

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI

SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Elif AYAN

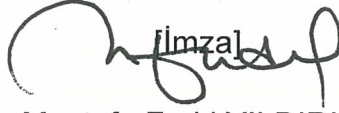
Tez Danışmanı

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

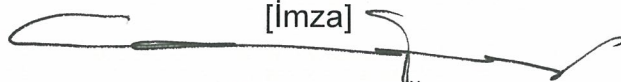
Ankara 2013

ONAY

Elif AYAN tarafından hazırlanan Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması başlıklı bu çalışma, 11.07.2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Medenî Hukuk Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Başkan)



Prof. Dr. Cemal OĞUZ



Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

ÖZET

AYAN, Elif. Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

Sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu hakkında TBK. m. 112 vd. hükümlerine başvurulabilir. Anılan hükümler incelendiğinde, borçlunun sorumluluğunun oldukça geniş tutulduğu anlaşılmaktadır. Zira borçlu, kendi davranışlarının yanı sıra ifa yardımcılarının davranışlarından da sorumlu tutulmuştur. Ayrıca borçlunun kendi kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlü olması, onun hukukî durumunu daha da ağırlaştırmıştır. Bundan dolayı kanun koyucu, borçlunun sözleşme sorumluluğunu sınırlandırma yoluna gitmiştir. Kanun koyucu, bunu yaparken şu ölçütlerden yararlanmıştır: Kusurluluk, ivazlılık, uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık bağı, miktar, malvarlığı değerleri ve zaman.

Kanunen sınırlandırma olarak kabul edilen bu ölçütlerin ortak özelliği, tarafların bu konuda herhangi bir sözleşme yapmış olmalarına gerek kalmadan borçlunun sorumluluğunun sınırlanacak olmasıdır. Yani, bu ölçütlerden birinin mevcut olduğu tespit edildiğinde, borçlu, kısmen ya da tamamen tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Böylece menfaat dengesindeki bozukluk da giderilmiş olur.

Türk Borçlar Kanununda öngörülen hükümlerin büyük bir çoğunluğu emredici nitelikte olmadığından, taraflarca bunların aksi kararlaştırılabilir. Böylece borçlu, alacaklısıyla bireysel sözleşme yaparak kanunî sınırlandırmaya göre kendi sorumluluk alanını iyice daraltabilir. Ancak kanun koyucu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu yürürlüğe giren sorumsuzluk sözleşmelerini her durumda geçerli kabul etmemiş; hakkaniyet düşüncesinden hareketle, gerektiğinde bu sözleşmeleri geçersiz saymıştır.

Uygulamada sözleşme sorumluluğunun, bireysel sözleşmelerden daha ziyade genel işlem koşulları içerisindeki sorumsuzluk kayıtları ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bireysel sözleşmelerin ürünü olan sorumsuzluk sözleşmelerine sınırlı bir geçerlilik alanı tanındığına göre, hiç kuşkusuz bu tür kayıtların geçerlilik alanı da sınırlandırılmalıdır. Zira

alacaklının, bu kayıtlar üzerinde değişiklik yapması mümkün değildir. Üstelik bir adım daha ileri giderek söylenebilir ki, hukuken geçerli olan sorumsuzluk sözleşmeleri, genel işlem koşulları içerisinde düzenlendiğinde geçersiz sayılmalıdır. Ancak bunun için alacaklının ölçüsüz bir mağduriyetinin de doğmuş olması gerekir. Nitekim bazı sözleşme tiplerinde sorumsuzluk kayıtlarının akıbetiyle ilgili öngörülen hükümler (örneğin TBK. m. 301), varılan bu yargıyı destekler niteliktedir.

Anahtar Sözcükler:

1. Sözleşme Sorumluluğu,
2. Kanunen Sınırlandırma,
3. Sorumsuzluk Sözleşmesiyle Sınırlandırma,
4. Genel İşlem Koşullarıyla Sınırlandırma,
5. Bazı Sözleşme Tiplerinde Sorumluluğun Sınırlandırılması.

ABSTRACT

AYAN, Elif. Limitation of Contractual Responsibility, Master's Thesis, Ankara 2013.

Turkish Code of Obligations, Article 112 and the subsequent provisions can be applied to the debtor, who doesn't perform his contractual obligations. When the aforementioned provisions are analyzed, it can be seen that the responsibility of debtor is kept wide. This is because the debtor is held responsible for not only his behavior, but also the behavior of the persons, who help the performance of obligations. In addition, since the debtor has to prove that he has no fault; his legal situation becomes more difficult. As a result, the responsibility of the debtor has been limited by the law maker. The criteria for this limitation are as follows: Culpability, bilaterality, appropriate causal connection, unlawfulness, amount, assets, and duration.

The common characteristic of these criteria that are accepted by laws is, to limit the responsibility of the debtor; there is no need to a contract made by the parties. In other words, when it is found out that one of these criteria exists, the debtor gets rid of his obligation for compensation. In this way the balance between the interests of parties can be restored.

Since most of the provisions provided by the TCO are not statutory, the parties can provide otherwise. Thanks to this, the debtor, by concluding a contract with his creditor, can lessen his responsibility. However, the law maker does not accept all these contracts valid. When the equity is taken into consideration, these contracts are required to be made void in some situations.

In practice, it can be observed that the contractual responsibility is generally limited by using the irresponsibility clauses, which take place in the general terms and conditions. If the field of application of the irresponsibility clauses in individual contracts is restricted, there can be no doubt that the

same restrictions shall be applied to the general terms and conditions. This is because the creditor has no right to change these clauses. Moreover, by going a step further, it can be said that the responsibility clauses, which are legally binding, shall be accepted as invalid, when they are included in general terms and conditions. However, to make this invalidation possible, the legal situation of the creditor should be substantially worsened. This interpretation is also supported by some provisions of the TCO, which are provided on the validity of these irresponsibility clauses (e.g. TCO Art. 301).

Key Words:

1. Contractual responsibility,
2. Limitation by law,
3. Limitation by irresponsibility contracts,
4. Limitation by general terms and conditions,
5. Limitation of responsibility in some types of contracts.

ÖNSÖZ

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda liberal sistemin etkileri yoğun olarak hissedilmiş ve sözleşme serbestîsi ilkesi geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu ilke, sözleşen tarafların menfaatlerini en iyi koruyacak hükümlerin, yine sözleşme hükümleri olacağı düşüncesine dayanır. Ancak taraflar, sosyo-ekonomik bakımdan eşit bir konumda olmadıkları zaman, gerçek anlamda bir sözleşme serbestîsinin varlığından bahsetmek oldukça güçtür. Dolayısıyla bu tür sözleşmelere hukuk düzeni tarafından müdâhale edilmesi gerekmiştir. Bu bağlamda müdâhale edilen sözleşmelerden biri, sözleşme sorumluluğunu ağır bulan borçlunun, bunu sınırlandırmak için alacaklıyla yaptığı sorumsuzluk sözleşmeleridir. Bir diğeri ise, genel işlem koşulu olarak düzenlenen ve sözleşme içeriğine dâhil edilen sorumsuzluk kayıtlarıdır. Bunlara yapılacak müdâhalelerin ne ölçüde olması gerektiği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda öngörülen hükümler çerçevesinde açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira tezin amaçlarından biri, alacaklı lehine düzenlemeler içeren sözleşme sorumluluğuna ilişkin kanunî hükümlerden sapılmasını haklı (ya da haksız) kılan sebepleri ortaya koyabilmektir. Günlük hayatta bu tür hukukî sorunlarla sıklıkla karşılaşılması, bizi bu konuda tez yazmaya sevk etmiştir.

Bir diğeri amaç ise, bizzat kanun koyucu tarafından sözleşme sorumluluğunu sınırlandırmaya yönelik öngörülen hükümlerin neler olabileceğini saptamaktır. Zira denkleştirici adalet, ancak bu sayede sağlanabilir. Ne var ki, yapılan araştırmalar sonucunda, sözleşme sorumluluğunun ne şekilde sınırlandırılabilceği sorununun bir bütün olarak ele alan herhangi bir esere rastlanılmamıştır. Ulaşılan eserler, ya sorumsuzluk sözleşmeleri ya da kanunen sınırlandırma kapsamına giren ölçütlerden biri üzerine yazılmıştır. Bu haliyle sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması sorununun bir bütün olarak ele alınması bir ihtiyaç halini almıştır. Bu ihtiyacı karşılayabilmek için tezin sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması üzerine yazılması kararlaştırılmıştır.

Yazımı kadar tez konusunun belirlenmesi de oldukça sancılı bir dönemdir. Konunun belirlenmesi ve tezin yazımı esnasında karşılaşılan hukukî sorunların çözüme kavuşturulması bakımından değerli görüşlerini benimle paylaşan, kişisel kütüphanesini benden hiç esirgemeyen saygıdeğer hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Ayrıca lisans döneminin ikinci yılında dersimize giren ve Borçlar Hukuku alanında uzmanlaşmak istememde büyük etkisi olan değerli hocam Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'a, kaynaklara ulaşmam konusunda yardımlarını esirgemeyen sevgili hocalarım Prof. Dr. Cemal OĞUZ'a ve Yrd. Doç Dr. Abdulkerim YILDIRIM'a teşekkürü bir borç bilirim.

Yardımlarından dolayı değerli kürsü arkadaşlarım, Arş. Gör. Neslihan ÇUKADAR ile Arş. Gör. Ali TUNCER'e ve Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ'e içtenlikle teşekkür ederim.

Her zaman bana güvenen ve manevî desteğini benden esirgemeyen aileme ne kadar teşekkür etsem azdır.

Ankara, 01.05.2013

Elif AYAN

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xvi

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve TEMEL KAVRAMLAR

§1. KONU	1
I. Konunun Takdimi	1
II. Konunun Önemi	3
III. Konunun Sınırlandırılması	4
§ 2. TEMEL KAVRAMLAR.....	4
I. Sözleşme Kavramı	4
II. Sorumluluk Kavramı	6
III. Sorumluluğun Sınırlandırılması ve Tamamen Kaldırılması Kavramları	8

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN DOĞUMU, KAPSAMI ve FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA GENEL BİR BAKIŞ

§ 3. SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN DOĞUMU ve KAPSAMI.....	10
I. Borçlunun Kendi Davranışlarından Doğan Sorumluluğu	12
A. Şartları	12

1. Borç İlişkisine Aykırılık	12
2. Kusur	14
3. Zarar	16
4. Uygun İlliyet Bağı.....	17
B. Hüküm ve Sonuçları	18
1. Aynen İfa	18
2. Tazminat.....	19
3. Sözleşmeden Dönme	20
II. Borçlunun Yardımcı Kişilerin Davranışlarından Doğan Sorumluluğu .	22
A. Şartları	24
1. İfa Yardımcısı Kullanan Borçlu ile Alacaklı Arasında Mevcut Bir Borç İlişkisinin Varlığı	24
2. Borcun İfasının Yardımcı Kişiye Devri	24
3. Borcun İfasının Yardımcı Kişiye Devrinin Hukuken Mümkün Olması.....	26
4. Zararın İşin İfası Esnasında Gerçekleşmesi	27
5. Farazî Kusurun Varlığı.....	28
6. Zarar ve Uygun İlliyet Bağı	30
B. Hüküm ve Sonuçları	30
§ 4. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA GENEL BİR BAKIŞ	31
I. Roma Hukuk Sistemi.....	31
II. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi	36
III. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi	37

İKİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN KANUNEN SINIRLANDIRILMASI ve SINIRLANDIRMADA KULLANILAN ÖLÇÜTLER

§ 5. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK KUSURLULUK	41
---	-----------

I. Kusur Kavramı	41
II. Kusurun Sözleşme Sorumluluğuna Etkisi	41
A. Genel Olarak	41
B. Sebep Sorumluluğunda Kusurun Ölçüt Olarak Kullanılıp Kullanılamayacağı Sorunu.....	43
C. Kusurluluk Kavramını Açıklayan Teorilerin Sözleşme Sorumluluğuna Etkileri	44
1. Kusurluluk Kavramını Açıklayan Teoriler	44
a. Sübjektif Teori	44
b. Objektif Teori.....	44
2. Kusurluluk Kavramını Açıklayan Teorilerin Sözleşme Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri	45
D. Tazminatta İndirim Sebebi Olarak Kabul Edilen Hallerin Sözleşme Sorumluluğuna Etkileri	46
1. Alacaklının Ortak Kusuru ile Zarara Sebep Olması	47
a. Alacaklının Zarara Razi Olması.....	48
b. Zararın Artmasını Önleyecek Önlemlerin Alınmamış Olması ...	50
2. Borçlunun Ekonomik Durumunun Önemli Ölçüde Bozulması	51
3. Alacaklının Gelir Seviyesinin Aşırı Oranda Yüksek Olması	52
4. Umulmayan Bir Halin Varlığı.....	52
§ 6. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK İVAZLILIK.....	53
I. İvazlı Sözleşmelerde Sorumluluğun Sınırı	53
II. İvazsız Sözleşmelerde Sorumluluğun Sınırı.....	55
A. Genel Olarak	55
B. İvazsız Sözleşmelerde Sorumluluğun Sınırına İlişkin TBK. m. 114, f. 1 Hükmü	55
1. Bağışlama Sözleşmesinde Bağışlayanın Sorumluluğunun Sınırı	57
2. Ücretsiz Olarak Akdedilen Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Sorumluluğunun Sınırı	58
3. Vekâletsiz İş Görenin Sorumluluğunun Sınırı	59

4. Genel Olarak Hatır İçin Görülen İşler.....	60
5. Özel Olarak Hatır İçin Taşıma İlişkileri.....	61
a. Genel Olarak	61
b. Araç Sahibinin Sorumluluğu	62
(1) Haksız Fiil Sorumluluğu Görüşü	62
(2) Sözleşme Sorumluluğu Görüşü	62
(3) Sözleşme Benzeri Bir İlişkinin Mevcut Olduğu Görüşü	63
(4) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	64
c. Sorumluluğun Sınırı.....	65

§ 7. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK UYGUN İLLİYET BAĞI TEORİSİ 68

I. Kavram Olarak Uygun İlliyet Bağı	68
II. Uygun İlliyet Bağı Teorisinin Sözleşme Sorumluluğuna Etkisi	68
A. Genel Olarak	68
B. İlliyet Bağının Kesilmesi.....	69
1. Genel Olarak	69
2. İlliyet Bağını Kesen Haller.....	69
a. Mücbir Sebep	69
b. Zarar Gören Alacaklının Kusurlu Davranışı	70
c. Üçüncü Kişinin Kusurlu Davranışı	72

§ 8. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK HUKUKA AYKIRILIK BAĞI TEORİSİ 73

I. Özel Koruma Normu Kavramı ve Genel Olarak Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi.....	73
II. Hukuka Aykırılık Bağı Teorisinin Sözleşme Sorumluluğuna Etkileri ...	75
A. Genel Olarak	75
B. Hukuka Aykırılık Bağı Teorisinin Belli Başlı Görünüm Şekilleri....	77
1. Sorumluluğun Kişi Yönünden Sınırlandırılması	77
2. Sorumluluğun Davranış İhlalleri Yönünden Sınırlandırılması	79

§ 9. HACZEDİLEMEZLİK VE ÖZEL MALVARLIĞI DEĞERLERİ İLE SORUMLULUK	81
§ 10. MİKTAR ÖLÇÜTÜNE GÖRE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI.....	83
§ 11. ZAMAN ÖLÇÜTÜNE GÖRE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI	86
I. Zamanaşımı Süresinin Kısaltılması	87
II. Hak Düşürücü Sürelerin Kısaltılması.....	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SÖZLEŞME İLE SINIRLANDIRILMASI

§ 12. BİREYSEL SÖZLEŞMELERLE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI.....	92
I. Sorumluluk Doğmadan Önce Sınırlandırma (Sorumluluk Sözleşmesi)	93
A. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Tanımı, Kuruluşu, Geçerlilik Şekli ve Hukukî Niteliği	94
1. Tanımı	94
2. Kuruluşu	95
3. Geçerlilik Şekli	96
4. Hukukî Niteliği.....	97
B. Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumsuzluk Sözleşmesinin Akıbeti .	99
1. Genel Olarak	99
2. Borçlunun Kendi Davranışlarıyla İlgili Sorumsuzluk Sözleşmesi Yapması (TBK. m. 115).....	100
a. Genel Olarak	100
b. Ağır Kusurun Varlığı Halinde Sorumsuzluk Sözleşmesinin Akıbeti.....	102
(1) Ağır Kusur Kavramı	102

(2) Ağır Kusurun Sorumsuzluk Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri ...	102
c. Hafif Kusurun Varlığı Halinde Sorumsuzluk Sözleşmesinin Akıbeti.....	103
(1) Alacaklı ile Borçlu Arasında Hizmet Sözleşmesinin Mevcut Olması	104
(2) Borçlunun, Uzmanlık Gerektiren Bir İş İcra Etmesi	110
(i) Borçlunun, Hükümet Tarafından Verilen Bir İmtiyazla Hareket Etmesi.....	114
(ii) Borçlunun, Kamu Hukuku Tüzel Kişisi Olması	116
3. Yardımcı Kişilerin Davranışlarıyla İlgili Sorumsuzluk Sözleşmesi Yapılması (TBK. m. 116).....	117
a. Genel Olarak	117
b. Borçlunun, Uzmanlık Gerektiren Bir İş İcra Etmesi.....	119
c. Borcun, Alacaklı ile İfa Yardımcısı Kullanan Borçlu Arasındaki Hizmet Sözleşmesinden Doğması	120
C. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünün Asıl Sözleşme Üzerindeki Etkileri.....	122
1. Genel Olarak	122
2. Kısmî Hükümsüzlük Kavramı.....	122
3. Kısmî Hükümsüzlüğün Tam Hükümsüzlüğe Dönüşüp Dönüşmeyeceği Sorunu	125
D. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkileri	126
1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kavramı	127
2. Sorumsuzluk Sözleşmesinin, Edime Belli Oranda Yakınlığı Bulunan Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu....	129
3. İfa Yardımcılarının Sorumsuzluk Sözleşmesinden İstifade Edip Edemeyeceği Sorunu	130
E. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Haksız Fiil Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri.....	131
1. Sorumsuzluk Sözleşmesi ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Sınırlandırılıp Sınırlandırılmayacağı Sorunu	131
2. Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğunun Birleşmesi Halinde Sorumsuzluk Sözleşmesinin Uygulanma Kabiliyeti	133

II. Sorumluluk Doğduktan Sonra Sınırlandırma	134
A. Genel Olarak	134
1. Sulh Sözleşmesi	135
2. İbra Sözleşmesi	136
B. Sorumluluk Doğduktan Sonra Akdedilen Bireysel Sözleşmelerin Sorumluluk Hukukuna Etkileri.....	137
§ 13. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI SORUNU	138
I. Genel İşlem Koşullarının Hukuken Düzenleme Altına Alınmasının Gerekliliği	138
II. Genel İşlem Koşullarının Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği	140
A. Tanımı	140
B. Unsurları	141
1. Varlığı Zorunlu Olan Unsurlar	142
a. Sözleşme Kurulmadan Önce Hazır Olmalıdır.....	142
b. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılabilmek İçin Düzenlenmiş Olmalıdır	143
c. Taraflardan Biri, Bu Koşulları Sözleşme İçeriği Haline Getirebilmek İçin Diğer Tarafa Dayatmalıdır	144
2. Varlığı Zorunlu Olmayan Unsurlar	145
C. Hukukî Niteliği.....	146
III. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi ...	147
A. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Yürürlük (Bağlayıcılık) Denetimi.....	148
1. Genel Olarak	148
a. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Açıkça Bildirilmesi.....	151
b. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İlân Suretiyle Bildirilmesi.....	153
2. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Aykırı Olması	155

3. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Sorunu	157
B. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması	159
C. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçerik (Geçerlilik) Denetimi	162
1. Genel Olarak	162
2. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçeriklerinin Denetiminde Temel Ölçüt Olarak Dürüstlük Kuralı	166
3. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçeriklerinin Denetiminde Ölçüsüz Bir Mağduriyet İlişkisinin Gerekliliği	169
a. Sorumsuzluk Kayıtları ile Kanunî Düzenlemenin Temelinde Yatan Amacın Bertaraf Edilmesi	171
b. Sorumsuzluk Kayıtları ile Sözleşmenin Doğasından Kaynaklanan Temel Hak ve Borçların Sınırlandırılması	174
4. Genel İşlem Koşullarının Değiştirilerek, Girişimciye Sorumsuzluk Kaydı Getirme Yetkisinin Tanınması	175
5. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Açık ve Anlaşılır Olması	177
6. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimine Aykırılığı	178

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILDIĞI BAZI ÖZEL HALLER

§ 14. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI..... 181

I. Ayıba Karşı Tekeffüle İlişkin Akdedilen Sorumsuzluk Sözleşmeleri .	182
A. Genel Olarak	182
1. Ağır Kusurun Varlığı Halinde	183
2. Diğer Hallerde.....	186
B. Tüketici Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğunun Sınırı	187
C. Üreticinin Sorumluluğunun Sınırı	189

II. Zapta Karşı Tekeffüle İlişkin Akdedilen Sorumsuzluk Sözleşmeleri .	191
A. Gizlemenin Söz Konusu Olması Halinde	191
B. Diğer Hallerde.....	192
§ 15. KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI.....	193
§ 16. TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI.....	197
I. Kanunen Sınırlandırma	198
A. Kara Yolu Taşımacılığı	198
B. Deniz Yolu Taşımacılığı.....	200
C. Hava Yolu Taşımacılığı	202
II. Sözleşmeyle Sınırlandırma	203
A. Kara Yolu Taşımacılığı	204
B. Deniz Yolu Taşımacılığı.....	207
C. Hava Yolu Taşımacılığı	207
SONUÇ.....	209
KAYNAKÇA	215

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
ABHKD.	: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı Dergisi
Art.	: Article
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
EİK.	: Elektronik İmza Kanunu
e.g.	: exempli gratia
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GİK.	: Genel İşlem Koşulları
GİŞ.	: Genel İşlem Şartları
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İK.	: İş Kanunu
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFD.	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHEY.	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını
K.	: Karar Numarası
KTK.	: Kara Yolları Trafik Kanunu

MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
MÜHFHAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TAHD.	: Terazî Aylık Hukuk Dergisi
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCO.	: Turkish Code of Obligations
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
TSHK.	: Türk Sivil Havacılık Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YD.	: Yargıtay Dergisi
Y.	: Yargıtay
HD.	: Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve TEMEL KAVRAMLAR

§1. KONU

I. Konunun Takdimi

Tezin konusunu, sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması oluşturmaktadır.

