüdür. Haksız fiilin bahsettiğimiz şartlarından bu başlık için önemli olan husus hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır.

Bir fiilin hukuka aykırı olması, o fiilin genel bir davranış kuralını ihlal ettiği anlamına gelir. Genel davranış kuralları, kişilerin, toplumda hangi davranışları yapmaları hangilerini yapmamaları gerektiğini belirleyen kurallardır¹. Emredici bir özel ya da kamu hukukuna dayanabilen bu kurallar, adından da anlaşılacağı gibi herkes için söz konusu olan kurallardır. Bu kuralların dayanağına örnek olarak kişilik hakkına veya aynı haklara ilişkin hükümler verilebilir².

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa da haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı ileri süren görüşe³ göre görüşmelerin yapıldığı aşamada henüz bir sözleşme mevcut olmadığından, buradaki tarafların birbirine zarar vermeme yükümlülüğü genel davranış kurallarından başka bir şey değildir. Sözleşmeden doğan sorumluluktan bahsedilebilmesi için de geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekir. Oysa görüşmelerden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sözleşmenin ya hiç kurulamamış ya da geçersiz olması gerekir⁴.

Görüşmelerden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının sonucu olarak görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerin ihlali halinde uğranılan zararların giderilebilmesi için zarar gören tarafın, diğer tarafın kusurunu ispat etmesi gerekeceği⁵ gibi zarar veren; yardımcı kişilerin fiilleriyle de sorumlu olmaktan, TBK m. 66 uyarınca, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek kurtulabilecektir. Ayrıca burada TBK m. 72’de öngörülen 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır⁶.

¹ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 14-16; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 482.

² Dürüstlük kuralına aykırılığın da hukuka aykırılık oluşturabileceğine yönelik görüşe dair açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 368-369.

³ Merz, **a.g.e.**, s.82-90; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 39-42; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 128; Uygur, **a.g.e.**, s. 236. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması yönündeki görüşün etkileri en fazla Fransız hukukunda olmuştur. Bu görüşün ilk savunucularından biri Fransız hukukçu Piotet ve diğer savunucuları için bkz. İnan, **a.g.m.**, s. 882-884. Burada haksız fiilin ne olduğuna yönelik farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2008, s. 92-93; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 244; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 78-88.

⁴ Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s.39-43; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 127; Gezder, **a.g.e.**, 73-74.

⁵ Bizim hukukumuz haksız fiil sorumluluğu kural olarak bir kusur sorumluluğudur. Ancak önceki bölümde de açıkladığımız üzere kanun koyucu kimi hallerde kusursuz sorumluluğu da kabul etmiştir. İşte sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan bu yazarlar kusursuz sorumluluk hallerinde görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerin ihlalinde de kusur şartı aramamaktadır. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 83.

⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1278.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun haksız fiil olarak nitelendirilmesi halinde, kanun koyucu tarafından açıkça öngörülenler hariç, kişi veya mal varlığına gelenler dışında kalan zararların giderilmesi zorlaşacağından; biz bu görüşe katılmamaktayız⁷. Her ne kadar görüşmeler ileride kurulacak bir sözleşmenin hazırlık aşaması olsa da burada taraflar arasında üçüncü kişilere göre daha yakın bir ilişki oluşur. Bize göre ortaya çıkan bu yakın ilişkiden dolayı aslında sözleşme görüşmeleri, içeriğini özen ve koruma yükümlülüklerinin oluşturduğu edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisidir ve bu borç ilişkisi doğrudan doğruya kanundan doğar. Genel davranış kuralları ise taraflar arasında herhangi bir ilişki olup olmamasından bağımsızdır. Tarafların birbiriyle yakın ilişki kurduğu görüşmelerde söz konusu olan yükümlülükleri genel davranış kuralları olarak nitelendirmek bu sıradaki yakınlığı karşılamamaktadır.

Görüşmeler sırasında doğan tek yükümlülük tarafların birbirinin kişi ve mal varlığına zarar vermeme ile de sınırlı değildir. Bu aşamada sözleşme yapma iradesi olmaksızın görüşmelere başlanmaması ve görüşmelerin sürdürülmemesi, sözleşme görüşmelerinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kesilmemesi, TBK m.27'ye aykırı sözleşme yapılmaması ve aydınlatma gibi çeşitli başka yükümlülükler de doğmaktadır. Bunların çoğu zaman haksız fiil olarak nitelenmesi mümkün olmadığı için uğranılan zararlar da TBK m. 49/f. 1 uyarınca giderilemez. Bu hallerde, zarar gören olsa olsa TBK m. 49/f. 2'de öngörülen ahlaka aykırı fiil kapsamında zararlarının giderilmesini isteyebilir⁸. Ancak ahlaka aykırı fiil nedeniyle uğranılan zararların giderilmesinin istenebilmesi için bu zararın kasten verilmiş olması gerekir. Bir fiilin kasten işlenmesi için onun bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmiş olması gerektiğinden zarar gören açısından bu yola başvurmak pek avantajlı bir yol olduğu söylenemez.

⁷ Öğretide de sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil hükümlerinde dayandıran bu görüşe yönelik çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. İnan, **a.g.m.**, s. 885-887; Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 42-45; Gezder, **a.g.e.**, s. 74-78; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 88-108.

⁸ TBK m. 49/f. 2'nin şartlarına yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 63-67.

BGB’de 2002 yılında yapılan değişiklik de yukarıda bahsettiklerimizi destekler niteliktedir. Yapılan bu değişiklikle Alman kanun koyucu sözleşme görüşmelerinden doğan bu yükümlölükleri ayrıca düzenlemiş ve koruma altına almıştır.

1.3. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Görüşü

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa, borca aykırılık hükümlerinin uygulanacağı yönündeki bu görüş kendi içinde farklı farklı başlıklara ayrılmaktadır. Buradaki farklı görüşlerin ortak noktası görüşmeler sırasında taraflar arasında hukuki bir ilişkinin mevcut olduğudur⁹.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanması halinde, haksız fiil görüşünden farklı olarak, zarar gören karşı tarafın kusuru ispat yükünden kurtulur. Bunun aksine zarar veren TBK m. 112 uyarınca kusursuz olduğunu ispat etmedikçe verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin verdiği zararlardan sorumluluğa TBK m. 166 uygulanacağı için zarar veren taraf, bu kişilerin verdiği zararları gidermekten gerekli özeni gösterdiği ispat etse bile kurtulamaz. Ayrıca zamanaşımı bakımından da TBK m. 72 yerine 10 yıllık süre öngördüğünden zarar gören için daha avantajlı bir hüküm olan TBK m 146 uygulanır¹⁰.

Yukarıda haksız fiil görüşüne göre zarar gören taraf bakımından avantajlı sonuçlarını açıkladığımız görüşmelerden doğan sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendiren görüşleri aşağıda, ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

1.3.1. İleride Yapılacak Sözleşme Görüşleri

⁹ Gezder, **a.g.e.**, s.64-65; Yalman, **a.g.e.**, s. 37-38, Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 18-20. Öğretide sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanması yönündeki görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 347-348; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 40; Eren, **a.g.e.**, s. 1279-1280; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 19-20; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 979-980.

¹⁰ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 507; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 978.

İleride yapılacak sözleşme görüşleri, tarafların gelecekte kurmayı amaçladıkları sözleşmenin geçerli veya geçersiz olup olmaması açısından ikiye ayrılmaktadır. Bu görüşlerin temsilcileri sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ortaya çıkışında önemli rolü olan Rudolph von Jhering ve Franz Leonhard'dır.

Söz konusu görüşlerde, ileride yapılacak sözleşme görüşüne göre sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler, gelecekte kurulacak sözleşmenin içeriğine dahildir ve bağımsız bir niteliğe sahip değildir¹¹. Sözleşme görüşmelerinin hukuki niteliği başlığında da açıkladığımız üzere bu görüşe göre sözleşme görüşmeleri tarafların ileride yapacağı sözleşme ile bir bütündür. Bu nedenle de borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun kapsamında sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler de yer almaktadır¹².

1.3.1.1. İleride Yapılacak Sözleşmenin Geçersizliğine Dayanan Görüş

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu ilk olarak makalesinde ele alarak bu sorumluluğun ortaya çıkmasını sağlayan Jhering, tarafların ileride yapacakları sözleşmenin geçersiz olmasından hareket etmiştir. Jhering'e göre görüşmeler aşamasındaki yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle sözleşme geçersiz olursa zarar gören uğradığı olumsuz zararın giderilmesini karşı taraftan isteyebilir. Bu halde zarar gören, görüşmeler ve ileride tarafların yapacağı sözleşme bir bütün olduğundan sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanabilecektir. Ancak sözleşme geçerli bir şekilde kurulduysa zarar gören tarafın ayrıca görüşmelerden doğan sorumluluğa dayanmasına da gerek kalmaz. Bu ihtimalde yükümlülüklerin ihlali doğrudan doğruya sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında olacağından, herhangi bir tartışma söz konusu olmaksızın, borca aykırılık hükümlerine dayanılabilir¹³.

¹¹ Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 45-48; Gezder, **a.g.e.**, s. 60; İnan II, **a.g.m.**, s.999-1003; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 99-100.

¹² Ergüne, **a.g.e.**, s. 97-98; Gezder, **a.g.e.**, s. 60.

¹³ İnan II, **a.g.e.**, s. 1000; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 60; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s.99.

1.3.1.2. İleride Yapılacak Sözleşmenin Geçerli Şekilde Kurulmasına Dayanan Görüş

Leonhard, Jhering'in aksine, tarafların ileride yapacakları sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasını sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun şartı olarak aramaktadır. Bu görüşün çıkış noktası, yazarın yaşadığı dönem itibariyle satış, kira, eser, hizmet, sigorta ve yayım sözleşmelerini düzenleyen hükümler bakımından BGB'deki boşluğu doldurabilmek için bir çözüm arayışıdır¹⁴. Burada da görüşmelerle ileride yapılacak sözleşme bir bütün olarak kabul edilmekle birlikte sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi için tarafların gelecekte kuracağı söz konusu sözleşmenin geçerli olması gerekir¹⁵.

1.3.1.3. İleride Yapılacak Sözleşme Görüşlerine Yönelik Eleştiriler

Öğretide ileride yapılacak sözleşme görüşlerinin her ikisi de, bizim de katıldığımız üzere, eleştirilmiştir¹⁶. Bu eleştirilerden ilki görüşmelerle tarafların ileride yapacağı sözleşmeyi bir bütün kabul edilmesinedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözleşme görüşmeleri, ileride kurulacak bir sözleşmenin hazırlık aşamasıdır. Bu halde taraflar, ilerideki sözleşmeyi mutlaka kurmak zorunda değildir; bu bakımdan sözleşmenin görüşülmesi sırasında söz konusu sözleşmenin kurulup kurulmayacağı belli değildir. Böyle bir belirsizlikte görüşmelerle sözleşmeyi bir bütün kabul etmek pek mümkün değildir¹⁷.

Eleştirilen diğer nokta ise görüşmelerden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi için ileride yapılacak sözleşmenin geçerli veya geçersiz

¹⁴ Ulusan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 78-79; Gezder, **a.g.e.**, s. 65-66.

¹⁵ İnan II, **a.g.m.** s. 1000-1003.

¹⁶ Bu eleştiriler için daha detaylı açıklamalar için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 70-71; Gezder, **a.g.e.**, 66; Ulusan, **a.g.e.**, s. 47-48; İnan II, **a.g.m.**, s. 1003-1005; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁷ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 71.

olmasının aranmasıdır¹⁸. İleride yapılacak sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağını görüşme aşamasında söyleyebilmek her zaman mümkün olmadığı gibi taraflar da bunu o sırada bilemeyebilir. Ayrıca sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, bir sözleşmenin geçerli ya da geçersiz şekilde kurulmasından bağımsızdır¹⁹. Bu sorumluluk zaten tam olarak haksız fiil ya da sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına dahil edilemeyen durumlar için ortaya çıkmıştır. Sorumluluk böyle bir eksikliği gidermek amacıyla ortaya çıkmışken onun varlığını bir sözleşmenin geçerliliğe ya da geçersizliğine bağlamanın söz konusu sorumluluğun uygulama alanını amacına aykırı şekilde daraltacağı düşüncesindeyiz.

1.3.2. Sözleşme Görüşmelerini Bağımsız Hukuki İşlem Olarak Nitelendiren Görüşler

Bağımsız hukuki işlem görüşleri de tıpkı ileride yapılacak sözleşme görüşlerinde olduğu gibi kendi içinde farklı görüşler barındırmaktadır. Bu görüşlerin birleştiği nokta sözleşme görüşmelerinin tarafların ileride yapacakları sözleşmeden ayrı bir hukuki işlem olmasıdır²⁰. Buna göre görüşmelerden doğan yükümlülükler de bu bağımsız hukuki işlemin içeriğine dahildir.

1.3.2.1. Görüşmeleri Tek Taraflı Hukuki İşlem Olarak Nitelendiren Görüş

Söz konusu görüşlerden ilki sözleşme görüşmelerini tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirmektedir²¹. Giriş nazariyesi olarak adlandırılan bu görüş görüşmeler sırasındaki sorumlulukları üç grupta incelemektedir. Bunlar geçersiz sözleşmelerden

¹⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s.98.

¹⁹ Serozan (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 35; Kocayusufoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 12.

²⁰ Ergüne, **a.g.e.**, s. 99; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 63-64.

²¹ Öğretide bu görüş Heinrich Stoll tarafından savunulmuştur. Stoll'ün görüşlerine yönelik açıklamalar için bkz. İnan II, **a.g.m.**, s. 1009; Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s.51.

sorumluluk, sözleşmenin kuruluş anındaki fiillerden sorumluluk ve sözleşmenin kuruluşundan önceki fiillerden sorumluluktur²².

Tarafların bu süreçte TMK m.2'den doğan yükümlülüğü imkansızlıkları bildirmedi²³. Bu yükümlülüğün ihlali halinde, yükümlülüğünü ihlal ederek karşı tarafa zarar veren taraf, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak bu görüş, sözleşme görüşmelerini tek taraflı hukuki işlem olarak nitelendirmesi nedeniyle eleştirilmektedir²⁴.

1.3.2.2. Görüşmeleri İki Taraflı Hukuki İşlem Olarak Nitelendiren Görüşler

Sözleşmelerden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki bu görüşler, sözleşme görüşmelerini iki taraflı hukuki işlem nitelendirmektedir. Bu görüşler de kendi içlerinde görüşmeleri iki taraflı hukuki işlem olarak nitelendirirken dayandıkları noktalar bakımından farklılık göstermektedir.

1.3.2.2.1. Tarafların Örtülü İradesiyle Kurulan Sözleşme

Sözleşme görüşmelerini iki taraflı bir hukuki ilişki olarak nitelendiren görüşlerden ilki görüşmeler sırasında tarafların örtülü iradesiyle sözleşme kurulduğunu kabul etmektedir²⁵.

Tarafların örtülü iradeleriyle kurulduğu kabul edilen bu sözleşmenin içeriğini özen ve koruma yükümlülükleri oluşturur. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi üzerine bir tarafın uğramış olduğu zararların da zarar veren tarafça giderilmesi gerekir. Ancak bu görüş, sözleşmenin tarafların örtülü iradeleriyle kurulduğunu kabul ettiği için

²² İnan II, **a.g.m.**, s. 1009; Yalman, **a.g.e.**, s. 76-77.

²³ Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, 51.

²⁴ Bu görüşe yönelik eleştirilere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. İnan II, **a.g.m.**, s. 1010-1011; Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 52; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 101-102; Ergüne, **a.g.e.**, s. 99.

²⁵ Öğretide bu görüşü savunan yazarlar için bkz. İnan II, **a.g.m.**, s. 1006.

eleştirilmiştir²⁶. Örtülü iradenin tespiti doğrudan doğruya değil de kişinin fiilleri, içinde bulundukları durum gibi çeşitli unsurların değerlendirilmesiyle²⁷ yapıldığı için böyle bir sözleşmenin kurulduğunu söylemek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle biz de söz konusu görüşe yöneltile eleştiriye katılmaktayız.

1.3.2.2.2. Kanundan Doğan Borç İlişkisi

Sözleşme görüşmelerini iki taraflı hukuki işlem olarak nitelendiren diğer görüş, görüşmeler sırasında taraflar arasında borç ilişkisi kurulduğunu ve bu ilişkinin kanundan doğduğunu ileri sürmektedir²⁸. Ne İsviçre hukukunda ne Türk hukukunda ne de 2002’de BGB’de yapılan değişiklik öncesindeki Alman hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen genel bir düzenleme olmamakla birlikte çeşitli hükümlerde bu sorumluluğun yansımalarını görmek mümkündür. Bu görüş TBK bakımından sorumluluğun yansımalarını içeren 27., 37. ve 47. maddelere dayanarak görüşmeler sırasında bunlardan taraflar arasında bir borç ilişkisinin ortaya çıktığını kabul etmektedir²⁹. Taraflar arasındaki kanundan doğan bu borç ilişkisinin ihlali halinde, zarar veren, karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Kanundan doğan borç ilişkisi görüşü, bu sorumluluğu birtakım hükümlerden hareketle doğrudan doğruya kanuna dayandırılması nedeniyle eleştirilmiştir³⁰.

Önceki bölümde de açıkladığımız üzere bir borç ilişkisinde yalnızca tarafların ifa menfaatinin sağlanmasına yönelik olan edim yükümlülükleri doğmaz; söz konusu ilişki nedeniyle aralarında yakın bir ilişki oluşan tarafların, üçüncü kişilere göre birbirlerine zarar verme ihtimali daha fazla olması nedeniyle içeriğini özen ve koruma yükümlülüklerinin oluşturduğu TMK m. 2’ye dayanan edim yükümlülüğünden

²⁶ Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 50-51; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 73-74.

²⁷ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 188-190

²⁸ Serozan (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi), **a.g.m.**, s. 120-122; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 19-20; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 118; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 980; bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 52.

²⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 978-980.

³⁰ Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Ulsan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 54-55; Arıkan, **a.g.m.**, s.83.

bağımsız bir borç ilişkisi ortaya çıkar. Buradaki özen ve koruma yükümlülükleri sözleşmenin kurulamamasından ya da geçersizliğinden etkilenmez. Bu yükümlülükler, sözleşmenin kurulmasından önce de sözleşmenin sona ermesinden sonra da varlıklarını sürdürür³¹.

Görüşmeler sırasında edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin oluştuğunu kabul eden görüş, her ne kadar bu ilişkiyi TMK m. 2'den doğan borç ilişkisi olarak açıklasa da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, özel bir sözleşmeden doğan güven sorumluluğu olarak nitelendirmektedir³². Bu aşamada taraflar arasında, yakın ilişkiden kaynaklı bir güven oluşur. Böyle bir güvenin oluştuğu hallerde artık yalnızca haksız fiil hükümlerinin uygulanması, ilişkinin niteliğine uygun düşmeyeceğinden güven sorumluluğu aracılığıyla borca aykırılık hükümleri uygulanacaktır.

Sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra varlığını sürdürebilen özen ve koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin kurulmasıyla bağımsızlığını sürdürüp sürdüremeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe³³ göre sözleşmenin kurulmasıyla söz konusu yükümlülükler bağımsızlıkları kaybederek kurulan sözleşmenin kapsamına dahil olur. Bu birleşmenin sonucu olarak edim, özen ve koruma yükümlülükleri içeren bir borç ilişkisi ortaya çıkar. Ancak sözleşmenin sona ermesinden sonra özen ve koruma yükümlülükleri varlıklarını sürdürmeye devam eder. Bu yükümlülüklerin ortaya çıkış amacı aralarında yakın ilişki olan tarafların birbirine zarar vermesini engellemek olduğunda sözleşmenin kurulması ihtimalinde, aşağıdaki görüşün aksine, iki farklı borç ilişkisi sürdürmenin bizce bir gereği yoktur.

Diğer görüşe³⁴ göre ise özen ve koruma yükümlülükleri gerek sözleşmenin kurulmasından önce gerek sözleşmenin kuruluşundan sonra gerekse sona ermesinden

³¹ Serozan, (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 35; Eren, **a.g.e.**, s. 42-44; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 12; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 106-109; Ergüne, **a.g.e.**, s.109-111.

³² Serozan, (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 38; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 737, dn. 50.

³³ Öğretide bu görüşü savunan yazar hakkında bkz. Serozan (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi), **a.g.m.**, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 14; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 155; Ulusan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 61-63; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 106-107.

³⁴ Bu görüşe yönelik açıklamalar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 44; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 14.

sonra bağımsız şekilde var olmaya devam eder. Bu halde söz konusu yükümlülükler zaten TMK m. 2'ye dayandığı için sözleşmenin kurulup kurulmaması bunların bağımsız niteliklerinde herhangi bir değişikliğe neden olmamalıdır³⁵. Öğretide ileri sürülen görüşler doğrultusunda, özen ve koruma yükümlülüklerinin sözleşme kurulduktan sonra onun içeriğine dahil olmayacağı kabul edilirse, sözleşme süresince hem sözleşme ilişkisi hem de ondan bağımsız bir kanundan doğan borç ilişkisi aynı anda varlığını sürdürecektir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz aksi görüş kabul edilirse, sözleşme varlığını sürdürdükçe tek bir borç ilişkisi var olacak ve bu borç ilişkisi söz konusu yükümlülükleri de kapsayacaktır.

Biz de sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi ortaya çıktığına ve bu borç ilişkisinin içeriğini TMK m. 2'den doğan özen ve koruma yükümlülüklerinin oluşturduğuna katılmaktayız. Türk hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa yönelik genel bir düzenleme olmadığından, özen ve koruma yükümlülüklerinin dürüstlük kuralından doğduğunun kabul edilmesi, bu yükümlülüklerin sözleşmenin varlığından bağımsız olması açısından da uygun bir çözümdür. Bu nedenle biz görüşmeleri kanundan doğan borç ilişkisi olarak kabul eden görüşe yönelik yapılan eleştiriye katılmamaktayız. Nitekim BGB 242'de söz konusu yükümlülükler ayrıca düzenlenmiştir.