1 Temmuz 2012 tarihi itibarı ile yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan borçlunun sorumluluğu ve bu sorumluluğun sınırlandırılmasıyla ilgili hükümlerin önemli bir kısmında değişiklik yapmıştır. Yapılan bu değişikliklerin, belli bir sistematik içerisinde açıklanmasının gerekliliği karşısında, bu alan, tez konusu olarak belirlenmiştir.

Tez, giriş ve sonuç hariç olmak üzere toplam dört bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması ile ifade edilmek istenen hususun ne olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi için sözleşme ve sorumluluk kavramları ile sorumluluğun sınırlandırılması ve tamamen kaldırılması kavramları üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümde borçlunun sözleşme sorumluluğunun hangi hallerde doğabileceği tespit edilmeye çalışılmıştır. Burada borçlunun kendi davranışlarının yanı sıra, hukukî konumunun iyileştirilmesinde önemli ölçüde rol oynayan ifa yardımcılarının davranışlarından da sorumlu olabileceği ortaya konulmuş ve bu sorumluluğun koşulları ile hüküm ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Ayrıca Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri ile bütün hukuk sistemlerinin temelini oluşturan Roma Hukukunda sözleşme sorumluluğu ve bu sorumluluğun sınırlandırılması sorununun nasıl değerlendirildiği ele alınmıştır.

İkinci bölümde Türk Hukukunda sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması sorununa ilişkin kabul edilen çözüm önerileri hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunulmaya başlanmıştır. Bu kapsamda öncelikle,

böyle bir sınırlandırmaya ihtiyaç duyulmasının temel sebebi ortaya konulmuştur. Bu yapılırken de, TBK. m. 114 gereğince borçlunun sorumluluğunun oldukça geniş tutulduğu kanaatine varılmıştır. Söz konusu hüküm ile taraflar arasındaki menfaat dengesi borçlu aleyhine bozulmuştur. Bundan dolayı kanun koyucu, öngörmüş olduğu bazı hükümlerle borçlunun sorumluluğunu belli açılardan sınırlandırıp, bozulan menfaat dengesini yeniden düzeltmeye çalışmıştır. Üstelik kanun koyucu, bununla da yetinmeyip, taraflara da TBK. m. 114'ün aksine düzenlemede bulunma imkânı tanımıştır. İşte bizzat kanun koyucunun iradesiyle borçlunun sorumluluğunun sınırlandırıldığı haller, kanunî sınırlandırma üst başlığı altında ikinci bölümde incelenmiştir. Bu kapsamda kusurun ağırlığı, uygun illiyet bağının zayıflaması ve kesilmesi hallerinin yanı sıra, sözleşmenin ivazsız olmasının borçlunun sorumluluğu üzerindeki etkileri değerlendirilmiştir. Ayrıca esas olarak haksız fiil sorumluluğunda uygulanma kabiliyeti bulunan hukuka aykırılık bağı teorisinin, sözleşme sorumluluğu bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. İşaret edilmelidir ki, bu hallerin ortak özelliği, tarafların herhangi bir sözleşme yapmış olmalarına gerek kalmadan, borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılacak olmasıdır. Ancak aynı başlık altında değerlendirilen ve sorumluluğun sınırlandırılmasında ölçüt olarak kabul edilen miktar, zaman ve belli malvarlığı değerleri, aynı zamanda bireysel sözleşmelere de konu olabilir.

Borçlunun sözleşme sorumluluğunun, sözleşme yoluyla ne şekilde sınırlandırılabilceği sorununun ele alındığı üçüncü bölümde ise, ikili bir ayrıma gidilmiştir: İlk olarak, borçlunun, alacaklısı ile karşılıklı müzakerelerde bulunmak suretiyle akdettiği bir sorumsuzluk sözleşmesinin, hangi hallerde geçerli sayılabileceği saptanmaya çalışılmıştır. Ardından ise, genel işlem koşulları içerisinde, yalnız borçlunun iradesine uygun olarak hazırlanan bir sorumsuzluk kaydı karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Nihayet dördüncü bölümde ise, kanunda belli başlı sözleşme tipleri için öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti araştırılmış ve bu esnada TBK. m. 115 ve 116 hükümleri de dikkate alınmıştır. Ancak burada incelenen satış,

kira ve taşıma sözleşmeleri dışında başka sözleşme tipleri hakkında da kanunda özel düzenlemelerin mevcut olduğu, her zaman için göz önünde bulundurulmalıdır.

Sonuç bölümünde ise, konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır.

II. Konunun Önemi

Uygulamada borçlu, oldukça sık bir şekilde sözleşmeden doğan sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Bunu yaparken borçlunun başvurabileceği birden fazla hukuki yol vardır. Şöyle ki, karşılıklı müzakereler sonucunda yürürlüğe giren sorumsuzluk sözleşmeleri bunlardan birisidir. Burada alacaklının kabul beyanıyla birlikte borçlu, bazı kusurlu davranışlarından tamamen ya da kısmen sorumlu olmaktan kurtulmaktadır. Bir diğeri ise, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarıdır. İlk durumdan farklı olarak, burada alacaklının söz konusu kayıtlarda değişiklik yapması mümkün değildir. Dolayısıyla alacaklının kabul yönündeki iradesinin gerçeği yansıttığını söylemek oldukça güçtür. Zira verilen hizmetlerden yararlanmak için alacaklı, borçlu tarafından tek taraflı olarak hazırlanan genel işlem koşulları içerisindeki sorumsuzluk kayıtlarını kabul etmek durumunda kalmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde gerek sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetiyle ilgili getirilen sınırlandırmaların neler olduğunun, gerekse genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kayıtlarının hangi hallerde geçerli (ya da geçersiz) olduğunun belirlenmesi, borçlunun sorumluluğunun sınırı ile ilgili uygulamada karşılaşılan sorunların çözüme kavuşturulması bakımından önemlidir. Üstelik bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan hükümlerin büyük bir bölümünde değişiklik yapılmıştır. Tezde bu değişikliklerin belli bir plân dâhilinde değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Sözleşme sorumluluğuna ilişkin TBK. m. 112 vd. hükümlerinde borçlunun sorumluluğu bir hayli ağır tayin edilmiştir. İfa yardımcılarının davranışlarından da sorumlu olan borçlu, sorumluluktan kurtulabilmek için herhangi bir kurtuluş kanıtı getirme imkânına sahip değildir. Bu da, taraflar

arasındaki menfaat dengesinin borçlu aleyhine bozulmasına sebep olmuştur. Kanun koyucu, bu durumu telafi edebilmek için belli hallerde borçluyu sorumlu tutmamış; belli hallerde ise sorumluluğunu daha hafif şiddette tayin etmiştir. Zira hakkaniyet ilkesi bunu gerektirmektedir. Tezin amaçlarından bir diğeri, borçlunun sorumluluğu sınırlandırılırken kanun koyucu tarafından kullanılan ölçütlerin neler olduğunu ortaya koyabilmektedir. Zira yapılan araştırmalar sonucunda görülmektedir ki, Türk Hukukunda bugüne kadar sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması sorunu bir bütün olarak inceleme konusu yapılmamıştır; daha çok kanunî sınırlandırma ölçütlerinden bazıları üzerinde durulmuştur ya da tek başına sorumsuzluk sözleşmeleri ile sınırlandırma konusu incelenmiştir. Bu itibarla sorunun bir bütün olarak değerlendirilmesi önemli bir hal almıştır.

III. Konunun Sınırlandırılması

Hukuk sistemizde sorumluluğun kaynağı ile ilgili olarak farklı tasnifler yapılmaktadır. Buna göre, sorumluluk, sözleşmeden doğabileceği gibi, haksız fiilden ya da kanun hükmünden de doğabilir. Tezde sadece sözleşme sorumluluğu ve bunun ne şekilde sınırlandırılabilirliği üzerinde durulmuştur. Bunun dışında diğer sorumluluk kaynakları hakkında açıklama yapılmamıştır. Ancak TBK. m. 114/f. 2’de sözleşme sorumluluğunun sınırı tespit edilirken haksız fiil hükümlerine yollamada bulunulmuştur. Bundan dolayı özellikle haksız fiillerde tazminat tutarını belirlerken göz önünde bulundurulacak ölçütler, burada inceleme konusu yapılmıştır.

§ 2. TEMEL KAVRAMLAR

I. Sözleşme Kavramı

TBK. m. 1 uyarınca *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”*. Buna göre, sözleşme, genel olarak tarafların belirli bir hukukî sonuç elde etmek için iradelerini karşılıklı ve

birbirine uygun şekilde beyan ettiği, iki ya da çok taraflı bir hukukî işlemdir¹. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, sözleşmeler, hukukî bir işlem niteliğine sahip olmalarının yanı sıra, hukukî bir ilişki de doğurmaktadırlar². Sözleşme hukukunda bu hukukî ilişki, sözleşme ilişkisi olarak da adlandırılmakta ve bunun kurucu ve bağlayıcı olmak üzere iki önemli sonucunun bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, kurucu sonuç ile sözleşme ilişkisinin taraflar için birtakım hak ve yükümlülükler doğurması; bağlayıcılık sonucu ile kural olarak sözleşme ilişkisinin tarafların tek taraflı irade beyanları ile sona erdirilemeyeceği anlatılmak istenmektedir³.

Doktrinde sözleşme kavramı, farklı ekonomik menfaatleri gerçekleştirmek isteyen kişiler arasında yeni bir borç ilişkisi kurmak, daha önce mevcut olan bir borç ilişkisinde değişiklik yapmak yahut söz konusu ilişkinin hüküm ve sonuç doğurmasını sona erdirmek amacıyla yapılan hukukî işlem şeklinde de tanımlanmaktadır⁴.

Genel olarak sözleşmelerin kurulabilmesi için en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanununda sözleşmeler, genellikle iki taraflı olarak değerlendirilmiş ve buna göre onlar hakkında uygulanacak hükümler ihdas edilmiştir. Ancak doktrinde taraf sayısı ikiden fazla olan sözleşmeler için de, söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵.

Kural olarak sözleşen taraflardan hangisi, hukukî sonuç doğurmaya yönelik zaman bakımından önce iradesini beyan etmişse, onun beyanı öneri;

¹ Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, C. 1, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 165; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 49 (C. 1); Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 53. Doktrinde TBK. m. 1'de sözleşme kavramı tanımlanırken, hukukî sonuçtan bahsedilmemesi isabetli görülmemektedir. Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 200 (Borçlar Hukuku); Antalya, O. Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 146.

² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 203; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 43.

³ Antalya, s. 147, 148.

⁴ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 51.

⁵ Nomer, Halûk N.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 21; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 50.

buna karşılık diğer tarafın öneriye uygun olarak daha sonra açıkladığı irade beyanı ise, kabul olarak adlandırılmaktadır⁶. İşte sözleşme de öneriye uygun açık ya da zımnî bir şekilde belirtilen kabul beyanının karşı tarafa ulaşması ile birlikte kurulur ve kural olarak o andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar⁷. Ancak bu beyanlar arasında herhangi bir uygunsuzluk mevcutsa (sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarıyla ilgili herhangi bir anlaşmazlık halinde); sözleşme hiç kurulmamış sayılır, diğer bir deyişle yokluk yaptırımına tâbi olur⁸.

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için kurulmuş olması da tek başına yeterli değildir. Ayrıca geçerliliği için Türk Borçlar Kanununda öngörülen koşulları⁹ da bünyesinde barındırması gerekir. Aksi halde sözleşme kesin hükümsüz sayılır¹⁰.

II. Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk kavramı, doktrinde iki ayrı hukukî durumu ifade etmek için kullanılmaktadır: İlk olarak, bu kavram ile borcun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde, icra organları marifetiyle borçlunun malvarlığı değerlerine başvurulması anlatılmak istenmektedir. İkinci olarak ise, söz konusu kavram, zarar verenin verdiği bu zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu anlamına gelir. Burada bahsedilen tazminat yükümlülüğü, sözleşme veya haksız fiilden doğabileceği gibi, kanundan, vekâletsiz iş görmeden veya sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir. Doktrinde ilk olarak verilen tanım

⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 95; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 243; Kılıçoğlu, s. 55; Nomer, s. 24; Antalya, s. 168.

⁷ İnan, Ali Naim; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 114, 115; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 258; Kılıçoğlu, s. 69; Reisoğlu, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 69. Sözleşmenin kabul beyanının gönderilmesiyle birlikte kurulduğu yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 95.

⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 236; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 71; Reisoğlu, s. 63; Erdoğan, İhsan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gazi Kitabevi, Ankara 2006, s. 80 (Borçlar Hukuku). Sadece objektif esaslı noktalar üzerinde tarafların anlaşma sağlamasının, sözleşmenin kurulması bakımından yeterli olacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 177. Diğer taraftan ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olması sözleşmenin kurulmasını engellemez (TBK. m. 2/f. 1).

⁹ Geçerlilik koşulları, TBK. m. 27'de sayılmıştır. Buna göre, sözleşmenin konusu imkânsız olmamalı, ayrıca sözleşme, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı bir nitelik taşımamalıdır.

¹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 239; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 85, 86; Antalya, s. 147.

yerine “ile sorumluluğu”, ikinci tanım için ise “-den sorumluluğu” kavramları kullanılmaktadır¹¹. Sorumluluk hukuku denildiğinde, esas olarak tazminat sorumluluğunun karşılığı olan “-den sorumluluğu” kastedilmekte¹² ve bununla aynı anlamda hukukî sorumluluk kavramı da kullanılmaktadır¹³.

Hukukî sorumluluk halleri, genel olarak sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk şeklinde iki ayrı başlık altında değerlendirilebilir¹⁴. Sözleşme dışı sorumluluk derken, herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi, failin hukuka aykırı davranışı ile yol açtığı zararlı sonuçlardan sorumlu olduğu anlatılmak istenmektedir. Bununla da kastedilen, esas olarak haksız fiil sorumluluğudur¹⁵. Sözleşme sorumluluğu ise, ilerleyen başlıklarda inceleneceği için burada açıklama yapılmamıştır.

Belirtilmelidir ki, hukukî sorumluluğun kabul edilmesi ile sağlanmak istenen temel amaç, zarar görenin hukukî konumunu, zarar meydana gelmeden önceki ana öteleyebilmektir. Bu da, ancak zarar oranında hükmedilecek bir tazminatla mümkün olabilir. Bunun dışında henüz zarar doğmadan bunun doğacağına ilişkin emarelerin varlığı halinde, zararın gerçekleşmesini önlemek ve zarar ortaya çıktıktan sonra zarar verenin söz

¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 18-21; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 83, 84; Karahasan, Mustafa Reşit; **Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 60 (Sorumluluk Hukuku); Kaplan, İbrahim; **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İmaj Yayınevi, Ankara 2009, s. 35, 36 (Genel Hükümler); Akıncı, Şahin; **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 3. Bası, Sayram Yayınları, Konya 2006, s. 48.

¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 83, 84; Antalya, s. 407. Doktrinde “-den sorumluluğu”, genellikle borç kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Bununla beraber her ne kadar sorumluluk her zaman borç anlamına gelse de, bütün borçların, sorumluluk doğurmasının söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 20, 21.

¹³ İnan, s. 247; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 36; Tiftik, Mustafa; **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s. 33.

¹⁴ Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 62; Tiftik, s. 33. Doktrinde sözleşme dışı sorumluluk için dar anlamda sorumluluk, sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk hallerinin tamamı için geniş anlamda sorumluluk da denilmektedir. Antalya, s. 48; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 491. Bunun dışında vekâletsiz iş görme ve nafaka gibi kanundan doğan borçları karşılamak üzere kanunî sorumluluk şeklinde ayrı bir ayrıma daha yer verildiği görülmektedir. İnan, s. 248. Yine kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu şeklinde üçlü ayrımlara da rastlanılmaktadır. Kaplan, **Genel Hükümler**, s. 35.

¹⁵ Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 62; İnan, s. 249; Tiftik, s. 33, 34.

konusu zararı gidermesini temin edebilmek de söz konusu amaçlar arasında zikredilebilir¹⁶.

III. Sorumluluğun Sınırlandırılması ve Tamamen Kaldırılması Kavramları

Doktrinde borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun sınırlandırılması ile tamamen kaldırılması kavramlarının birbirinden farklı olduğu ileri sürülmektedir. Zira sorumluluğun sınırlandırılması halinde, borçlunun sorumluluğu bir bütün olarak ortadan kaldırılmamakta, sadece belli hallerde sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık sorumluluk tamamen kaldırıldığında ise, artık alacaklı, borçluyu sorumlu tutabilme olanağını yitirmiş olmaktadır. Fakat kanun koyucu, emredici nitelikte kaleme aldığı hükümlerle, alacaklının hukukî konumunun zedelenmesinin önüne geçmeye çalışmıştır. Bu teorik ayrıma rağmen esasında her iki halde de alacaklının ekonomik ve hukukî konumu zayıflamaktadır¹⁷. Bu sebeple sorumluluğun sınırlandırılması kavramı, geniş anlamda değerlendirildiğinde, sorumluluğun tamamen kaldırılması halini de kapsamaktadır. Zira sorumluluğun tamamen kaldırılması ile sorumluluğun tamamen sınırlandırılması hali anlatılmak istenmektedir.

Sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılabilmesi için her şeyden önce sorumluluğunun doğması için aranan koşulların tamamı gerçekleşmiş olmalıdır. Zira sorumluluk doğmadan önce onun sınırlandırılmasından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca normal koşullarda hükmedilecek olan tazminat tutarının, hukuken daha az şiddette takdir edilmesini mümkün kılacak haklı bir sebep mevcut olmalıdır. Bu haklı sebep, bizzat kanun koyucunun iradesinden doğabileceği gibi, kanunen geçerlilik tanındığı ölçüde tarafların iradelerinin uyuşmasından da doğabilir.

Tezde kanunî ve sözleşme ile sınırlandırma şeklinde iki ayrı başlık altında ele alınan sorumluluğu sınırlandıran haller, Alman Hukukunda üç ayrı başlık altında incelenmektedir. Bu ayrım, gerçek ve dolaysız sınırlandırma,

¹⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 514, 515; Antalya, s. 408; Tiftik, s. 61, 62.

¹⁷ Başalp, Nilgün; **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 48, 49.

gerçek ve dolaylı sınırlandırma ile gerçek olmayan sınırlandırma şeklinde yapılmaktadır. Gerçek ve dolaysız sınırlandırma kavramı ile, tazminat sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılması ya da belirli bir miktarla sınırlandırılması, aynı şekilde ayıba karşı tekeffül için söz konusu olan seçimlik haklardan bazılarının kullanılamayacağının kararlaştırılması, gecikme halinde umulmayan halden dolayı sorumlu olunmayacağının belirlenmesi gibi haller anlatılmak istenmektedir. Diğer taraftan gerçek ve dolaylı sınırlandırma kavramı ile, zamanaşımı süresinin azaltılması, gecikme halinde ihtar ve mehle ilişkin koşullarının ağırlaştırılması gibi haller ifade edilmeye çalışılmaktadır. Nihayet gerçek olmayan sınırlandırma ile, esasen alacaklının gecikmeden dolayı borçlunun sorumluluğuna gidebilme imkânının tamamen bertaraf edildiği haller kastedilmektedir. Örneğin, alacaklı, sorumluluk için aranan maddî ve şekli tüm koşulları yerine getirse dahi borçlunun edimini ifa edip etmemede tamamen serbest bırakılması gibi. Doktrinde aksi görüşler olsa da, hâkim görüş, bu hallerde sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti ile ilgili kanunda öngörülen hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğinden yanadır¹⁸.

¹⁸ Atamer, Yeşim; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 250, dn. 64 (GİŞ).

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN DOĞUMU, KAPSAMI ve FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA GENEL BİR BAKIŞ

§ 3. SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN DOĞUMU ve KAPSAMI

Sözleşme sorumluluğu, borçlunun sözleşme ilişkisinden doğan borcunu (ki bu borç, sadece verme değil, yapma ve yapmama şeklinde de olabilir), tam ve sözleşmede kararlaştırılan özelliklere uygun olarak yerine getirme yükümlülüğünü ihlâl etmesi anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, borçlunun borca aykırı davranması halinde, alacaklının bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olması demektir. Bu sorumluluk türünde, sözleşme dışı sorumluluğun aksine, taraflar arasındaki hukukî ilişki zarar ortaya çıkmadan önce mevcuttur; zaten sorumluluk da bu hukukî ilişkiden doğan borcun ifa edilmemesinden kaynaklanmaktadır¹⁹.

Sözleşme sorumluluğu, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğabileceği gibi, bunun özel bir türü olan temerrütten yahut edimin ifasının borçlunun kusuru ile imkânsız bir hale gelmesinden de doğabilir²⁰. Hatta tartışmalı olmakla birlikte, “culpa in contrahendo sorumluluğunun” da sözleşme sorumluluğuna yol açacağı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir²¹.

¹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 508, 509; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 63, 64.

²⁰ Tandoğan, Halûk; **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 414 (Mesuliyet Hukuku); Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1027; Kılıçoğlu, s. 632; Nomer, s. 221; Reisoğlu, s. 342.

²¹ Buna göre, borçlu, sözleşme görüşmelerinin devam ettiği bir dönemde sözleşmenin kurulması açısından önem arz eden bazı hususları açıklamaktan kaçınır, bunlarla ilgili alacaklıyı yanlış bilgilendirir yahut sözleşme yapma amacı olmamasına karşın, sanki sözleşme yapacakmış gibi alacaklıyı haklı birtakım beklentiler içerisine girmeye sevk ederse, yapılan görüşmeler sözleşme ile sonuçlanmasa bile, borçlu, alacaklının sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulacağına ilişkin duyduğu haklı güvenin sarsılmasının karşılığı olan (menfi) zararları tazmin etmelidir. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 408; Serozan, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. 3, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 248 vd. (İfa Engelleri); İnal, H. Tamer; **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, 2. Bası, Papatya Yayınları, İstanbul 2009, s. 59 vd. (Borca Aykırılık).

Sorumluluk temerrütten doğduğunda, artık genel olarak borcun gereği gibi ifa edilmemesi halini düzenleyen TBK. m. 112 hükmü değil, kanunda özel olarak bu hali düzenleyen TBK. m. 117 vd. hükümleri uygulama alanı bulur²². Buna karşılık borçlu kusuru ile imkânsızlığa yol açmış ise, bu konu kanunda ayrıca açık bir şekilde hüküm altına alınmadığından, borçlunun sorumluluğu hakkında genel bir hüküm olan TBK. m. 112'ye başvurulur²³. Aslında TBK. m. 112, sözleşme sorumluluğu dışında sorumluluğu doğuran bütün hallere uygulanabilir²⁴. Ancak diğer sorumluluk hallerine ilişkin kanunda özel düzenlemeler mevcut olduğundan, bu hüküm, özellikle sözleşme sorumluluğunu gerektiren borca aykırılık halleri bakımından önem taşır²⁵. Yapma ve yapmama borçlarında ise, sözleşmeye aykırı davranıldığında sorumluluğun ne olacağı özel olarak TBK. m. 113'te belirtilmiştir²⁶. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun Özel Borç İlişkileri başlığını taşıyan ikinci bölümünde de bazı sözleşme tipleri için sözleşme sorumluluğuna sebep olacak hallere yer verilmiştir. Örneğin, satış veya kira sözleşmelerinde söz

²² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 405; Feyzioğlu, F. Necmeddin; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 229; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 398. İfası mümkün olan ve muaccel hale gelen bir borcun zamanında yerine getirilmemesi temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması ile sonuçlanır. Böyle bir durumda alacaklı, borçluya kural olarak ihtar çekmek ve mehil vermek suretiyle kendisine tanınan seçimlik hakları (ki bunlar, aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ile sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminidir) kullanabilir. Kaplan, **Genel Hükümler**, s. 111 vd.; Önen, Turgut; **Borçlar Hukuku**, 4. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996, s. 210 vd. Buna karşılık doktrinde temerrütle borcun gereği gibi ifa edilmemesi arasında kesin sınırlar çizilmesinin söz konusu olmadığı, gerektiğinde TBK. m. 117 vd. hükümlerinin, temerrüt dışında kalan diğer gereği gibi ifa etmeme hallerinde de uygulanabileceği ifade edilmektedir. Uygur, Turgut; **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 3, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 3125.

²³ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 388; Feyzioğlu, s. 175. İmkânsızlığın meydana gelmesinde borçlunun herhangi bir kusuru mevcut olmasa idi, TBK. m. 136 vd. hükümleri uygulama kabiliyeti bulurdu. Bu halde borçlunun sorumluluğu sona ererdi. Ancak bunun için sözleşme kurulmadan önce imkânsızlığın mevcut olmaması gerekir. Zira sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan bir imkânsızlık, TBK. m. 27 gereğince sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olur. Aral, Fahrettin; **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 70. Böyle bir halde de borca aykırılıktan söz edilmesinin hiçbir anlamı yoktur, Aybay, Aydın; **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 131.

²⁴ Aral, s. 69; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 62; Aybay, s. 135.

²⁵ İnal, **Borca Aykırılık**, s. 62; Aybay, s. 135.

²⁶ Önen, s. 210. TBK. m. 113'e göre, "Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir."

konusu olan ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümleri bu kapsamda değerlendirilebilir²⁷.

I. Borçlunun Kendi Davranışlarından Doğan Sorumluluğu

Borçlu, borcunu ifa ederken sözleşme hükümlerine uygun davranmalıdır. Borçlu, borç ilişkisine aykırı davranır ve bunun sonucunda alacaklı zarar görürse, onun uğradığı zararları gidermek zorundadır. Ancak borçlunun kendi davranışlarından sorumlu olabilmesi için borca aykırılığın söz konusu olması ve zararın ortaya çıkması tek başına yeterli değildir. Bunun dışında kural olarak borçlunun kusurlu olması ve zararla borca aykırı davranış arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir²⁸.

A. Şartları

1. Borç İlişkisine Aykırılık

Borç ilişkisine aykırılık, borcun hiç veya sözleşmede kararlaştırılan şekilde (nitelik, miktar ve yer bakımından gerektiği gibi) ifa edilmemesi yahut borç muaccel olmasına rağmen borçlunun ifada gecikmiş olması halidir²⁹. Taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisinin söz konusu olmadığı hallerde, borç ilişkisine aykırılıktan, dolayısıyla sözleşme sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. O nedenle bunun mevcut olabilmesi için ilk olarak taraflar arasında mevcut bir borç ilişkisi kurulmuş olmalıdır³⁰. Diğer taraftan alacaklının borç ilişkisine aykırı olan ifaları kabul etme zorunluluğu

²⁷ Ayıba ve zapta karşı tekeffülün, borçlunun temerrüdü gibi gereği gibi ifa etmemenin özel bir türü olup olmadığı hususunda doktrinde fikir birliğine varılamamıştır. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 406; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 243. Bunun mümkün olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 665, 666; Uygur, s. 3131; Aral, s. 151.

²⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1051; Kılıçoğlu, s. 636 vd.

²⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1051; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 851; Kılıçoğlu, s. 636; Reisoğlu, s. 346; İnan, s. 466, 467; Önen, s. 209. Borç ilişkisine aykırılık, nispi bir hukuka aykırılık olarak da değerlendirilmektedir. Kaneti, Selim; **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı Kitabevi, İstanbul 2007, s. 145.

³⁰ Aksi halde koşulları varsa haksız fiil sorumluluğu doğar. Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 415; İnan, s. 473.

bulunmamasına rağmen bir şekilde bu ifaları kabul etmiş olması, borçlunun sözleşme sorumluluğundan kurtulduğu anlamına gelmemektedir³¹.

Borç ilişkisine aykırılık kavramı, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi (TBK. m.112), borçlunun temerrüdü (TBK. m.117-126) ile kusurlu imkânsızlık hallerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır³². Esasen TBK. m. 112'deki hiç veya gereği gibi ifa edilmeme kavramı geniş anlamda kullanıldığında, temerrüt ve kusurlu imkânsızlık halini de bünyesinde barındırmaktadır³³. Yani, kararlaştırılan zamanda sözleşme ilişkisinden doğan aslî veya yan edim³⁴ yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Aynı değerlendirme, sözleşme geçerli olarak kurulmasına rağmen sonradan borçlunun, kusuruyla sözleşmeden doğan edimin ifasını tamamen ya da kısmen bir daha mümkün olmayacak bir hale getirmesi için de yapılmalıdır. Fakat temerrüt hali, kanunda özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Kusurlu imkânsızlık halinde ise, edimin aynen ifası talep edilememektedir. Buradan hareketle, dar anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramının, bu iki hal dışında

³¹ Önen, s. 229; Uygur, s. 3130; Akıncı, s. 240.

³² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1036; Tunçomağ, Kenan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 489.

³³ Akıncı, s. 240; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 852. Kusurlu imkânsızlık hali, hiç ifa edilmeme kapsamında değerlendirilmektedir. İnan, s. 466. Buna karşılık temerrütte borç er ya da geç ifa edilebilir bir özellik taşımaktadır. Binatlı, Yusuf Z.; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara 1978, s. 254.

³⁴ Borçlu, sözleşme ilişkisini karakterize eden aslî edim yükümlülüklerini yerine getirmekle sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş sayılmaz. Borçlunun bunun dışında aslî edim yükümlülüğünün sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirilmesine doğrudan ya da dolaylı olarak yardımcı olan bazı yükümlülükleri daha vardır. Bunlar, yan edim yükümlülükleri olarak adlandırılır. Söz konusu yükümlülükler de kendi içinde ifaya yardımcı yan edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır. İfaya yardımcı yan edim yükümlülükleri, borçlunun, sözleşme konusu şeyin kullanımı, özellikleri gibi konularda alacaklıyı bilgilendirmesi ve ifada bulunurken dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde hareket etmesi anlamına gelir. Buna karşılık koruma yükümlülüğü ise, borçlunun, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer malvarlığı ve şahıs varlığı değerlerinde meydana gelebilecek zarar verici davranışlardan kaçınmasını ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1049, 1050; Kocayusufpaşaoğlu, s. 11, 12; Antalya, s. 11-13.

borca aykırılık niteliği bulunan diğer halleri, özellikle kötü ifa³⁵ ile yan edim yükümlülüklerinin ihlâlini kapsadığı söylenebilir³⁶.

TMK. m. 6 gereğince alacaklı, alacak hakkının mevcut olduğunu ve borçlunun borç ilişkisine aykırı davrandığını kanıtladıktan sonra, bunun aksini kanıtlama külfeti borçluya geçer³⁷.

2. Kusur

Sözleşme ilişkilerinde kusur, borçlunun davranışının, hukuk düzenince benimsenen esaslardan ayrılması sebebi ile kabul görülmemesidir. Türk ve İsviçre Hukukunda sözleşme sorumluluğu, kural olarak kusur esası üzerine inşa edilmiştir. Ancak her iki hukuk sisteminde de hakkaniyet duygusu, zayıf tarafı koruma gibi gerekçelerle, bu kurala ilişkin birtakım istisnalar öngörülmüştür. Sebep sorumluluğu olarak kabul edilen bu hallerde³⁸, borçlunun kusursuz dahi olsa sorumluluğunun devam edeceği hüküm altına alınmıştır³⁹. Diğer taraftan borçlunun kusurlu sayılabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir⁴⁰.

Doktrinde borçlunun kusuru, kendi içinde kast ve ihmal olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Kast da, doğrudan ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan kastta, borçlu, borca aykırı davranışta bulunurken zararın gerçekleşeceğini öngörmekte, hatta bunun gerçekleşmesini de istemektedir. Buna karşılık dolaylı kastta ise, borçlu,

³⁵ Doktrinde kötü ifanın, sadece ayıplı ifadan oluşmadığı, koruma yükümlülüğü ile yan yükümlülüklerle aykırı davranışların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aral, s. 109.

³⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1045, 1046; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 400, 401; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 245, dn. 6a; Uygur, s. 3130; Akıncı, s. 240; Ayan, Mehmet; **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 7. Baskı, Mimoza Kitabevi, Konya 2012, s. 345. Bununla birlikte Aral, dar anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramının, ayıplı ifa ile sözleşmenin müspet ihlâlini kapsadığını ileri sürmektedir, s. 75, 76. Serozan ise, sözleşmenin müspet ihlâlini, gereği gibi ifa etmemeye eş anlamlı olarak kullanmaktadır. **İfa Engelleri**, s. 242 vd.

³⁷ Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 195; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 415.

³⁸ Örneğin, TBK. m. 116'daki ifa yardımcılarının davranışlarından doğan sorumlulukta yahut temerrüt halinde borçlunun umulmayan halden dolayı sorumluluğu, hukuken sebep sorumluluğu olarak değerlendirilir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1067; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 277; Aral, s. 182.

³⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1060; Kılıçoğlu, s. 310; Reisoğlu, s. 179; Akıncı, s. 246.

⁴⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1062; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 449; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 137; Kılıçoğlu, s. 309.

zararlı sonucun meydana gelmesini istememekte ve fakat bunun meydana gelmemesi için de hiçbir çaba sarf etmemekte, bir nevi zararlı sonucu kabullenmektedir. Diğer taraftan ihmal ise, ağır ve hafif ihmal başlıkları altında değerlendirilmektedir. Ağır ihmal kavramı, kast ve hafif ihmal arasında yer alan davranışlar için kullanılmaktadır. Teorik olarak ise, bu kavramla, toplumun her kesiminden insanın rahatlıkla gösterebileceği dikkat ve özen yükümlülüğünün, borçlu tarafından gösterilmemesi hali anlatılmak istenmektedir. Bu çerçevede borçlu, kendisinden beklenen makûl seviyedeki dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etse idi zararın gerçekleşmesini önleyebilirdi; ancak o, ağır ihmali olarak söz konusu yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden, her ne kadar alacaklıyı zarara uğratmak istemese bile bunun hukukî sonuçlarına katlanmalıdır. Buna karşılık hafif ihmal ise, alanında uzman kişilerden beklenebilecek dikkat ve özen yükümlülüğünün, borçlu tarafından ihlâl edildiğini anlatmak için kullanılmaktadır⁴¹.

İleride daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere⁴², TBK. m. 114'e göre borçlu, her türlü kusurlu davranışından sorumludur. Bu sebeple borca aykırı davranışın, kasten ya da ihmali bir davranışla gerçekleştirilmiş olması önemli değildir. Zira kural olarak hafif ihmal dahi borçlunun sorumluluğu için yeterlidir. Ancak bu ayırım, sorumluluğun sınırlandırılması (tazminatın belirlenmesi) bakımından önem taşımaktadır⁴³.

TBK. m. 112'de kusurun ispatı hususunda haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, borçlu aleyhine bir kusur karinesine yer verilmiştir. Buna göre, borçlu, sadece kendi kusursuzluğunu ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir; yoksa alacaklı, borçlunun zarara kusuru ile sebep olduğunu ispat etmek zorunda değildir⁴⁴. Kanun koyucuyu bu tarz bir düzenleme yapmaya

⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 874-877; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1061; Tiftik, s. 56-58. Kastın, ağır ve hafif ihmal hallerinin birer kusur türü olarak değerlendirilmemesi gerektiği, zira bunların kusurun unsurları arasında yer aldığı yönünde bkz. Kaneti, s. 24.

⁴² bkz. aşağıda § 5, II.

⁴³ Binatlı, s. 259; İnan, s. 473; Aral, s. 179.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 640; Reisoğlu, s. 356; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 197; Binatlı, s. 255; İnan, s. 473, 474; Aral, s. 180, 181.

sevk eden sebeplerden biri, borca aykırı davranışın borçlunun hukukî alanında gerçekleşmesi hasebiyle, bu konuda kusurunun bulunup bulunmadığını en iyi bilecek kişinin yine kendisinin olmasıdır. Bir diğer sebep ise, alacaklının, borçlunun davranışlarını kontrol edebilme imkân ve iktidarına sahip olmamasıdır⁴⁵. Fakat bu madde, düzenleyici bir nitelik taşıdığından, taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler. Bu halde, ispat külfeti alacaklıya ait olur⁴⁶.

3. Zarar

Borca aykırı davranışın herhangi bir zarara sebep olmaması halinde, sözleşme sorumluluğunun doğması söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, zararın meydana gelmesine teşebbüs etme, tek başına borçlunun sorumluluğuna başvurabilmek için yeterli değildir. Zira burada güdülen amaç, borçluyu cezalandırmak değil, bilakis alacaklıyı zarar ortaya çıkmadan önceki konumuna kavuşturmaktır⁴⁷.

Zarar denildiğinde, sözleşmeye aykırılık yüzünden alacaklının mal ya da şahıs varlığında iradesi dışında ortaya çıkan azalmalar ifade edilmektedir⁴⁸. Bu azalmalar, alacaklının malvarlığında gerçekleşmişse maddî; buna karşılık şahıs varlığında gerçekleşmişse manevî zarar olarak nitelendirilir. Maddî zarar da kendi içinde fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki grupta değerlendirilir. Fiilî zarar, alacaklının malvarlığının aktif bölümünde azalma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, pasif bölümünde artma şeklinde de ortaya çıkabilir. Buna karşılık yoksun kalınan kâr ise, sözleşmeye

⁴⁵ Von Tuhr, Andreas/Edege, Cevat; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, C. 1-2, Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara 1983, s. 584, 585; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 422; Tunçomağ, s. 495, 496.

⁴⁶ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 423; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1065, 1066; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 448.

⁴⁷ Aral, s. 156; Tiftik, s. 51; Topuz, Murat; **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 337, 338.

⁴⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1052; Feyzioğlu, s. 182; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 428; Kılıçoğlu, s. 291; Nomer, s. 107; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 195; Antalya, s. 449.

aykırı davranışta bulunulmasa idi alacaklının malvarlığında meydana gelebilecek bir artışın gerçekleşmemiş olması halidir⁴⁹.

Sözleşmeden doğan zarar, müspet zarar ve menfî zarar şeklinde de sınıflandırılabilir. Buna göre, sözleşmeden doğan borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararlar müspet zarar; buna karşılık geçersiz olarak akdedilen bir sözleşme için alacaklının, geçerli olacağı düşüncesi ile yaptığı masraflar ile kaçırdığı fırsatlar ise, menfî zarar olarak isimlendirilir⁵⁰.

Sözleşme ilişkisi, nispî bir karaktere sahip olduğu için alacaklı, kural olarak borçlu haricindeki diğer üçüncü kişilerin zararlarını tazmin etmek zorunda değildir. Zira sözleşme ilişkisinden zarara uğrayacak tek kişi vardır, o da borçludur. Aynı şekilde alacaklı da borçlunun verdiği zararlardan ötürü üçüncü kişilere başvuramaz⁵¹.

Zararı ispat etme külfeti altında bulunan taraf alacaklıdır. Hâkimin alacaklı lehine hükmedeceği tazminat tutarının, uğranılan zararları aşması söz konusu değildir⁵². Bununla beraber bazı hallerde, hükmedilecek tazminat zarardan daha az olabilir⁵³. Tazminatta indirim sebepleri olarak anılan bu haller, sorumluluğun sınırlandırılması bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir⁵⁴.

4. Uygun İlliyet Bağı

Borçlunun kusurlu davranışının hayatın olağan akışı ve günlük hayat tecrübeleri gereğince, zararlı sonucun ortaya çıkmasına hukuken elverişli bulunması, bir başka deyişle, uygun illiyet bağının mevcut olması, sözleşme

⁴⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1052; Feyzioğlu, s. 182; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 434; Kılıçoğlu, s. 292-298; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 287; İnan, s. 274, 275; Antalya, s. 450-454.

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 855; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1056, 1057; Feyzioğlu, s. 182; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 426, 427; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 429, 430; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 196, 197.

⁵¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1058; Tunçomağ, s. 497; Kocayusufoğlu, s. 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 861.

⁵² Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 430; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 437; Nomer, s. 155; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 115.

⁵³ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 445, 446; Nomer, s. 148.

⁵⁴ bkz. aşağıda § 5, II, D.

sorumluluğunun kurucu unsurlarından birisidir⁵⁵. Zararlı sonuçla borçlunun davranışı arasında uygun bir illiyet bağının mevcut olduğunu ispat etme külfeti altında bulunan taraf alacaklıdır⁵⁶. Bu bağın kurulması ile birlikte sözleşmeye aykırılığın uzak sonucu olarak ortaya çıkan ve dolaylı zarar olarak ifade edilen zararlar da borçludan talep edilebilir⁵⁷.

Uygun illiyet bağının sözleşme sorumluluğuna etkileri ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır⁵⁸.

B. Hüküm ve Sonuçları

1. Aynen İfa

Borçlu borca aykırı davrandığında, alacaklı aynen ifa davası açabilir ve mahkemeden alacağı ilamla, edimin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmesini temin edebilir. Bu dava, sadece verme borçlarına aykırılıkta değil, aynı zamanda yapma ve yapmama borçlarına aykırı davranıldığında da açılabilir. Hatta borçlunun irade beyanında bulunmasını sağlamak üzere de aynen ifa davası açma yoluna gidilebilir. Gerek TBK. m. 113'te gerekse İİK. m. 30'da bu davanın hüküm ve sonuçları hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir⁵⁹. Buna göre, borçlu mahkeme ilamına rağmen edimini ifa etmekten imtina ederse, artık alacaklının ilamlı icra yoluna başvurmaktan başka bir çaresi kalmaz⁶⁰.

Tazminat davasından farklı olarak, aynen ifa davasının açılabilmesi için borçlunun sözleşmeye aykırı davranışını icra ederken kusurlu olması

⁵⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1059; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 427; İnan, s. 279, 280; Kılıçoğlu, s. 299; Nomer, s. 109. Buna karşılık sorumluluğun şart teorisi gereğince (burada şartlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaz ve borçlu borca aykırı davranışlarının tüm sonuçlarından, bu arada hesaba katmadığı sonuçlardan da sorumlu tutulur) tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaneti, s. 21-23.

⁵⁶ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 427; Eren, Fikret; **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 61 (Uygun İlliyet Bağı).

⁵⁷ Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 305.