1.3.2.2.3. Fiili Sözleşme İlişkisi

Fiili sözleşme ilişkisinde sözleşme yapmaya yönelik herhangi bir iradeye ihtiyaç olmaksızın tarafların fiillerine birtakım hukuki sonuçlar bağlanarak ortaya bir sözleşme ilişkisinin çıktığı kabul edilir. Daha önce de açıkladığımız üzere fiili sözleşme ilişkisine daha çok bir hizmetten herhangi bir bedel ödemeksizin yararlanan kişiden hizmetin bedelini sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurmadan elde edebilmek için başvurulmaktadır. Sözleşme görüşmeleri sırasında

³⁵ Eren, a.g.e., s. 44.

taraflar arasındaki yakın ilişki dolayısıyla bu görüşe göre fiili sözleşme ilişkisi ortaya çıkar³⁶.

Görüşmeler sırasında doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde de meydana gelen zararlar bu fiili sözleşme ilişkisine dayanılarak giderilir. Ancak bu görüş de fiili sözleşme ilişkilerinin genellikle toplumsal türdeki fiillerden doğduğu, sözleşme görüşmelerinde ise ilişkinin yalnızca taraflar arasında olması gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁷.

1.4. Karma Görüş

Öğretide karma görüşü savunan yazarların³⁸ da fikirleri kendi içinde farklılık göstermekle birlikte bu görüşler, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu ne haksız fiil ne de sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendirmekten kaçınmaları noktasında birleşmektedir³⁹. Bu görüşe göre somut olayın şartları çoğu kez farklılık gösterdiğinden sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa da her zaman haksız fiil ya da borca aykırılık hükümlerinin uygulanması da yerinde bir çözüm değildir.

Karma görüşün ilk temsilcilerinden Jäggi, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk için haksız fiilden veya sözleşmeden doğan sorumluluk olarak genel bir nitelendirmeye gerek yoktur⁴⁰. Burada belirlenmesi gereken husus her somut olayın şartları bakımından hangi hukuki nitelendirmenin en uygun olacağıdır. Jäggi, sorumluluğun nitelendirilmesine göre değişiklik gösteren ispat yükü, zamanaşımı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kimi için haksız fiil hükümlerini kimi içinse borca aykırılık hükümlerini uygulamıştır. Örneğin bu görüşe göre, yardımcı

³⁶ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 739-741; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 41; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 68-69.

³⁷ Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s.75-76.

³⁸ Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3.Auflage, Zürich, Schulthess, 1988, s. 286-288, Schöenberger, Jäggi, **a.g.e.**, s. 400-410; Gezder, **a.g.e.**, s. 97-98.

³⁹ Arıkan, **a.g.m.**, s. 83.

⁴⁰ Schöenberger, Jäggi, **a.g.e.**, s. 405-406.

kişilerin fillilerinden sorumlulukta TBK m 116 uygulanırken; zamanaşımı bakımından süre TBK 72 uyarınca belirlenecektir⁴¹.

Ancak yazarın her unsuru farklı bir sorumluluğa ait hüküm kapsamında değerlendirmesi, bizim de katıldığımız üzere, borca aykırılık hükümlerinin haksız fiil hükümleriyle bu şekilde bir arada uygulanmasının kanun koyucunun TBK’da öngördüğü sistematığe uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴².

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun nitelendirilmesinde karma görüş başlığı altındaki diğer görüş, Jäggi’nin aksine, görüşmeler sırasında doğan yükümlülüklerin ihlalini her somut olay bakımından kendi şartlarına göre değerlendikten sonra bu sorumluluğa haksız fiil mi yoksa borca aykırılık hükümlerinin mi uygulanacağına karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴³. Kararın verilmesinde göz önünde tutulacak ölçüt ise sözleşme görüşmelerinden doğan ihlal edilen yükümlülüğün taraflar arasındaki ilişkiyi mi yoksa, yukarıda da bahsettiğimiz, genel davranış kurallarını mı ihlal ettiğidir.

Bu halde yalnızca taraflar arasındaki ilişki ihlal edildiyse borca aykırılık hükümleri uygulanacakken eğer genel davranış kurallarına aykırılık söz konusuysa haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu görüş de her somut olaya göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki nitelendirmesi değişeceği ve buna bağlı olarak uygulanacak hükümler de farklılık göstereceği için hukuk güvenliğini zedeleyici olduğu yönünde eleştirilmiştir. Bize göre de tarafların, görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde haklarını hangi hükümlere göre talep edeceklerini ya da sorumlu olacaklarını başlangıçtan beri bilememeleri hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Karma görüş kapsamında ileri sürülen diğer bir görüş ise bu sorumluluğun ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirilebileceğini ileri

⁴¹ Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 246-247.

⁴² Bucher, **a.g.e.**, s. 386; bu görüşe yönelik açıklamalar için bkz. Yalman, **a.g.e.**, s. 80-82; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 248-249; Hugueinin, **a.g.e.**, s.476-478.

⁴³ Jäggi’nin görüşüne yönelik eleştiriler için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 115-119; Ergüne, **a.g.e.**, s. 107-108.

sürmektedir⁴⁴. Bu görüşe göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk TMK m. 2’den doğan kendine özgü bir sorumluluktur. Zamanaşımı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da bu halde, kanun koyucu aksini öngörmedikçe borca aykırılık hükümleri uygulanacaktır⁴⁵.

2. Yüksek Mahkeme Kararlarında Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Başlangıçta ne Alman hukukunda ne İsviçre hukukunda ne de Türk hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa yönelik herhangi genel bir düzenleme bulunmadığından sorumluluğa yönelik öğretilerdeki görüşlerin uygulamaya yansımaları yüksek mahkemelerin kararları aracılığıyla olmuştur. Biz bu başlık altında dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemi doğrultusunda önce Alman Federal Mahkemesinin ardından İsviçre Federal Mahkemesinin görüşlerini ele alacağız. Son olarak ise Yargıtay’ın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa yönelik görüşünü inceleyeceğiz.

2.1. Alman Federal Mahkemesinin Görüşü

İsviçre ve Türk hukukunun aksine genel bir haksız fiil BGB’de düzenlenmediğinden sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna nadiren haksız fiil hükümleri uygulanmıştır⁴⁶. Alman İmparatorluk Mahkemesi döneminde Jhering’in ileride yapılacak sözleşme görüşünün etkisiyle başlarda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk yalnızca geçersiz sözleşmeler için uygulanmış ancak bir süre sonra

⁴⁴ Bucher, **a.g.e.**, s. 253-254.

⁴⁵ Bucher’in savunucusu olduğu bu görüşe yönelik detaylı açıklamalar ve eleştiriler için bkz. Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 249-250.

⁴⁶ BGB 823’te hangi hallerin haksız fiil kapsamına girdiği teker teker sayılmıştır. Bunlar kişinin hayatı, vücudu, sağlığı, özgürlüğü, mülkiyeti ve diğer haklarıdır. TBK’da ise haksız fiil sorumluluğunun şartları 49. maddede düzenlenmiş ve BGB’deki hükmün aksine haksız fiilin oluşması için ihlal edilmesi gereken haklar saymak yerine “...*hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren*...” şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesinin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirdiği kararı için bkz. RGZ 95, 18 (Çevrimiçi- E.T. 10.12.2023-rgz.staatsbibliothek-berlin.de).

geçerli şekilde kurulan sözleşmeler için de borca aykırılık hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmiştir⁴⁷.

Alman Federal Mahkemesi de kararlarında sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerini uygulamaktadır⁴⁸. Nitekim sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yükümlülükler 2002 yılında BGB’de yapılan değişikliklerle Alman kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

2.2.İsviçre Federal Mahkemesinin Görüşü

Alman hukukunun aksine genel bir haksız fiil sorumluluğu düzenlemesi içeren İsviçre hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk başlarda, İsviçre Federal Mahkemesince haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmiş ve bu sorumluluğa haksız fiil hükümleri uygulanmıştır⁴⁹. İlerleyen yıllarda Federal Mahkeme bu tutumundan vazgeçip söz konusu sorumluluğu sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirerek görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlaline de borca aykırılık hükümlerini uygulamaya başlamıştır⁵⁰.

Daha sonra Federal Mahkeme sözleşmeden doğan sorumluluğa uygulanan 10 yıllık zamanaşımı haksız fiil zamanaşımına göre oldukça uzun olduğundan bunun hukuk güvenliğini sarsabileceği gerekçesiyle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa bir bütün olarak borca aykırılık hükümlerini uygulamaktan kaçınmıştır. Mahkeme bu noktada, karma görüşü benimseyerek kimi sonuçlar bakımından borca

⁴⁷ Alman İmparatorluk Mahkemesinin ileride yapılacak sözleşmenin geçersizliği görüşünü uyguladığı kararları için bkz RGZ 95, 60; RGZ 88, 105 (Yalman, **a.g.e.**, s. 74); geçerli sözleşmeler bakımından borca aykırılık hükümlerinin uygulandığı kararlar için bkz. RGZ 95, 58; RGZ 162, 156 (Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.e.**, s. 245).

⁴⁸ BGB’deki değişiklikler ve Alman Federal Mahkemesinin uygulaması hakkında bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 95.

⁴⁹ BGE 45 II 554; BGE 108 II 422 (Çevrimiçi- E.T. 10.12.2023-www.bger.ch); BGE 36 II 203; BGE 40 II 372; BGE 49 II 64 (Gezder, **a.g.e.**, s. 73); BGE 101 II 296 (Yalman, **a.g.e.**, s. 71).

⁵⁰ BGE 68 II 303; BGE 77 II 137; BGE 90 II 458 (Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.e.**, s. 245).

aykırılık hükümlerini kimi sonuçlar bakımından ise haksız fiil hükümlerini uygulama yoluna gitmiştir⁵¹.

2.3.Yargıtay’ın Görüşü

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği ve buna uygulanacak hükümler bakımından Yargıtay’ın tutumu da çoğunlukla İsviçre Federal Mahkemesinin görüşleriyle paralellik göstermiştir. Yargıtay da başlarda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmiş ve buna haksız fiil hükümlerini uygulamıştır⁵². Daha sonraki yıllarda ise görüşmelerden doğan sorumluluk Yargıtayca kimi zaman sözleşmeden doğan sorumluluk kimi zaman güven sorumluluk olarak nitelendirilmiş ve bu sorumluluğa borca aykırılık hükümleri uygulanmıştır⁵³.

⁵¹ Federal Mahkemenin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa zamanaşımı süresinin belirlenmesinde haksız fiil hükümlerini uyguladığı Swissair kararı için bkz. Asuman Yılmaz, “Karar İncelemesi: İsviçre Federal Mahkemesinin Swissair Kararının İncelenmesi”, **BATİDER**, C. XXV, S. 2, Haziran 2009, s.431-437. BGE 104 II 94 (Çevrimiçi- E.T. 10.12.2023-www.bger.ch); BGE 92 II 333; BGE 101 II 269 (Yalman, **a.g.e.**, s. 79).

⁵² Yargıtay’ın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerini uyguladığı kararlar için bkz. Y. 4.HD., T.5.5.1958, E.19/3355, K. 1958/2984; Y. HGK., T.21.12.1966, E.1966/3-134, K.1966/326 (Ergüne, **a.g.e.**, s. 92).

⁵³ Yargıtay’ın görüşmelerden doğan sorumluluğu sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirdiği kararı için bkz. Y. 15. HD., T. 7.5.1981, 1981/1050 K. (Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 246). Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun güven sorumluluğu olarak nitelendirildiği kararlar için bkz. “Diğer taraftan, taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır (Süleyman Yalman, *age.*, s.83). Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarardan (olumsuz zarardan) sorumluluğu değil, Medeni Yasa, m. 2, I'deki dürüstlük kurallarına dayanan “güven ilkesi”nden kaynaklanan karşı tarafın kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümüne aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar. Bu hukuksal düşünce Mukayeseli Hukukta, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkemesi'nin “mağaza kararları” diye anılan kararlarında dile getirilmiştir.” Y. HGK., T. 13.2.2013, 2012/1220 E., 2013/239 K.; Y. HGK., T. 15.6.2021, 2017/2625 E., 2021/766 K. (Çevrimiçi- E.T. 16.10.2023-www.lexpera.com.tr); Y. 9.HD., T. 28.10.2020, 2017/17897 E., 2018/13824 K.; Y. 22.HD., T. 24.12.2018, 2017/20291 E., 2018/28025 K. (Çevrimiçi-E.T.: 18.8.2023-www.karararama.yargitay.gov.tr).

3. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Şartları

3.1. Genel Olarak

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tartışma doğrultusunda benimsenecek nitelendirmeye göre görüşmelerden yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde uygulanacak hükümler de farklılık gösterecektir. Bizim görüşümüze göre sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerekir.

Borcun ifa edilmemesini genel olarak düzenleyen TBK m. 112 uyarınca borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu, bunda hiçbir kusuru olmadığını ispat etmediği sürece, alacaklının bu nedenle uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Biz de bu başlık altında borca aykırılık hükümleri açısından sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ortaya çıkması için gerekli şartları açıklayacağız.

3.2. Tarafların Sözleşme Görüşmelerine Başlamış Olması

Sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğabilmesi için taraflar arasında ileride bir sözleşme yapmaya yönelik görüşmelerin başlaması gerekir. Görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında genel davranış kurallarından daha yakın bir ilişki oluşur. Tarafların, üçüncü kişilere göre birbirine daha kolay zarar verebilecek şekilde konumlanması da oluşan yakın ilişkinin bir sonucu olarak ortaya çıkar. Kanun koyucu, görüşmeler sırasında taraflar arasındaki ilişkiyi ayrıca düzenlemediğinden öğretide bu durumu açıklamak için farklı görüşler ileri sürülmektedir⁵⁴. Bizim de katıldığımız üzere burada kanundan doğan bir borç ilişkisi mevcuttur⁵⁵.

Görüşmeler sırasında taraflar arasında yakın ilişkinin kurulmasında bahsedilmesi gereken konulardan biri sözleşme görüşmelerinin ne zaman başlamış olacağıdır. Daha

⁵⁴ Öğretideki tartışmalara dair açıklamalar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1277-1280.

⁵⁵ Serozan (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi), **a.g.m.**, s. 120-122; Kocayusufoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 19-20; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 118; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 980.

önce de belirttiğimiz gibi sözleşme görüşmeleri somut olayın şartlarına göre ya öneriye davet ya da en geç öneriyle başlar⁵⁶. Ancak bu ifadeden tarafların birbiriyle kurduğu herhangi bir iletişimin görüşmelerin başlama anı olarak kabul edilebileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Burada önemli olan tarafların birbirinin hukuki değerlerini etkileyebilecek alanda iletişim kurmalarıdır; çünkü görüşmeler sırasında ilişkinin temelini, taraflar arasında oluşan güven oluşturmaktadır⁵⁷.

Sözleşme görüşmeleri, ileride bir sözleşme yapmaya yönelik hazırlık aşaması olduğundan öğretide bir görüş, tarafların kurulacak sözleşmenin içeriğine dair değerlendirme yapmaya başladığı zamanı görüşmelerin başladığı an olarak kabul etmektedir⁵⁸. Bu görüşe göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, aslında haksız fiil sorumluluğunun yetersiz kaldığı durumları gidermek için ortaya çıkmıştır. Tarafların kuracakları sözleşmenin içeriğine yönelik tartışmalara başlamadığı dönemde doğan yükümlülükler ileride yapılacak sözleşmeyle ilgili olmadığından henüz bu aşamadaki ihtiyaçları karşılamak için haksız fiil hükümleri yeterlidir⁵⁹. Aksi yönde bir tutum ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kapsamını fazlasıyla genişletecektir. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.

Görüşmelerin hukuki niteliğine dair tartışmada benimsediğimiz görüş doğrultusunda sözleşme görüşmeleri, taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana getirdiğinden, tarafları nisbi nitelikte bir bağ ile bağlamakta ve söz konusu ilişkinin temelini güven oluşturmaktadır. Sözleşme görüşmelerinin başladığı zaman bakımından bir anlaşmazlığın ortaya çıkması ihtimalinde yapılacak sözleşmenin içeriğine yönelik tartışmalara başlanması gibi belirli anın başlangıç noktası kabul edilmesinden tarafların birbirinin hukuki değerlerini etkileyebileceği alana hangi anda dahil olduğunun değerlendirilmesi bize göre ilişkinin niteliğine daha uygun

⁵⁶ Gezder, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁷ Ergüne, **a.g.e.**, s. 50; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 238.

⁵⁸ Sözleşme görüşmelerinin iki aşamalı değerlendirmesi için bkz. Gürpınar, **a.g.e.**, s. 155-156; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 43-45.

⁵⁹ Gürpınar, **a.g.e.**, s. 156, dn. 463. Öğretide bir görüş, taraflar arasında henüz görüşmeler başlamamış olsa bile kişilerin kurduğu temastan hareketle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun alanını genişletmektedir. Bu görüş hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. Rona Serozan, "Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Kitabevi, 2007, s. 717-720.

olacaktır. Böyle bir durumda söz konusu değerlendirmenin somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılması gerekir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere görüşmeler taraflar arasında nisbi nitelikte bir ilişki kurmaktadır. Bu nedenle sözleşme görüşmeleri kural olarak yalnızca görüşmenin taraflarına yükümlülük yükler ve söz konusu yükümlülükler de yalnızca taraflarca ihlal edilebilir. Ancak görüşmeler sırasında taraflar, birbirinin etki alanına girerek yakın bir ilişki kurduklarından; her bir taraf, diğer tarafın koruma alanına giren kişilerin kişi ve mal varlığına zarar vermemekle yükümlüdür⁶⁰. Benzer bir koruma yardımcı kişilerin verdiği zararlara karşı da mevcuttur.

Görüşmelerin kurduğu ilişkinin bu niteliğinden dolayı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun şartlarından ilki tarafların sözleşme görüşmelerine başlamasıdır. Görüşmelerin başlamadığı aşamada bu sorumluluktan bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır. Bu halde, örneğin, müşteri olarak mağazaya giren kişi, kafasına mağazanın lambası düşmesi halinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında uğradığı zararların giderilmesini isteyebilecekken yoğun kar yağışı nedeniyle mağazaya sığınan kimse yalnızca haksız fiil hükümlerine başvurabilecektir⁶¹.

3.3. Bir Güven Unsurunun Bulunması

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında kurulan yakın ilişkinin temelini güven oluşturur. Buradaki güven, ileride yapılacak sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulacağına yöneliktir; zarar görende karşı tarafça sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına dair güven oluşturulmuş, ancak sonrasında bu güven ihlal edilmiştir⁶².

Sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğabilmesi için zarar verenin öncelikle karşı tarafta herhangi bir fiiliyle güven oluşturmaması gerekir. Bu fiil sözlü veya yazılı olabileceği gibi bir şeyi yapmama tarzında da kendini gösterebilir. Ancak, yukarıda da

⁶⁰ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 505; Eren, **a.g.e.**, s.1285 Ergüne, **a.g.e.**, s. 32-36; Yavuz, **a.g.m.**, s. 79.

⁶¹ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 295-297.

⁶² Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 346; Gezder, **a.g.e.**, s. 134-135; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 204-206; Durak, **a.g.m.**, s. 263.

işaret ettiğimiz üzere, tarafların yalnızca ileride bir sözleşme yapmaya yönelik iletişime geçmiş olması bu güvenin oluşması yeterli değildir. Taraflar arasında bir güvenin oluşup oluşmadığının somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmelidir⁶³. Yapılacak bu değerlendirmede güvenin oluşup oluşmadığı ise her somut olay bakımından, zarar verenin fiilinin ortalama zekaya sahip ve normal bir kimsede güven oluşturmaya elverişliliği göz önüne alınarak belirlenecektir⁶⁴.

Bununla birlikte görüşmeler sırasında tarafların arasında yalnızca bir güvenin oluşması sorumluluğun doğması açısından yeterli değildir. Söz konusu güvenin hukuk düzeni tarafından korunabilmesi için haklı bir güven olması gerekir. Bu halde haklı güvenden ve onun ihlalinin bahsedilebilmesi için de zarar gören, aşağıda açıklayacağımız üzere, iyiniyetli olmalıdır⁶⁵.

3.4. İyiniyet

Kanun koyucu TMK m. 3'te ve çeşitli diğer hükümlerde iyiniyetten bahsetmiş ancak onu tanımlamamıştır. Öğretide iyiniyet, bir hakkın kazanılmasına yönelik herhangi bir engelin varlığını gerekli özen gösterilse dahi bilemeyecek durumda olmak olarak tanımlanmıştır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta da taraflar arasındaki yakın ilişkiden kaynaklanan güvenin aslında gerçek durumu yansıtmadığını bilen veya bilmesi gereken kişinin uğradığı zararların giderilmesi için bu sorumluluk yoluna başvuramayacaktır⁶⁶.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından aranan şartlardan birinin zarar görenin iyiniyetli olması gerektiği, yukarıda açıkladığımız, bu sorumluluğun TMK ve TBK'daki görünümünden çıkarılmaktadır. Buna göre irade bozukluklarından yanılmayı düzenleyen TBK m. 35/f. 1'de yanılanın kusurlu olması

⁶³ Ergüne, **a.g.e.**, s. 50-51.

⁶⁴ Gürpınar, **a.g.e.**, s. 220-221; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 206.

⁶⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 50; Gezder, **a.g.e.**, s. 135. Tartışmalar için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 219- 223; Yalman, **a.g.e.**, s. 105-106.

⁶⁶ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 219; Olumsuz zararın tazmin edilebilmesi için zarar görenin iyiniyetli olması gerektiği yönünde bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 158.

ihtimalinde, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararlarının giderilebilmesi için zarar görenin yanılmayı bilmemesi veya bilmesi gerekmemesi aranmaktadır. TBK m. 44/f. 2’de de kanun koyucu, yetkisi sona eren temsilciye verilmiş olan yetki belgesini geri almak için gereğini yapmayan temsil olunan ya da haleflerinin yalnızca iyiniyetli üçüncü kişilerin bu nedenle uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir.