⁵⁸ bkz. aşağıda § 7, II.

⁵⁹ Aybay, s. 133. Bununla birlikte özellikle yapma ve yapmama borçlarında, borçlu, mahkeme tarafından hükmedilen aynen ifayı yerine getirmezse, kanunda öngörülen diğer tedbirlere başvurulabilir. İnan, s. 470.

⁶⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1030; Ayan, s. 347.

gerekmez⁶¹. Ayrıca bu dava, edimin ifası objektif olarak mümkün olduğu sürece açılabilir. Alacaklı, edim aynen ifa edilebilecek bir nitelik taşıyorsa, kural olarak doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunamaz. Zira borç, ifa edilebildiğinden alacaklı herhangi bir zarara uğramış değildir. Aynen ifa mümkün olmasına rağmen alacaklı doğrudan doğruya tazminat davası açarsa, borçlu, edimin ifasının mümkün olduğuna ilişkin bir itirazda bulunarak, davanın reddine karar verilmesini sağlayabilir. Fakat istisnaen borçlu temerrüde düşmüş ise, edim aynen ifa edilebilecek bir özelliğe sahip olsa dahi alacaklı, doğrudan doğruya aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilir⁶². Diğer taraftan edimin ifası mümkün olsa bile henüz borç muaccel hale gelmemişse, alacaklı aynen ifa davası açamaz⁶³. Yine birtakım yan edim yükümlülüklerine aykırı davranıldığı takdirde de, bu davanın açılması mümkün değildir⁶⁴. Keza edimin ifası mümkün olsa dahi aynen ifanın alacaklı açısından herhangi bir fayda sağlamayacağı hallerde, alacaklıyı tazminat davası yerine aynen ifa davası açmaya zorlamak, hukuka aykırılık teşkil eder. Aynı değerlendirme, bu hakkın kullanımının dürüstlük kuralını zedeleyeceği haller için de yapılabilir⁶⁵.

2. Tazminat

Tazminat, sözleşme hukukunda tamamlayıcı bir işlev üstlenmektedir⁶⁶. Zira tazminat, ancak edimin aynen ifasının söz konusu olmadığı hallerde başvurulabilecek bir hukukî yoldur⁶⁷. Bu hukukî yolun hüküm ve sonuç doğurabilmesi için borçlunun kusurlu davranışı ile edimin aynen ifasını imkânsız hale getirmesi gerekir. Zira borçlu, sözleşme kurulduktan sonra

⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1029; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 417.

⁶² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1054,1055; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 417-419; Aybay, s. 133, 134.

⁶³ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 417; Uygur, s. 3133.

⁶⁴ Akıncı, s. 242; Uygur, s. 3134; İnan, s. 470. Aksi görüş için bkz. Serozan, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul 2007, s. 284 (Sözleşmeden Dönme).

⁶⁵ Bu hallerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 407, 408; İnan, s. 470.

⁶⁶ Topuz, s. 340.

⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 633; Reisoğlu, s. 351, dn. 11; Akıncı, s. 243.

edimin ifasının imkânsızlığına kusuru ile yol açmadığı takdirde, sözleşme sorumluluğu sona erer⁶⁸.

3. Sözleşmeden Dönme

Dönme hakkının kullanılması ile sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona erip ermeyeceği konusunda doktrinde görüş birliğine varılabilmiş değildir⁶⁹. Bazı yazarlara göre, dönme hakkı istihkak teorisi çerçevesinde değerlendirilmelidir⁷⁰. Bazılarına göre ise, bu hak açıklanırken klâsik dönme teorisine üstünlük tanınmalıdır. Bu teoride, dönme bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilir ve bununla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili bir şekilde sona erer⁷¹. Diğer bazı yazarlara göre ise, dönme hakkının hukuki niteliği belirlenirken yeni dönme teorisi dikkate alınmalıdır. Burada dönme hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak görülmekte ve bu hakkın kullanımı ile birlikte sözleşme ilişkinin sona ermeyeceği, onun yerini tasfiye ilişkisinin alacağı kabul edilmektedir⁷². Burada sözleşmeden dönmeden önce verilen şeylerin hangi hükümlere göre iadesinin istenebileceği hususunda bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, klasik dönme teorisi benimsendiğinde, verilenlerin iadesi hakkında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur⁷³. Buna karşılık yeni dönme teorisi benimsendiğinde ise, verilenler sözleşme hükümleri uyarınca iade edilir⁷⁴. Dönmenin verilenlerin iadesi dışında, henüz yerine getirilmemiş edimlere ilişkin ifa yükümlülüğünü sona erdirici bir etkisi de bulunmaktadır⁷⁵.

Dönmenin biraz önce bahsedilen ağır hukukî sonuçlarının bulunması, her hal ve koşulda bu hakkın kullanılmasının adalet duygusunu zedeleyeceği düşüncesine yol açmıştır. Bu itibarla doktrinde söz konusu hakkın, ancak son

⁶⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1035.

⁶⁹ Buz, Vedat; **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 67 (Dönme).

⁷⁰ Buz, **Dönme**, s. 134 vd.

⁷¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1120, 1121; Nomer, s. 264.

⁷² Serozan, **Dönme**, s. 90. Aynı yönde Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1122; Hatemi/Gökyayla, s. 261.

⁷³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1120, 1121; Nomer, s. 264.

⁷⁴ Serozan, **Dönme**, s. 90. Aynı yönde Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1122; Hatemi/Gökyayla, s. 261.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 482; Aral, s. 195; Hatemi/Gökyayla, s. 260; Serozan, **Dönme**, s. 231-233; Buz, **Dönme**, s. 67.

çare olarak uygulanmasının isabetli bir tercih olacağı kabul edilmiştir. Bu gerçekten hareket edilerek, dönme hakkına, ancak aynen ifade bulunulmasının alacaklıya herhangi fayda sağlamadığı hallerde başvurulabilir. Daha doğru bir ifadeyle, söz konusu hak, dürüstlük kuralı gereğince alacaklıdan sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenilemeyen hallerde kullanılabilir⁷⁶.

Kanun koyucu, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi halinde, dönme hakkının kullanılabileceğini açıkça hükme bağlamıştır (TBK. m. 125/f. 2 ve 3). Buna göre, bu tür sözleşmelerde söz konusu hakkın kullanılabilmesi için tazminattan farklı olarak, borçlunun, kusuruyla temerrüde düşmesi gerekmemektedir⁷⁷. Alacaklı, dönme talebinden başka, varsa bu yüzden uğradığı menfî zararların tazminini de talep edebilir⁷⁸. Bunun yanı sıra TBK. m. 98 ile TBK. m. 110 ve m. 111’de de bu talep, hukukî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur⁷⁹. Nihayet bazı özel borç ilişkilerinde de tarafların hangi koşullar altında sözleşmeden dönebileceği kanunda açıkça belirtilmiştir⁸⁰. Buna karşılık edimin ifası borçlunun kusuruyla imkânsız hale geldiği takdirde, bu hakkın kullanılıp kullanılamayacağı konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından doktrinde yazarlar arasında fikir ayrılığı yaşanmıştır⁸¹. Nitekim aynı durum, borcun gereği gibi ifa edilmemesini düzenleyen TBK. m. 112 için de söz konusudur⁸².

⁷⁶ Serozan, **Dönme**, s. 232. Sözleşme ilişkisine devam edilmesi beklenilemeyen hallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 231 vd. Aksi görüş için (dönme hakkının kullanımının haklı sebeplerle sınırlandırılmasının isabetli olmayacağı yönünde) bkz. Buz, **Dönme**, s. 68, 69.

⁷⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1123; Kılıçoğlu, s. 730; Nomer, s. 264; Reisoğlu, s. 386. Aksi görüş için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 239.

⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 730; Ayan, s. 349. Sözleşmeden dönme halinde istenebilecek tazminatların menfî zararlarla sınırlandırılmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. Serozan, **Dönme**, s. 589 vd.

⁷⁹ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 482; Buz, **Dönme**, s. 92-94.

⁸⁰ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 482; Buz, **Dönme**, s. 95, 96; İnan, s. 469; Aral, s. 195. Örneğin, satış, kira ve eser sözleşmelerinde sözleşmeden dönülebilmektedir. Bunun, taraflar üzerinde ne gibi etkiler doğuracağı hususunda bilgi edinmek için bkz. Serozan, **Dönme**, s. 287 vd.

⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 873; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 406; Serozan, **Dönme**, s. 267. Bunun mümkün olduğu yönünde bkz. İnan, s. 469; Aral, s. 196; Serozan, **Dönme**, s. 273. Aksi yönde bkz. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 486.

⁸² Açık bir düzenleme getirilinceye kadar sözleşmeden dönülemeyeceği yönünde bkz. Uygur, s. 3144. Fakat aynı yazar, TBK. m. 112’de açıkça belirtilmese de sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir. Uygur, s. 3132.

II. Borçlunun Yardımcı Kişilerin Davranışlarından Doğan Sorumluluğu

Borçlu, kural olarak edimini bizzat ifa etmekle yükümlü değildir, dilerse edimin ifası sırasında kendisinin emir ve talimatı altında bulunan ya da tamamen kendisinden bağımsız olarak hareket eden yardımcı kişiler kullanabilir. Ancak istisnaî olarak borçlunun kişiliği sözleşme kurulurken önem arz ediyor ise, TBK. m. 83'ün deyiimiyle borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının yararı varsa, borçlu edimini kişisel olarak ifa etmekle yükümlüdür⁸³. Özellikle iş görme sözleşmelerinde, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça; borçlunun, edimin ifasını üçüncü bir kişiye bırakması mümkün değildir. Fakat bu durumda dahi işin mahiyeti mümkün kıldığı oranda borçlu, edimin bir kısmının ifası için yardımcılarına başvurabilir. Nitekim bazen işin mahiyeti borçluyu buna zorlayabilir. Bu durum, daha çok kişisel niteliklerin ön plana çıkmadığı bölümler için söz konusudur; yoksa sadece borçlunun ifa edebileceği bölümlerle ilgili olarak yardımcı kişi kullanılması mümkün değildir⁸⁴.

Borçlunun ifa yardımcısı ile alacaklı arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, nasıl ki borçlu, alacaklıya karşı üstlendiği edimin yerine getirilmesinde yardımcı kişilerden yararlanıyorsa, aynı şekilde onların edimi yerine getirirken alacaklıya verdiği zararlara da belli koşullar altında katlanmak zorundadır. Nimet-külfet dengesi de bu sonucu haklı kılmaktadır⁸⁵.

Borçlunun, yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için gereken koşullar ile bunun hüküm ve sonuçları TBK. m. 116'da açıkça hüküm altına alınmıştır. İlgili hükmün ilk fıkrası *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı*

⁸³ Tunçomağ, s. 508, 509; Kılıçoğlu, s. 643, 644. Yardımcı kişi, sadece borcun ifasında değil, bir hakkın kullanılmasında da kullanılabilir. Bu halde koşulları varsa, alacaklı, yardımcısının davranışlarından dolayı borçluya karşı sorumlu tutulabilir.

⁸⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1070, 1071.

⁸⁵ Von Tuhr/Edege, s. 590; Tunçomağ, s. 510; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 278; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1071; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 461.

kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarını kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür” şeklindedir⁸⁶.

Türk Borçlar Kanununda borçlunun ifa yardımcısının davranışından doğan sorumluluğu, kusursuz bir sorumluluk şeklinde düzenlendiğinden⁸⁷, onun kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Buradan hareketle, kural olarak borçlu, yardımcısını seçerken veya ona talimat verirken gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ya da gerekli dikkat ve özeni gösterse idi dahi zararın önüne geçilemeyeceğini, başka bir deyişle, zararın meydana gelmesinin kaçınılmaz olduğunu ispat etse bile sorumlu olmaktan kurtulamaz⁸⁸. Bununla birlikte kanun koyucu, vekilin sorumluluğunu sınırlandırmak bakımından bu kurala önemli bir istisna getirmiştir. Şöyle ki, TBK. m. 507/f. 2 gereğince *“Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür”*. Buna göre, söz konusu yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat eden asıl vekil, kendisinin yardımcısı olan alt vekillerin davranışlarından TBK. m. 116’ya göre sorumlu olmaktan kurtulabilir. Kanun koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya sevk eden temel düşünce, vekâlet verenin, vekilin görevine son verebilme imkânının her zaman için mevcut olmasıdır⁸⁹.

⁸⁶ Örneğin, Y. 11. HD’nin, 9.11.2004 T. ve 1586/11038 sayılı kararı *“...Somut olayda, sözleşme yapıldıktan sonra, davalılardan banka görevlisi tarafından davacıya anahtar teslim edilirken, kendisine verilmesi gereken iki anahtardan birinin, farklı bir başka anahtar verilmek suretiyle, bu davalıda saklı tutulduğu iddia edilmektedir. Bu hususta gerek bu davalı hakkında açılan ve mahkemece celp edilen ceza davasına ilişkin dosyada toplanan kanıtlar, gerekse sözleşme kurulduktan sonra davacının iki yıl boyunca kiralık kasaya hiç uğramamış olması, anahtar tesliminde görevli veznedar olan bu davalının olayın ortaya çıkmasından kısa bir süre önce emekli olması, giderken de bankaya uydurma bir adres bildirmesi ve sonuçta üç yıla yakın sürece bulunamaması hep birlikte değerlendirildiğinde, davalıların sorumlu olduklarının kabulü gerekir. O halde mahkemece, davalı bankanın BK.nun 100. ncü maddesi hükmüne dayalı olarak sorumlu olduklarının kabulü gerekirken...”* şeklindedir, www.kazanci.com.tr, E. T. 14. 02. 2013.

⁸⁷ İfa yardımcısının davranışlarından doğan sorumluluğun, tam anlamıyla kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Tekinay, Selâhattin Sulhi; **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 674; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 892; Kılıçoğlu, s. 646; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 560.

⁸⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1084; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 278; Tunçomağ, s. 509; Feyzioğlu, s. 201; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 469; Nomer, s. 225.

⁸⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1077; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 281; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 552; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 461, dn. 374. Asıl vekil, vekâlet sözleşmesi gereğince yürütmekle yükümlü olduğu işi yetkisi olmaksızın alt vekile devrederse, onun seçme ve talimat

A. Şartları

1. İfa Yardımcısı Kullanan Borçlu ile Alacaklı Arasında Mevcut Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Yardımcı kişinin davranışından zarara uğrayan taraf, daha önce herhangi bir sebeple onun yardımına başvuran borçluya karşı alacaklı olan kişidir⁹⁰. Borçlu ile alacaklı arasında bulunması gereken borç ilişkisi, sadece sözleşme ilişkisinden doğmaz; kanundan, haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir. Üstelik culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da borçlunun, yardımcısının alacaklıya verdiği zararlardan ötürü sorumluluğu söz konusu olabilir⁹¹. Bununla beraber genellikle bu borç ilişkisi, sözleşmeden doğmaktadır⁹².

Belirtmek gerekir ki, zarar gören alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi, eksik bir borç olarak değerlendirildiğinde, yardımcı kişinin davranışı yüzünden zarara maruz kalan alacaklı tazminat talebinde bulunamaz. Zira borçlu, borcunu bizzat ifa etmiş olsa dahi alacaklı hiçbir şekilde tazminat talep edemez⁹³.

2. Borcun İfasının Yardımcı Kişiye Devri

Yardımcı kişinin, borçlunun emir ve talimatı altında bulunması, bir başka deyişle, onunla borçlu arasında herhangi bir borç ilişkisinin mevcut

verme konusunda üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünün gereklerine aykırı davranmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Zira bu halde onun sorumluluğu, TBK. m. 507/f. 1'e göredir.

⁹⁰ Feyzioğlu, s. 199. Yardımcı kişinin alacaklının dışında üçüncü kişilere zarar vermesi halinde, artık TBK. m. 116 hükmü uygulanmaz. Ancak bu, borçlunun tamamen sorumluluktan kurtulması sonucunu da doğurmaz. Zira bu halde, TBK. m. 66 hükmü uygulama alanı bulur. Tunçomağ, s. 503; Akıncı, s. 248.

⁹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1072, 1073; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 435, 436; Tunçomağ, s. 504, 505; Feyzioğlu, s. 192; Şenocak, Zarife; **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1995, s. 57, 58.

⁹² Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 545; Ayan, s. 349. Bu konuda sözleşme ilişkisinin varlığını gerekli gören, aksi halde TBK. m. 66 gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğunun söz konusu olacağı yönünde bkz. Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 200. Diğer taraftan sözleşme ilişkisi olmasa da sözleşme benzeri bir ilişkinin varlığını arayan görüş için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 280.

⁹³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1073.

olması gerekli değildir⁹⁴. Yardımcı kişi, borçlunun çalışanlarından biri olabileceği gibi, akrabalarından, hatta ilk defa gördüğü, fakat yetkili kıldığı kişilerden birisi de olabilir. Bunun haricinde alt vekâlet örneğinde olduğu gibi, borçlunun sözleşme ile işin yapılmasını kendisine devrettiği, tamamen ya da kısmen kendisinden bağımsız olarak çalışan, o alanda uzman kişiler de yardımcı kişi vasfına haizdir. Ayrıca yapılan işin karşılığında yardımcı kişinin ücret alacağına hak kazanıp kazanmamasının, hatta onun söz konusu borcun kaynağını bilip bilmemesinin de bu nitelendirmede bir önemi yoktur⁹⁵. Burada önemli olan nokta, borçlunun bilgisi dâhilinde yardımcı kişinin geçici ya da sürekli bir biçimde borcun ifasına katılmasıdır⁹⁶. Borçlunun açık veya zımnî irade beyanı olmaksızın üçüncü bir kişi, borcu ifa etme girişiminde bulunmuş ve fakat alacaklının zararına yol açmış ise, onun bu davranışından dolayı borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz. Zira bu durumda, üçüncü kişi, yardımcı kişi vasfını kazanamamıştır⁹⁷. Aksinin kabulü, borçlunun, irade ve denetimi dışında cereyan eden olaylardan sorumlu olması anlamına gelir ki, bu durum hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu için hukuk sistemimizce kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda alacaklının başvurabileceği hukukî yol, koşulları varsa üçüncü kişinin haksız fiil sorumluluğuna gitmektir⁹⁸.

TBK. m. 116 hükmünün uygulanmasında özel bir öneme sahip olan, üçüncü kişinin borçlunun bilgisi dâhilinde hareket edip etmediği hususu tespit edilirken, borca aykırı davranışın gerçekleştiği ana dikkat edilmelidir. Zira bu andan sonra borçlu, edimin üçüncü bir kişi tarafından icra edildiğini öğrense ve buna onay verse dahi TBK. m. 116 uyarınca sorumluluğu doğmaz. Söz konusu onay, borca aykırı davranış gerçekleşmeden önce verilmelidir⁹⁹. Bununla birlikte borçlunun, üçüncü kişiye ifa sürecine katılma konusunda onay vermesi, yardımcı kişi vasfına sahip olabilmek bakımından yeterli

⁹⁴ Von Tuhr/Edege, s. 591; Tekinay, s. 669; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 436, 437; Feyzioğlu, s. 193; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1075; Şenocak, s. 167.

⁹⁵ Tunçomağ, s. 505; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 437; Feyzioğlu, s. 194; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1076; Şenocak, s. 166.

⁹⁶ Tunçomağ, s. 508; Tekinay, s. 668; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1074.

⁹⁷ Tekinay, s. 668; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1074; Feyzioğlu, s. 194, 195.

⁹⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1074.

⁹⁹ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 463.

değildir; ayrıca üçüncü kişinin kendisine verilen bu yetkiye istinaden borcun ifası sürecine fiilî olarak dâhil olması gerekmektedir¹⁰⁰. Ancak ifa yardımcısı, kendisine verilen yetkiyi kullanmayarak işin ifasından kaçınsa dahi, borçlu, fiilî olarak dâhil olma koşulunun gerçekleşmediğini gerekçe göstererek sorumlu olmaktan kurtulamaz¹⁰¹.

3. Borcun İfasının Yardımcı Kişiye Devrinin Hukuken Mümkün Olması

TBK. m. 116 hükmünün uygulama alanı tespit edilirken şu sorulara cevap aranmaktadır: Borcun ifasının yardımcı kişiye devredilebilecek nitelikte olup olmadığı hususunu araştırma konusu yapmak gerekir mi? Diğer bir deyişle, TBK. m. 116 hükmü, sadece yardımcı kişiye başvurma hukukun mümkün olduğu halleri mi kapsamalıdır, yoksa bunun dışındaki haller de hükmün uygulama alanına dâhil edilmeli midir?

Konuya ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre, işin niteliği gereği borçlu, kişisel olarak ifa etmekle yükümlü olduğu borcun ifasını yardımcısına devretmişse, onun ifa sırasında alacaklıya vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu, hem TBK. m. 112 hem de TBK. m. 116 gereğince söz konusu olur. Zira TBK. m. 116'da geçen *“kanuna uygun surette devretmiş olsa bile”* ifadesi ile, sadece ifa yardımcısına başvurma hukukun mümkün olduğu haller değil, aynı zamanda mümkün olmamasına rağmen borcun ifasının ifa yardımcısına bırakıldığı haller de kastedilmektedir. Bu halde, aynı talep birden fazla hukukî sebebe dayandığından, talepler arasında yarışma ilişkisi söz konusu olur ve alacaklı bunlardan istediğine başvurabilir¹⁰².

Üstün tutulması gereken diğer bir görüşe göre, kural olarak kişisel edim olarak değerlendirilen borçlarda, borcun ifasının yardımcı kişilere devredilmesi hukuken mümkün değildir. Buna rağmen borçlu, kişisel ifa ile yükümlü olduğu borcun ifasını yardımcısına devretmiş ise, kanunen yetkisiz

¹⁰⁰ Şenocak, s. 105.