TBK m. 44/f. 2’ye paralel olarak, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlere temsil olunanın sonradan onay vermemesini düzenleyen TBK m. 47/f. 1 de yetkisiz temsilcinin işlem yapan üçüncü kişinin bu nedenle uğramış olduğu zararları ancak bu kişinin onun aslında yetkisiz olduğu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederek tazmin etmekten kurtulabileceğini öngörmektedir. Ayrıca TMK m. 452/f. 2 uyarınca karşı tarafın uğradığı zararlardan sınırlı ehliyetsiz, yalnızca diğer tarafı fiil ehliyetine sahip olduğuna dair aldatması ihtimalinde sorumlu tutulmuştur.

Görüldüğü üzere sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kanun koyucu kimi hükümlerde zarar görenin iyiniyetli olmasını açıkça aramıştır. Ancak bu sorumluluk kanunda düzenlenmediğinden öğretideki bir görüş, yalnız birtakım hükümlerde aranan iyiniyetin bu sorumluluğun genel şartı olarak kabul edilemeyeceği ileri sürmektedir⁶⁷. Bununla birlikte görüşmeler sırasındaki ilişkinin temelini güven oluşturduğundan ve zarar görenin de zaten karşı tarafa güvenmemesi gerektiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa artık ne güvenden ne de yakın ilişkiden bahsedilemeyeceğinden biz bu görüşe katılmamaktayız. Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere oluşan haklı güvenin korunabilmesi için zarar görenin iyiniyetli olması gerekir. Ancak iyiniyetin kişi ve mal varlığına yönelik verilen zararların giderilmesi için bu koşulun aranmayacağını belirtmek isteriz.

3.5. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüğün İhlali

⁶⁷ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 148; Yalman, **a.g.e.**, s. 106.

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında kurulan yakın ilişki nedeniyle TMK m. 2'den birtakım yükümlülükler doğar. Görüşmelerden bir sorumluluğun doğabilmesi için bu yükümlülüklerden en azından birinin ihlal edilmiş olması gerekir.

Söz konusu yükümlülükler öğretide farklı başlıklar ve gruplandırmalarla ele alınmaktaysa da biz bunları genel olarak, üç grup altında, karşı tarafta yersiz güven oluşturmama, aydınlatma, kişi ve mal varlığına zarar vermeme şeklinde incelemekteyiz⁶⁸. Ancak önceki bölümde görüşmeler sırasında doğan yükümlülükleri detaylıca açıkladığımız için burada yalnızca bunların adlarından bahsetmekle yetiniyoruz.

3.6. Zarar

Herhangi bir sorumluluğun doğabilmesi için mutlaka zararın varlığı gerekir. Ortada kişinin giderilmesi gereken bir zarar yoksa burada tazminat borcundan da söz edilemez. Bu halde sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğabilmesi için aranacak şartlardan biri de zarardır.

Kanun koyucu, çeşitli hükümlerde zarardan söz etmiş ancak bu kavrama dair bir tanım yapmamıştır. Öğretide ise zarar, farklı tanımlamalarla ele alınmaktadır. Kimi yazarlar zararı üst başlık kabul ederek geniş ve dar anlamda zarar ayırımına gitmiştir⁶⁹. Bu ayırma göre geniş anlamda zarar hem maddi zararı hem de manevi zararı kapsarken dar anlamda zarar yalnızca maddi zararı ifade eder⁷⁰. Ancak biz bu şekilde bir ayırma, kavram karışıklığı yaratabileceğinden katılmamaktayız. Bu nedenle biz zarar kavramını söz konusu ayırmda dar anlamına karşılık gelecek şekilde kullanacağız ve manevi zarardan bahsetmek istediğimizde bunu ayrıca belirteceğiz.

⁶⁸ Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin incelendiğin başlıklar ve gruplandırmalar için bkz. Gezder, **a.g.e.**, s.155-185; Yalman, **a.g.e.**, s. 87-97; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 224-295; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 7-15; Eren, **a.g.e.**, s. 30-32; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 156-157.

⁶⁹ Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2010, s. 63; Eren, **a.g.e.**, s. 597-598; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 390-393; Yalman, **a.g.e.**, s. 84-85; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 306.

⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 597-598; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 392-393.

Öğretide bizim de katıldığımız anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir⁷¹. Zarar, farklı ayrımlar yapılarak incelenmektedir. Bu ayrımlardan ilki fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç ayrımıdır. Fiili zarar, zarar görenin malvarlığının aktifinin azalması ya da pasifinin çoğalmasındır⁷². Bu zarar örnek olarak bir sözleşme yapmak amacıyla noterde yapılan harcamalar veya kişinin yaralanması sonucu tedavi için yapılan masraflar verilebilir. Yoksun kalınan kazanç ise hayatın olağan akışında elde edilebilecek kazancın tamamen ya da kısmen elde edilememesidir⁷³. Bu zarar türünde malvarlığının artışı engellenmektedir. Örneğin bir kimsenin yaralandığı için tedavi süresince çalışamaması, görüşmeler sırasında sözleşmenin kurulacağına güvenerek kaçırılan diğer sözleşme fırsatları böyledir.

Açıklanması gereken diğer bir ayrım olumsuz ve olumlu zarar ayrımıdır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk açısından oldukça önem taşıyan bu ayrım, Jhering tarafından Kıta Avrupası hukuk sistemine kazandırılmıştır. Jhering sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dair makalesinde hem bu sorumluluğu hem de olumlu ve olumsuz zarar ayrımını konu edinmiştir. Bu ayrım doğrultusunda, aşağıda daha detaylı açıklayacağımız üzere, öğretide sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle kural olarak olumsuz zararın giderileceği; olumlu zararın tazmininin ise istisna olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

Olumsuz zarar, kurulduğuna ya da geçerli olduğuna güvenilen bir sözleşmenin aslında hiç kurulmamış olması veya geçersizliği nedeniyle uğranılan zarardır⁷⁵.

⁷¹ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 38; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 548; Hatemi, **a.g.e.**, s. 46-47; Ergüne, **a.g.e.**, s. 9. Kişinin iradesi doğrultusunda gerçekleşen zararların da zarar kavramının kapsamında değerlendiren ancak bunların tazmininin mümkün olmadığını ileri süren görüş için bkz. Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s. 5-8.

⁷² Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 411; Ergüne, **a.g.e.**, s. 293.

⁷³ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 246; Oğuzman, Öz (I) **a.g.e.**, s. 411-412; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 243. Yoksun kalınan kazançla dair genel açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 398-399.

⁷⁴ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 507; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 146; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 140-142; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 37-38; Gezder, **a.g.e.**, s.101; Yalman, **a.g.e.**, s. 38. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında olumlu zararın tazmin edilebileceği duruma yönelik açıklamalara dair bkz. Mehmet Serkan Ergüne, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C.1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 917-922.

⁷⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 40-41; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 396; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 427; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 820-821; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 242.

Örneğin aslında geçersiz bir sözleşmenin ifası için yapılan harcamalar böyledir. Olumlu zarar ise alacaklının, ifaya olan menfaatinin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zarardır⁷⁶. Böyle bir durumda borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemiştir⁷⁷. Buradaki ayrım, önceki paragrafta bahsettiğimiz fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç ayrımından farklıdır. Fiili zarar ile yoksun kalınan kazanç gerek haksız fiil gerekse sözleşmeden doğan sorumlulukta karşımıza çıkarken olumlu ve olumsuz zarar ayrımı yalnızca sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında ortaya çıkar. Haksız fiil nedeniyle oluşan zararlar için bu şekilde bir ayrım yapılmamaktadır⁷⁸.

Manevi zarar ise bir kimsenin kişilik değerlerine saldırı sonucunda ortaya çıkan eksilmeler nedeniyle duyulan acı, elem ve ıstırap⁷⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere manevi zarardan bahsedilebilmesi için saldırının kişilik değerlerine yönelik olması gerekir. Bu değerler, insanın varlığını oluşturan değerler olduğundan bunların sınırlanması da mümkün değildir. Ancak birtakım kişilik değerlerine kanun koyucu özel önem vererek onları ayrıca düzenlemiştir⁸⁰. Kişinin adı, resmi, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti böyledir.

Kişilik değerlerine yönelen saldırının hukuka aykırı olması gerekir. Bununla birlikte manevi zararın tanımında hukuka aykırı saldırıdan acı, elem ve ıstırap duyulması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Objektif görüşe⁸¹ göre manevi zarar, hukuka aykırı saldırı sonucunda kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilme

⁷⁶ Şefika Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2020, s. 27; Eren, **a.g.e.**, s. 1195-1196; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 406; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 820; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 242-243.

⁷⁷ Gündüz, **a.g.e.**, s. 27-29; İfanın gereği gibi yapılmadığı hallere yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 499-502.

⁷⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 608; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 410-411. Öğretide bir görüş hakimın zarar kalemlerini tespit etmesini zorlaştırdığı gerekçesiyle olumlu ve olumsuz zarar ayrımını reddetmektedir (bu görüşü savunan yazarlar için bkz. İlhan Postacıoğlu, “Selahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Zıyanın Tazmini”, **İÜHFİM**, C.VI, S.1-2, 1950, s. 8-9; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 243-245).

⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), **a.g.e.**, s. 275; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 412-413; Eren, **a.g.e.**, s. 608-609; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 392-393. Manevi zarara yönelik daha fazla açıklama için bkz. Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 264-265

⁸⁰ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 100-104; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), **a.g.e.**, s. 178.

⁸¹ Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1990, s. 97; Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 3.bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2021, s 48-55; Eren, **a.g.e.**, s. 610-613.

olarak tanımlanırken subjektif görüşe⁸² göre, saldırı sonucunda duyulan acı, elem ve ıstıraptır. Bu halde manevi zarar meydana gelebilmesi için hukuka aykırı saldırının zarar görenin duygusal dünyasında bir zedelenme yaratması gerekir⁸³. Bizim de katıldığımız karma görüşe göre ise hem hukuka aykırı saldırıyla ortaya çıkan objektif eksilme hem de bunun sonucunda duyulan acı, elem ve ıstırap manevi zararın meydana gelmesinde etkilidir⁸⁴.

Burada bahsedilmesi gereken diğer bir konu sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde hangi zararların doğabileceğidir. Yukarıda açıkladığımız üzere görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerden biri de karşı tarafın ya da onun koruma alanında olan bir kimsenin, kişi veya mal varlığına zarar vermemedir. Bu nedenle görüşmeler sırasında söz konusu zararlardan biri, zarar gören tarafın kişilik veya mülkiyet hakkı gibi bir mutlak hakkının ihlalinin doğan kaynaklanabilir. Ortaya çıkan zarar, maddi ya da manevi zarar olabilir⁸⁵.

Daha önce de açıkladığımız üzere sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ortaya çıkışının nedenlerinden biri haksız fiil hükümleri kapsamında yalnızca mutlak hakların ihlali nedeniyle doğan zararların tazmin edilebilmesidir. Oysa sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulabileceğinden mutlak hakların dışında kalan malvarlığı değerlerinin ihlalinin kaynaklanan salt malvarlığı zararlarının da giderilmesi mümkün olacaktır⁸⁶.

3.7. Kusur

⁸² Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 182; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 264-266; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 63; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 655.

⁸³ O. Gökhan Antalya, **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, Mart 2017, s. 15.

⁸⁴ Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 149; Antalya (Manevi Zarar), **a.g.e.**, s. 19-20.

⁸⁵ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 309-310; Yalman, **a.g.e.**, s. 86; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 237.

⁸⁶ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 308. Salt malvarlığı zararı kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 32-34; Eren, Dönmez (II), **a.g.e.**, s.1082; Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s. 10-15

Kanun koyucu, çeşitli hükümlerde kusurdan bahsetmiş ancak bu kavramı tanımlamamıştır. Öğretide kusur, hukuk düzeninin kınadığı davranış olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Gerek sözleşmeden gerekse haksız fiilden doğan sorumlulukta borçlunun ya da zarar verenin sorumlu olabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekir⁸⁸.

Borca aykırılık bakımından bu durum TBK m. 112’de “*borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*” şeklinde ifade edilmektedir. Sözleşme görüşmelerinden de sorumluluğun doğabilmesi için zarar veren tarafın kural olarak kusurlu olması gerekir⁸⁹. Başka bir ifadeyle görüşmelerden doğan yükümlülüğün kusurlu bir fiil ile ihlal edilmelidir. Görüşmelerden bir sorumluluğun doğması için zarar verenin kusurlu olması kuralının istisnasını ise TBK m. 47’nin ilk cümlesi oluşturmaktadır. Buna göre temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme sonradan onay vererek geçerlilik kazandırmazsa yetkisiz temsilci, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, işlem yaptığı kişinin uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür.

Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükleri ihlal eden tarafın, diğer tarafın uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için kural olarak kusurlu olması gerekiyorsa da bir kimseye kusur yüklenebilmesi için o kişinin ayırt etme gücü bulunmalıdır. Ayırt

⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 651; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 407-408; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 53-54; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 492; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 45.

⁸⁸ Bununla birlikte bir kişinin kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde değerlendirilecek nitelikler öğretide tartışmalıdır. Subjektif görüşe göre, zarar veren kişinin kusurlu olarak kabul edilebilmesi için zarar verenin psikolojisi, yetenekleri, yetiştiği ortam, eğitim düzeyi ve mesleki durumu gibi kişisel nitelikleri de göz önüne alınmalıdır. Objektif görüşe göre ise zarar verene bir kusurun yüklenip yüklenemeyeceğine, zarar verenin dahil olduğu sosyal ve mesleki çevre içerisinde makul ve ortaya zekaya sahip bir kişi esas alınarak belirlenecektir. Öğretide kusura dair ileri sürülen görüşler bu şekilde olmakla birlikte kanun koyucu bunlardan hiçbirini benimsememiştir. Subjektif ve objektif görüşlere yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Alper Uyumaz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, **SDÜHFD**, C.XIII, S. 1, 2023, s. 506-513; Eren, **a.g.e.**, s. 652-653; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 663-664.

⁸⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 52-54; Gezder, **a.g.e.**, s. 130; Yalman, **a.g.e.**, s. 101-103. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun şartlarından kusura dair Yargıtay kararları için bkz. “*Buna göre taraflar görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zararlardan sorumludurlar.*” Y. 19. HD., T. 1.12.2005 E. 2005/2865, K. 2005/11959; Y. 11.HD., T. 5.7.2018, E.2017/1041, K.2018/5002; Y. 22.HD., T. 24.12.2018, E. 2017/20291, K. 2018/28025 (Çevrimiçi-E.T.: 20.12.2023-www.karararama.yargitay.gov.tr).

etme gücü, kişinin akla uygun davranma, fiillerinin sebep ve sonuçlarını doğru kavrama yeteneğidir⁹⁰. Kanun koyucu, TMK m. 13'te ayırt etme gücünü kaldıran halleri düzenlemiş ve TMK m. 15'te de aksine hüküm olmadıkça ayırt etme gücüne sahip olmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağını öngörmüştür. Bu nedenle öğretide kusurun subjektif unsuru olarak kabul edilen ayırt etme gücüne sahip olmayan tarafın, sözleşme görüşmelerinden de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁹¹.

Görüşmelerden doğan sorumluluğun şartlarında kusur bakımından açıklanması gerek diğer bir konu kusurun türüdür. Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki türü vardır. Kast da kendi içerisinde doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayrılır. Doğrudan kastta fiil, hukuka veya borca aykırı sonucunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirilirken; dolaylı kastta, sonucun gerçekleşmesi istenmemesine rağmen öngörülür⁹². İhmalde ise hukuka veya borca aykırı sonucun gerçekleşmesi, tıpkı dolaylı kastta olduğu gibi, istenmemekle birlikte sonucun gerçekleşmemesi için gereken özen gösterilmemektedir⁹³.

Burada gösterilecek özenin belirlenmesinde somut olaya göre ortalama zekaya sahip ve normal bir kimsenin tutumu esas alınmaktadır⁹⁴. Kusurun objektif unsuru olarak da adlandırılan bu ölçüt açısından zarar verenin kişisel nitelikleri önem taşımamaktadır⁹⁵. İhmal de kendi içerisinde somut olayda herkesten beklenebilecek bir özenin mi yoksa dikkatli ve tedbirli bir kişiden beklenebilecek bir özenin mi gösterilmediğine göre ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹⁶. Her ne kadar

⁹⁰ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 57; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), **a.g.e.**, s. 57.

⁹¹ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 60; Eren, **a.g.e.**, s. 1201-1202.

⁹² Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 55; Eren, **a.g.e.**, s. 657; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 409; Tandoğan, **a.g.e.**, s.46; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 493; Yalman, **a.g.e.**, s. 103-104.

⁹³ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 56; Eren, **a.g.e.**, s. 660; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 409; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 48-49; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 494.

⁹⁴ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 58-59; Eren, **a.g.e.**, s. 1201; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 410-411; Yalman, **a.g.e.**, s.105.

⁹⁵ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.426-428; Borca aykırılık hallerinde borçlunun kişisel yeteneklerinin öz ardı edilemeyeceği hakkında bkz. Eren, **a.g.e.**, s.1202-1203.

⁹⁶ İhmalin türlerine yönelik detaylı açıklamalar için ayrıca bkz.; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 56-59; Eren, **a.g.e.**, s.662-664.

birbirinden açık bir şekilde ayırmak her zaman kolay olmasa da ilk ihtimalde ağır ihmal söz konusuyken, ikincisinde hafif ihmal söz konusudur.

Sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğabilmesi için kusur türünün bir önemi yoktur.⁹⁷ Görüşmelerden doğan yükümlülükler ister kasten isterse de ihmal ile ihlal edilsin, her iki durumda da zarar veren taraf, karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Hatta tarafların ileride yapılacağı sözleşme için ayrıca bir kusur türü öngörülmüş olsa bile bu durum görüşmelerden doğan sorumluluk bakımından herhangi bir değişiklik yaratmayacağı gibi zarar görenin de bu sorumluluğun doğabilmesi için kusursuz olması gerekmez⁹⁸. Ancak bu ihtimalde söz konusu olan kusur, illiyet bağıını kesecek ya da zarar görenin iyiniyetini kaldıracak türde olmamalıdır⁹⁹.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, her ne kadar sözleşme görüşmelerinden bir sorumluluğun doğabilmesi için kusur türünün ya da zarar görenin kusursuz olup olmadığının bir önemi yoksa da tazminatın belirlenmesi bakımından bahsettiğimiz hususlar önem taşımaktadır. Nitekim kanun koyucu TBK m. 51/f. 1’de hakimın tazminatı belirlerken göz önüne alması gereken unsurlar arasında kusurun ağırlığını da saymış bunu takiben TBK m. 52/f. 1’de de zarar görenin kusurunun tazminatın indirilmesine veya kaldırılmasına neden olabileceğine işaret etmiştir.

Açıklamalarımız doğrultusunda zarar veren tarafın kusuru kast derecesinde değil de ihmal derecesindeyse ya da zarar gören kusursuz değilse hakimın hükmedeceği tazminat miktarı, ilk ihtimale göre, daha düşük olabilecektir¹⁰⁰. Bu hususu sonraki bölümde ele alacağımız için burada kusurun tazminatın belirlenmesine etkisinden yalnızca bahsetmekle yetiniyoruz.

⁹⁷ Gezder, **a.g.e.**, s.; Yalman, **a.g.e.**, s. ; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 237.

⁹⁸ Aksi ihtimalin ileride yapılacak sözleşmeyle görüşmeler arasında bir farklılık bırakmaz. Bu halde iki aşamanın kaynaştığı hakkında bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 53. Zarar görenin de kusurlu olabileceği hakkında bkz. Özyakışır, Ganbari, **a.g.m.**, s. 789. Sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğabilmesi açısından kusur türünün bir önemi olmadığı hakkında bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 132; Yalman, **a.g.e.**, s. 103.

⁹⁹ Demircioğlu, **a.g.e.**, s.222-223.

¹⁰⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 643; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 115-116.

3.8.İlliyet Bağı

İlliyet bağı, zararı meydana getiren fiil ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından bu şekilde bir sebep sonuç ilişkisi kurulabilmesi için zarar, görüşmelerden doğan yükümlülükleri ihlal eden fiil sebebiyle ortaya çıkmış olmalıdır. Ancak söz konusu fiilin zararlar yalnızca tesadüf olarak nitelendirilebilecek bir neden sonuç ilişkisi içinde bulunması illiyet bağının varlığının kabul edilebilmesi için yeterli değildir¹⁰¹.

Sözleşme görüşmelerinden sorumluluğun doğabilmesi için zararlar görüşmelerden doğan yükümlülüğü ihlal eden fiil arasında uygun illiyet bağı kurulmalıdır¹⁰². Uygun illiyet bağının varlığı içinse fiilin, hayatın olağan akışında ve hayat tecrübelerine göre söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından da uygun illiyet bağı, zarar gören tarafın zararına görüşmelerden doğan yükümlülüğü ihlal eden fiilin yol açtığı hayatın olağan akışında ve hayat tecrübelerine göre kabul edilebiliyorsa kurulmuştur. Aksi ihtimalde bu bağın varlığından söz edilemeyeceği için sözleşme görüşmelerinden de sorumluluk doğmayacaktır.

Ayrıca işaret etmek isteriz ki zarar görenin yaptığı aşırı harcamalar ve gereksiz masraflar uygun illiyet bağı kapsamında bulunmamaktadır¹⁰³. Fiille uygun illiyet bağı içerisinde bulunan masraflar hayatın olağan akışında yapılması beklenenlerdir. Hangi harcamanın bu kapsamda kaldığı hangisinin ise kalmadığı somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenecektir. Örneğin zarar görenin borcun ifası için bir yerden başka bir yere gittiği ihtimalde, daha ucuz yerde kalması mümkünken, beş yıldızlı otelde konaklaması böyledir. İlliyet bağının bu işlevi sayesinde zarar veren de kendi fiilinden kaynaklanmayan masrafları karşılamak zorunda kalma tehlikesinden kurtulur.

¹⁰¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1199; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 44-47; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 402-405; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 76-77; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 573-574.

¹⁰² Ergüne, **a.g.e.**, s. 292; Gezder, **a.g.e.**, s. 128-129; Yalman, **a.g.e.**, s. 98-100; Ulusan (Culpa in Contrahendo), **a.g.e.**, s. 15-17.

¹⁰³ Ergüne, **a.g.e.**, s. 363.

Ancak uygun illiyet bağının kurulduğundan bahsedilebilmesi için ortaya çıkan zarar ile sözleşme görüşmelerinin gerçekleştirildiği yer ve zaman arasında sıkı sıkıya bir bağlantının bulunması gerekmez. Söz konusu zararın, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerden en azından birinin ihlali nedeniyle meydana gelmiş olması bu bağın kurulması için yeterlidir¹⁰⁴.

Sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlaliyle zarar arasında illiyet bağının kurulup kurulmadığının belirlenmesi ise her zaman kolay değildir. Örneğin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ihtimalinde yapılması gereken bilgilendirmenin yapılmamasının veya yanlış bir bilginin verilmesinin zarar görenin sözleşme yapma iradesi üzerindeki etkisi dışarıdan tespit edilemediğinden bu halde, illiyet bağının kurulduğunun belirlenmesi de zordur. Bu nedenle, burada, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali ve zarar arasındaki neden sonuç ilişkisi artık uygun illiyet bağıyla değil; varsayımsal illiyet bağının kurulmasıyla gerçekleşir. Böyle durumlarda görüşmeler sırasında doğan aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin zarar görenin sözleşme yapmaya yönelik iradesini etkilediği kabul edilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 106-109; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 320. Öğretide bir görüş zararın, sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle doğmasının uygun illiyet bağının kurulması için yeterli görmemektir. Bu görüşe göre zararın, görüşmelerin yapıldığı yer ve zamanla da sıkı sıkıya bağlantılı olması gerekir. Bu nedenle de sözleşmenin yapılmasında etkili olacak bir bilginin karşı tarafa verilmemesi görüşmelerden sorumluluğu doğururken taraflardan birinin diğerinin eşyasını çalması söz konusu sorumluluğu doğurmayacaktır. Ancak yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılabilirliği gibi biz bu görüşe katılmamaktayız. Burada sorumluluğun doğumu için zararın, hayatın olağan akışında ve hayat tecrübelerine göre görüşmelerden doğan yükümlülüklerin en azından birinin ihlali nedeniyle oluştuğunun kabul edilmesi yeterlidir. Ayrıca bahsedilen örnek apaçık şekilde tarafların birbirinin kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlülüğü kapsamındadır (bu görüş için bkz. Yalman, **a.g.e.**, s. 101; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s.239; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 84-85). Yargıtay'ın görüşmeler sırasında da tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığını korumakla yükümlü olduğuna yönelik kararı için bkz. "...Davacının parasının davalı banka sorumluluk alanı içerisinde çalınması nedeni ile davalının gerekli güvenlik tedbirlerini yeterince aldığından söz edilemeyeceği, davalının henüz sözleşme kurulmadan önce de sözleşme hazırlığı aşamasında akidinin malını koruma yükümlülüğü olduğu, davalı bankanın sorumlu olduğu, davacının da gerekli tedbiri almadığı ve davalı banka ile birlikte kusurlu olduğu gerekçeleri ile davacının maddi tazminat davasının sübut bulmaması nedeni ile reddine, davacının manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile kısmen reddine karar verilmiştir." Y. 11.HD., T. 3.11.2020, 2020/718 E., 2020/4707 K. (Çevrimiçi- E.T. 10.12.2023-www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁵ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta illiyet bağının belirlenmesinde sorunlara dair detaylı açıklamalar için bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 128-129. Varsayımsal illiyet bağına yönelik açıklamalar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 631-635.

4. İspat Yüğü

Yukarıda saydığımız şartların gerçekleşmesi kadar ispat yükünün yerine getirilmesi de zarar görenin zararının giderilmesinde önem taşır. İspat yükü, hangi tarafın neyi ispat edeceğine ilişkindir. Zarar görenin zararı ne kadar fazla olursa olsun bu yük yerine getirilmedikçe zararın tazmini de mümkün olmayacaktır.

İspat yüküne yönelik genel düzenleme TMK m. 6'da getirilmiştir. Buna göre kanun koyucu aksini öngörmedikçe bir hakkı olduğunu ileri süren taraf, bunun doğumu için gereken şartların gerçekleştiğini ispat etmelidir¹⁰⁶. TMK m. 6'ya ek olarak başka kanunlarda da ispat yüküne ilişkin düzenlemeler içeren hükümler mevcuttur. Konumuz itibariyle biz, TBK m. 50 ve TBK m.112 üzerinde duracağız. Genel kurala paralel olarak haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü, TBK m.50'de, zarar görenin üzerine bırakılmıştır. Bu hükme göre zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat etmekle yükümlüdür.

TBK m. 112 ise sözleşmeden doğan sorumluluğa dair bir hükümdür. Kanun koyucu, TBK m. 112/f. 1'de genel kuraldan ayrılmıştır. Söz konusu hükümde borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği durumda borçlunun, ancak kendisinin hiç kusuru olmadığını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabileceği öngörülmüştür. Bu durumda ispat yükü kusur açısından yer değiştirmiş, böylece alacaklı da borçlusunun kusurunu ispatlamaktan kurtulmuştur. Ayrıca belirtmek isteriz ki ispat yükünün yer değiştirmesi yalnızca borçlunun kusuruyla sınırlıdır; Sözleşmeden sorumluluğun doğabilmesi için aranan diğer şartların gerçekleştiğini alacaklı ispatlamalıdır. Aksi ihtimalde alacaklı borca aykırılık nedeniyle uğradığı zararların giderilmesini isteyemez.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta ispat yükünün hangi hüküm doğrultusunda belirleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre görüşmelerden doğan sorumlulukta ispat yükünün kime yükleneceği TBK m. 50'nin kapsamında

¹⁰⁶ Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 317.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

1. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Yükümlülüklerin İhlali Nedeniyle Uğranılan Zararların Giderilmesi

1.1. Genel Olarak

Daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında oluşan yakın ilişki nedeniyle TMK m. 2'den birtakım yükümlülükler doğar. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali nedeniyle taraflardan birinin veya onun koruma alanında olan kimsenin zarara uğraması halinde, ileride yapılacak sözleşme ister geçerli şekilde kurulmuş olsun ister olmasın, diğer taraf bu zararları gidermekle yükümlü olacaktır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta tazmin edilecek zarar kural olarak olumsuz zarardır¹. Ancak her ne kadar öğretide bu ifade yaygın olarak kullanılsa da söz konusu sorumluluk kapsamında tazmin edilecek zararları tam olarak karşılayamamaktadır. Olumsuz zarar, tarafların yalnızca ileride yapacakları sözleşmenin gerçekte hiç kurulamamış ya da geçersiz olması nedeniyle mahrum kaldıkları alacak hakkına ilişkindir². Oysa sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülükler tarafların yalnızca salt malvarlığı zararlarını önlemeye yönelmez; bu süreçte taraflardan her biri diğerinin kişi ve malvarlığına zarar vermemekle de yükümlüdür. Bu nedenle kişi ve mal varlığına yönelik saldırılar sonucu ortaya çıkan zararlar, aşağıda açıkladığımız üzere, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilebilecektir.

¹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 507; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 146; Gürpınar, **a.g.e.**, s. 140-142; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 37-38; Gezder, **a.g.e.**, s.101; Yalman, **a.g.e.**, s. 38.

² Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 396; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 427; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40-41; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 820-821.

Bunun devamında istisnai olarak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde zarar gören, sözleşmeden beklediği, gerçekleşmeyen ifa menfaatini karşılamaya yönelik olumlu zararının giderilmesini karşı taraftan isteyebilecektir³. Örneğin TBK m. 35/f. 2’de yanılanın kendi kusuruyla yanılığa düşmesi halinde ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla hakime tarafından daha fazla tazminat hükmedilebilmesi ve TBK m. 47/f. 2 uyarınca kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesinin istenmesi böyledir. Ayrıca zarar görenin uğradığı manevi zararın manevi tazminat kapsamında giderilmesi de mümkündür. Bununla birlikte zarar veren taraftan ileride yapılacak sözleşmede üstleneceği edimi yerine getirmesi istenemez. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında, yalnızca belli bir miktar paranın tazminat olarak, zarar görene ödenmesi söz konusu olur.

1.2. Tazminat

Tazminat, zararı meydana getiren fiil hiç gerçekleşmeseydi zarar görenin içinde bulunacağı ekonomik durumun yeniden sağlanması amacıyla zarar görene bir şeyin verilmesi ya da belli bir miktar paranın ödenmesidir⁴. Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle zarara uğrayan taraf ya da onun koruma alanında olan kimse, ortaya çıkan maddi zararlarının maddi tazminat; manevi zararlarının giderilmesini ise manevi tazminat talebiyle karşı taraftan isteyebilir. Ancak görüşmelerden doğan sorumluluk hallerinde çoğunlukla tarafların yükümlülükleri bir şeyi vermekten çok yapma ya da yapmama tarzında ortaya çıktığından, burada, zararların nakden tazmini söz konusu olacaktır⁵.

Görüşmelerden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilecek zararın hesaplanmasında odak noktası olan olumlu ve olumsuz zarar ayrımı maddi zarar için yapıldığından bu ayrım yalnızca maddi tazminat başlığı altında karşımıza çıkmaktadır.

³ Ergüne, **a.g.m.**, s. 912-913; Demircioğlu, **a.g.e.**, s.330-339.

⁴ Tazminat türleri hakkında bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 450-455.

⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1210. Sözleşme görüşmelerinden doğan zararın aynen tazmini hakkında bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 333-334.

Bu nedenle konumuz bakımından önem taşıyan bu ayrım üzerinde daha detaylı dururken manevi tazminattan yalnızca konumuzu ilgilendirdiği kadar bahsedeceğiz.

1.2.1. Maddi Tazminat

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilecek zararlardan biri olan olumsuz zarar, kurulduğuna ya da geçerli olduğuna güvenilen bir sözleşmenin aslında hiç kurulmamış olması veya geçersizliği nedeniyle meydana gelir. Başka bir ifadeyle, burada, geçerli bir sözleşmenin kurulacağına yönelik karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkması söz konusudur. Olumsuz zararın giderilmesiyle hedeflenen ise zarar görenin malvarlığının, diğer tarafça boşa çıkarılan güven en başından hiç uyandırılmasaydı bulunacağı duruma getirilmesidir⁶.

Bu kapsamda söz konusu zararların ne miktarda giderileceği, somut olayda boşa çıkarılan güvenle aralarında uygun illiyet bağı bulunan zararlara göre belirlenecektir⁷. Ancak her somut olay için ortaya çıkan zarar kalemleri farklılık göstereceğinden bunların genel olarak sayılması mümkün değildir. Bu nedenle biz de yalnızca sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle ortaya çıkabilecek zarar kalemlerine değineceğiz.

Yukarıda bahsettiğimiz fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç ayrımı burada da karşımıza çıkmaktadır. Bu ayrım doğrultusunda fiili zarar, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğuna güvenilerek yapılan ve malvarlığının pasifini çoğaltan ya da aktifini azaltan harcamalardır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından akla ilk gelen fiili zararlar sözleşmenin yapılması ve borcun ifası için yapılan masraflar, üçüncü kişi ya da kişilere ödenen tazminat veya ceza koşuludur⁸.

⁶ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 396; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 427; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40-41; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 820-821; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 242; Yalman, **a.g.e.**, s. 122-124; Özyakışır, Ganbari, **a.g.m.**, s. 762-763.

⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1196; Ergüne, **a.g.e.**, s. 287; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 334.

⁸ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 147; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 427-428; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288; Yalman, **a.g.e.**, s. 126-127.

Görüşmeler sırasında doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle meydana gelen ilk fiili zarar kalemi olan sözleşmenin kurulması için yapılan masraflara örnek olarak genellikle noter harçları, vergiler, seyahat harcamaları verilmektedir. Bu uğurda yapılan bir harcamanın olumsuz zarar kapsamına girebilmesi içinse gerekli olması gerekir. Aksi ihtimalde yukarıda bahsettiğimiz illiyet bağı kurulmayacağından söz konusu zararların giderilmesi mümkün olmayacaktır⁹.

Fiili zararın diğer bir kalemi olan borcun ifası için yapılan masraflar ise zarar görenin sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğuna güvenerek kendi edimini yerine getirmek için yaptığı harcamalardır. Örneğin satış sözleşmesine konu olan bir eşyanın teslimi için bir ilden başka bir ile kargolanma masrafları böyledir¹⁰.

Diğer bir kalem olan üçüncü kişi ya da kişilere tazminat veya ceza koşulu ödenmesidir. Bu halde zarar gören, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenerek üçüncü kişilerle başka bir sözleşme yapmış olabilir ve taraflar arasındaki ilk sözleşmenin geçersiz ya da kurulmamış olması üçüncü kişiyle olan sözleşme ilişkisini etkileyebilir. Bu şekilde sözleşmenin geçersiz veya hiç kurulmamış olması nedeniyle diğer sözleşmedeki edimini ifa edemeyen zarar gören, bu nedenle tazminat ya da ceza koşulu ödemek zorunda kalmış olabilir¹¹.

İşte böyle bir ihtimalde görüşmeler sırasında zarar uğrayan taraf açısından üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat veya ceza koşulu da fiili zarardır. Ancak bir kez daha işaret etmek isteriz ki bahsettiğimiz bu zarar kalemlerinin her olay için genelleştirilerek teker teker sayılması mümkün değildir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından da doğacak zarar kalemleri her somut olaya göre farklılık gösterebilir¹².

Olumsuz zarar kavramı altında ele aldığımız ayrımın diğer kolunu da yoksun kalınan kazanç oluşturmaktadır. Bu halde yoksun kalınan kazanç, geçerli şekilde kurulduğuna güvenilen sözleşmenin aslında hiç kurulmamış veya geçersiz olması

⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 289-290.

¹⁰ Yalman, **a.g.e.**, s. 126

¹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1197.

¹² Buz, **a.g.e.**, s. 243; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288

nedeniyle hayatın olağan akışında elde edilebilecek kazancın tamamen ya da kısmen elde edilememesidir. Yoksun kalınan kazanç bakımından sıklıkla verilen örnek; zarar görenin, aslında hiç kurulmamış ya da geçersiz şekilde kurulmuş sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine güvenerek yapmayı kaçırdığı diğer sözleşme fırsatları nedeniyle uğradığı zararlardır¹³.

Her ne kadar günümüzde görüş değiştirseler de, önceleri Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi, yoksun kalınan kazancın yalnızca olumlu zarar kapsamında istenebileceğini ancak bunun olumsuz zarar olarak istenemeyeceğini ileri sürmekteydi¹⁴. Biz de söz konusu zarar türleri, birbirinden farklı amaçlara hizmet ettiğinden Yargıtay'ın günümüzde benimsediği yoksun kalınan kazancın olumsuz zarar kapsamında istenebileceği görüşüne katılmaktayız¹⁵.

Bu başlık altında değinmek istediğimiz bir diğer konu kişi ve mal varlığına zarar verilmesi halinde bu zararların hangi kapsamda tazmin edileceğidir. Bilindiği üzere kişi ve mal varlığına verilen zararlar aynı zamanda zarar görenin mutlak haklarına yönelik bir saldırı da teşkil edecektir. Bu nedenle öğretide bu zararların sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe¹⁶ göre buradaki saldırı mutlak haklara yönelik olduğundan ortaya çıkan zararların da giderilmesi haksız fiil hükümlerine göre istenecektir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe¹⁷ göre ise taraflar görüşmeler sırasında birbirinin kişi ve

¹³ Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 148; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 428; Ergüne, **a.g.e.**, s. 298-299; Yavuz, **a.g.m.**, s. 80.

¹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yalman, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 857; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 148; Buz, **a.g.e.**, s. 249; Ergüne, **a.g.e.**, s.; Yalman, **a.g.e.**, 128-129. Yargıtay'ın yoksun kalınan kazancı olumsuz zarar kapsamında değerlendirdiği kararlar için bkz. "...ilk sözleşmenin feshinde davacı yüklenicinin tamamıyla haksız olduğu, bu itibarla davalı yüklenicinin kendi kusuruna dayalı olarak menfi zarar kapsamında bulunan yoksun kalınan kâr isteminde bulunamayacağı gözetilerek davanın tümden reddi gerekirken, eksik ve yanlış gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır." Y. 23. HD., T. 6.11.2017 2015/9729 E., 2017/3086 K.; Y. 3. HD., T. 1.4.2019, 2017/6160 E., 2019/2789 K.; Y. 23. HD., T. 11.5.2016, 2016/3311 E., 2016/3044 K.; Y. 15. HD., T. 15.1.2015, 2014/1527 E., 2015/132 K.; Y. 15. HD., T. 03.04.2015, 2014/3383 E., 2015/1731 K.; Y. 15. HD., T. 27.05.2013, 2012/3843 E. 2013/3419 K.; Y. 15. HD., T. 28.12.2009, 2008/7506 E., 2009/7240 K. (Çevrimiçi- E.T. 6.2.2024- www.lexpera.com.tr).

¹⁶ Merz, **a.g.e.**, s.82-90; Koller, **a.g.e.**, s.493; Yalman, **a.g.e.**, s. 61-62. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 121-122.

¹⁷ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 505; Eren, **a.g.e.**, s.1285 Ergüne, **a.g.e.**, s. 32-36; Yavuz, **a.g.m.**, s. 79.

mal varlığına zarar vermemekle yükümlü olduğundan bu yükümlülüğe aykırı fiil nedeniyle meydana gelen zararlar da görüşmelerden doğan sorumluluk kapsamında yer almaktadır.

1.2.1.1. Olumlu Zararın Giderilmesinin İstenebileceği Haller

Yukarıda da açıkladığımız üzere sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilecek salt malvarlığı zararı kural olarak olumsuz zarardır. Ancak istisnai bazı hallerde olumlu zararın da tazmini mümkündür; hakkaniyetin gerektirdiği durumda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında gerçekleşen zararların giderilmesi için olumsuz zararı aşan bir tazminata hükmedilebilir¹⁸.

Olumlu zarar, zarar görenin borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, yani ifaya olan menfaatinin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zarardır. Olumlu zararın tazminiyle hedeflenen zarar göreni sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi bulunacağı duruma getirmektir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımında ise bu zarar, zarar görenin karşı tarafın sözleşmeyi yaparken yüklendiği edim yükümlülüğünü yerine getireceğine dair güveninin boşa çıkması olarak kendini gösterir¹⁹. Tıpkı olumsuz zararda olduğu gibi olumlu zarar da karşımıza, fiili zarar ya da yoksun kalınan kazanç olarak çıkabilir²⁰.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kanundaki görünümülerinden olan birtakım hallerde kanun koyucu, olumlu zararın tazminine imkan tanımaktadır. TBK m. 35'te öncelikle, yanılanın, yanılmaya kendi kusuruyla düşmesi halinde karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiş; aynı maddenin devamında ise hakimin, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla daha fazla tazminata hükmedebileceği

¹⁸ Ergüne, **a.g.m.**, s. 917-922; Gezder, **a.g.e.**, s. 200-201; Özyakışır, Ganbari, **a.g.m.**, s. 764.

¹⁹ Olumlu zararda tazmin edilecek menfaatler için bkz. Gündüz, **a.g.e.**, s. 27; Eren, **a.g.e.**, s. 1195-1196; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 406; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 820; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 242-243.

²⁰ Gezder, **a.g.e.**, s. 201-202.

öngörülmüştür. Burada ilk fıkra da olumsuz zararın tazmini söz konusuyken ikinci fıkra da olumlu zararın tazmini söz konusudur²¹.

Görüşmelerden doğan sorumluluğun kanundaki bir diğer yansıması olan yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemlere temsil olunan tarafından onay verilmemesi halinde de benzer bir karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu TBK m. 47/f. 1’de üçüncü kişinin, temsil olunanın yapılan işlemlere onay vermemesi halinde yetkisiz temsilden işlemin geçersizliği nedeniyle uğradığı zararların giderilmesini isteyebileceğini düzenledikten sonra TBK m. 47/f. 2’de hakkaniyet gerektiriyorsa üçüncü kişiye, diğer zararlarının da giderilmesini kusurlu yetkisiz temsilciden isteme imkanı tanımıştır. Burada da ilk fıkra da üçüncü kişinin olumsuz zararlarının tazmini öngörülmüşken ikinci fıkra da yetkisiz temsilciden olumlu zararların hangi şartlarda tazmin edilebileceği düzenlenmiştir²².

Görüldüğü üzere kanun koyucu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kanundaki yansımaları olan bu iki hükümle olumlu zararın tazminine olanak tanımıştır. Bu hükümlerden hareketle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında olumlu zararların tazmininin de mümkün olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir zararın tazmini için ortada gerçekleşmeyen ve giderilmesi gereken ifa menfaatinin bulunması gerekir. Şayet görüşmelerden sorumluluk doğmasına sebep olan hallerde giderilmesi gereken bir ifa menfaatinin söz edilemiyorsa olumlu zararın da tazmininden söz edilmez. Örneğin sözleşmenin TBK m. 27/f. 1 uyarınca ahlaka, kamu düzenine veya kişilik hakkına aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu hallerde artık ortada giderilmesi gereken bir ifa menfaati de yoktur.²³

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında ortada gerçekleşmeyen bir ifa menfaatinin bulunması durumunda olumlu zararın tazmininin mümkün olup

²¹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 113-114; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 452; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s.143-144; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 203, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 268.

²² Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 256-257; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 739-742; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s.177; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 439-440; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 333.