¹⁰¹ Bu halde üstlenme kusurunun varlığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, s. 163.

¹⁰² Şenocak, s. 113, 114.

bir devir işlemi söz konusu olduğu için onun alacaklıya karşı sorumluluğu TBK. m. 112'ye göredir¹⁰³. Bununla beraber istisnaî olarak borç ilişkisi birden fazla edimi bünyesinde barındırır ve bunlardan bazıları, borcun kişisel ifasını zorunlu kılmazsa, alacaklı, diğer edimler için söz konusu olan kişisel ifa yükümlülüğünün bu edimler için de uygulanmasını talep edemez. Zira borçlu, bunların ifasıyla ilgili yardımcı kişilere başvurabilme imkânına sahiptir¹⁰⁴.

4. Zararın İşin İfası Esnasında Gerçekleşmesi

Yardımcı kişi, işin ifası dışındaki bir zaman zarfında alacaklıya zarar vermiş ise, borçlunun sorumluluğu gündeme gelmez. Zira sorumluluk için edimin ifası ve zarar arasında hukukî bir bağlantının mevcut olması şarttır¹⁰⁵.

Hiç kuşkusuz, ifa yardımcısının verdiği zarar, alacaklının sözleşme konusu edim menfaatine yönelik gerçekleşmişse, borçlu bundan dolayı sorumludur¹⁰⁶. Buna karşılık zarar, alacaklının sözleşme konusu dışında yer alan diğer menfaatlerini (şahıs ve malvarlığı değerlerini) zedelemişse, borçlunun bundan dolayı sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusunda doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır. Diğer bir deyişle, borçlunun ifa yardımcısının davranışlardan dolayı sorumluluğunun, işin icrası sırasında sözleşme konusu edime verilen zararlarla sınırlı olup olmayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığı yaşanmıştır. Şöyle ki, bir görüşe göre, borçlunun sorumluluğu, yalnızca aslî edim menfaatine yönelik verilen zararlar için söz konusudur. Aksinin kabulü, sorumluluğun kapsamının katlanılamayacak derecede genişletilmesine sebep olur¹⁰⁷. Üstün tutulması gereken diğer

¹⁰³ Von Tuhr/Edege, s. 597; Tunçomağ, s. 509; Feyzioğlu, s. 196, 197; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 277; Kılıçoğlu, s. 644. TBK. m. 116, yardımcı kişiye başvurma kanuna aykırı olmadığı hallerde uygulanır. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 466.

¹⁰⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1079; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 441.

¹⁰⁵ Feyzioğlu, s. 198; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1079; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 442; Kılıçoğlu, s. 646; Şenocak, s. 175.

¹⁰⁶ Von Tuhr/Edege, s. 595.

¹⁰⁷ Borçlu, yardımcısının yalnızca borca aykırı nitelik taşıyan davranışlarından sorumludur. Bunun dışında ifa sürecinde gerçekleşmiş olmasına rağmen, borç ilişkisi ile ilgisi olmayan haksız fiil niteliğindeki davranışları bu kapsamda değerlendirilemez. Diğer bir deyişle, sorumluluk için zararın ifa vesilesiyle verilmiş olması yeterli olmayıp, ifa dolayısıyla verilmiş olması gerekir. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 467; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 284; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 896, 897; İnan, s. 480. Bunun için söz konusu davranışların borca aykırılık niteliğini de taşıması

görüŖe göre ise, yardımcı kiŖinin üstlendiği iŖin kapsamı tespit edilirken, edim kavramı mümkün olduğuunca geniŖ yorumlanmalıdır. Bu bağlamda aslî edim yükümlölüklerinin yanı sıra, yan edim yükümlölükleri de borçlunun üstlendiği iŖ kapsamında değerlendirilmelidir. Aksi halde yan edim yükümlölükleri kapsamında yer alan koruma yükümlölüklerinin ifa yardımcısı tarafından ihlâl edilmesi halinde, “iŖin ifa yardımcısına devredildiği esnadaki iradem, sadece aslî edim yükümlölüklerini kapsıyor” Ŗeklinde borçludan gelebilecek bir savunma beyanına hukukî geçerlilik tanımak gerekir¹⁰⁸. Ancak bu savunma beyanına hukukî geçerlilik tanındığında, borçlu hiçbir haklı sebep bulunmamasına rağmen korunmuŖ olur. Zira borçlu, iŖi ifa yardımcısına devretmekle birlikte alacaklının diğer malvarlığı değerlerini tehlikeye açık hale getirmiŖtir¹⁰⁹.

5. Farazî Kusurun Varlığı

Borçlunun tazminat yükümlölüğünün doğabilmesi için yardımcı kiŖinin kusuruyla zarara sebep olması gerekir mi Ŗeklinde bir soru sorulduğuunda, belirtilmelidir ki, bu sorunun cevabına iliŖkin doktrinde görüŖ birliğine varılamamıŖtır. Bu konuda kimi yazarlar, yardımcı kiŖinin kusuru varsa borçlunun sorumluluğunun doğacağını kabul ederken; kimileri bu görüŖün tam aksini savunarak, yardımcı kiŖi, kusursuz dahi olsa borçlunun sorumlu tutulacağını öne sürmektedirler¹¹⁰. İlk görüŖü benimseyen yazarlar, borçlu kendisi Ŗahsen borcu ifa etmiŖ olsa idi, onun sorumluluğuna sadece

gerekir; aksi halde TBK. m. 66'daki adam çalıŖtırının sorumluluğu söz konusu olur. Von Tuhr/Edege, s. 595, dn. 30; Feyzioğlu, s. 198, dn. 234. Nitekim 22.9.1959 tarihinde Alman Federal Mahkemesince verilen karar da bu doğrultudadır: “...*Kanun, iŖverenin, yardımcı kiŖilerin görevlerinin yerine getirilmesi çevresinde verdikleri zararlardan sorumlu olduklarını belirterek, yardımcı kiŖinin zarar verici fiilinin sözleşmenin yerine getirilmesi vesilesiyle iŖlenmiŖ olmasının yeterli sayılmadığını, bu fiilin sözleşmenin yerine getirilmesinin kapsamında yer almasının zorunlu olduğunu anlatmak istemiŖtir. Bu bakımdan zarar verici fiil ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında zaman ve yer bakımından bir ilintinin varlığı yetersizdir. Aradaki bağıntının görevsel olması zorunludur. Yardımcı kiŖinin zarar verici fiilinin, sözleşmenin kötü ifası ya da yerine getirilmemesi niteliğini taşıması gereklidir. Bu durum gerçekte iŖveren, hiç olmazsa yardımcı kiŖi hizmeti sırasında böyle bir fiil iŖlediđinde zarardan sorumludur...*”. Karahasan, Mustafa ReŖit; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 5, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 331'den naklen (Borçlar Hukuku).

¹⁰⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1080; Tunçomağ, s. 511; Ŗenocak, s. 154-156.

¹⁰⁹ Ŗenocak, s. 200.

¹¹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1081.

kusurunun varlığı halinde başvurulabileceğine göre, aynı değerlendirmenin, yardımcının gerçekleştirdiği davranışlar hakkında da yapılmasının hiçbir sakıncası olmayacağını belirtmektedirler¹¹¹. Buna karşılık ikinci görüşü benimseyen yazarlar ise, görüşlerini gerekçelendirirken, kanunda yardımcılarının davranışlarından sorumlu olma konusunda kusurun mevcut olması gerektiğiyle ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmediğini göstermektedirler¹¹². Doktrinde hâkim olarak kabul gören görüş ise, yardımcı kişinin ya da borçlunun gerçekten kusurlu olup olmamasının, borçlunun sorumluluğunu tayin ederken önemsiz olduğu yönündedir. Zira önemli olan, sözleşmeye aykırı davranışın, borçluya farazî olarak yükletilip yükletilememesidir. Yani borçlu, yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı nitelik taşıyan edimini bizzat kendisi yerine getirmiş olsa idi, onun bu davranışı kusurlu olarak addedilebilirse, farazî kusur koşulunun mevcut olduğuna karar verilir¹¹³. Burada tamamen ihtimal üzerinden hareket edilerek hukukî bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre, borçlu kişisel yetenekleri itibarı ile yardımcı kişiye nazaran daha donanımlı ise, onun, yardımcısının beceriksizliği gibi tamamen sübjektif özelliklerini gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Zira borçlunun, edimini bizzat ifa ettiği farz edildiğinde, o, kusurlu olarak kabul edilir. Ancak tam aksi bir durum gerçekleştiğinde, yani borçlunun kapasitesinin daha düşük olduğu bir ihtimalde, yardımcı kişi, gerçekte kusurlu da olsa borçluya farazî kusur

¹¹¹ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 443; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1081; Feyzioğlu, s. 202; Şenocak, s. 203-208. Borçlunun sorumluluğunun doğması için özen ölçütü olarak yardımcı kişinin gerçek kusurunun varlığı aranırsa, sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edileceğine ilişkin alacaklının duyduğu haklı güven zedelenmiş olur. Zira yardımcısının, borçludan daha düşük bir donanıma sahip olduğu bir ihtimalde, borçluda bulunan üst düzeydeki bilgi birikimi, sorumluluğun doğması noktasında belirleyici bir etkiye sahip olmadığından, alacaklı belki de hiç tanımadığı bir kişinin keyfî hareketlerine maruz kalmış olur. Bundan dolayı bu görüş, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.

¹¹² Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 444; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1081; Feyzioğlu, s. 203; Şenocak, s. 209, 210. Yardımcı kişiye kusur yükletilememesine karşın borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesine imkân tanıyan bu görüş kabul edildiğinde, uygulamada yardımcı kişiye daha az başvurulacaktır. Bu da, iş bölümüne dayalı bir ekonomik sistemin oluşmasını önleyecektir. Bundan dolayı söz konusu görüş, doktrinde büyük ölçüde eleştirilmektedir.

¹¹³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1082; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 444, 445; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 898, 899; Feyzioğlu, s. 203, 204; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 278, 279; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 469; Şenocak, s. 210, 211; Akıncı, s. 251.

yükletilemeyeceğinden dolayı sözleşme sorumluluğu doğmaz¹¹⁴. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, kusurun ölçüsü tayin edilirken yardımcı kişinin değil, borçlunun kişisel özellikleri göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla borçlu, yardımcısı ayırt etme gücünden yoksun olsa dahi sorumlu olmaya devam eder¹¹⁵.

6. Zarar ve Uygun İlliyet Bağı

TBK. m. 116 gereğince sorumluluğun doğabilmesi için ifa yardımcısının davranışı dolayısıyla alacaklının zarara maruz kalmış olması gerekir. Ayrıca alacaklının zararı, borçlunun ifa yardımcısının borç ilişkisine aykırı davranışından ileri gelmeli, yani ifa yardımcısının davranışı, zararın uygun sebebi olmalıdır¹¹⁶. Zira illiyet bağının kesilmesine yol açan hallerden birinin mevcut olması halinde, bunun varlığını ispat eden borçlu, sorumlu olmaktan tamamen kurtulur¹¹⁷.

B. Hüküm ve Sonuçları

TBK. m. 116'daki koşulların gerçekleşmesi üzerine alacaklıya tazminat ödemek zorunda kalan borçlu, aralarındaki ilişkiye göre ifa yardımcısına rücu edebilir. Buna göre, daha önce borçlu ile ifa yardımcısı arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut ise, borçlu rücu hakkını bu sözleşme hükümlerine uygun olarak kullanabilir. Bununla beraber taraflar arasında kurulmuş herhangi bir sözleşme yoksa, borçlu koşulları varsa ancak TBK. m. 49'daki haksız fiil hükümleri uyarınca bu hakkını kullanabilir¹¹⁸. Fakat her iki ihtimalde de rücu hakkının kullanılabilmesi için ifa yardımcısının, borca aykırı davranışı icra ederken kusurunun mevcut olması gerekmektedir. Zira ifa yardımcısı, kusuru

¹¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1082; Feyzioğlu, s. 204; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 898, 899; Şenocak, s. 213-216; Akıncı, s. 251.

¹¹⁵ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 445, 446; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 279; Şenocak, s. 218. Aksi görüşte olan Oğuzman/Öz, borçlunun farazî olarak kusurlu olup olmadığını belirlerken, onun kişisel özelliklerinin herhangi bir öneminin bulunmadığını, buna karşılık yardımcıya devredilen işin niteliği gereği sahip olunması gereken özellikler neler ise, onların mevcut olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiğini savunmaktadır. **C. 1**, s. 469, 470.

¹¹⁶ Tunçomağ, s. 511; Feyzioğlu, s. 205; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1083; Akıncı, s. 252.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, s. 647.

¹¹⁸ Von Tuhr/Edege, s. 598; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 451, 452; Feyzioğlu, s. 208; Tunçomağ, s. 513; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1084; Kılıçoğlu, s. 647; Şenocak, s. 261-263.

nispetinde tazminat yükümlülüğü altına girer¹¹⁹. Fakat borçlunun da zararın meydana gelmesinde kusurunun mevcut olması, onun yardımcısına karşı rücu hakkını tamamen ya da kısmen kaybetmesine sebep olabilir¹²⁰.

Alacaklının, borçlu dışında borca aykırı davranan ifa yardımcısına başvurup başvuramayacağı konusunda genel kabul gören anlayış, bunun mümkün olmadığı yönündedir. Zira alacaklı ile ifa yardımcısı arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple alacaklı, sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere istinaden ifa yardımcısından tazminat talep edemez. Fakat ifa yardımcısının davranışı TBK. m. 49'da öngörüldüğü gibi haksız bir fiil niteliğine sahip ise, alacaklı, ilgili hükme istinaden ifa yardımcısına başvurabilir. Alacaklıya karşı farklı hukukî sebeplerle sorumlu olan birden fazla kişinin bulunduğu böyle bir halde, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler (TBK. m. 61) uygulama alanı bulur¹²¹.

§ 4. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA GENEL BİR BAKIŞ

I. Roma Hukuk Sistemi

Bütün hukuk sistemlerini etkileyen Roma Hukukunda sorumluluğun kaynağı ile ilgili olarak sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır¹²². Araştırma konumuz sözleşme sorumluluğu olduğu için burada sözleşme dışı ilişkilerden doğan sorumluluk sorunu üzerinde durulmamıştır.

Roma'da sözleşme ilişkisi, nispi bir nitelik taşıdığı için üçüncü kişiler hakkında hukukî sonuç doğurmamaktadır. Hatta genel olarak aile reisi uygulamasının bulunması da temsil sisteminin mevcut olduğu anlamına

¹¹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1084; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 901.

¹²⁰ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 452; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 562.

¹²¹ Von Tuhr/Edege, s. 598; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1084, 1085; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 900; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 452; Feyzioğlu, s. 206, 207; Şenocak, s. 263; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 562.

¹²² Erdoğan, Belgin; **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2011, s. 24; Tamer Güven, Diler; **Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, DER Yayınları, İstanbul 2001, s. 15. Sözleşme ilişkisinden doğan davalar, "actio ex contractu" olarak adlandırılmıştır. Topuz, s. 331.

gelmemektedir. Zira her ne kadar aile reisinin hâkimiyeti altında olan kölelerle, aile evlatlarının yaptığı hukukî işlemlerden doğan haklar, aile reisine ait olsa dahi borçlar ona ait değildir¹²³. Bu yüzden, alacaklı sıfatını taşıyan kişiler, haklı olarak köle veya aile evlatları ile sözleşme ilişkisine girmek istememektedir. Zira köle ve aile evlatları, hak ehliyetine sahip olmadıkları için borçtan sorumlu tutulmamaktadır. Kaldı ki, hak ehliyetlerinin varlığı kabul edilse bile onların kendilerine ait malvarlıkları bulunmamaktadır. Bu açıdan Romalı aile reisleriyle hukukî işlem yapmaktan kaçınan alacaklıların hukukî durumunun iyileştirilmesi zarurî bir hal almıştır¹²⁴. Bu kapsamda öncelikle borçlu sıfatını taşıyan aile reislerinin kendi davranışlarından hangi koşullar altında sorumlu olacağını belirlemek gerekir. Sonrasında ise, aynı işlem, ifa yardımcısı sayılan köle ve aile evlatlarının davranışları için yapılmalıdır.

Klâsik dönemde, borçlunun kusuru olmasa dahi sözleşme sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmiştir. Bu döneme hâkim olan custodia (gözetim) sorumluluğunda, borçlunun zarara kusuru ile sebebiyet verip vermediği araştırılmamaktadır. Zararla borçlunun veya yardımcılarının davranışı arasında illiyet bağının bulunması, borçluyu sorumlu tutabilmek için yeterli görülmektedir. Bu arada zararın beklenilmeyen halin etkisiyle meydana gelmesi de borçluyu sorumlu olmaktan kurtarmamaktadır¹²⁵. Ancak ilerleyen dönemlerde, özellikle Justinianus döneminde, yavaş yavaş custodia sorumluluğundan vazgeçilmiş ve sözleşme sorumluluğu, kusur esası üzerine

¹²³ Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret; **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 275; Rado, Türkan; **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 162; Tamer Güven, s. 22, 23.

¹²⁴ Bu çerçevede alacaklı, preatorlar tarafından kendisine verilen yetkiyle aile reisine karşı munzam davası açarak, köle ve aile evladından alamadığı alacağını tahsil etme imkânına kavuşmuştur. Başlangıçta Roma Hukukunda hiç kimsenin başkasının davranışlarından dolayı sorumlu olmayacağı kuralı benimsenmiştir. Fakat ilerleyen dönemlerde bu katı kural biraz daha yumuşatılmıştır. Şöyle ki, köle veya aile evladının, aile reisinin izni ya da onayıyla hukukî işlem yaptığı bir ihtimalde, söz konusu hukukî işlemde doğan borcun tamamından aile reisinin sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Koschaker/Ayiter, s. 275, 276; Rado, s. 162, 163; Tahiroğlu, Bülent; **Roma Borçlar Hukuku**, DER Yayınları, İstanbul 2011, s. 323.

¹²⁵ Klâsik dönemdeki custodia sorumluluğu, bugün modern hukuk sistemlerinde kısmen kabul gören objektif sorumluluk ilkesini karşılamaktadır. Buna göre, her ne kadar borçlu, beklenilmeyen halden sorumlu olsa da, tamamen doğa olayları neticesinde vuku bulan, hiçbir halde önlenilmesi mümkün olmayan mücbir sebeplerden sorumlu değildir, Rado, s. 29, 30; Umur, Ziya; **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 312.

inşa edilmeye başlanmıştır. Yani borçlu, sözleşmeye aykırı davranışta bulunurken kusurlu ise sorumlu tutulmuştur. Aynı şekilde yardımcı kişinin davranışından dolayı borçlunun sorumluluğu, yalnızca onu seçmede ve talimat vermede kusurunun bulunması halinde söz konusu olmuştur¹²⁶. Bununla beraber zaman içerisinde özellikle aile reislerinin, yardımcı kişi olarak köle kullandıkları hallerde, onun değerini aşan meblağdan sorumlu olmaması gerektiği kabul edilmiş ve noxal sorumluluk esası uygulanmaya başlanmıştır. Buna göre, aile reisi, köleyi zarar tamamen giderilinceye kadar alacaklının hizmetine vermekte, alacaklı ise köleyi ücretsiz olarak kendi işlerinde çalıştırmak suretiyle zararını karşıladıktan sonra iade etmektedir¹²⁷. Bunun dışında tazminat da istemeye yetkili olan alacaklılar, sadece çok istisnaî bazı hallerde sözleşmeden dönebilmektedir¹²⁸.

Günümüzde olduğu gibi, Roma Hukukunda da tüm kusurlarından sorumlu olan borçlunun sorumluluğunu sınırlandırmaya yönelik bazı düzenlemelerde bulunulmuştur. Bu düzenlemelerden en önemlisi, borçlunun sözleşmenin ifası ile herhangi bir menfaat sağlamamış olmasıdır. Zira böyle bir halde, borçlunun sorumluluğu, kural olarak yalnızca kasten veya ağır ihmalle işlenen davranışları kapsamaktadır. Yani hafif ihmalle işlenen davranışlar, sorumluluk sahasının dışında kalmaktadır. Buna karşılık borçlunun, sözleşmenin ifasında menfaati varsa sorumluluğu daha ağır olmakta ve her türlü kusuru için kendisine başvurulabilmektedir. Örneğin, ariyet sözleşmesinde belli bir şey, ücretsiz olarak kullanılmak üzere ariyet alana devredildiğinden, sözleşmenin kurulmasında ariyet alanın menfaati bulunmaktadır. Bu sebeple ariyet alan, hafif ihmal de dâhil olmak üzere tüm kusurlarından sorumlu tutulmaktadır. Taraflar arasında ariyet değil de, vedia

¹²⁶ Şenocak, s. 42; Tamer Güven, s. 135. Günümüzdekinin aksine, Roma Hukukunda objektif (kusursuz) sorumluluktan sübjektif (kusur) sorumluluğa doğru bir gelişim süreci izlenmiştir. Rado, s. 30. Hatta bazı hallerde kusur sorumluluğu ilkesi, günümüzdekinden daha yoğun olarak uygulanmıştır. Topuz, s. 368 vd.

¹²⁷ Koschaker/Ayiter, s. 275; Tahiroğlu, s. 328, 329; Tamer Güven, s. 16, 17 (dn. 33).

¹²⁸ Bunun için dönme yetkisinin sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde kural olarak sözleşmeden dönmek mümkün değildir. Bununla beraber istisnaen satış sözleşmesinde satılanın ayıplı olarak ifa edilmesi veya gabinin söz konusu olması halinde, doğrudan doğruya sözleşmeden dönülebilir. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 16-19; Buz, **Dönme**, s. 45, 46; Topuz, s. 348, dn. 69.

sözleşmesi kurulduğunda, vedia alan ücretsiz olarak belli bir şeyi muhafaza etme borcu altına girmektedir. Bu itibarla onun, sözleşmenin kurulmasında kural olarak hiçbir menfaati bulunmamaktadır; bu yüzden hafif ihmalden sorumlu tutulmamaktadır¹²⁹.

Justinianus döneminde, borçlunun, sözleşmeden doğan borcunu ifa ederken göstermesi gereken özen belirlenirken, dürüst, makûl ve orta zekâlı kişilerin değil de, borçlunun kendi kişisel işlerinde sergilediği özenin esas alındığı hallerde, sorumluluğun yine kanunen sınırlandırılması söz konusu olmaktadır. Zira borçlu, kendi işlerini yaparken özensiz davranıyorsa, bunu gerekçe göstererek sorumlu tutulmaktan kaçınabilmektedir¹³⁰.

Alacaklı, borçlu ile birlikte zararın meydana gelmesine yol açıyorsa, diğer bir deyişle, somut olayda tarafların ortak kusuru mevcutsa, alacaklının kusurunun boyutu göz önüne alınarak, borçlu sorumluluktan tamamen ya da kısmen kurtulabilmektedir. Buna göre, zararın oluşumuna her iki taraf da ihmali davranışı ile katkıda bulunmuşsa borçlunun sorumluluğu sona ermektedir. Bununla beraber alacaklı, ihmali ile borçlunun kasten verdiği zararları artırmışsa, borçlunun sorumluluğu kısmen de olsa devam etmektedir¹³¹.

Diğer taraftan gemici, hancı ve ahır işletenlerin sorumluluklarının, kural olarak kendi yönetim ve kontrol alanına giren işlerle sınırlı olduğu; fakat tarafların anlaşarak daha ağır bir sorumluluk mekanizmasını yürürlüğe koyabilecekleri kabul edilmektedir¹³². Aynı şekilde bir tarlanın ölçüm işini yardımcısına bırakan borçlu, işin icrasında yardımcısının verdiği zararlardan sadece kastının varlığı halinde sorumlu olmaktadır¹³³. Bu açıklamalardan, borçlunun sözleşme sorumluluğunun ivaz ve kusur ölçütlerine göre kanunen sınırlandırıldığı sonucuna varılabilir.

¹²⁹ Menfaat ilkesinin, Roma Hukukunda sorumluluğun sınırlandırılması bakımından istisnasız bir şekilde uygulandığı söylenemez. Zira ücretsiz olarak yürütülen vekillikte olduğu gibi, bazı hallerde, sözleşmenin ifası ile herhangi bir menfaat sağlanıp sağlanılmadığına bakılmaksızın, borçlunun, her türlü kusurundan dolayı sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Koschaker/Ayiter, s. 195, 196; Rado, s. 27, 28; Umur, s. 310; Erdoğan, s. 37; Tahiroğlu, s. 60.

¹³⁰ Rado, s. 28; Umur, s. 309; Erdoğan, s. 38; Tahiroğlu, s. 64.

¹³¹ Rado, s. 34; Erdoğan, s. 40; Tahiroğlu, s. 76, 77.

¹³² Tamer Güven, s. 71, 78.

¹³³ Tamer Güven, s. 90, 91.

Her ne kadar borçlunun sorumluluğunun sınırı tespit edilirken, genellikle alacaklının malvarlığındaki kaybın değeri göz önünde tutulsa da, bazı hallerde malvarlığı değerini aşan kayıplarla da karşılaşılabilir. İşte Justinianus döneminde, bu hallerde dahi borçlunun sorumluluğunun malvarlığı değerinin iki katını aşamayacağı ilkesi kabul edilmiştir¹³⁴. Üstelik malvarlığına gelen zarar, aynı zamanda alacaklının birtakım kazançlar temin etmesine vesile olmuşsa, borçlu, zararın tamamından sorumlu tutulmamış; onun sorumluluğunun, alacaklının kazançları düşüldükten sonra geriye kalan kısmı kapsayacağı kabul edilmiştir¹³⁵.

Borçlu sıfatını taşıyan aile reisi, yardımcısı olan köle veya aile evlatlarına mülkiyet hakkı kendisinde kalmak üzere peculium olarak anılan belli bir miktar sermayeyi kullanmaları için vermişse, aile reisi, onların bu sermayeyi kullanarak giriştikleri hukukî işlemlerden peculium miktarıyla sınırlı bir şekilde sorumlu olmaktadır¹³⁶. Buna karşılık köle veya aile evladı, peculium olarak kendisine verilen sermayeyi kullanarak aile reisinin malvarlığında artış sağlamışsa, aile reisinin sorumluluğu, peculium miktarını aşsa bile malvarlığındaki artışla sınırlıdır¹³⁷. Bunun dışında taraflar formulada tazminat tutarını açıkça belirtmişlerse, hâkim bu tutarın üstünde bir tazminata hükmedemez¹³⁸. Bunların hepsi, Roma'da miktar itibarı ile sorumluluğun sınırlandırıldığına açık birer göstergesidir.

Roma Hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluğun, sorumsuzluk sözleşmeleri ile sınırlandırılmasına da cevaz verilmiştir. Ancak mevcut hukuk sistemimizde olduğu gibi, Roma Hukukunda da taraflara bu konuda tam bir serbestî tanınmamıştır. Şöyle ki, sadece hafif ihmale ilişkin borçlunun kendisinin ve yardımcılarının davranışlarından doğan sorumluluğunu sınırlandırabilmesi mümkündü; buna karşılık kast ve ağır ihmali konu alan sorumsuzluk sözleşmeleri geçerli olarak değerlendirilmeyordu¹³⁹.

¹³⁴ Rado, s. 34; Umur, s. 314; Erdoğan, s. 14; Tahiroğlu, s. 76.

¹³⁵ Erdoğan, s. 42; Tahiroğlu, s. 75.

¹³⁶ Koschaker/Ayiter, s. 276, 277; Rado, s. 163; Tahiroğlu, s. 323.

¹³⁷ Rado, s. 164.

¹³⁸ Topuz, s. 350, dn. 79.

¹³⁹ Koschaker/Ayiter, s. 195; Rado, s. 27; Umur, s. 311; Erdoğan, s. 35, 36; Topuz, s. 336.

II. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi

Roma Hukukundan itibaren bilinmesine rağmen sorumsuzluk sözleşmelerine İngiliz Hukukunda, özellikle deniz ve demiryolu taşımacılığı alanında rastlanılmaktadır. Zira 19. yüzyılda deniz ve demiryolu işletmecilerinin sorumluluğu oldukça ağırdı. Bu kişiler, doğal afetlerin yol açtıkları dışında her türlü zarardan sorumlu tutuluyorlardı. Bu denli ağır koşullara, taşımacılığın niteliğinden kaynaklanan riskler de eklenince, girişimciler, dayanılmaz boyutlara ulaşan sorumluluklarını hafifletmek için yolcularla anlaşma yoluna gittiler. Böylece taşıma senetlerine “negligence clause” ya da “clause de non garantie” adıyla sorumsuzluk kayıtları koymaya başladılar. Böyle bir hal, taşıma riskini yolcuya yüklediğinden taşıma bedelinde indirim yapılmasını mümkün kıldı¹⁴⁰.

Diğer taraftan Unfair Contract Terms Act (Haksız Sözleşme Koşulları Hakkındaki Kanun) ile birlikte İngiliz Hukukunda genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği, kayda değer ölçüde sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, bu kayıtların, kural olarak kullanan kimsenin sorumluluktan kurtulması bakımından hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte makûl sınırlandırma öngörülen hallerde, bu kayıtları hükümsüz saymak için de hiçbir sebep yoktur¹⁴¹.

Amerikan Hukukunda da benzer bir düzenleme mevcuttur. Buna göre başlangıçta mahkemeler, genel işlem koşulları bünyesinde ele alınan sorumsuzluk kayıtları ile taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulduğuna ve bu sebeple söz konusu kayıtların kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmişlerdir. Ancak sonraları Uniform Commercial Code (Genel Ticaret Kanunu) ile beraber hakkaniyete aykırılık ölçütüne başvurmuşlar ve hakkaniyet fikrini zedeleyen kayıtların hükümsüzlüğüne karar vermişlerdir¹⁴².

¹⁴⁰ Erten, Ali; **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, s. 41-43 (Sorumsuzluk Şartları); Başalp, s. 75. İngiliz Hukukunda bu tür kayıtlara sıkça rastlanılmasının sebeplerinden biri olarak, İngiltere’de kanunen taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran düzenlemelerin, diğer ülkelere nazaran daha geç yürürlüğe girmiş olması gösterilmektedir. Durusoy, Emin Ali; **Deniz Nakliyatında Mesuliyeti Ref veya Tahdit Şartları**, Deniz Yolları Basım Yeri 1937, s. 3, 4.

¹⁴¹ Soyer, M. Polat; **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, İzmir 1986, s. 142, dn. 93’den naklen.

¹⁴² Soyer, s. 142, dn. 93’den naklen.

Anglo-Sakson ülkelerinde sözleşme sorumluluğu sınırlandırılırken, hukuka aykırılık bağı teorisinin de göz önünde bulundurulması gerektiği görüşü hâkimdir¹⁴³. Bu görüş, zamanla Alman hukukçuları da etkilemeye başlamıştır¹⁴⁴. Nitekim Alman doktrininde bir dönem bu teorisinin, sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılmasında başvurulabilecek tek ölçüt olması, diğer bir deyişle, uygun illiyet bağı teorisinin tamamen tarihe karışması gerektiği dahi ileri sürülmüştür. Böylece sadece amaca uygun yorum yöntemine başvurularak, tarafların sözleşmeyi kurarken tazminini amaçladıkları zararlar borçlunun sorumluluk alanına dâhil edilmiş; bunun dışında kalanlar ise tamamen sorumluluk alanı dışında tutulmuştur. Bununla beraber sonraki dönemlerde söz konusu teorilerin sorumluluğu farklı açılardan sınırlandırdığı anlaşıldığı için bu görüş terk edilmiş ve her iki teoriye birlikte başvurulmaya başlanmıştır¹⁴⁵.

III. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi

Anglo-Sakson ülkelerinde taşıma bedelinde yapılan indirim, diğer ülkelerin, özellikle de Kıta Avrupası ülkelerinin rekabet gücünü zayıflatmaya başlamıştır. Bu sebeple Kıta Avrupası ülkeleri de benzer şekilde başta taşıma sözleşmeleri olmak üzere pek çok sözleşmeye sorumsuzluk kayıtları koymaya başlamıştır¹⁴⁶. Bu durum karşısında o ülkelerin kanun koyucuları, bu kayıtların hangi koşullar altında geçerli olabileceğini düzenleme gereği duymuşlardır. Örneğin, Code Civile’de (İtalyan Medenî Kanununda) genel

¹⁴³ Nitekim bu ülkelerde uygun illiyet bağı teorisi, sorumluluğun sınırlandırılmasında herhangi bir rol oynamamaktadır. Hatta Hollanda Borçlar Kanununda hukuka aykırılık bağı teorisi, hukukî bir düzenlemeye kavuşturulurken, aynı düzenleme, uygun illiyet bağı için yapılmamıştır. Antalya, s. 524’ten naklen.

¹⁴⁴ Tandoğan, Halûk; “Hukuka Aykırılık Bağı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler- I. Sempozyumu**, Ankara 22 Ekim 1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 5 (Hukuka Aykırılık Bağı).

¹⁴⁵ Tandoğan, Halûk; **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 15, 16 (Üçüncü Şahsın Zararı); Atamer, Yeşim; **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması- Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s. 72 (Haksız Fiil); Abik, Yıldız; “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **AÜHFD**, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 354.

¹⁴⁶ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 44.

işlem koşulu olarak hazırlanan sorumsuzluk kayıtlarının, ancak müşteri tarafından açıkça kabul edilmesi halinde geçerli olabileceği öngörülmüştür¹⁴⁷.

İsviçre Borçlar Kanununda gerek adî kiralarda gerekse hâsılat kiralalarında, kiraya veren kimsenin, kiralananı sözleşmedeki kararlaştırıldığı şekilde teslim etme ve sözleşmenin devamı boyunca bu halde bulundurma yükümlülüğünü, genel işlem koşulları ile tamamen ya da kısmen sınırlandırdığı kayıtlar hükümsüz sayılmıştır¹⁴⁸.

Avrupa Birliği Konseyinin 1993 yılında kabul ettiği “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönerge” ile Konseye üye olan devletlerden bazı düzenlemelerde bulunulması istenmiştir. İstenilen düzenlemelerden birisi, genel işlem koşulu olarak öngörülen satıcı ve/veya sağlayanın hem kendisinin hem de yardımcılarının verdikleri taahhütlere uygun davranma yükümlülüğünü ortadan kaldıran kayıtlara ilişkindir. Bir diğeri, satıcı ve/veya sağlayanın gizli ayıplara ilişkin var olan sorumluluklarını ortadan kaldıran kayıtlara yöneliktir. Nihayet genel olarak sorumluluğu haklı bir sebep olmaksızın kaldıran ya da üçüncüye bir kişiye söz konusu sorumluluğu tamamen ya da kısmen devreden kayıtların akıbeti ile ilgili de düzenleme yapılması istenmiştir. Böylece söz konusu kayıtların kesin hükümsüz olarak değerlendirilmesi yolunda önemli bir adım atılmıştır¹⁴⁹.

Diğer taraftan Kıta Avrupası Hukukunda ilk defa Avusturyalı hukukçular tarafından özellikle haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırmak bakımından hukuka aykırılık bağı teorisine başvurulmuştur. Zira tıpkı TBK. m. 49’da olduğu gibi, Avusturya Medenî Kanununda da failin kusuruyla vermiş olduğu zararlardan sorumlu olacağı şeklinde oldukça genel bir hüküm öngörülmüştür. Bundan dolayı doktrinde failin sorumluluğunu sınırlandırma

¹⁴⁷ Kaplan, İbrahim; “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, C. 16, S. 2, Aralık 1991, s. 63’den naklen (Banka).

¹⁴⁸ Kocaman, Arif B.; “Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 1090’dan naklen.

¹⁴⁹ Tandoğan, Halûk; **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 37, 38 (Tüketicilerin Korunması); Yavuz, Nihat; **Öğreti ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 78’den naklen (Haksız Şartlar).

ihtiyacı duyulmuş ve bu çerçevede sorumluluğun, ancak koruma normunun kapsamına giren menfaatlerden birine zarar verildiğinde söz konusu olabileceği kabul edilmiştir¹⁵⁰. Zaman içerisinde Alman Hukukunda da sözleşme sorumluluğunun yanı sıra, haksız fiil sorumluluğunda da uygun illiyet bağı teorisinden bağımsız olarak söz konusu teorisinin uygulanması yoluna gidilmiştir¹⁵¹.

¹⁵⁰ Eren, Fikret; “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Mahmut Koloğlu’na Armağan**, Ankara 1975, s. 463’den naklen (Hukuka Aykırılık Bağı).

¹⁵¹ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 5; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 464; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 73; Abik, s. 354, 355.

İKİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN KANUNEN SINIRLANDIRILMASI ve SINIRLANDIRMADA KULLANILAN ÖLÇÜTLER

Kanun koyucu, taraflar arasında sorumluluğun sınırını belirlemeye yönelik herhangi bir sözleşme bulunmasa dahi, bizzat kendisi de, bu sınırı normalin altında ya da üstünde tayin edebilir¹⁵². İşte sözleşme sorumluluğunun kanunen sınırlandırılması derken, tarafların herhangi bir sorumsuzluk kaydı öngörmemelerine rağmen, sırf kanun koyucunun iradesi doğrultusunda hareket edilerek, borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun olağan koşullara nazaran daha hafif şiddette tayin edilmesi hali anlatılmak istenmektedir¹⁵³. Örneğin, belli hallerde borçludan beklenen özen yükümlülüğünün, kanunen onun kendi işlerinde göstermiş olduğu özen kadar olacağı öngörülmüştür¹⁵⁴. Aynı şekilde vekâletsiz iş gören ve bağışlayanın sorumluluğu da işin doğası gereği kanunen sınırlandırılmıştır¹⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki, kanunen sorumluluğun sınırlandırıldığı bazı hallerin tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşme ile sınırlandırılması da mümkündür. Örneğin, sorumluluğun sınırlandırılmasında ölçüt olarak belli malvarlığı değerlerine başvurulduğunda, böyle bir hal söz konusudur. Yine

¹⁵² Konumuz sorumluluğun sınırlandırılması olduğundan, sorumluluğun genişletilmesi sorunu ile ilgili burada açıklama yapmaktan kaçınılmıştır. Ancak şu kadarı söylenebilir ki, sözleşmede umulmayan halden dolayı borçlunun sorumlu olacağı kararlaştırıldığında, sorumluluk alanı genişletilmiş olmaktadır. Kanunda bunu engelleyen ya da sınırını belirleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık doktrinde borçlunun sorumluluğunu genişleten bu tür bir kaydın geçerliliği konusunda sorumsuzluk sözleşmeleri hakkındaki hükümlerin kıyasen uygulanmasının yerinde bir tutum olacağı ileri sürülmektedir. Tekinay, s. 666; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 280. Bunun yanı sıra irade bozuklukları hallerine ilişkin TBK. m. 30 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir. Alınak, M. İlhan; “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, **İÜHF-M-Kemalettin Birsene Armağanı**, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 322. Aynı şekilde kanun koyucu da böyle bir ihtimali, taraf iradelerinden tamamen bağımsız olarak hüküm altına alabilir. Özellikle temerrüde düşen borçlunun durumunda, bu tür bir ihtimal kanunda açıkça düzenlenmiştir. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 36. Yine kanun koyucu, kullanım ödücü sözleşmesinde ödünç alan kimsenin, sözleşmede kararlaştırılan amaca aykırı olarak sözleşme konusu şeyi kullanması halinde, bu arada meydana gelecek umulmayan halden sorumlu olacağını kabul etmiştir. Tekinay, s. 665.

¹⁵³ Başalp, s. 6.

¹⁵⁴ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 35.

¹⁵⁵ Sözleşmelerin ivazlılığı üst başlığı altında bağışlayanın ve vekâletsiz iş görenin sorumluluğunun sınırı tespit edilmeye çalışılmıştır, bkz. aşağıda § 6, II, B, 1 ve 3.

sorumluluğun sınırlandırılmasında ölçüt olarak belli bir miktarın ya da zamanın göz önünde bulundurulduğu haller de, her ne kadar kanunen sınırlandırma üst başlığı altında incelenmiş olsa da, borçlunun, bu konulara ilişkin sorumluluğunu sözleşme yoluyla da sınırlandırması mümkündür. Dolayısıyla bu gibi hallerde, kanunen ve sözleşme ile sınırlandırma halleri iç içe geçmiştir. Ancak yine de doktrine göre, borçlunun sorumluluğunun sözleşme ile sınırlandırıldığı haller ile kanunen sınırlandırıldığı haller birbiriyle karıştırılmamalıdır¹⁵⁶.

§ 5. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK KUSURLULUK

I. Kusur Kavramı

Hukuken kabul görmeyen veya onaylanmayan tavır ve davranışların tümüne kusur adı verilir. Kusur kavramı ile ilgili daha önce ayrıntılı açıklamalarda bulunulduğundan, burada tekrardan kaçınmak adına oradaki açıklamalara yollama yapılmakla yetinilmiştir¹⁵⁷.

II. Kusurun Sözleşme Sorumluluğuna Etkisi

A. Genel Olarak

Sözleşme sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olmakla beraber, aynı zamanda sorumluluğun sınırlandırılması hususunda da önemli bir etkiye sahiptir¹⁵⁸. Zira hâkimin, tazminat tutarını tayin ederken borçlunun kusurunun derecesini; yani onun borca aykırı davranışı kasten mi, yoksa ağır yahut hafif ihmalli bir davranışla mı gerçekleştirdiğini araştırması gerekir. Bunun hukukî sebebi de TBK. m. 51/f. 1'dir. Buna göre hafif ihmal halinde, zarar verenin ödemesi gereken tazminat

¹⁵⁶ Başalp, s. 7.

¹⁵⁷ bkz. yukarıda § 3, I, A, 2.

¹⁵⁸ Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 110; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 251. Aynı şekilde kusur, sorumluluğun ağırlaştırılmasında da etkilidir. Antalya, s. 416, 417.

tutarı belirli bir oranda azaltılabilir¹⁵⁹. Haksız fiil sorumluluğu için öngörülen bu hükmün, TBK. m. 114/f. 2 gereğince kıyasen sözleşme sorumluluğunda da uygulanması mümkündür¹⁶⁰.

İleride açıklanacağı üzere, illiyet bağının kesilmesi bakımından da özellikle alacaklı ile üçüncü kişilerin kusurlarının yoğunluğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira bunların kusurları, ancak ağır kusur düzeyine ulaştığı takdirde, borçlu sorumluluktan tamamen kurtulabilir; aksi halde tazminatta indirim yapılmakla yetinilir¹⁶¹.