²³ Hangi durumlarda olumlu zararın tazmininin mümkün olacağı hangi durumda olmayacağına yönelik daha fazla örnek ve daha detaylı açıklamalar için bkz. Ergüne, **a.g.m.**, s. 920-922. Öğretide bir görüş sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta yalnızca kanun koyucunun öngördüğü hallerde olumlu zararın tazmininin mümkün olduğunu savunmaktadır bkz. Özyakışır, Ganbari, **a.g.m.**, s. 764-765.

olmadığı ise yukarıda bahsettiğimiz hükümlerden de anlaşılacağı gibi hakkaniyetin böyle bir tazmini gerektirmesine bağlıdır. Hakim ancak somut olayın şartları içinde hakkaniyet gerektiriyorsa zarar görenin olumlu zararının giderilmesine karar verebilir. Bu nedenle genel olarak her bir sorumluluk halinde olumlu zararın tazmin edileceği söylenemez. Somut olayın şartlarına göre yapılacak bir değerlendirme sonucunda hakkaniyetin bu zararların giderimini gerekip gerekmediğine göre karar verilmesi gerekmektedir.

Burada açıklamalarımızdan zarar görenin hem olumlu hem de olumsuz zararını bir arada isteyebileceği sonucunun çıkarılmaması gerektiğini de belirtmek isteriz. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere bu iki zarar türünün de hizmet ettiği amaç birbirinden farklıdır. Bu nedenle de zarar gören ya geçerli şekilde kurulduğuna güvendiği ancak aslında kurulmayan veya geçersiz olan sözleşme nedeniyle uğradığı olumsuz zararının ya da gerçekleşmeyen ifa menfaati nedeniyle uğradığı olumlu zararın tazminini talep edebilecektir²⁴. Bununla birlikte zarar gören zararlardan birinin giderilmesini talep ettikten sonra artık, hakim TBK m. 51'in kendisine verdiği yetkiyi kullanarak aşağıda da inceleyeceğimiz üzere durumun gereğini ve tarafların kusurunu dikkate alarak tazminatı belirleyecektir.

1.2.1.2. Maddi Tazminatın Belirlenmesi

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair yapılan tartışmalardan bizim benimsediğimiz görüşe göre, sözleşme görüşmeleri taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi yaratmaktadır²⁵. Görüşmeler sırasında doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi taraflar arasındaki borç ilişkisine aykırı davranıldığı anlamına da geleceği için bu noktada, borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

TBK m. 112'de borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi getirmemesi halinde, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bu nedenle

²⁴ Ergüne, **a.g.m.**, s. 922-924.

²⁵ Serozan, (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 38; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 737, dn. 50.

uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Bu zararların tazmininde uygulanacak hükümler ise TBK m. 114/f. 2’de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak belirtilmiştir. TBK m. 114’ün bizleri yolladığı hükümler ise TBK m. 50 ve devamındaki hükümlerdir. Ancak sözü geçen hükümler bu halde doğrudan doğruya değil, kıyasen uygulanacaktır²⁶.

Tazminatın belirlenmesinde hakimin göz önüne alacağı unsurları düzenleyen TBK m. 51, tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin durumun gereği ve kusurun ağırlığına göre belirleneceğini öngörmektedir. Bununla birlikte öncelikle zarar miktarının hesaplanması gerekir. Kimi zaman sözleşme görüşmelerinden doğan olumlu zararın da tazmini mümkün olduğundan biz, burada, öğretide zararın hesaplanmasına yönelik ileri sürülen çeşitli teorilere de yer vererek konu ele alacağız.

Öğretide çoğunlukla benimsenen fark teorisine²⁷ göre zarar, zararın meydana gelmesine neden olan olay hiç olmasaydı zarar görenin malvarlığının içinde bulunacağı varsayılan durum ile fiilin ortaya çıkması sonucu zarar görenin malvarlığının içinde bulunduğu mevcut durum arasındaki farktır. Ancak burada fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç hesaplanırken karşılaştırılacak durumlar farklıdır.

Fark teorisine göre fiili zarar hesaplanırken zarar veren fiilin meydana gelmesinden önce zarar görenin malvarlığının durumu ile sonraki durumu; yoksun kalınan kazançta ise zarar veren fiilin gerçekleşmesinden önce zarar görenin malvarlığının durumu ile söz konusu fiili hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki fark göz önüne alınacaktır²⁸. Dikkate alınacak bu fark sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta kendini zarar görenin kurulduğuna ya da geçerli olduğuna güvendiği sözleşmenin aslında kurulmamış veya geçersiz olması nedeniyle malvarlığının içinde bulunduğu durum ile buna en başından hiç

²⁶ Fikret Eren, Ünsal Dönmez, **Eren Borçlar Hukuku Şerhi (m. 83-206)**, C.III, Ankara Yetkin Yayınları, 2022, s. 2295-2297; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 414.

²⁷ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 416-418; Eren, **a.g.e.**, s. 1208-1209; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 548; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64; Ergüne, **a.g.e.**, s. 20-22. Yargıtay da kararlarında fark teorisini benimsemektedir bkz. Y. 11. HD., T. 18.1.2021, 2020/696 E., 2021/90 K.; Y. 17. HD., T. 28.3.2016, 2015/17481 E., 2016/3833 K.; Y. 3. HD., T. 26.09.2013, 2013/10377E., 2013/13382 K. (Çevrimiçi- E.T. 2.2.2024-www.lexpera.com.tr).

²⁸ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 416.

güvenmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki fark olarak göstermektedir.

Her ne kadar zarar kavramından bahsederken aslında malvarlığında meydana gelen azalmaları konu ediniyor olsak da, bu teori zararı bir bütün olarak incelediğinden, zarar veren fiilin olumlu etkileri de olabilir. Bu nedenle gerçekleşen olumlu ve olumsuz etkilerin denkleştirilmesi gerekmektedir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk özelinde denkleştirilmenin yapılmasını aşağıda ele alacağımız için burada, yalnızca zararın oluşması için olumsuz etkilerin olumlulardan daha fazla olması gerektiğini belirtmekle yetiniyoruz.

Olumlu zararın tazmini ihtimal dahilinde olduğunda ise zararın hesaplanmasında fark teorisinin kullanılması halinde, uygulanacak metotlar somut ve soyut olarak ikiye ayrılır. Somut metot zararı, kişinin maddi ve manevi değerlerindeki kayıplar olarak tanımladığından; zararın hesaplanmasında da zarar görenin tüm malvarlığının dikkate alınmasına gerek görmeden yalnızca saldırıya uğrayan hak bakımından değerlendirme yapılmasını yeterli görmektedir²⁹. Soyut metot³⁰ ise edimin borsaya kayıtlı veya cari fiyatlı olduğu hallerde kullanılan bir metottur. Bu sayede borcun konusu başka herhangi bir hukuki işleme konu olmaksızın alacaklı zararını hesaplayabilecektir.

Olumlu zararın hesaplanması açısından öğretide kabul edilen diğer teori değişim teorisidir³¹. Bu teoride alacaklının edimiyle borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacağı tazminat değiş tokuş ilişkisi içerisine girmektedir. Bizce sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki ilişki edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olduğundan burada zararın hesaplanması bakımından fark teorisinin benimsenmesi gerekmektedir. Ancak bir kez daha işaret etmek isteriz ki gerek fark ve değişim teorisi gerekse soyut ve somut metot tartışmaları giderilmesi gereken ifa menfaatinin olduğu hallerde önem taşımaktadır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında kural olarak olumsuz zararın tazmini söz konusu olduğundan yukarıda bahsettiğimiz tartışmalar sıklıkla

²⁹ Somut zarar metoduna yönelik açıklamalar için bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 6-7.

³⁰ Soyut metoda dair açıklamalar ve örnekler için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 417.

³¹ Zararın hesaplanmasında değişim teorisini benimseyen yazarlar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1208.

karşımıza çıkmamaktadır. Burada önemli olan zarar görenin kurulduğuna ya da geçerli olduğuna güvendiği sözleşmenin aslında kurulmamış veya geçersiz olması nedeniyle malvarlığının içinde bulunduğu durum ile buna en başından hiç güvenmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki farkın hesaplanmasıdır.

Bu başlık altında değinmek istediğimiz diğer konuysa zarar verenin kusur türünün tazminata olan etkisidir. TBK m. 51/f. 1’de hakimin tazminatı belirlerken göz önüne tutacağı hususlar arasında sayılanlardan biri de tarafların kusur türüdür. İhmal, kasta göre daha hafif bir kusur derecesidir; bu nedenle zarar verenin kasten hareket ederek verdiği zararlar ihmal ile verdiği zarar karşılığında ödeyeceği tazminatın aynı olmaması adil bir sonuçtur. Zarar verenin kasten verdiği zarar sonucu ödeyeceği tazminat, ihmal ile verdiği zarar sonucu ödeyeceği tazminattan daha fazla olabilir. Ancak söz ettiğimiz durumun her zaman bu tarzda bir sonuç doğurmayacağını da ayrıca belirtmek isteriz. Hakim, somut olayın şartlarını dikkate alarak tazminatı belirleyecektir³².

1.2.1.2.1. Zararın İspatı

TBK m. 114/f. 2’nin atfıyla borca aykırılık halinde kıyasen uygulanacak TBK m. 50 uyarınca zarar gören, zararını ve zarar vereni ispat etmekle yükümlüdür. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinden doğan olumsuz zararı ispat edecek olan da görüşmeler sırasında yükümlülük ihlali nedeniyle zarar görendedir. Başka bir ifadeyle zarar gören eğer ki sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında zararlarının giderilmesini istiyorsa öncelikle bu zararları TBK m. 50 uyarınca ispat etmelidir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere olumsuz zarar karşımıza fiili zarar veya yoksun kalınan kazanç olarak çıkabilmektedir. Bu ayrım zararın ispatı açısından da varlığını sürdürür; fiili zararın ispatı yoksun kalınan kazancın ispatına göre daha kolaydır. Nitekim fiili zarar, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğuna güvenilerek yapılan ve malvarlığının pasifini çoğaltan ya da aktifini azaltan harcamalardır. Bu zararın kalemleri çoğu kez kendini sözleşmenin yapılması, borcun ifası amacıyla yapılan

³² TBK m. 114/f. 2’nin yaptığı atıf gereğince TBK m. 50 ve devamındaki hükümler borca aykırılık hallerine de uygulanır. Bu nedenle burada da zararın hesaplanmasında hakimin takdir yetkisi vardır bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 405; Eren, Dönmez (III), **a.g.e.**, s. 2295.

masraflar olarak gösterdiğinden bunların ispatı için zarar görenin elinde başvurabileceği çeşitli yöntemler olabilir³³. Örneğin sözleşmenin yapılması amacıyla zarar gören, bir yerden bir yere gittiyse o yolu almak için aldığı uçak, otobüs bileti veya akaryakıt istasyonundan aldığı fiş, konakladığı otelden verilen faturadan her biri bu zararları ispata yönelik birer araçtır.

Oysa zarar görenin, geçerli şekilde kurulduğuna güvendiği sözleşmenin aslında hiç kurulmamış veya geçersiz olması nedeniyle hayatın olağan akışında elde edilebileceği kazancın bir kısmını ya da tamamını elde edememesi nedeniyle uğradığı zararı ispat etmesi bu kadar kolay değildir. Öncelikle zarar görenin elinde, fiili zararda olduğu gibi, yoksun kaldığı kazancı ispat edebileceği çeşitli araçlar yoktur.

Öğretide yoksun kalınan kazanca sıklıkla verilen örnek olan kaçırılan sözleşme fırsatları³⁴ üzerinden durumu açıklamamız gerekirse; bu ihtimalde zararın ispatı için zarar görenden en azından sürekli piyasa araştırması yapması ya da sözleşme yapmaya yönelik yeni temaslar kurmasını beklememiz gerekir. Ancak bir tarafın sürekli yeni bir sözleşme kurmak amacıyla başkalarıyla temasta bulunması bizce görüşmeler sırasında taraflar arasında kurulan ve temelinde güven olan ilişkiyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla sırf yoksun kalınan kazancının ispatı için zarar görenden böyle bir davranış beklemek mümkün değildir³⁵.

Zarar gören uğradığı zararı tam olarak ispat edemiyorsa zarar karşımıza ister fiili zarar olarak isterse de yoksun kalınan kazanç olarak çıksın başvurulması gereken

³³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 428; Eren, **a.g.e.**, s.1196-1197.

³⁴ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 411-412; Yoksun kalınan kazanca dair daha fazla açıklama için bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 303.

³⁵ Nitekim öğretide de Yargıtay da zarar görenin kaçırıldığı sözleşme fırsatlarını somut olarak ispat etmesini aramamaktadır bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 221; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 449, dn. 148-149; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 152; Eren, Ergüne, **a.g.e.**, s. 323; Buz, **a.g.e.**, s. 254-255; Yalman, **a.g.e.**, s. 129. İlgili Yargıtay kararları için bkz. “Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında somut ve net olarak ispat edilebilecek bir zarar bulunmamakta, markaya tecavüz fiilinin geleceğe dönük muhtemel etkisi saptanmaktadır. Nitekim tecavüzün etkisiyle marka değerinde azalma oluştuğunda, bu durum kendi içerisinde ileriye dönük sonuçları da barındırmaktadır. Hâli hazır sonuçlar zaten fiili zarar kapsamında istenebilirken ileriye dönük muhtemel etkiler ise yoksun kalınan kazanç olarak talep edilecektir.” Y. HGK., T. 1.7.2021, 2018/1096 E., 2021/898 K.; Y. HGK., T. 12.12.2019, 2017/2478 E., 2019/1345 K.; Y. 11. HD., T. 10.2.2020, 2019/3061 E., 2020/1179 K.; Y. 11. HD. T. 11.12.2019, 2019/1061 E., 2019/8105 K.; Y. 11. HD., T. 16.9.2019, 2018/3808 E., 2019/5433 K.; Y. 11. HD., T. 6.2.2019, E. 2017/3681, 2019/900 K. (Çevrimiçi- E.T. 17.1.2024-www.lexpera.com.tr).

hüküm TBK m. 50/f. 2'dir. Kanun koyucu bu ihtimalde hakimin, zararın miktarını, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak hakkaniyete uygun olarak belirleyeceğini öngörmüştür.

1.2.1.2.2. Zararın Denkleştirilmesi

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere zarara neden olan fiil, kimi hallerde zarar görene birtakım yararlar da sağlayabilir. Bu yarar, zarar görenin malvarlığının aktifinin artması ya da pasifinin azalması olarak karşımıza çıkabileceği gibi malvarlığındaki pasiflerin çoğalmasının önlenmesi şeklinde de çıkabilir³⁶. Ancak buradan malvarlığındaki her türlü artışın denkleştirilmeye ihtiyacı olduğu sonucunun çıkarılmaması gerekir.

Malvarlığında gerçekleşen bir artışın bu kapsamda denkleştirilebilmesi için ortaya çıkan yarar ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuş olmalıdır. Başka bir ifadeyle zararın, hayatın olağan akışında ve hayat tecrübelerine göre söz konusu yararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Bu nedenle de tesadüfen ortaya çıkan ya da zarar görenin kendi yeteneklerinden kaynaklanan yararlar denkleştirme kapsamında yer almaz³⁷.

Bahsettiğimiz şartlar altında zarar miktarının tespit edilebilmesi için ortaya çıkan yararın mevcut zarar miktarından çıkarılması gerekir; bu yolla zarar görenin net zararı belirlenecektir. Aksi yönde bir tutum tazminatın, zarar görenin zararını giderme amacını aşarak zenginleşmesine neden olacaktır.

1.2.1.2.3. Olumsuz Zarar Miktarının Olumlu Zararın Miktarıyla Sınırlandırılıp Sınırlandırılmayacağı Sorunu

Öğretide olumsuz zararlar ile ilgili yapılan tartışmalardan biri bu zararın miktarının olumlu zararından fazla olup olamayacağıdır. Olumlu ve olumsuz zarardan her biri

³⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1209.

³⁷ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 88, dn. 266; Eren, **a.g.e.**, s. 841-842; Ergüne, **a.g.e.**, s. 328.

zarar görenin uğradığı farklı bir zararı ifade etmektedir. Giderilmesi gereken zarar, olumlu zararsa zarar görenin gerçekleşmeyen bir ifa menfaati söz konusuysen olumsuz zararsa yaptığı sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğuna yönelik duyduğu güvenin boşa çıkması söz konusudur.

Olumsuz zararın olumlu zararlarla sınırlı olup olmadığı tartışmasında öğretideki bir görüş, TBK m. 35/f. 2 ve TBK m. 125'ten hareket ederek olumsuz zarar miktarının olumlu zararın miktarıyla sınırlı olduğunu, ifa menfaatinin hükmedilecek tazminatta en yüksek sınırı oluşturduğunu ileri sürmektedir³⁸. Bu görüşe göre böyle bir sınırlamanın getirilmemesi halinde hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğacaktır³⁹.

Öğretideki diğer görüşe göre⁴⁰ ise kanun koyucunun aslında bu iki zararın miktarı için birbirini sınırlayan genel bir hüküm getirmemesi nedeniyle bizim hukukumuz açısından olumsuz zarara yönelik böyle bir sınırlama da mevcut değildir. Bu halde olumsuz zarar olumluya eşit veya ondan daha fazla olabilir⁴¹. Bizce de kanun koyucunun bir sınırlama getirmediği yerde kanundaki birkaç hükümden hareketle bu tarzda genel bir sınırlamanın olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim söz konusu zararlar, zarar görenin uğradığı farklı zararları karşıladığından hangisinin fazla olacağı ancak somut olaya göre yapılacak değerlendirme sonucu belirlenebilir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından da durum böyledir. Daha önce de işaret ettiğimiz maddeler olan TBK m. 35/ f. 2 ve TBK m. 47/ f. 2 hakkaniyetin gerektirdiği hallerde zarar görenin diğer zararlarının da giderilmesini isteyebileceğini öngörerek sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta olumlu zararın da tazminine olanak tanımaktadır. Bununla birlikte TBK m. 35/f. 2'de hakimin

³⁸ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21.bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 341; Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, S. 95, Ankara, 1975, s. 96-97. Fiili zararlar bakımından herhangi bir sınırlama getirmeyen ancak yoksun kalınan kazanç açısından bu yönde bir sınırlamayı öngören görüş için bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 154-155; Yargıtay'ın olumsuz zararı olumlu zarar ile sınırladığı kararı için bkz. Y. 15. HD., T. 28.09.1993, E. 1992/5474 E., 1993/3691 K. (Buz, **a.g.e.**, s. 277).

³⁹ Bu duruma örnek için bkz. Önen, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁰ Kocayusufoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 450-452; Buz, **a.g.e.**, s. 278; Ergüne, **a.g.e.**, s. 357-361; Yalman, **a.g.e.**, s. 132; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 338-339.

⁴¹ Yalman, **a.g.e.**, s. 132.

hükmedeceği tazminatın ifadan beklenen yarardan fazla olamayacağı öngörülmüşken TBK m. 47/f. 2’de bu tarzda bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Görüşmelerden doğan sorumluluğun diğer halleri bakımından her bir somut olay üzerinde değerlendirme yapılarak böyle bir sınırlamanın olup olmadığı incelenmelidir⁴².

Olumsuz zararı ister bu şekilde bir sınırlamayla karşı karşıya kalsın isterse de kalmasın her ihtimalde hakim tazminatı TBK m. 51’de sayılan hususları dikkate alarak belirleyecektir. Buna göre hakim önce durumun gereğini ve taraflardan her birinin kusur türünü dikkate alarak tazminatı belirleyecek ardından da TBK m. 52’de aranan şartlar gerçekleşmişse tazminatı indirebilecek veya tamamen kaldırabilecektir.

1.2.1.2.4. Tazminatın İndirilmesi

Yukarıda da açıkladığımız üzere borca aykırılık halinde sorumluluğun kapsamına ilişkin olan TBK m. 114/f. 2’de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin burada da kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. TBK m. 114’ün bizleri yolladığı hükümler ise TBK m. 50 ve devamındaki hükümlerdir. Buna göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından da hakim durumun gereğini ve tarafların kusur derecesini göz önünde bulundurduktan sonra TBK m. 52’de sayılan sebeplerle tazminatta indirim yapabilecek veya tazminatı tamamen kaldırabilecektir.

TBK m. 52’de sayılan zarar görenden kaynaklanan indirim sebepleri zarar verici fiile rıza gösterilmesi, söz konusu zararın doğmasına ya da artmasına neden olunması, zarar verenin durumunun ağırlaştırılmasıdır. Zarar verenden kaynaklanan indirim sebepleri ise hakkaniyetin gerektirmesi ya da zarar verenin bu tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olmasıdır. Sayılan bu hallerin her biri, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk açısından da tazminatta indirim sebebi olabilir. Örneğin zarar veren tarafın fiili sonucu ortaya çıkan zararın artmasını önlemek için zarar gören gerekli tedbirleri almadıysa⁴³ veya ödenen tazminat nedeniyle zarar veren

⁴² Somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılacak bu değerlendirmeye dair daha fazla açıklama için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 334-339.

⁴³ Zararı önlemek için gereken tedbirlerin alınmasının sözleşme görüşmeleri sırasında da gerekebileceğine dair Yargıtay kararı için bkz. “Davacı’in saklaması amacıyla kendisine teslim ettiği cüzdanı ve kendi çantasını yandaki tezgâha kontrolsüz bırakan ve cüzdanda bulundurulmuş kredi kartlarının da şifresini kolayca elde etmesine imkân veren davacıların, olayda ağır kusurlu olduklarının

yoksulluğa düşecekse tazminatta indirim yapılabilecektir. Nitekim hakim, uğranılan zararı kuruşu kuruşuna karşılayacak bir tazminata hükmetmek zorunda da değildir; kanun koyucu bu konuda hakime takdir yetkisi vermiştir.