Normal koşullarda kusurun derecesine bakılmaksızın borçlu, TBK. m. 114/f. 1 itibarı ile her türlü kusurundan sorumlu olmasına rağmen, bazı hallerde kanun koyucu bu ilkedan ayrılmıştır. Şöyle ki, öngördüğü bazı hükümlerde zararın, borçlunun ağır kusurunun etkisiyle meydana gelmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶². Örneğin, bağışlanan bağışlama sözleşmesinden dolayı bazı zararlara maruz kalmış ise, bağışlayan bu zararlardan sadece ağır kusurunun varlığı halinde sorumludur. Keza daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, sorumsuzluk sözleşmelerinin geçerliliği de borçlunun kusurunun yoğunluğuna bağlıdır. Gerçekten TBK. m. 115 uyarınca bu sözleşmeler, borçlunun ağır kusurunun mevcut olması halinde hükümsüzdür¹⁶³. Yine TBK. m. 220 uyarınca hayvan satışlarında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, ağır kusurun varlığı halinde söz konusu olur. Bu örnekleri artırmak mümkündür. Fakat son bölümde özel bazı borç

¹⁵⁹ Yalnız belirtmek gerekir ki, hafif ihmal halinde hâkim, bu tür bir azaltmaya hükmetmek zorunda değildir. Zira bunun için ayrıca somut olayın koşulları da hakkaniyet gereğince azaltma yapılmasını gerekli kılmalıdır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altop, s. 878; Antalya, s. 718; Tiftik, s. 89, 90. Bununla birlikte doktrinde ağır kusur hali için de tazminat tutarında azaltma yapılabileceği ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak da, aynı fıkra da sözü geçen “durumun gereği” ifadesinin bu şekilde bir yorum yapmayı mümkün kıldığı belirtilmektedir. Antalya, s. 718. Kanun koyucuyu hafif ihmal halinde tazminatın azaltılmasına sevk eden sebeplerden biri, bununla borçlunun kusursuzluğu arasında ayırım yapmanın oldukça zor olmasıdır. Bir diğeri ise, bu halin, hakkaniyet ilkesinin gereklerinden biri olmasıdır. Zira zarara kasten sebep olan alacaklıyla hafif ihmaliyle sebep olan alacaklıyı aynı yaptırıma tâbi tutmak, adalet duygusunu rencide eder. Tiftik, s. 89.

¹⁶⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 579; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 449, 450; Şenocak, s. 225, 226.

¹⁶¹ Kılıçoğlu, s. 640.

¹⁶² Von Tuhr/Edege, s. 582; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Akman, s. 877; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 251; Arsebük, Esat, **Borçlar Hukuku**, C. 1, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul 1943, s. 136.

¹⁶³ Feyzioğlu, s. 179, 180; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 579; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Akman, s. 877, 878.

ilişkilerinde sorumluluğun sınırlandırılması ve kusurun bunlar üzerindeki etkileri ayrıntılı olarak ele alınacağı için şimdilik bu örneklerin verilmesiyle yetinilmiştir¹⁶⁴.

Borçlunun borcun varlığı hakkında bilgi sahibi olmamasının, onun kusursuz sayılması sonucunu doğurup doğurmayacağı hususunda doktrindeki hâkim görüş, borçlunun kendisinin kişisel olarak taahhütte bulunduğu borçlarda, bu tür bir bilgisizlikten bahsedilemeyeceği yönündedir. Bunun dışında mirasçılık ilişkilerinde olduğu gibi, başka kişilerin taahhütlerinden dolayı borçluyu hukuken sorumlu tutabilmenin mümkün olduğu istisnâ bazı hallerde, böyle bir bilgisizliğin söz konusu olabileceği ve bunun da çoğunlukla borçlunun kusurunu ortadan kaldıracabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁵.

B. Sebep Sorumluluğunda Kusurun Ölçüt Olarak Kullanılıp Kullanılamayacağı Sorunu

Kural olarak kusur, sebep sorumluluğu (örneğin, borçlunun yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğu) bakımından ölçüt olarak kullanılamaz. Ancak somut olayda, kanunda öngörülen sebep kapsamında sorumlu olan ve ayrıca kusuru da bulunan borçlu, zarar gören ya da üçüncü kişinin kusuru ile beraber zarara yol açtı ise, artık illiyet bağının kesildiğini iddia edemez. Zarar gören alacaklı tazminatın tümünü talep edebilir. Zira borçlunun ek kusuru, illiyet bağının kesilmesinden istifade etmesini önler. Sebep sorumluluğunda, borçlunun sorumluluğu için kusurlu olması şart değildir. Borçlu, kusursuz dahi olsa tazminat yükümlülüğü doğar. Ancak bu halde borçlu, ayrıca kusurlu da olduğu için herhangi bir indirim yapılmadan tazminatın tümünü ödemekle yükümlü tutulur¹⁶⁶. Daha açık bir deyişle,

¹⁶⁴ bkz. § 14, 15 ve 16.

¹⁶⁵ Von Tuhr/Edege, s. 583; Tunçomağ, s. 494; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 250; Arsebük, s. 137. Aksi görüşte olan Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'a göre, borçlunun bu tür bir bilgiye sahip olmaması haklı bir sebebe dayandığı takdirde, onun kusurlu olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, s. 875.

¹⁶⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 571, 572; Özsunay, Ergun; "Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi", **Sorumluluk Hukukunun**

sebebe sorumluluğunda borçlunun kusursuz olmasının, sorumluluğunu sınırlandırıcı bir etkisi yoktur; fakat ayrıca kusurunun bulunması (ek kusur), tazminatta diğer indirim sebeplerinden istifade etmesini önler¹⁶⁷.

C. Kusurluluk Kavramını Açıklayan Teorilerin Sözleşme Sorumluluğuna Etkileri

Borçlunun sorumlu olup olmadığına karar verirken, kusurluluk kavramını açıklayan teorilerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği, önemli bir hukukî sorun olarak karşımıza çıkar. Zira bu teorilerde, kusurluluk durumu açıklanırken farklı ölçütlerden hareket edilmiştir. Öyle ki, bir teoriye göre borçlu kusursuz sayılırken, diğer bir teoriye göre kusurlu sayılabilir. Bu itibarla öncelikle bu teorilerin neler olduğu, ardından ise bunların sözleşme sorumluluğu üzerindeki etkileri incelenmelidir.

1. Kusurluluk Kavramını Açıklayan Teoriler

a. Sübjektif Teori

Sübjektif teoriye göre, borçlunun, borca aykırı davranışta bulunurken içinde bulunduğu ruhsal durum, eğitim seviyesi ve mesleki yeterliliği gibi tamamen kişisel özellikleri dikkate alınarak kusurlu olup olmadığına karar verilir¹⁶⁸.

b. Objektif Teori

Objektif teoride ise, borçlunun kusurlu olup olmadığına karar verilirken, sübjektif teoriden farklı olarak kişisel özellikler göz önünde tutulmaz. Borçlunun, dâhil olduğu sosyal çevrede bulunan orta zekâlı ve makûl bir insandan beklenen davranışları sergileyip sergileyemediği araştırılır. Bu

Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İÜMHİY, Ankara Ekim 1977, s. 69, 70 (İşletenin Sorumluluğu); Antalya, s. 417; Tiftik, s. 55, 56.

¹⁶⁷ Nomer, s. 160; Şenocak, s. 234.

¹⁶⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 570; Antalya, s. 418.

araştırma sonucunda makûl insanın davranışı ile borçlunun davranışı arasında herhangi bir paralellik yoksa, borçlu kusurlu olarak kabul edilir¹⁶⁹.

Hâkim görüş taraftarları, objektif teoriyi savunmalarına karşın tek başına bu teorinin uygulanmasının da isabetli olmayacağını öne sürmektedirler. Onlara göre, aksinin kabulü, borçlunun içinde bulunduğu konumun tamamen göz ardı edilmesi anlamına gelir. Bundan dolayı sorumluluğun biraz daha sınırlandırılması, hakkaniyet ilkesi bakımından uygun olur. Bu konuda hizmet sözleşmesine ilişkin TBK. m. 400/f. 2’de *“Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur”* şeklinde öngörülen hüküm, kıyasen niteliğine uygun düştüğü ölçüde bütün sözleşmelere uygulanmalıdır. İşçinin göstermesi gereken özen, yapılan işin niteliğine göre tespit edilmelidir. İş sahibi, işçinin yetersiz olan mesleki tecrübesi konusunda bilgi sahibi ise, sözleşmenin devamı esnasında ondan benzer işi yapan diğer işçilerin yaptığı işi bekleyemez. Bu itibarla bahsi geçen ilk husus, yani özenin işin niteliğine göre belirlenmesi kusurun objektif yanını; buna karşılık ikinci husus, kusurun sübjektif yanını teşkil etmektedir. Sonuç olarak, kusuru tespit ederken ağırlıklı olarak objektif teorinin uygulanması, gerektiğinde onunla birlikte sübjektif teorinin de uygulanmasını engellememelidir¹⁷⁰.

2. Kusurluluk Kavramını Açıklayan Teorilerin Sözleşme Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri

Belirtilmelidir ki, sübjektif teori benimsendiği takdirde, borçlunun sorumluluğu, objektif teoriye nazaran daha hafif şiddette tayin edilmiş olur. TBK. m. 628 de bunun açık bir göstergesidir¹⁷¹. Söz konusu hükme göre *“Her*

¹⁶⁹ Tunçomağ, s. 493; Nomer, s. 111; Özsunay, **İşletenin Sorumluluğu**, s. 74; Antalya, s. 418; Aybay, s. 87; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 570.

¹⁷⁰ Von Tuhr/Edege, s. 582; Tunçomağ, s. 494; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1063, 1064; Hatemi/Gökyayla, s. 140, 141; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 417, 418; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 248-250.

¹⁷¹ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 272.

ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür”. Dolayısıyla hükmün lâfzından yola çıkıldığında, borçlu konumundaki adî şirket ortağı, kendi işlerinde daha az özen gösterdiğini iddia eder ve bu iddiasını ispat edebilirse sorumlu olmaktan kurtulur. Bu noktada benzer işi yapan makûl ve orta zekâlı üçüncü kişilerin işlerini yürütürken daha çok özen göstermeleri, borçlunun sorumlu tutulması bakımından önemli değildir. Bununla birlikte doktrinde adî şirket ortağının özellikle ağır kusurunun bulunması halinde, söz konusu imkândan istifade edememesi gerektiğine dikkat çekilmektedir¹⁷².

Objektif teoride ise, bizzat kendi işlerinde gösterdiği özenin daha az olduğunu iddia etmek suretiyle sorumluluğunun sınırlandırılmasını isteyen borçlunun, bu iddiasına itibar edilmez. Zira böyle bir iddia, teorinin temel mantığı ile bağdaşmaz.

Borçlunun, kişisel özelliklerinin alacaklı tarafından bilindiğini ileri sürmesi, sorumluluktan kurtulması bakımından yeterli değildir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, onun sorumluluğu belirlenirken, benzer işi yapan makûl insan tipi esas alınır. Ancak doktrinde hâkim olarak benimsenen yumuşatılmış objektif teori çerçevesinde, alacaklının borçlunun kişisel özelliklerini bilip bilmemesi, sorunun çözümünde etkin bir rol oynar. Buna göre, borçlunun konumu alacaklı tarafından biliniyorsa, artık TBK. m. 400/f. 2’deki hükmün de kıyasen uygulanması suretiyle borçlu sorumluluktan kurtulabilir¹⁷³. Ancak alacaklının mazur görülebilir bir bilgisizliği söz konusu ise, borçlunun sorumluluğu kesintisiz olarak devam eder.

D. Tazminatta İndirim Sebebi Olarak Kabul Edilen Hallerin Sözleşme Sorumluluğuna Etkileri

Tazminatın indirilmesi kenar başlığını taşıyan TBK’nın 52. maddesi, genel olarak haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmasında kusur ölçütüne başvuru belli başlı halleri düzenlemektedir. Bununla birlikte TBK. m. 114/f.

¹⁷² Tandoğan, *Mesuliyet Hukuku*, s. 419.

¹⁷³ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 1064.

2’de yapılan yollama sayesinde bu haller, kıyasen sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından da uygulanabilir¹⁷⁴.

1. Alacaklının Ortak Kusuru ile Zarara Sebep Olması

Normal koşullarda, kişilerin kendilerine zarar verici herhangi bir davranışta bulunmayacağı düşünülür. Fakat bazı hallerde, kişiler, bilerek ya da bilmeyerek kendilerine zarar verebilirler. Böyle bir hal, genellikle hukukun ilgi alanı dışında kalır. Ancak zarar, onların davranışları ile borç ilişkisi içerisinde yer alan diğer tarafın davranışlarının birleşmesi sonucunda ortaya çıkmışsa, hukuk düzeninin müdâhalesi ile karşılaşılır. İşte borçlunun borca aykırı davranışı ile alacaklının kusurlu davranışının birleşmesiyle zarar meydana gelmiş yahut mevcut zarar oranı artmışsa¹⁷⁵; ortak kusur ve zarar arasında illiyet bağı kurulmuş demektir. Açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, ortak kusur, orta zekâlı ve normal bir bireyden beklenildiğinin aksine, alacaklının, kasıtlı veya ihmali olarak kendi aleyhine sonuç doğuracak davranışlarda bulunmasıdır¹⁷⁶. Ortak kusurun tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirilmesi, dürüstlük kuralı gereğidir. Zira doğal olan, bir kişinin kendi kusurlu hareketinin yol açtığı hukukî sonuçları üstlenmesidir¹⁷⁷.

TBK. m. 52/f. 1, *“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir”* şeklindedir. Hâkim, bu hükme istinaden alacaklının ortak kusurunun yoğunluğunu dikkate alarak tazminatta indirim yapabileceği gibi, herhangi bir tazminata da hükmetmeyebilir¹⁷⁸. Alacaklının ortak kusuru,

¹⁷⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 764. Ancak doktrine göre, bilhassa ticarî nitelik taşıyan sözleşmelerde TBK. m. 52 hükmünün uygulanması sırasında oldukça temkinli hareket edilmesi gerekir. Bunun hukukî sebebini de şu şekilde açıklamak mümkündür: Ticarî sözleşmelerde mesleğin gerektirdiği esaslara aykırı davranan borçlunun, bu hükümde düzenlenen indirim sebeplerine dayanarak sorumluluğun bir kısmını alacaklının omuzlarına yüklemesi hakkaniyete uygun düşmez. Tiftik, s. 87, dn. 35.

¹⁷⁵ Nomer, s. 157; Kılıçoğlu, s. 418; Reisoğlu, s. 218; Arsebük, s. 144.

¹⁷⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 766; Antalya, s. 724, 725; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 116 (C. 2).

¹⁷⁷ Tiftik, s. 108.

¹⁷⁸ Y. 11. HD’nin 27.03.2006 T. ve 2390/3170 sayılı kararı, ortak kusurun sözleşme sorumluluğuna etkisini açıkça ortaya koymaktadır: *“...Davada çözüme kavuşturulması gereken yön, davacıya ait*

borçlunun borca aykırı davranışını göz ardı edilebilecek bir seviyeye getirirse, artık illiyet bağı kesileceğinden borçlu sorumlu olmaktan kurtulur¹⁷⁹.

Doktrinde TBK. m. 52/f. 1'de kullanılan lâfza rağmen alacaklının sebep sorumluluğuna yol açacak davranışının, borçlunun borca aykırı davranışı ile birlikte zararın ortaya çıkmasında ya da artmasında etkili olması halinde, yine sözleşme sorumluluğunun sınırlanacağı kabul edilmektedir¹⁸⁰.

a. Alacaklının Zarara Razi Olması

Zarar görenin zarara razı olması, esas olarak haksız fiil sorumluluğunda uygulanan ve fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran bir sebep olarak karşımıza çıkar. Haksız fiil sorumluluğunu etkileyen hususların, kıyasen sözleşme sorumluluğunda da uygulanmasına imkân tanıyan TBK. m. 114/f. 2 karşısında, zarar gören alacaklının rızasının da sözleşme sorumluluğu hakkında uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla

*hesapta bulunan tüm paranın yanlış kişiye ödenmesi nedeniyle doğan zararda tarafların sorumluluklarına ilişkindir. Bu savunmanın kanıtlanması halinde, davacının hesap cüzdanını kaybettiği ve bankaya haber vermediği, bulunan bu cüzdanı 3. kişinin parayı çekerken kullandığı yönünde davacı aleyhine karine oluşacağının kabulü gerekir. Zira bir güven kurumu olan banka, akdi ilişki ve yapılan işin niteliği gereği mudiden aldığı parayı güvenle saklamak ve istenildiğinde yine mudiine iade etmekle yükümlü ise de mudi de yine akdi ilişki ve özen borcunun gereği olarak kimliğine ilişkin belgeler yanında banka hesabına ait bilgi ve belgeleri de özenle saklamak ve kaybı halinde derhal bankayı bu hususta bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu itibarla davacı yanın, hesap cüzdanını mahkemeye ibraz edememesi ve açıklama getirememesi halinde aleyhine oluşan bu karine nedeniyle BK'nın 98/2. maddesi yollaması ile aynı Yasa'nın 44. maddesi hükmü uyarınca zararın oluşumunda davacının da kusurunun bulunduğu kabulü gerektirir...”, Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 501, 502. Yine Y. 3. HD'nin 10.10.2011 T. ve 11129/15029 sayılı kararında “...Davada araç kiralama sözleşmesinden doğan ve kötü kullanım sebebiyle araçta hasar meydana geldiği ileri sürülerek fazlaya dair hakların saklı tutularak tazminatın tahsiline karar verilmesi istenilmiştir. Taraflar arasında "rent a car" sözleşmesinin bulunduğu tartışmasızdır. Aracı kullanmak için teslim alan davalının seyir halindeyken aracın yağ lambasının yandığı, davalının motor yağı koyduğu, bir süre sonra ise araç motorundan sesler gelmeye başladığı, davalının Cumhuriyet Savcılığındaki ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının aracı kullanım süresi ve araçta oluşan arızanın boyutu dikkate alınarak, B.K.nun 98/2. maddesi delaletiyle aynı Kanunun 43 ve 44. maddeleri uyarınca müterafik kusurunda değerlendirilmesi suretiyle oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir...” denilmektedir, www.kazanci.com.tr, E. T. 14.02.2013.*

¹⁷⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 766; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 117; Antalya, s. 724; Tiftik, s. 107. Özellikle zarar gören alacaklının ağır kusurunun varlığı halinde, illiyet bağının kesildiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla ortak kusur halinin, alacaklının hafif kusuruyla verdiği zararlar bakımından önem taşıyacağı belirtilmektedir. Kılıçoğlu, s. 418.

¹⁸⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 768; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 118; Tiftik, s. 107. Aksi görüş için (ortak kusurun yalnız kusur sorumluluğu bakımından gündeme gelebileceği yönünde) bkz. Antalya, s. 724.

gelmektedir¹⁸¹. Niteliği itibarı ile hukuken kabul görülebilir, elverişli sonuçların doğmasını mümkün kıldığı ölçüde alacaklının rızası, kıyasen sözleşme sorumluluğu bakımından da uygulanabilmelidir. Zira her şeyden önce sorumsuzluk sözleşmesi yapılarak borca aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğundan kurtulma imkânı borçluya tanındığına göre, aynı amaca hizmet eden rızanın, sözleşme sorumluluğu üzerinde uygulanmaması için hiçbir haklı sebep yoktur¹⁸². Kaldı ki, sorumsuzluk sözleşmesinden farklı olarak, zarar gören alacaklının tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuçlarını doğuran rıza beyanı, iradesine başvurulmayan borçlunun hukukî konumunu ağırlaştırmamakta, çoğu kez sadece onun menfaatine hizmet etmektedir. Zaten borçluya iradesi daha öncesinde sorulsaydı, hayatın olağan akışına göre alacaklının beyanına karşı çıkmazdı.

Alacaklının rızasının her hal ve koşulda geçerli olup olmadığı, diğer bir deyişle, bunun geçerliliğinin belli açılardan sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı sorununa gelecek olursak, öncelikle belirtmek gerekir ki, kişilik haklarının ihlâli sonucunu doğurabilecek borca aykırı bir davranışa alacaklının önceden rıza göstermesi hukuken geçerli değildir. Zira borca aykırı nitelik taşıyan bir davranışın, rıza ile birlikte hukuka uygun bir hale gelebilmesi için hukukun buna izin vermesi gerekir. Genel itibarı ile Türk Hukukunda hiç kimsenin

¹⁸¹ Türk Borçlar Kanununda sözleşme sorumluluğu üst başlığı altında düzenlenen sorumsuzluk sözleşmesinin, haksız fiiller için de uygulanıp uygulanamayacağı konusunda doktrindeki genel kabul gören anlayış, bunun mümkün olduğu şeklindedir. Zira tek taraflı irade beyanı ile hüküm doğuran rıza, nasıl ki haksız fiil sorumluluğu üzerinde etkili oluyorsa, aynı şekilde iki taraflı irade beyanı ile kurulan sorumsuzluk sözleşmelerinin, kanunun lâfzına rağmen amaçsal bir yoruma gitmek suretiyle haksız fiiller alanında da mümkün olduğunun kabulü gerekir. Zira benzer sonucun tek taraflı bir hukukî işlemle yapılabilmesi mümkün ise, bunun iki taraflı bir hukukî işlemle yapılmasının hiçbir sakıncası yoktur. Bu konuda bkz. Akman, Galip Sermet; **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 113, 114; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 165, 166. Sözleşme sorumluluğunda rızanın etkili olup olmayacağı sorunun çözümünde de benzer bir yorum yöntemi benimsenebilir.