Açıkladığımız gibi TBK m. 52’de öngörülen indirim sebepleri sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından da uygulama alanı bulacaksa da zararın ortaya çıkmasında zarar görenin kusuru bulunması durumunun üzerinde biraz daha durmamız gerektiğini düşünmekteyiz. Diğer sorumluluklarda olduğu gibi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta da tazminata hükmedilebilmesi için ayrıca zarar görenin kusursuz olması beklenmez⁴⁴. Zarar görenin kusuru, zararı ortaya çıkaran fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını kesmediği sürece, yalnızca tazminatın indirilme sebebi olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bununla birlikte tarafların kusur dereceleri eşit olduğunda yine de tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği öğretide tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre tarafların kusur derecelerinin aynı olması ihtimalinde bunlar birbirini etkisiz hale getireceğinden tazminat da söz konusu olmayacaktır⁴⁶. Öğretide baskın olan ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise her iki tarafın kusur derecesinin aynı olması tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁴⁷. Bu görüşe göre tarafların kusur derecesinin aynı olduğu ihtimalde zarar veren zararın yarısını gidermekle yükümlü olacaktır⁴⁸. Her ne kadar öğretideki baskın görüş kusur derecesinin aynı olmasının tazminat yükümlülüğünü ortadan

kabulü zorunludur. Böyle olunca mahkemece, davacıların ağır kusurlu olduğu gözetilerek hükmedilen tazminattan indirim yapılması gerekirken bu hususu gözardı ederek yazılı şekilde hüküm tesisi de usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y. 13. HD T. 31.3.2006, 2005/15654 E., 2006/4848 K. (Çevrimiçi- E.T. 15.1.2024-www.karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁴ Zarar görenin kusurunun indirim sebebi olduğu hakkında bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 51; Özyakışır, Ganbari, **a.g.m.**, s. 769.

⁴⁵ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 121; Eren, **a.g.e.**, s. 878.

⁴⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2012, s.137-139.

⁴⁷ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s.120-121; Eren, **a.g.e.**, s. 877-880; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 318; Nomer **a.g.e.**, s.96; Ergüne, **a.g.e.**, s. 51.

⁴⁸ Baysal, **a.g.e.**, s. 137; Eren, **a.g.e.**, s. 878.

kaldırmayacağı yönünde olsa da sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluk bakımından İsviçre Federal Mahkemesi ilk görüşü benimsemektedir⁴⁹.

1.2.1.2.5. Zararın Hesaplanma Anı

Kanun koyucu zararın hesaplanmasında esas alınacak ana dair genel bir düzenleme getirmediğinden bu konu öğretilerde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih, karar tarihidir⁵⁰. Bu görüşün hareket noktası bedensel zararların kapsamının belirlenmesinde karar tarihinin esas alınacağını öngören TBK m. 75'tir. Zararın hesaplanmasında esas alınan tarihinin karar tarihi olması ekonomide yaşanabilecek dalgalanmalara karşı koruyucu bir yöntemdir.

Diğer görüşe göre ise zararın ortaya çıktığı an hesaplanmada esas alınmalıdır⁵¹. Bu ikinci görüş doğrultusunda zararın ortaya çıktığı an ile kararın verileceği tarih arasında zaman itibarıyla fark oluşacağından, bu farkın giderilmesi için zarar miktarının faizi de istenebilecektir. Tıpkı öğretilerde olduğu gibi Yargıtay kararlarında da zararın hesaplanacağı ana ilişkin görüş birliği yoktur. Yargıtay kimi zaman tazminatın zararın gerçekleştiği tarihi kimi zaman ise karar tarihi esas almaktadır⁵².

⁴⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin tarafların kusurunun eşit ağırlıkta olması ihtimalinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazminata hükmedilemeyeceği yönündeki kararı hakkında bkz. Özyakışır, Ganbari, **a.g.m.**, s. 769.

⁵⁰ Eren, Dönmez (II), **a.g.e.**, s. 1751; Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 88; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 602; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 4. 264-265. Yoksun kalan kazancın kapsamındaki kaçırılan fırsatların hesaplanmasında sözleşme görüşmelerinin yapıldığı anın esas alınması gerektiği hakkında bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 351.

⁵¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 524-525; Nomer, **a.g.e.**, s. 9-16. Bu görüşe yönelik daha fazla açıklama için bkz. Eren, Dönmez (II), **a.g.e.**, s.1751-1756.

⁵² Yargıtay'ın karar tarihini esas aldığı kararları için bkz. "Öğretilerde zararın hüküm tarihine göre hesaplanma gereği kabul görmüştür. Borçlar Kanunu'nun 46/II. maddesine göre hükmün verildiği anda cismanı zararın sonuçları tam ve kesinlikle belirlenemiyorsa hakim, hüküm tarihinden başlayarak iki yıl içinde hükmün değiştirilmesi hakkını saklı tutar Federal mahkemede tazminatın belirleme anını kural olarak hüküm anı olarak belirlemiştir. Borçlar Kanunu'nun 46/II. maddesindeki bu hükümden de yararlanılarak denebilir ki maddi zararın saptanmasında hüküm gününün dayanak alınması ve hüküm günündeki duruma göre zarar tutarının hesaplanması gerekir." Y. 21. HD., T. 10.4.2008, 2007/20451E., 2008/5678 K.; Y. 17. HD., T. 17.3.2015, 2013/13939 E., 2015/4396 K. (Çevrimiçi- E.T. 20.1.2024-www.lexpera.com.tr); Y. 21. HD., T. 17.3.2015, 2015/22404 E., 2017/479 K. (Çevrimiçi- E.T. 20.1.2024-www.karararama.yargitay.gov.tr). Yargıtay'ın zararın gerçekleştiği tarihi esas aldığı kararları

1.2.2. Manevi Tazminat

Manevi zarar bir kimsenin kişilik değerlerine saldırı sonucunda ortaya çıkan eksilmeler nedeniyle duyulan acı, elem ve ıstıraptır⁵³. Her ne kadar amacı öğretide tartışmalı olsa da manevi tazminat bir kimsenin uğradığı manevi zararı gidermeye yöneliktir⁵⁴. Manevi zararın giderilmesini amaçlayan bu tazminat TBK m. 58’de düzenlenmiştir. Buna göre kişilik hakkı hukuka aykırı saldırıya uğrayan kişi bu nedenle uğradığı manevi zararın giderilmesini isteyebilir. Maddi tazminattan farklı olarak kanun koyucu, zarar görenin burada yalnızca para isteyebileceğini düzenlemiş; ancak TBK m. 58/f. 2’de, hakime başka bir giderim şekli kararlaştırma veya bunu tazminata ekleme ya da saldırıyı kınayan bir karar verme ve bunu yayınlama yetkisi tanımıştır⁵⁵.

Zarar görenin uğramış olduğu manevi zararın giderilebilmesi için öncelikle kişilik hakkı hukuka aykırı bir saldırıya uğraması, manevi zararın doğması, zarar verenin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulması ve son olarak zarar verenin kusurlu olması gerekir. Zarar veren kişinin kusur türü burada da zararın meydana gelmesinde önem taşımamaktadır. Görüldüğü üzere manevi tazminatın şartları yukarıdaki açıklamalarımızla paraleldir. Bu nedenle söz konusu şartların hepsinin üzerinde tekrara düşmemek adına bir kez daha durmayacağız. Ancak tazminatın kapsamının belirlenmesi açısından da önem taşıdığını düşündüğümüz için kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırının gerçekleşmesi şartını biraz açıklamak istemekteyiz.

Daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere kişilik hakkı, kişinin kişilik değerleri üzerindeki hakkıdır. Türk hukukunda kanun koyucu kişilik hakkını TMK m. 24’te genel olarak düzenledikten sonra devamındaki maddelerde birtakım kişilik

için bkz. Y. 17. HD., T. 17.5.2005, E. 2005/6724 E., 2005/536 K.; Y. 11. HD., T. 25.3.2003, 2002/11190 E., 2003/2829 K. (Ergüne, **a.g.e.**, s. 351).

⁵³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), **a.g.e.**, s. 275; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 412-413; Eren, **a.g.e.**, s. 608-609; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 392-393.

⁵⁴ Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 253. Manevi tazminatın amacına yönelik tartışmalar için bkz. Antalya (Manevi Tazminat), **a.g.e.**, s. 24-32.

⁵⁵ Zarar görenin burada tazminatın yanında hakimden TBK m. 58/f. 2’de öngörülen yetkisini de kullanmasını isteyebileceği ancak tazminat istemeden yalnızca söz konusu yetkinin kullanılmasının istenemeyeceği yönünde bkz. Oğuzman, Öz (II), **a.g.e.**, s. 274.

değerlerine ayrıca koruma sağlamıştır. Kişilik hakkının, kişilik değerleri üzerindeki hak olarak tanımlanmasından da anlaşılacağı gibi bu bir mutlak haktır. Bu nedenle söz konusu hak herkes tarafından ihlal edilebileceği gibi, hakkın sahibi de onu herkese karşı ileri sürebilir.

Bir kimsenin kişilik hakkına yapılan saldırılar kural olarak hukuka aykırıdır. Bu halde hukuka aykırılık ortadan kalkabilmesi için TMK m. 24/f. 2’de sayılan kişinin rızası, daha üstün nitelikli özel veya kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinden en azından birinin gerçekleşmesi gerekir. Bununla birlikte şunu belirtmek isteriz ki zarar görenin rızası her zaman fiilin hukuka aykırılığı kaldırmaz. Kanun koyucu, kişinin rızasının ancak TMK m. 23’te öngörülen sınırlar içinde kaldığı sürece fiili hukuka aykırılığının ortadan kalkabileceğini kabul etmektedir⁵⁶.

Her ne kadar kişilik değerleri sınır sayıda sayılamayacak olsa da kanun koyucu tıpkı birtakım değerlerin korunduğunu ayrıca ifade ettiği gibi kimi hallerde manevi tazminat talebini de özel olarak düzenlemiştir. Bunlar TBK m. 56’da düzenlenen bedensel bütünlüğün zedelenmesi ya da ölüm halinde istenebilecek manevi tazminattır. Hakim, bedensel bütünlüğün zedelenmesi veya ölüm halinde de manevi tazminat olarak yalnızca bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir.

Görüldüğü üzere manevi tazminat, kişilik hakkına yönelik bir saldırı olduğu zaman söz konusu olabilecektir. Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yükümlülüklerden biri de tarafların birbirilerinin kişi ve mal varlığı değerlerine zarar vermeme yükümlülüğü olduğuna göre kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı saldırıların söz konusu yükümlülüğü ihlal edeceği açıktır. Bu ihlal sonucu manevi bir zararın doğması da mümkündür. Ancak öğretide, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında manevi zararın tazmin edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.

⁵⁶ Kişiliği hukuki işlemle gerçekleşen saldırılara karşı korunmasına ilişkin TMK m. 23’ün kapsamına dair bkz. Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s. 148-152; Ögüzman, Seliçi, Oktay-Özdemir (Kişiler Hukuku), **a.g.e.**, s. 216-221.

Öğretideki bir görüşe⁵⁷ göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında manevi tazminat istenmez; manevi zarar yalnızca haksız fiil sorumluluğunda giderilebilir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁵⁸ ise görüşmelerden doğan sorumluluk hem maddi hem de manevi zararları kapsamaktadır. Gerçekten kanun koyucunun, TBK m. 114/f. 2’de, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin borca aykırılık hallerine de uygulanacağına dair atıf kapsamında TBK m. 57 ve 58 de bulunmaktadır. Bu nedenle görüşmeler sırasında doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle bahsi geçen her iki zarar da, bir arada veya ayrı ayrı, ortaya çıkabilecek; aynı zamanda bunlar söz konusu sorumluluk kapsamında tazmin edilebilecektir⁵⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere uğranılan manevi zararın giderilmesi için genellikle uygun bir miktar paranın ödenmesi yolu benimsenmiştir. Bu nedenle hakim, manevi tazminatın düzenlendiği TBK m. 56 ve 58 dikkate alarak tazminatın belirlenmesi ve indirilmesinde TBK m. 51 ve 52’de öngörülen şartları uygulayacaktır. TBK m. 51 ve 52’de düzenlenen şartları maddi tazminat başlığı altında açıkladığımız için burada tekrar, ayrıca üzerinde durmayacağız.

1.3. Tazminat İsteyebilecek Kişiler

Sözleşmelerin, tarafları arasında kurduğu borç ilişkisi nisbi niteliklidir. Buna göre borç ilişkisi yalnızca taraflar arasında bir bağ kurar; bundan doğan hakları taraflar yalnızca birbirine karşı ileri sürebileceği gibi bu haklar yalnızca taraflarca ihlal edilebilir⁶⁰. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair

⁵⁷ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 88-89; Koller, **a.g.e.**, s. 493.

⁵⁸ Yalman, **a.g.e.**, s. 86; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 239-241; Ergüne, **a.g.m.**, s. 913; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 309-310; Tiftik, Şen, **a.g.m.**, s. 2656. İsviçre Federal Mahkemesi’nin manevi zararların sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilebileceği yönündeki kararı hakkında bkz. Yalman, **a.g.e.**, s. 86.

⁵⁹ Öğretideki bu tartışmanın temelinde aslında sözleşme sorumluluğu kapsamında manevi tazminatın talep edilip edilemeyeceği yatmaktadır. Baskın görüşe göre TBK m. 114/f. 2’deki atıf TBK m. 57 ve 58’i de kapsadığından manevi zararların da tazmini mümkündür bkz. Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 63-77.

⁶⁰ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 22-24.

öğretide ileri sürülen görüşlerden, bizim benimsediğimiz doğrultusunda, görüşmeler sırasında taraflar arasında kanundan doğan borç ilişkisi kurulur⁶¹.

Sözleşme görüşmelerinin, taraflar arasında kurduğu ilişki bir borç ilişkisi olduğundan, görüşmelerden doğan yükümlülükler yalnızca taraflar uymakla yükümlüdür ve söz konusu yükümlülükler yine yalnızca taraflarca ihlal edilebilir. Bu nedenle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında yükümlülük ihlalinin kaynaklanan zararlarının giderilmesini isteyebilecek kişi de ilişkinin zarar gören tarafıdır. Kural olarak ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişiler bu yüzden uğradıkları zararın tazminini talep edemez.

Ancak daha önce de bahsettiğimiz gibi görüşmeler sırasında taraflar arasında temelini güven oluşturan yakın bir ilişki vardır. Bu yakın ilişkiden kaynaklı taraflar yalnızca birbirinin değil; birbirinin koruma alanına giren kişilerin de kişi ve mal varlığına zarar vermemekle yükümlüdür. Burada koruma alanından anlaşılması gereken her bir tarafın çevresinde bulunan ve taraflar arasındaki ilişkiden hukuki değerleri etkilenebilecek kişilerdir⁶². Örneğin kiracı ile kiralanan evde yaşayanlar veya mağazaya giren bir annenin çocuğu böyledir.

İşte bu doğrultuda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında üçüncü kişilerin, kişi ve mal varlığı zararlarının giderilmesine imkan tanınması, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin temeli olarak kabul edilmektedir⁶³. Yukarıda da açıkladığımız üzere koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden bağımsız olduğundan sözleşmenin henüz kurulmadığı dönemde de varlıklarını sürdürür. Kişi ve mal varlığı zarar gören üçüncü kişiler de sözleşme görüşmelerinin tarafı olmamasına rağmen oluşan güvenin kapsamına dahil olur; böylece kendisini zarara uğratan taraftan bunların giderilmesini isteyebilecektir⁶⁴.

⁶¹ Serozan, (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 38; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 737, dn. 50.

⁶² Ergüne, **a.g.e.**, s. 110-112; Serozan (Sözleşmenin Müspet İhlali), **a.g.m.**, s. 122, dn. 36-a; Arıkan, **a.g.m.**, s. 86-87.

⁶³ Nil Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Sözleşme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 87-89; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 324-325.

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 23-24; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 349; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 93-103. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. "*Zira sözleşme görüşmelerine*

1.4. Tazminat Borçlusu

1.4.1. Genel olarak

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında kurulan borç ilişkisi nisbi nitelikte olduğundan bu aşamada doğan yükümlülüklerin yalnızca taraflar tarafından ihlal edilebileceğinden yukarıda bahsetmiştik. Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle zarar görenin zararlarının giderilmesini isteyebileceği kişi kural olarak görüşmelerin zarar veren fiili gerçekleştiren tarafıdır. Ancak kimi hallerde borç ilişkisinin tarafı olmayan kimselerin de bu sorumluluk kapsamında tazminat borçlusu olması mümkündür.

Borç ilişkisinin tarafı olmamasına rağmen zarar görenin, zararlarını gidermekle yükümlü olan kişilerin başında sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun TBK'daki görünümünde ele aldığımız yetkisiz temsilcidir. Bilindiği üzere temsilde, hukuki işlem temsil olunan adına ve hesabına yapılmakta; bu işlemin hukuki sonuçları da temsil olunan üzerinde doğmaktadır⁶⁵. Temsilci, üçüncü kişiyle işlem yaparken kendi adına değil, temsil olunan adına ve hesabına hareket ettiğinden bu işlemde doğan hakları kazanamayacağı gibi işlem nedeniyle herhangi bir borç altına da girmez. Nitekim bu durum temsilci yetkisiz olsa dahi değişmez.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan söz edilebilmesi için görüşmeler boyunca kurulan ve taraflar arasındaki yakın ilişkinin temelini oluşturan güvenin ihlal edilmesi gerekir. İşlemin temsil aracılığıyla yapılması halinde görüşmeler de onun

başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar.” Y. 13. HD., T. 11.6.2015, 2015/10155 E., 2015/19267 K.; Y. HGK., T. 06.05.1992, 1992/213 E., 1992/315 K. (Çevrimiçi- E.T. 8.1.2024-www.lexpera.com.tr). Üçüncü kişilerin zararlarının sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında giderilmesinin bu sorumluluğun kapsamını haddinden fazla genişleteceği hakkında bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁵ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.222. Bizim burada ele aldığımız temsil türü doğrudan temsildir. Ancak bazı hallerde temsilci kendi adına ve temsil olunan hesabına işlem yapabilir. Dolaylı temsil olarak adlandırılan bu halde temsilcinin üçüncü kişiyle yapmış olduğu işlemlerden doğan hak ve borçlar, doğrudan temsilin aksine, temsilciye geçer. Ardından ise temsilci, bunları temsil olunana devredecektir. Dolaylı temsile dair detaylı açıklamalar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 493.

tarafından yürütüleceğinden her ne kadar bu işlemin sonuçları temsilci üzerinde doğmayacaksa da güvenin oluşturulmasında çoğunlukla temsilcinin davranışları etkilidir. Temsilcinin aslında yetkisiz olması ihtimalinde üçüncü kişi de oluşturulan güven yetkisiz temsilci tarafından ihlal edilmiş olacaktır. İşte haklı güvenin bu şekilde ihlali nedeniyle üçüncü kişinin, zararlarını gidermesini isteyeceği kişi yetkisiz temsilcidir⁶⁶.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta borç ilişkisinin tarafı olmamasına rağmen tazminat borçlusu olabilecek kişiler açısından ele alınması gereken bir diğer grup kendi menfaatleri için borç ilişkisini etkileyen kimselerdir. Bu kişiler, kendilerine karşı beslenen güven sayesinde yanlış bilgi vererek ya da açıklamalarda bulunarak, kendi menfaatleri uğruna, aslında tarafı olmadıkları bir ilişkiyi etkilemektedir⁶⁷. Antika müzayedecileri, yatırım danışmanları ve emlak komisyoncuları bahsettiğimiz kimselere örnek olarak gösterilebilir.

Tarafı olmadığı borç ilişkisini kendilerine beslenen güvene dayanarak etkileyen ve bundan menfaat elde eden kişiler bakımından, sözleşmenin taraflarından birinde güven oluşturma açısından, yukarıda bahsettiğimiz yetkisiz temsilciye benzer bir durum söz konusudur; bir tarafın bu kimselere duyduğu güven sebebiyle karşı tarafla sözleşme kurduğu haller böyledir. Tanınmış bir emlak komisyoncusu arkadaşının tavsiye ettiği bir müşterisiyle taşınmaz satış sözleşmesi yaparak satış bedelini ödeyen, ancak taşınmazın malikinin başka bir kişi çıkması nedeniyle taşınmazın mülkiyetini kazanamayan kimsenin durumu; kendi menfaati için borç ilişkisinin üçüncü bir kişi tarafından etkilenmesine örnek olarak verilebilir. Bu doğrultuda emlak komisyoncusu arkadaşının kendisinde oluşturduğu güveni ihlal edilmesi nedeniyle, onun müşterisiyle taşınmaz satış sözleşmesi yaparak zarar gören taraf, kendisinde güven oluşturan arkadaşından zararlarının giderilmesini isteyebilecektir⁶⁸.

⁶⁶ Kutlu, Sungurbey, **a.g.e.**, s. 102-103; Gezder, **a.g.e.**, s. 152-153.

⁶⁷ Yılmaz (Swissair Karar İncelemesi), **a.g.m.**, s. 435-437; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 351-352.

⁶⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s. 138-139, dn. 213, 217; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 327-329. Konuya dair daha fazla örnek için bkz. Serozan (Haksız Fiil), **a.g.m.**, s. 719.

Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere emlak komisyonculuğu yapan kişi taşınmaz sözleşmesinin tarafı değildir. Yalnızca sözleşmenin kurulmasına hem yaptığı meslek hem de arkadaşlık ilişkisi sayesinde güven oluşturarak sebep olmuştur. Nitekim öğretide de, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazminat borçlusu olabilecek kişiler geniş tutularak tüketici, piyasada güven oluşturmuş aracı kişilerden ve iş hayatındaki karışık düzenden korunmak istenmiştir⁶⁹.

1.4.2. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Her ne kadar bir borç ilişkisinde akla ilk gelen ifanın borçlu tarafından yapılacağı olsa da borcun, üçüncü bir kimse tarafından ifa edilmesinde de bir engel olmadığı gibi alacaklı da hakkını bizzat kullanmak zorunda değildir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk TBK m. 116'da düzenlenmiştir. Bu maddenin işaret ettiği üzere yardımcı kişiler, borcun ifasında ya da bir hakkın kullanılmasında yararlanılan kişilerdir. Bir kimsenin yardımcı kişi olarak kabul edilebilmesi için kendisinden yararlanan sözleşme tarafıyla arasında ayrıca herhangi bir sözleşme bulunması da gerekmez; yardımcısı olduğu kişinin bunu kabul etmiş olması gerekli ve yeterlidir⁷⁰.

Kanun koyucunun bu ifadelerinden de anlaşılabileceği gibi iki tip yardımcı mevcuttur. Bu kişiler, kullanma yardımcısı ve ifa yardımcısıdır. Bu ayrım da hakkın kullanılmasında yararlanılan kişi kullanma yardımcısıdır. Hiç kimse hakkını kullanmak zorunda olmadığından alacaklı da hakkını bizzat kullanmak yerine bir

⁶⁹ Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 353-354. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. "...davalı ... İnşaat A.Ş.'nin her ne kadar borcun doğumuna neden olan sözleşmenin tarafı olmasa da sözleşmenin kurulmasında öncülük ettiğini, müvekkili şirketin davalı MTS ile sözleşme yapması aşamasında yoğun gayretleri ve telkinleri olduğunu, sözleşmenin kurulması ve öncesi akabinde sözleşmenin kurulmasından sonra yürütülmesinde aktif rol oynadığını, gerek sözleşme öncesi görüşmelerde gerekse sözleşme yapıldıktan sonraki esnada müvekkiline açıkça güven verdiğini, güven veren davranışları, sözleri, telkinleri yönlendirmesi olmasaydı müvekkilinin daha önceden bilmediği MTS ile sözleşme yapmayacağını..." Y. 11. HD., T. 26.4.202, 2021/5630 E., 2023/2498 K.; Y.13. HD., T. 26.1.2012, 2011/16549 E., 2012/1177 K. (Çevrimiçi- E.T. 10.12.2023-www.lexpera.com.tr). İsviçre hukukunda sözleşme taraflarından birinde bu şekilde güven oluşturan kişilerin sorumluluğuna dair İsviçre Federal Mahkemesi'nin Swissair kararı önem taşımaktadır. İlgili karar için bkz. Yılmaz (Swissair Karar İncelemesi), **a.g.m.**, s. 431-437.

⁷⁰ Semih Yünlü, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2019, s. 108-109.

yardımcıdan yararlanabilir⁷¹. Ev sahibinin kiracısından kira bedelini almak için başka bir kimseyi göndermesi alacaklının kullanma yardımcısından yararlandığı durumlara örnektir⁷².

Bir diğer yardımcı kişi, ifa yardımcısıdır. Bu halde borçlu borcun ifasını tamamen ya da kısmen başka bir kimseye bırakmaktadır. Borçlunun borcunu bizzat ifa etmek zorunda olmadığı TBK m. 83'te alacaklının bizzat ifada menfaati olmaması şartıyla düzenlenmiştir. İfanın bizzat yapılmasında alacaklının menfaatinin olup olmadığı dürüstlük kuralına göre belirlenecektir. Örneğin ifada borçlunun yeteneklerinin ve niteliklerinin önem taşıdığı haller böyledir.

Borçlunun borcunu bizzat ifa etmek zorunda olduğu hallerde borçlu ifayı tamamen bir başkasına bırakamaz. Ancak bu durum onun yardımcı kişilerden yararlanmasına engel değildir. Borçlu, kendi yönetimi altında olmak üzere, yanında bir başka kimseyi de ifa sürecine dahil edebilir. Nitekim günümüzde her borç ilişkisinin tüm aşamalarının borçlu tarafından yerine getirilmesi de çoğunlukla mümkün değildir. Hangi hallerde borçlunun borcun ifasında böyle bir yardım alabileceği ise somut olayın şartlarına göre belirlenecektir⁷³.

İster kullanma yardımcısı ister ifa yardımcısı olsun borç ilişkisinde bu şekilde üçüncü bir kimseden yararlanan taraf, TBK m. 116/f. 1 uyarınca yardımcı kişinin borca aykırı fiille karşı tarafa verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ifa yardımcısı kullanan kişi, ondan yararlanmak yerine bizzat hakkını kullansa veya borcunu ifa etseydi de karşı tarafın uğradığı zararlardan sorumlu olmayacaksa⁷⁴ ya da TBK m.

⁷¹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 442.

⁷² Daha fazla örnek için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 830-831; Yünlü, **a.g.e.**, s. 196. Temsilcinin, yardımcı kişi olmasına bir engel olmamakla birlikte bunların birbirinden farklı kavramlar olduğu hakkında bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 493, 1217.

⁷³ Eren, **a.g.e.**, s. 1211-1212. Borcun ifasına üçüncü kişilerin katılımı hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. Gizem Zurnacı, **Üçüncü Kişinin İfası**, İstanbul, Yayınlanmamış Doktora tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, s. 22-43 (Çevrimiçi- E.T.: 12.4.2024- www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/).

⁷⁴ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 447-449.

116/f. 3'ün çizdiği sınır içinde kalmak şartıyla söz konusu sorumluluk kaldırıldıysa yardımcı kişinin fiillerinden de sorumlu tutulamayacaktır⁷⁵.

Hakkın kullanılmasında veya borcun ifasında kullanılan kişilerin fiillerinden sorumluluğun haksız fiildeki görünümü ise TBK m. 66'da karşımıza çıkmaktadır. Borca aykırılık değil de genel davranış kurallarına aykırılığın söz konusu olduğu bu halde adam çalıştıran, çalışanın işin yapılması sırasında zarar verdiği üçüncü kişilerin bu zararından sorumludur. Sorumluluğun doğabilmesi için çalışanın, kendisini çalıştıran kişinin emir ve talimatı altında olması gerekmektedir. Bununla birlikte kişiler arasında mutlaka geçerli bir hizmet sözleşmesinin bulunması aranmaz. Ayrıca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktan farklı olarak adam çalıştıran, TBK m. 66/f. 2 ve 3'te öngörülen karinelerden yararlanarak sorumluluktan kurtulabilir.

Sözleşme görüşmeleri sürecinde de tarafların birtakım kişileri kullanması mümkündür. Bununla birlikte görüşmelerden doğan sorumluluk kapsamında tarafların, söz konusu kişilerin fiillerinden sorumluluğuna uygulanacak hükümler öğretide tartışmalıdır. Temelinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanması gerektiğine dair görüş farklılıklarının yattığı bu tartışmada bir görüşe⁷⁶ göre, görüşmeler sırasında üçüncü bir kimse kullanan taraf, bu kimsenin fiillerinden TBK m. 66 uyarınca sorumlu olacaktır. Bu görüş doğrultusunda görüşmelerin tarafları arasında borç ilişkisi yoktur; kullanılan kişinin fiilleri ise yalnızca genel davranış kurallarına aykırılık olarak değerlendirilebilir⁷⁷.

Diğer görüşe⁷⁸ göre söz konusu kimseleri yardımcı kişilerdir ve onu kullanan görüşme tarafının bu fiillerden sorumluluğuna TBK m. 116 uygulanması gerekir.

⁷⁵ TBK m. 116/f. 2 ve 3 hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yünlü, **a.g.e.**, s. 476-485.

⁷⁶ TBK m. 66'nın uygulanmasını savunan yazarlar için bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 211. Öğretide sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan Keller yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu ayrı tutarak TBK m. 116'nın uygulamaktadır bkz. Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 44.

⁷⁷ Adam çalıştıranın sorumluluğuna yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 709-710.

⁷⁸ Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995, s. 274; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 44; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s.346-348; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 9; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 251; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 507; Kutlu, Sungurbey, **a.g.e.**, s. 134; Eren, **a.g.e.**, s. 1280-1281; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 979; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 493.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa TBK m. 116'nın uygulanacağını savunan görüş, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında borç ilişkisi kurulduğunu kabul etmektedir. Bu durumda yardımcı kişinin fiilleri, genel davranış kurallarının ihlali olarak değil, borca aykırılık olarak değerlendirilecektir.

Görüldüğü üzere görüşmeler sırasında tarafların kullandığı üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki nitelendirmesine göre değişiklik göstermektedir. Bu halde yukarıda bahsettiğimiz ilk görüşte, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanması söz konusuyken; ikinci görüşte borca aykırılık hükümlerini uygulamaktadır. Ancak öğretide bir görüş⁷⁹ sözleşme görüşmeleri sırasında kullanılan kişinin fiillerinden sorumluluğa ne TBK m. 66 ne de TBK m. 116'nın uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

Bu görüş sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerini uygulanması gerektiğini kabul etmesine rağmen TBK m. 66/f. 2 ve 3'te sorumluluktan kurtulmak için getirilen karineler dolayısıyla adam çalıştıranın sorumluluğunu sözleşme görüşmeleri açısından yetersiz bulmaktadır. Görüşmelerden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair benimsediği görüşe paralel olarak, bu halde TBK m. 116'nın uygulanmasını da reddederek farklı bir çözüm arayışındadır⁸⁰.

Soruna yönelik çözüm arayışları neticesinde görüş, sözleşme görüşmelerinde kullanılan kişinin fiillerinden sorumluluğa TBK m. 35'in uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Söz konusu çözümün benimsenmesinde en önemli etken, ilgili hükümde, sorumlu açısından herhangi bir kurtuluş karinesi getirilmemiş olmasıdır. Oysa TBK m. 35'te yalnızca sözleşme yapmaya dair iradenin çevirmen veya haberci gibi aracılar tarafından yanlış iletilmesine yanılma hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

⁷⁹ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendiren Piotet, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ne TBK m. 66'yı ne de TBK m. 116'yı uygulamaktadır. Burada TBK m. 35'in uygulanması gerektiğini savunan Piotet'in konu hakkında görüşleri için bkz. Yalman, **a.g.e.**, s. 111-113.

⁸⁰ TBK m. 116 ve TBK m. 66'nın karşılaştırılması için bkz. Eren, Dönmez (II), **a.g.e.**, s. 1485; Yünlü, **a.g.e.**, s. 209-225. TBK m. 66'nın kusursuz sorumluluk olmasına rağmen TBK m. 116'da kusurun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmalara yönelik açıklamalar için bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 203-210.

Nitekim bulunan çözüm öğretide, TBK m. 35'in tek başına tazminat yükümlülüğü getirmediği ve temsili kapsamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸¹.

Bizce sözleşme görüşmelerinde kullanılan kişinin fiillerinden sorumluluğa uygulanması gereken hüküm TBK m. 116'dır. Gerek sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair benimsediğimiz görüş gereğince gerekse TBK m. 116 sorumluluktan kurtuluş karinesi getirmediğinden zarar gören açısından gerçekten daha avantajlı olduğu için yukarıda açıkladığımız ikinci görüşe katılmaktayız.

2. Sorumluluk Kaynaklarının Yarışması

Bir kimsenin zarara uğramasına neden olan fiil hem borca hem de genel davranış kurallarına aykırı olabilir. Kanun koyucu, TBK m. 60'ta aynı olayda farklı sorumluluk kaynaklarının aynı anda ortaya çıkabileceği kabul etmiş ve bunu “*sebeplerin yarışması*” olarak adlandırmıştır. Buna göre hakim, zarar gören aksini istemedikçe ya da kanun koyucu aksini öngörmedikçe, sorumluluğu birden fazla sebebe dayanan kişinin; hangi sebeple sorumlu olacağına zarar gören için en iyi tazmin imkanı sağlayana göre karar verecektir.

Görüldüğü üzere sorumluluğun önceki bölümlerde açıkladığımız sorumluluk kaynaklarının birden fazlasına aynı anda dayanması mümkündür. Ancak burada özellikle üzerinde durmak isteriz ki zarar gören, her bir sorumluluk kaynağına farklı zamanlarda dayanarak ayrı ayrı tazminatlar talep edemez⁸². Böyle bir durumun söz konusu olduğu hallerde ya zarar gören dayanacağı sebebi seçmeli ya da hakim onun için en iyi olana karar vermelidir. Ayrıca zarar gören, taleplerinden bir kısmı için sorumluluk sebeplerinden biri diğer kısmı için diğerine dayanamaz⁸³. Örneğin haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun söz konusu olduğu bir olayda zarar gören,

⁸¹ Piotet'in görüşlerine getirilen eleştirilere dair açıklamalar için bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 212-213.

⁸² Yasemin Yılmaz, “Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2020, s. 613-615; Burak Türk, Çiğdem Yılmaz, “Türk Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, **Sorumluluk Hukuku: Seminerler**, Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 378; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 457.

⁸³ Eren, **a.g.e.**, s.1286-1287; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 456-457.

zamanaşımı için TBK m. 146'ya dayanırken yardımcı kişilerin sorumluluğu için TBK m. 66'ya dayanamaz. Buna göre zarar gören, başvuracağı yolu önceden tüm hükümleriyle seçmelidir.

Her ne kadar zarar görenin, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme gibi sorumluluk kaynaklarına dayanabilmesi mümkün olsa da konumuz itibariyle biz, bu başlık altında haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının yarışması üzerinde duracağız.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun yarışabilmesi için somut olayda hem haksız sorumluluğun hem de sözleşme sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu halde zarar gören ile onu zarara uğratan kimse arasında borç ilişkisi bulunmalı ve borç ilişkisinin tarafına zarar veren fiil, borca aykırı olduğu gibi genel davranış kurallarını da ihlal etmelidir⁸⁴. Bununla birlikte sözünü ettiğimiz şartların gerçekleştiği ihtimalde bile dayanılacak sorumluluk kaynağına dair öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Öğretide baskın olan görüşe⁸⁵ göre, bu iki kaynak birbiriyle yarışır ve zarar gören bunlardan dilediğine başvurabilir. Diğer görüşe⁸⁶ göre ise haksız fiil hükümleri borca aykırılık hükümlerinden daha genel niteliklidir. Bu nedenle zarar gören, burada yalnızca özel nitelikli olan borca aykırılık hükümlerine göre zararlarının giderilmesini isteyebilir. Biz de TBK m. 60'ı da göz önüne alarak baskın görüşe katılmaktayız. Bizce burada temel hedef zarar görenin kendisi için en avantajlı olan hükümlerden yararlanmasını sağlamak olmalıdır.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun yarışması durumunda ileri sürülen farklı görüşler ve bunlar doğrultusunda izlenecek yol böyledir.

⁸⁴ Yılmaz (Sözleşme Sorumluluğu ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması), **a.g.m.**, s. 616; Türk, Yılmaz, **a.g.m.**, s. 379; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 456-457.

⁸⁵ Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 405-407; Eren, **a.g.e.**, s. 1286-1288; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 979; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 536; Hatemi, **a.g.e.**, s. 296.

⁸⁶ Sema Çağa, "Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi", **BATİDER**, C. XVI, 1973, s. 20 dn. 12-13.

Açıklamalarımız ardından aşağıda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun⁸⁷ haksız fiil sorumluluğu ile yarışmasını inceleyeceğiz.

2.1. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğun Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk ile Yarışması

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa bizim görüşümüze göre borca aykırılık hükümleri uygulanacaktır. Tıpkı sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarıştığı haller olduğu gibi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu ile de yarışması mümkündür. Bunun ortaya çıkabilmesi içinse her iki sorumluluğun da kesişiminde olan bir olayın meydana gelmesi gerekir. Örneğin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kanundaki görünümünden olan korkutma böyledir. Korkutmanın aynı zamanda genel davranış kurallarına aykırılık da oluşturması nedeniyle mutlak hakkı saldırıya uğrayan taraf, zararlarının giderilmesi için haksız fiil hükümlerine başvurabileceği gibi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında da bunların giderilmesini karşı taraftan isteyebilir⁸⁸.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi bu iki sorumluluğun yarışabilmesi için her iki sorumluluğun şartlarının da olayda gerçekleşmesi gerekir. Buna göre zarar veren fiil, hem sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüğün ihlali etmeli hem de genel davranış kurallarına aykırılık oluşturmalıdır. Ayrıca bu ihlal sonucu bir zararın meydana gelmeli ve zarar verenin kural olarak kusurlu olmalıdır. Bu şekilde her iki sorumluluğun şartlarının gerçekleştiği hallerde her ne kadar zarar gören istediğine başvurabilecekse de sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk onun için daha avantajlıdır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun şartlarının belirlenmesinde TBK m. 112 uygulanacağından zarar gören, karşı tarafın kusurunu ispatlamaktan kurtulur.

⁸⁷ Sözleşme kurulduktan sonra artık sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa başvurmaya gerek kalmaz. Böyle durumlarda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ikincil nitelikte olduğundan sözleşme sorumluluğu ile yarışmaz bkz. Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 112-113.

⁸⁸ Daha fazla örnek için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 354-355.

Haksız fiil sorumluluğunun şartlarının öngörüldüğü TBK m. 49'dan farklı olarak TBK m. 112'de ispat yükü yer değiştirdiğinden zarar veren taraf sorumluluktan kurtulmak istiyorsa kusursuz olduğunu ispat etmelidir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından da TBK m. 116 yararlanana kurtuluş karinesi tanımadığı için TBK m. 66'ya göre zarar gören açısından daha avantajlıdır. Son olarak, aşağıda daha detaylı açıkladığımız gibi, borca aykırılıkta zamanaşımına ilişkin TBK m. 146'da 10 yıllık süre öngörülmüşken; haksız fiil sorumluluğunun zamanaşımında ise süre TBK m. 72'de 2 yıl olarak düzenlenmiştir⁸⁹.

Bu başlık altında akla gelebilecek bir konu da kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlülüğünün ihlal edilmesinin sözleşme görüşmelerinin ve haksız fiilin yarışmasına neden olup olamayacağıdır. Öğretide bir görüş sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki yakın ilişkiden dolayı ortaya çıkan ihlallerin haksız fiil olarak nitelendirileceğinden sorumlulukların yarışmayacağını ileri sürmektedir⁹⁰. Ancak biz kişi ve mal varlığına verilen zarar hem görüşmelerden doğan yükümlülüğün ihlali hem de haksız fiil niteliği taşıdığından bu görüşe katılmamaktayız. Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun ve haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmişse söz konusu sorumluluklar birbiriyle yarışacaktır.

Bununla birlikte taraflar, bulundukları konum itibariyle üçüncü kişilere göre birbirine daha kolay zarar verebileceğinden haksız fiil hükümleri, zarar gören taraf açısından yeterli korumayı sağlayamayacaktır. Bize göre burada da borca aykırılık hükümlerinin uygulanması zarar gören için daha avantajlıdır⁹¹.

⁸⁹ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan yazarların gerekçesi de bu hükümlerin haksız fiil hükümlerine göre zarar gören açısından avantajlı olmasıdır bkz. Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s.346-348; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 9; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 251; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 507; Kutlu, Sungurbey, **a.g.e.**, s. 134; Eren, **a.g.e.**, s. 1280-1281; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 979; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 493. Borca aykırılık hükümlerinin mi yoksa haksız fiil hükümlerinin mi zarar gören açısından daha avantajlı olduğuna somut olayın şartlarına göre karar verilmesi gerektiği hakkında bkz. Yılmaz (Sözleşme Sorumluluğu ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması), **a.g.m.**, s. 618-646.

⁹⁰ Bu görüş hakkında bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 355-356.

⁹¹ Borca aykırılık ve haksız fiil hükümlerini zarar gören açısından karşılaştırdığımız açıklamalarımız için bkz. s. 100.

3. Zamanaşımı

Geçen süre, bir hakkın kimi zaman kazanılmasına kimi zaman da kaybedilmesine neden olur. Oysa zamanaşımı hakkı sona erdirmez⁹². Bu halde alacaklı, alacağını elde etmek adına belirli bir süre boyunca herhangi bir şey yapmadan hareketsiz kaldığından borçludan alacağını talep etme yetkisi kaybetmektedir. Borçlu açısından bakıldığında zamanaşımı ona borcunu ifa etmekten kaçınma imkanı tanır. Başka bir ifadeyle borcu zamanaşımını ona verdiği def'i hakkını ileri sürerek borcunu ifa etmekten kaçınabilir⁹³.

Kanun koyucu, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluğa farklı zamanaşımı süreleri öngörmüştür. Sözleşmeden doğan sorumluluk için getirilen zamanaşımı süresi TBK m. 146 uyarınca kural olarak 10 yılken; haksız fiil sorumluluğunda bu süre TBK m. 72'de 2 ve 10 yıl olmak üzere ikiye ayrılmıştır⁹⁴. Buna göre haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin zararlarının giderilmesi talebi, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 2 ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta ise hangi zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelini de diğer tartışmalarda olduğu gibi görüşmelerden doğan sorumluluğun hukuki niteliğine dair görüş farklılıkları oluşturmaktadır. Mevcut nitelendirme farklılıklarına paralel olarak öğretide bir görüş⁹⁵, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta zamanaşımına TBK m. 72'nin uygulanacağını ileri sürerken; daha uzun bir süre tanıdığından zarar gören için avantajlı olduğunu düşündüğümüzden bizim de katıldığımız diğer görüş⁹⁶ ise burada TBK m. 146'nın uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir.

⁹² Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s.617-618; Eren, **a.g.e.**, s. 1449.

⁹³ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 315-317.

⁹⁴ TMK ve TBK'daki zamanaşımı sürelerine yönelik açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 622-623; Eren, **a.g.e.**, s. 1457-1461.

⁹⁵ Merz, **a.g.e.**, s. 87; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 37.

⁹⁶ Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s.346-348; Kocayusufpaşaoğlu (Borçlar Genel), **a.g.e.**, s. 9; Yılmaz (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur), **a.g.m.**, s. 251; Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 507; Kutlu, Sungurbey,

Her ne kadar öğretide baskın görüş, zamanaşımı için TBK m. 146'nın uygulanması olsa da İsviçre Federal Mahkemesi aksi görüştedir. Mahkemeye göre 10 yıllık süre sözleşme görüşmeleri için çok uzundur ve bir kimsenin yaptığı görüşme sebebiyle 10 yıl boyunca tazminat talebiyle karşılaşabilecek olması hukuk güvenliğini de zedelemektedir⁹⁷. Ancak Mahkemenin bu tutumu, öğretide, söz konusu sürenin kanun koyucu aksini öngörmedikçe uygulanacağı TBK m. 146'da açıkça düzenlendiğinden eleştirilmiştir⁹⁸.

Zamanaşımında hangi hüküm uygulanacağına yönelik tartışmaların yapıldığı diğer bir konu TMK m. 452/f. 2'ye uygulanacak süredir. TMK m. 452/f. 2, daha önce de bahsettiğimiz üzere, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun TMK'daki görünümüdür. Sınırlı ehliyetsizin, fiil ehliyetinin bulunduğu hakkında karşı tarafı aldatmasını düzenleyen bu hükümden doğan tazminat talebi için ayrı bir zamanaşımı düzenlenmemiştir. Öğretide bir görüş⁹⁹, TBK m. 146'daki sürenin uygulanması TMK m. 16/f. 1'de sağlanmaya çalışılan, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin izni veya onayı olmaksızın borç altına giremeyeceğine dair koruma ile bağdaşmayacağından hareketle TBK m. 72'nin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer görüş¹⁰⁰ ise burada da baskın görüşten ayrılmayarak kanun koyucunun ayrı bir süre öngörmediği hallerde TBK m. 146'nın uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

Bilindiği üzere sınırlı ehliyetsizin, yasal temsilcisinin izni olmadan yaptığı hukuki işlemler askıda hükümsüzdür. Temsilcinin onay vermesi ihtimalinde eksiklik giderilerek işlem baştan itibaren geçerli hale gelir; ancak bu onay verilmezse işlem,

a.g.e., s. 134; Eren, **a.g.e.**, s. 1280-1281; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 979; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 493; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 349.

⁹⁷ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. BGer, 4A. 499/2007, 13.5.2008; BGer, 4C. 354/2004, 9.11.2005; BGE 121 III 350, 10.10.1995; BGE 104 II 94, 14.6.1978; BGE 101 II 266, 21.5.1975 (Çevrimiçi-E.T.: 10.1.2024-www.bger.ch).

⁹⁸ Mahkemenin görüşüne yönelik getirilen eleştirilere dair açıklamalar için bkz. Gezder, **a.g.e.**, s. 209-210.

⁹⁹ Kılıçoğlu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa uygulanması gereken hükmün TBK m. 146 olması gerektiğini ileri sürerken; TMK m. 452 için TBK m. 72'daki 2 yıllık sürenin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür (Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 128).

¹⁰⁰ Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 197. Bu görüşe yönelik açıklamalar için bkz. Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 350.

kesin hükümsüzdür¹⁰¹. İşte bu gibi hallerde hukuki işlemin bağlayıcı olması önlenerek sınırlı ehliyetsiz korunmak istenmiştir. TMK m. 452/f. 2 ise kanun koyucunun, sınırlı ehliyetsizi kendi fiillerinin sonucu olarak bilinçli şekilde korumadığı bir istisnadır. Durum böyleyken bizce genel kuraldan ayrılmaya gerek yoktur. Bu nedenle biz de, burada, TBK m. 146'nın uygulanması yönündeki görüşe katılmaktayız.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta TBK m. 147'nin de zamanaşımı süresinin belirlenmesinde uygulanması düşünülmüştür¹⁰². Hükmün uygulama alanı bulacağı sözleşmeler ise madde metninde sayılanlarla sınırlı tutulmuştur. Buna göre bahsi geçen sözleşmelerin, henüz görüşmelerinin yürütüldüğü dönemde ortaya çıkan zararların giderilmesine ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi 5 yıl kabul edilmelidir. Ancak bizce bu yöndeki tutum görüşmelerle ileride yapılacak sözleşmeyi bir bütün haline getirir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere biz, sözleşme görüşmelerinin ileride kurulacak sözleşmeden bağımız kabul ettiğimiz için, zamanaşımında TBK m. 147'nin uygulanması gerektiğine katılmıyoruz.

¹⁰¹ Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 186; Eren, **a.g.e.**, s. 386. Yasal temsilcinin izni veya onayının sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemler açısından tamamlayıcı unsur olduğu hakkında bkz. Oğuzman, Öz (I), **a.g.e.**, s. 178-179.

¹⁰² Bu görüşe yönelik açıklamalar ve eleştiriler için bkz. Yalman, **a.g.e.**, s. 121; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 350-351.

SONUÇ

Sözleşmeler, TBK m. 1’de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulacağı öngörülse de çoğu zaman sözleşmelerin bir anda kurulması mümkün olmaz. Kuruluşa kadar geçen sürede taraflar arasında yapılacak sözleşmeye yönelik hususların tartışıldığı bir hazırlık aşaması yürütülür. Sözleşme görüşmeleri olarak adlandırılan bu hazırlık aşamasında sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar kural olarak bir sözleşmeyi herhangi bir şekle bağlı olmaksızın istedikleri kişiyle yapabilir ve bu sözleşmenin içeriğini belirleyebilir. Bununla birlikte görüşmelerin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır.

Sözleşme görüşmelerinin hukuki niteliğine yönelik öğretide ileri sürülen görüşlerden bir kısmı görüşmeleri hukuki işlem olarak; diğer bir kısmı ise hukuki işlem olarak nitelendirmektedir. Bize göre de sözleşme görüşmeleri edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisidir. Bu halde borcun içeriğine dahil olan, TMK m. 2’den doğan özen ve koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüklerinden ayrılarak, sözleşmenin kurulmasından önce ve sona ermesinden sonra da varlığını sürdürdüğü kabul edilir. Söz konusu yükümlülüklerin varlığı, ileride yapılacak sözleşmenin kurulup kurulmamasından bağımsız olduğu gibi sözleşmenin geçersizliğinden de etkilenmez.

Görüşmeler sırasında TMK m. 2’den doğan yükümlülükler öğretide farklı sınıflandırmalarla ele alınmaktadır. Bize göre bunlar karşı tarafta yersiz güven oluşturmama, aydınlatma ve kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlülüğü olarak üç ana başlık altında değerlendirilebilir. Bu kapsamda taraflar sözleşme yapma iradesi olmaksızın görüşmelere başlamamalı, görüşmeleri sürdürmemeli veya onları dürüstlük kuralına aykırı şekilde yarıda kesmemelidir. Ayrıca taraflardan biri karşıda yersiz güven oluşturarak TBK m. 27’ye aykırı bir sözleşmenin ortaya çıkmasına sebep olmamalıdır. Aksi halde yükümlülükleri ihlal eden taraf, diğer tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlü olacaktır.

Her ne kadar Türk hukukunda tüm durumlar için genel bir aydınlatma yükümlülüğü yoksa da taraflardan biri, diğerine soru sorması halinde karşı taraf; bu sorulara, soranın sözleşme kurmaya yönelik iradesini etkilemeyecek şekilde doğru ve

eksiksiz cevaplar vermeye özen göstermelidir. Bu yükümlölük genellikle öğüt, bilgi vermek ya da tavsiyelerde bulunmak gibi çeşitli açıklamalarda bulunma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte yukarıda, karşı tarafta yersiz güven oluşturmama yükümlölüğü başlığı altında saydığımız hallerle aydınlatma yükümlölüğü çoğu kez iç içedir. Böyle durumlarda hangi yükümlölüğünün ihlal edildiği somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir. Sözleşme görüşmeleri sırasında doğan diğeri bir yükümlölük olan kişi ve mal varlığına zarar vermeme kapsamında ise taraflar birbirlerinin ve onların etki alanında olan kişilerin kişilik ya da mülkiyet hakkı gibi mutlak haklarına yönelik saldırıda bulunmaktan kaçınmalıdır.

Burada işaret etmek isteriz ki kişi ve mal varlığına zarar vermeme yükümlölüğünün ihlalden kaynaklanan zararlar, haksız fiil sorumluluğu kapsamında da tazmin edilebilir. Ancak TBK m. 49 kapsamında tazmin edilebilecek zarar, zarar görenin mutlak haklarına temas ettiği ölçüdedir. Oysa sözleşme görüşmelerinden doğan zararlar bunlardan ibaret değildir. Bu süreçte ortaya çıkan salt mal varlığı zararları, kanun koyucu tarafından tazmini açıkça öngörölmedikçe, yalnızca sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında giderilme imkanı bulabilecektir.

Bununla birlikte sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği de, söz konusu sorumluluk kanun koyucu tarafından genel olarak düzenlenmediği ve henüz bu aşamada taraflar arasında sözleşme kurulmadığı için tartışmalıdır. Sorumluluğun hukuki niteliğine dair öğretilde ileri sürülen görüşler, haksız fiil, sözleşmeden doğan sorumluluk ve karma görüş olarak üç ana başlık altında incelenebilir.

Haksız fiil görüşü, görüşmelerin yapıldığı aşamada henüz bir sözleşme mevcut olmadığından hareketle; tarafların birbirine zarar vermeme yükümlölüğünü, genel davranış kurallarına aykırılık olarak değerlendirerek, görüşmelerden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadır. Buna karşılık sözleşmeden doğan sorumluluk başlığı altındaki görüşler, her ne kadar birbirilerinden ayrıldıkları noktalar olsa da, görüşmeler sırasında taraflar arasında oluşan yakın ilişkiye dayanarak burada borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul

etmektedir. Karma görüş başlığında değerlendirdiğimiz yazarlar ise sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu ne haksız fiil ne de sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin mi yoksa borca aykırılık hükümlerinin mi uygulanacağına somut olayın şartları değerlendirilerek karar verilmelidir.

Haksız fiil hükümleriyle borca aykırılık hükümlerini karşılaştırdığımızda görüşmeler sırasında zarar gören açısından borca aykırılık hükümleri daha avantajlıdır. Bu durumda görüşmelerden doğan sorumluluğa borca aykırılık hükümlerinin uygulanması halinde, haksız fiil görüşünden farklı olarak, TBK m. 112 uyarınca zarar gören karşı tarafın kusuru ispat yükünden kurtulur. Yardımcı kişilerin verdiği zararlardan sorumluluğa TBK m. 166 uygulanacağı için zarar veren taraf, bu kişilerin verdiği zararları gidermekten gerekli özeni gösterdiği ispat etse bile kurtulamaz. Ayrıca zamanaşımı bakımından da TBK m. 72 yerine 10 yıllık süre öngördüğünden zarar gören için daha avantajlı bir hüküm olan TBK m 146 uygulanır.

Bizce de böyle bir güvenin olduğu hallerde artık yalnızca haksız fiil hükümlerinin uygulanması, ilişkinin niteliğine uygun düşmeyecektir. Bu nedenle biz sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, sözleşmeden doğan özel bir güven sorumluluğu olarak nitelendirildiği görüşe katılmaktayız. Her ne kadar görüşmelerden doğan sorumluluğu, güven sorumluluğunun bir türü olarak nitelendirilmesine karşı çıkan bir görüş olsa da bu sayede zarar gören açısından daha avantajlı olan borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Alman ve İsviçre federal mahkemeleri ve Yargıtay da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa başlarda haksız fiil hükümlerini uygulamış, daha sonra ise görüş değiştirerek borca aykırılık hükümlerini uygulamışlardır. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi son yıllardaki kararlarında karma görüşü benimseyerek kimi sonuçlar bakımından borca aykırılık hükümlerini kimi sonuçlar bakımından ise haksız fiil hükümlerini uygulama yoluna gitmiştir.

Sözleşme görüşmelerinden bir sorumluluğun doğabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar tarafların sözleşme görüşmelerine başlaması,

aralarında güvenin oluşması, iyiniyetin bulunması, görüşmelerden doğan yükümlülüklerden birinin ihlal edilmesi olarak sıralanabilir. Ayrıca taraflardan birinin zarara uğraması, zarar veren tarafın kusurlu olması ve yükümlülükleri ihlal eden fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Bu şartların gerçekleşmesi sonucunda tazmin edilecek zararın kural olarak olumsuz zarar olduğu kabul edilmektedir. Bu zarar, kurulduğuna ya da geçerli olduğuna güvenilen bir sözleşmenin aslında hiç kurulmamış olması veya geçersizliği nedeniyle uğranılan zarardır. Ancak giderilecek zararlar bunlardan ibaret değildir. Bu halde zarar gören, zarara uğrayan kişi ve mal varlığı değerleri kapsamında olan maddi ve manevi zararlarının giderilmesini isteyebileceği gibi; istisnai olarak olumlu zararlarının da giderilmesini isteyebilir.

Görüşmeler sırasındaki yükümlülüklerin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararları giderecek olan görüşmenin diğer tarafıdır. Bu zararlar, görüşenin kendi fiiliyle ortaya çıkabileceği gibi yardımcı kişilerinin fiillerinden de kaynaklanabilir. Bahsettiğimiz kimseler dışında, taraflar arasındaki görüşmelerin tarafı olmamasına rağmen sözleşmenin oluşmasına sebep olan kişiler de ortaya çıkan zararları gidermekle yükümlüdür. Buna karşılık zararlarının giderilmesini isteyen kişiler, yükümlülüklerin ihlali nedeniyle zarar gören görüşme tarafı ve onun etki alanı içinde bulunan kimselerdir. Söz konusu kişilerin tazminat taleplerine uygulanacak zamanaşımı süresi ise bizim de katıldığımız görüşe göre TBK m. 146’da öngörülen on yıldır.

KAYNAKÇA

Akşener, Fırat:

Türk ve İngiliz Hukukunda Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması Durumu, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018 (Çevrimiçi- www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/).

Aksu, Raziye:

“Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği”, **TAAD**, S. 27, 2016, s. 861-890 (Çevrimiçi- www.dergipark.org.tr).

Altaş, Hüseyin:

Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.

Antalya, O. Gökhan:

Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, Legal Yayıncılık, Mart 2017.

Antalya, O. Gökhan:

Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 2.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Arıkan, Mustafa:

“Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **SÜHFD**, C. XVII, S.1, 2009, s. 69-89, (Çevrimiçi- www.dergipark.org.tr).

Arpacı, Abdülkadir:

Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 2.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

Aybay, Aydın:

Borçlar Hukuku Dersleri, 15.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

Bucher, Eugen:

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Zürich, Schulthess, 1988.

Bulut, Erkam Haşim:

“Culpa In Contrahendo Sorumluluğunun “İmkânsızlık” Halindeki Görünümü”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. V, S.9, 2020, s. 107-125 (Çevrimiçi- www.dergipark.org.tr).

Burcuoğlu, Haluk:

“Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, **TBB Dergisi**, C. III S. 49, 2003, s.49-82 (Çevrimiçi- www.tbbsdergisi.barobirlik.org.tr).

Buz, Vedat:

Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.

Çağa, Sema:

Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi”, **BATİDER**, C. XVI, 1973, s. 1-43.

Çağlayan Aksoy, Pınar:

Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tanzimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Demircioğlu, Huriye Reyhan:

Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007 (Çevrimiçi-www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/).

Durak, Yasemin:

“Güven Sorumluluğu ve “Culpa in Contrahendo””, **SÜHFD**, C.XXV, S.1, 2017, s. 239-288 (Çevrimiçi-www.dergipark.org.tr).

Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan, Gümüş, Mustafa Alper:

Aile Hukuku, 13.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, Ocak 2018.

Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan:

Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 23.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.

Erbaş Odabaşı, Özge:

“Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.3, 2020, s. 61-155 (Çevrimiçi-www.izmirbarosu.org.tr/Yayin/).

Eren, Fikret:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28.bs., Ankara, Legem Yayınevi, 2023.

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11.bs., Legem Yayınevi, Ankara, Ekim 2023.
- Eren, Fikret, Dönmez, Ünsal: **Eren Borçlar Hukuku Şerhi**, C.I (m.1-48), Ankara, Yetkin Basımevi, 2022, (I).
- Eren, Fikret, Dönmez, Ünsal: **Eren Borçlar Hukuku Şerhi**, C.II (m.49-82), Ankara, Yetkin Basımevi, 2022, (II).
- Eren, Fikret, Dönmez, Ünsal: **Eren Borçlar Hukuku Şerhi (m. 83-206)**, C.III, Ankara Yetkin Yayınları, 2022 (III).
- Ergüne, Mehmet Serkan: “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C.I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.909-926.
- Ergüne, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2008.
- Erlüle, Fulya: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 3.bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2021.
- Genç Arıdemir, Arzu: **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008.

Gezder, Ümit:

Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul, Beta Basım, Şubat 2009.

Gonzenbach, Rainer:

Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, Verlag Stämpfli, 1987.

Gümüş, Mustafa Alper:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 5.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, Aralık 2020.

Gündüz, Şefika Deren:

Olumlu Zarar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2020.

Güner, Semih:

Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, Ankara, Yetkin Basımevi, Mayıs 2014.

Günerkök, Özcan:

Avukatlık Sözleşmesi, 3.bs., Ankara, Yetkin Basımevi, 2013.

Gürpınar, Damla:

Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2006.

Hatemi, Hüseyin:

Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998.

Hugueinin, Claire:

Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3.Auflage, Zürich, Schulthess, 2019.

Naim İnan, Ali:

"Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma I", **Adalet Dergisi**, 1954, s. 878-887.

Naim İnan, Ali:

"Culpa in Contrahendo – Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Doğan Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma II", **Adalet Dergisi**, 1954, S. 8, s. 999-1013.

Kalkan Oğuztürk, Burcu:

Güven Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Keller, Max, Schöbi, Christian:

Das schweizerische Schuldrecht: allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Band I, 3.Auflage, Basel/Frankfurt, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1988.

Kılıçoğlu, Ahmet M.:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2022.

Kılıçoğlu, Ahmet M.:

"Fiili Sözleşme İlişkileri", **Ankara Barosu Dergisi**, 1985, S. 5-6, s. 738-752.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 7.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, (Borçlar Genel).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Koller, Alfred: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4.Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2017.
- Kutlu Sungurbey, Ayfer: **Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, Yasa Yayıncılık 1988.
- Merz, Hans: **Vertrag und Vertragsschluss**, 2.Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, 1992.
- Medicus, Dieter, Lorenz, Stephan: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 22.Auflage, Münih, Verlag C.H. Beck, 2021.
- Nomer, Haluk N.: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınları, 1996.
- Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 28.bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Eylül 2022.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 18.bs., İstanbul. Vedat Kitapçılık, Ekim 2023, (I).

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 18.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim 2023, (II).

Oğuzman M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, 24.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi Özer, Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 20.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, (Kişiler Hukuku).

Öz, M. Turgut: **Öğretici ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1990.

Özyakışır, Özkan, Ganbari, Muhammed K.: “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar”, **SÜHFD**, C. XXVIII, S.2, 2020, s. 107-125 (Çevrimiçi-www.dergipark.org.tr).

Postacıoğlu, İlhan: “Selahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Zıyanın Tazmini”, **İÜHFM**, C.VI, S.1-2, 1950, s.1-9.

- Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 16.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, Şubat 2018.
- Schönenberger, Wilhelm, Jäggi, Peter: **Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht: Art. 1-529**, Zürich, Schulthess Verlag, 1973.
- Serozan, Rona, Baysal, Başak, Sanlı, Kerem Cem: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2022.
- Serozan, Rona: "Culpa İn Contrahendo, Akdin Müspet İhlâli ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **MHAD**, C. II, S.3, 1968, s. 108-129 (Çevrimiçi- www.dergipark.org.tr), (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi).
- Serozan, Rona: "Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Kitabevi, 2007, s. 715-740, (Haksız Fiil).
- Serozan, Rona: "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**,

Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1990, s. 67-101.

Serozan, Rona:

“Yürürlükteki İfa Engelleri Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlali" ve "Culpa In Contrahendo", **MHAD**, C.XV, S.18, 1990, s. 27-42 (Çevrimiçi- www.dergipark.org.tr), (Sözleşmenin Müspet İhlali).

Söğütlü Erişgin, Özlem:

Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2016.

Sungurbey, İsmet:

Medeni Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, 2.bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1972.

Tandoğan, Haluk:

Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), İstanbul, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2010.

Tanrıver, Süha, Ergüne, Mehmet Serkan:

“Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar”, **AÜHFD**, C. XXII, S. 1, 2023, s. 143-182 (Çevrimiçi- www.dergipark.org.tr).

Taşatan, Caner:

Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, On İki
Levha Yayıncılık, Mart 2021,

Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,
Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Atilla:

Tiftik, Mustafa, Şen, Elif:

“Yetkisiz Temsilde Culpa In Contrahendo
Sorumluluğu”, **MÜHFHAD**, C.XXII, S.3,
2016, s. 2643-2664 (Çevrimiçi-
www.dergipark.org.tr).

Türk, Burak, Yılmaz, Çiğdem

“Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesi
Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin
Yarışması”, **Sorumluluk Hukuku:
Seminerler**, Başak Baysal, İstanbul, On İki
Levha Yayıncılık, 2019, s. 371-407.

Uluslan, İlhan:

Culpa In Contrahendo Üstüne, İstanbul,
Aristo Yayıncılık, Haziran 2021, (Culpa in
Contrahendo).

Uluslan, İlhan:

**Medeni Hukukta Fedakarlığın
Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama
Alanı**, 2.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık,
2012.

Uygur, Turgut:

**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi
(madde 1-236)**, 3.bs., Ankara, Seçkin
Yayıncılık, 2012.

Uyumaz, Alper:

“Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, **SDÜHFD**, C.XIII, S. 1, 2023, s. 503-546 (Çevrimiçi-www.dergipark.org.tr).

Yalman, Süleyman:

Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2006.

Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak:

Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler),16.bs., İstanbul, Beta Basım, Ekim 2019.

Yavuz, Nihat:

“Culpa in Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları”, **Yargıtay Dergisi**, C.XXVIII, S. 1-2, 2002, s. 240-252.

Yılmaz, Asuman:

“Karar İncelemesi: İsviçre Federal Mahkemesinin Swissair Kararının İncelenmesi”, **BATİDER**, C. XXV, S. 2, Haziran 2009, s. 429-445, (Swissair Karar İncelemesi).

Yılmaz, Hamdi:

“Sözleşme Görüşmelerinde Kusur (Culpa in Contrahendo) ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, C. XI, S. 3, 1985, s. 234-252, (Sözleşme Görüşmelerinde Kusur).

Yılmaz, Yasemin:

“Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2020, s. 613-648, (Sözleşme Sorumluluğu ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması).

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, K. Emre:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Zurnacı, Gizem:

Üçüncü Kişinin İfası, İstanbul, Yayınlanmamış Doktora tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, (Çevrimiçi- E.T.: 12.4.2024- www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/).

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

www.bger.ch

www.dergipark.org.tr

www.gesetze-im-internet.de

www.izmirbarosu.org.tr/Yayin/

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.lexpera.com.tr

www.opinioiuris.de/quelle/1622#Erster_Titel_Von_Personen_und_deren_Rechten_u_eberhaupt

www.resmigazete.gov.tr/arsiv/

www.tbddergisi.barobirlik.org.tr

www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/