¹⁸² Burada sözleşme sorumluluğuyla ilgili sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün iken, rızanın varlığının ayrı bir hukukî müessese olarak tartışılması gereksizmiş gibi görünebilir. Oysa bu iki hukukî müessese arasında şu farklılıklar bulunmaktadır: Rıza, tek taraflı bir hukukî işlemdir ve zarar gören tek taraflı beyanda bulunarak, karşı tarafın iradesi gerekmezsizin rızasını geri alabilir. Buna karşılık sorumsuzluk sözleşmesi, iki taraflı bir hukukî işlem olup, ancak tarafların karşılıklı anlaşması ile bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması engellenebilir. Ayrıca geçerli bir rıza, fiili tamamen hukuka uygun bir hale getirmesine karşın, sorumsuzluk sözleşmesi, fiilin hukuka (borca) aykırılık vasfına etki etmez; yalnızca sorumluluğu tamamen veya kısmen sona erdirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, s. 22; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 164.

kişilik haklarından önceden vazgeçemeyeceği, dolayısıyla buna ilişkin bir irade beyanının da hukuken tasarruf edilemeyecek bir alanı kapsadığı için geçersiz sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Daha açık bir deyişle, hukuken geçerli olmayan rızanın söz konusu olduğu böyle bir halde, borçlunun sorumluluğu sona ermemekte; yalnızca ortak kusur kapsamında tazminatta indirim yapılmakla yetinilmektedir¹⁸³. Zira kendi menfaatini düşünmeyip dikkatsiz bir şekilde davranan alacaklı, hak ve nesafet kuralı gereğince zararın bir bölümüne katlanmalıdır¹⁸⁴. Bununla birlikte alacaklının zararının, kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanmadığı açıkça anlaşılıyorsa, örneğin, sadece malvarlığına yönelik bir ihlâl söz konusu ise, onun daha önceden ya da zarar meydana geldikten sonra zarara razı olması, borca aykırı davranışı hukuka uygun hale getirdiğinden borçlu sorumluluktan kurtulur¹⁸⁵.

b. Zararın Artmasını Önleyecek Önlemlerin Alınmamış Olması

Alacaklı, hukukî olarak müdâhale etme imkânına sahip olmasına rağmen zararın ortaya çıkışı ya da artışı konularında sessiz kalır, nasıl olsa zarar doğsa dahi borçludan bunu tazmin ederim düşüncesi ile gereken önlemleri almaktan kaçınırsa, onun, zarara ortak kusuru ile yol açtığı kabul edilir¹⁸⁶ ve kusuru oranında borçlunun sorumluluğu azalır. Aksinin kabulü, hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasının hukukî zeminini hazırlar¹⁸⁷. Burada alacaklıdan beklenen önlem alma yükümlülüğünün yerine getirip getirilmediği saptanırken, aynı ya da benzer koşullar altında bulunan alacaklılar göz önünde bulundurulur ve dürüstlük kuralı uyarınca onlardan beklenen yükümlülöklere uygun hareket edilip edilmediği araştırılır¹⁸⁸.

¹⁸³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 765; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 116; Kılıçoğlu, s. 418; Antalya, s. 723; Tiftik, s. 99 vd.

¹⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 595.

¹⁸⁵ Nomer, s. 157; Akman, s. 114, 115.

¹⁸⁶ Nomer, s. 224.

¹⁸⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 769; Antalya, s. 729.

¹⁸⁸ Tiftik, s. 116, 117.

2. Borçlunun Ekonomik Durumunun Önemli Ölçüde Bozulması

TBK. m. 52/f. 2'ye göre, “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

Hükümden de anlaşıldığı gibi, borca aykırı davranan borçlu, herhangi bir kusurunun olmaması veya en fazla hafif kusurunun bulunması kaydıyla tazminatta indirim yapılmasını talep edebilir¹⁸⁹. Esasen TBK. m. 51/f. 1 gereğince zaten hafif kusur halinde, borçlunun ödeyeceği tazminatta indirim yapılabilir. Dolayısıyla TBK. m. 52/f. 2, özellikle somut olayın koşulları değerlendirildiğinde, sırf hafif kusura dayanarak tazminatta indirime gitmenin hakkaniyet düşüncesini zedeleyeceği hallerde hukuken önem arz eder¹⁹⁰. Yalnız bunun için borçlu, borcu tazmin edecek olursa, ekonomik durumunun aşırı ölçüde bozulma ihtimali göstereceğini ispat etmelidir. Aksi halde tazminatta indirim yapılmasını gerektiren diğer sebepler¹⁹¹ de mevcut değilse, tam tazminat ödemek durumunda kalabilir. Ayrıca tüm koşullar gerçekleşse dahi hâkim, tazminatta indirim yapılmasına hükmetmek mecburiyetinde değildir. Zira bu konuda kendisinin takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁹². Burada hâkim, taraflar arasındaki menfaat dengesini çok iyi değerlendirmeli ve tazminatta yapılacak düşük oranda bir indirim, alacaklının hukukî durumunu ciddi şekilde sarsacaksa indirime hükmetmekten

¹⁸⁹ Borçlunun ağır kusurlu olduğu anlaşıldığında, tazminatın ödenmesiyle birlikte ekonomik durumunun nasıl bir hal alabileceği araştırma konusu yapılmaz. Yani böyle bir halde, hâkim, bu hükme dayanarak tazminatta indirim yapamaz. Tiftik, s. 94. Diğer taraftan Y. 21. HD'si, 25.10.2010 T. ve E. 2009/9528, K. 2010/10451 sayılı kararında “...Davacının 26.11.2004 tarihinde oluşan iş kazasında %5.0 oranında iş göremezliğe uğradığı olayda işverenin %75, işçinin de %25 oranında kusurlu davranışların etkili olduğu ve zararın tazmininde davalı işverenin müzayakaya düşmeyeceğinin belirgin bulunmasına göre, davaya konu olayda Borçlar Kanununun 44/2. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı gözetilmeksizin anılan maddeye dayanılarak zarardan hakkaniyet indirimi yapılmasını” yasaya aykırı bulmuştur, www.kazanci.com.tr, E. T. 14.02.2013.

¹⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 592, 593; Tiftik, s. 93.

¹⁹¹ TBK. m. 51'de belirtilen “durumun gereği” ifadesinden hareket ederek, kanun koyucunun tazminatta indirim sebeplerini sınırlı sayıda düzenlemediği sonucuna ulaşılabilir. Böylece hâkim, somut olayın tüm yönlerini dikkate alarak, hakkaniyetin gerektirdiği zamanlarda tazminatta indirim yapabilir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 770, 771; Antalya, s. 719. Ancak “durumun gereğinden” yola çıkıldığında, tazminatın tamamen ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Tiftik, s. 142.

¹⁹² Kılıçoğlu, s. 642; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 120, 121.

kaçınmalıdır¹⁹³. Diğer taraftan hükmün lâfzından hareket edildiğinde, böyle bir halde, hâkimin, tazminat sorumluluğunun ortadan kalktığına hükmetmesi mümkün değildir¹⁹⁴.

3. Alacaklının Gelir Seviyesinin Aşırı Oranda Yüksek Olması

Kanunda açıkça zikredilmese de hâkim, tazminat tutarını tespit ederken zarara maruz kalan alacaklının gelir seviyesini de araştırmalıdır. TBK. m. 51/f. 1'deki "*durumun gereği*" esası bu sonucu haklı kılmaktadır. Bu açıdan hâkim, özellikle oldukça yüksek bir gelir seviyesine sahip bir alacaklı karşısında, zor koşullar altında hayatını idame ettirebilmek için çabalayan borçluyu korumalı ve normal bir sözleşme ilişkisine kıyasla daha az tutarda bir tazminata hükmetmelidir. Hakkaniyet ilkesi de bunu gerektirmektedir¹⁹⁵. Fakat bunun için sözleşmeye aykırı hareket eden borçlunun ağır kusurunun bulunmaması gerekir. Dikkat edilmelidir ki, borçlu, standart bir şekilde hayatını sürdürebilecek bir gelire sahipse, indirim kararı verilmemelidir. Aksinin kabulü, taraflar arasındaki menfaat dengesinin haksız olarak bozulmasına sebep olur¹⁹⁶.

4. Umulmayan Bir Halin Varlığı

Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda açıkça belirtilmemiş olsa da, umulmayan haller de tıpkı alacaklının gelir seviyesinin aşırı oranda yüksek olması gibi hakkaniyet gereğince sorumluluğun sınırlandırılmasına imkân tanımaktadır. Bu haller, sözleşmenin taraflarına yüklenemeyen sebeplerden

¹⁹³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 770; Antalya, s. 721; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 121; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 593.

¹⁹⁴ Kılıçoğlu, s. 420; Antalya, s. 720.

¹⁹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 773, 774; Antalya, s. 732. Bununla beraber destekten yoksun kalma hakkında TBK. m. 55/f. 1, c. 3'te "*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz*" hükmüne yer verilmiştir. Hükmün lâfzına bağlı kalındığında, şu sonuca varmak mümkündür: Sözleşme sorumluluğunda da hakkaniyet gereğince indirim yapılan hallerde, bu arada alacaklının gelir seviyesi aşırı oranda yüksek olduğunda da tazminatta indirim yapılamaz. Ancak doktrinde haklı olarak bu hükmün isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Zira hakkaniyet gereği zaten tazminatın artırılmasından bahsetmek mümkün değildir. Buna karşılık tazminatta sırf hakkaniyet düşüncesiyle azaltma yapılamayacağını kabul etmek ise, TBK. m. 52/f. 2 hükmüyle bağdaşmamaktadır, Kılıçoğlu, s. 423, 424. Bunun yanı sıra bu hükmün, sadece TBK. m. 52/f. 2 hakkında uygulanabileceği de ileri sürülmektedir, Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 123.

¹⁹⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 773, 774; Tiftik, s. 145.

ileri gelirler; yani burada taraflara hiçbir şekilde kusur isnat edilemez. Aslında önüne geçilmesi de mümkün olmayan bu hallerde, borçlu tamamen sorumluluktan kurtulmaktadır. Fakat özellik arz eden husus, umulmayan bir halin borçlunun kusuruna eklenmiş olması ihtimalidir. Böyle bir ihtimalde, hâkim, zarara ağırlıklı olarak umulmayan bir halin mi, yoksa borçlunun kusurunun mu yol açtığını araştırmalıdır. Hâkim, zararın ortaya çıkışında umulmayan halin borçlunun kusuruna nazaran daha fazla etkili olduğuna kanaat getirirse, tazminatta indirim hükmetsmelidir. Ayrıca indirim için umulmayan halin mücbir sebep düzeyine ulaşmaması gerekir. Aksi halde illiyet bağı kesildiğinden dolayı sorumsuzluğa karar verilir¹⁹⁷. Bu itibarla umulmayan halin mücbir sebepten ayırt edilmesi hukuken önem arz etmektedir. Genel olarak umulmayan hal kavramı, mücbir sebebe nazaran daha geniş bir etki alanına sahiptir. Şöyle ki, taraflarca önceden tahmin edilemeyen¹⁹⁸ ve bu sebeple önüne geçilemeyen her hal, umulmayan bir hal olarak değerlendirilse de, bunun mücbir sebep sayılabilmesi için ayrıca borçlunun işletmesinin dışında gerçekleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla borçlunun işletmesine dâhil olan haller, umulmayan bir hal olarak nitelendirilmelerine karşın, mücbir sebep olarak nitelendirilemezler¹⁹⁹.

§ 6. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK İVAZLILIK

I. İvazlı Sözleşmelerde Sorumluluğun Sınırı

İvazlı sözleşmelerin tipik özelliği, edimler arasında karşılıklılık ilişkisinin söz konusu olmasıdır. Burada borçlu, edimini ifa etmekle birlikte diğer taraftan kendi alacağının yerine getirilmesini talep edebilme hakkını kazanır. Yani bu sözleşmelerin kurulmasında her iki tarafın da menfaati vardır²⁰⁰.

¹⁹⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 771; Oğuzman/Öz, **C. 2**, s. 121; Tiftik, s. 150.

¹⁹⁸ Önceden tahmin edilen, fakat yine de önüne geçilemeyen hallerin umulmayan hal kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 145, 146.

¹⁹⁹ Antalya, s. 532.

²⁰⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 168; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 46; Antalya, s. 79.

İvazlı sözleşmeler için doktrinde iki tarafa borç yükleyen ya da karşılıklı borç doğuran sözleşme ifadeleri de kullanılmaktadır²⁰¹.

TBK. m. 114/f. 1'in 3. bendinde yer alan hükmün zıt anlamından hareket edildiğinde, ivazlı sözleşmelerde borçlunun sorumluluğunun, ivazsız sözleşmelere nazaran daha fazla olduğu sonucuna varılmalıdır²⁰². Bu noktada sorumluluğun sınırının nasıl tespit edilmesi gerektiği sorunu ile karşı karşıya kalınır. Söz konusu sorunun çözüme kavuşturulması için yapılması gereken şey, kanun koyucunun sözleşmelere bağlanan hukukî sonuçları kaleme alırken nasıl bir hukukî rejim kurmak istediğini araştırmaktır. Bu araştırma sonucunda ivazlı sözleşmelere bağlanan hüküm sayısının diğerlerine nazaran daha fazla olduğu fark edilir ve böylece kanun koyucunun esas olarak bu tür sözleşmelerden doğan sorumluluğa önem verdiği anlaşılır²⁰³. Dolayısıyla başka bir sınırlandırma sebebi mevcut olmadığı sürece, ivazlı sözleşmelerde borca aykırı davranan borçlunun, kanunen belirlenen tazminat tutarının tamamını ödemek zorunda olduğu savunulabilir. Zira borçlunun, diğer tarafa nazaran korunmasını gerektirecek hiçbir haklı sebep yoktur. Buna karşılık hafif kusurlu olunması ya da illiyet bağının kesilmesi gibi kanunî bir sınırlandırma sebebinin var olması, ivazlı sözleşmelerde borçlunun kısmen ya da tamamen sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurur. Ancak bu hallerin her biri, ivazsız sözleşmelerde de sorumluluğun sınırlandırılmasında rol oynar. Yani bunlar, ivazlı sözleşmelere özgü bir sorumluluğun sınırlandırılması sebebi değildir; ancak ivazsız sözleşmelerde yaptıkları etki, biraz daha fazladır. Zira bu halde, TBK. m. 114/f. 3'e ek olarak bu haller de dikkate alınarak tazminatta daha fazla indirim yapılabilir, üstelik yerine göre tazminata da karar verilmeyebilir. Hâlbuki ivazlı sözleşmelerde sorumluluk, TBK. m. 114/f. 3 uygulanmadan, sadece diğer hallere ilişkin olarak sınırlandırılabilir. Aynı değerlendirmeler, ivazlı sözleşmelerden doğan sorumluluğun, bireysel bir sözleşme ya da genel

²⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 53; Nomer, s. 21.

²⁰² Kılıçoğlu, s. 641; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 225.

²⁰³ Nitekim doktrinde de ivazsız sözleşmelerin, istisnâî nitelikte oldukları belirtilmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 20.

işlem koşulu içerisinde düzenlenen sorumsuzluk kayıtları ile sınırlandırıldığı haller için de yapılabilir.

II. İvazsız Sözleşmelerde Sorumluluğun Sınırı

A. Genel Olarak

İvazsız sözleşmelerde taraflardan yalnız birisi, edim yükümlülüğü altında bulunmakta ve dolayısıyla bu taraf, kendi edimini yerine getirdiğinde sözleşmenin diğer tarafından herhangi bir talepte bulunamamaktadır. Bağışlama sözleşmesinde de görüldüğü üzere, bu tür sözleşmelerin kurulması, sadece tek bir tarafın menfaatinedir²⁰⁴. Doktrinde bu tip sözleşmeler için tek tarafa borç yükleyen ya da karşılıksız sözleşme ifadeleri de kullanılmaktadır²⁰⁵.

B. İvazsız Sözleşmelerde Sorumluluğun Sınırına İlişkin TBK. m. 114, f. 1 Hükmü

Borçlunun genel olarak sorumluluğunun kapsamı, TBK. m. 114/f. 1’de *“Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur, borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir, iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir”* şeklinde belirtilmiştir.

Özellikle hükmün son iki bendi, ivazsız sözleşmelerde borçlunun sorumluluğunun sınırının belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira bu bentlere göre, niteliği gereği yapılan işin borçlu için herhangi bir yarar sağlamadığı ivazsız sözleşmelerde sorumluluğun, ivazlı sözleşmelere göre daha hafif şiddette tayin edilmesi gerekir²⁰⁶. Nitekim hakkaniyet ilkesi de bu sonucu haklı kılmaktadır.

Hükümde geçen iş kavramı ile neyin kastedildiği izaha muhtaçtır. Doktrinde bu kavramla iş görme sözleşmelerinin değil, aksine borçlunun

²⁰⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 168; Nomer, s. 21; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 46; Antalya, s. 79.

²⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 54; Hatemi/Gökyayla, s. 15.

²⁰⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 225; Kılıçoğlu, s. 641; Antalya, s. 80.

yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin kastedildiği belirtilmektedir²⁰⁷. Buna göre, hâkim, edimin ifası ile taraflardan hangisinin yarar sağlamış olabileceğini araştırırken, somut olayın özelliklerini bir bütün olarak göz önünde bulundurmalıdır. Bu araştırma sonucunda hâkim, edimin ifasının borçluya herhangi bir yarar sağlamadığını anlarsa, tazminat tutarında indirim yapmalıdır²⁰⁸. Hâkimin, böyle bir halde, tazminat sorumluluğunun tamamen ortadan kalktığına hükmedip hükmedemeyeceği, aynı şekilde yaptığı araştırma sonucunda borçlunun yarar sağladığını, fakat bunun alacaklının sağladığı yarara nazaran daha az olduğunu anladığında, tazminat tutarında indirim gidip gidemeyeceği, çözümlenmesi gereken önemli birer hukukî sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu noktada hükmün lâfzına birebir bağlı kalındığında, bunların mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak genişletici yorum yöntemine başvurulduğunda, aksini söylemek mümkündür. Bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımak gerekir.

Doktrine göre, TBK. m. 114/f. 1'in son bendi, borçlunun zarara hafif kusuru ile yol açmış olması halinde uygulanabilir²⁰⁹. Bu itibarla ağır kusur, ivazsızlık ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırılmasını engeller.

Diğer taraftan alacaklının uğramış olduğu zararların tamamının tazmin edileceği yönünde sözleşmeye hüküm konulabilir²¹⁰. Böyle bir halde, borçlu, artık edimin ifasının kendisi bakımından yarar sağlamadığını ileri sürerek tazminatta indirim yapılmasını isteyemez.

Hangi işlerin borçlu için yarar sağlamadığını belirlerken, alacaklının herhangi bir edim yükümlülüğü altına girip girmediği araştırılmalıdır. Bu araştırma sonucunda, özellikle hatır için yürütülen işlerin borçlu için yarar sağlamadığı anlaşılır. Belirtmelidir ki, ivazsız nitelikteki bu tür işlerde borçludan beklenen özenin boyutunun, diğer işlere göre daha az şiddette

²⁰⁷ Kılıçoğlu, s. 641.

²⁰⁸ Nomer, s. 223; Kılıçoğlu, s. 641.

²⁰⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 878.

²¹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1069.

takdir edilmesi gerekir²¹¹. Bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın, kullanım ödöncü sözleşmesinde ödöncü verenin, ücretsiz olarak akdedilen vedia ve vekâlet sözleşmelerinde vedia verenle vekilin sorumluluğunun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir²¹². Buna karşılık ücretsiz de olsa kendiliğinden başka bir kimsenin işini gerçekleştiren vekâletsiz iş gören, kural olarak aynı imkândan istifade edemez²¹³.

1. Bağışlama Sözleşmesinde Bağışlayanın Sorumluluğunun Sınırı

TBK. m. 285'te *"Bağışlayanın, sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanan bağışlama sözleşmesi, hukukî niteliği itibarı ile ivazsızdır. Bu sözleşmenin kurulmasında bağışlayanın, kural olarak hiçbir menfaati bulunmamaktadır. Bunu dikkate alan kanun koyucu, işin niteliği gereği onun sorumluluğunu daha hafif şiddette tayin etmiş ve TBK. m. 294'de *"Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir"* şeklinde bir hüküm öngörmüştür. Söz konusu hükmün zıt anlamından hareket edildiğinde, bağışlayanın sorumluluğunun, hafif kusuru ile verdiği zararları kapsamadığı düşünülebilir²¹⁴. Aynı şekilde sözleşmenin ivazsız olması düşüncesinden hareketle, bağışlanan kişi tarafından aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini ile sözleşmeden dönerek menfî zararın tazmini haklarının kullanılamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca bu düşüncenin etkisiyle, kanun koyucu, bağışlayanın ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğuna yalnızca tahsisen taahhüt halinde başvurulabileceğini hüküm altına almıştır²¹⁵.

²¹¹ Aksi görüşte olan Aral, borçlunun yarar sağlamamasının, ondan beklenen özenin azalmasında hiçbir etkisinin olmadığını; bu durumun yalnızca borçlunun ödemekle yükümlü olduğu tazminat tutarının tespit edilmesinde dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır, s. 180.

²¹² Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 250; Tunçomağ, s. 494; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 272.

²¹³ Von Tuhr/Edege, s. 582; Arsebük, s. 137.

²¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1064; Nomer, s. 223; Kılıçoğlu, s. 641.

²¹⁵ Ozanoğlu, Hasan Seçkin; "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", **AÜHFD**, C. 50, S. 1, 2001, s. 70, dn. 53 (Tüketici).

2. Ücretsiz Olarak Akdedilen Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Sorumluluğunun Sınırı

TBK. m. 502/f. 1’de vekâlet sözleşmesi, “*Vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır. Vekilin göstermesi gereken özen, TBK. m. 506/f. 2 ve 3’te hükme bağlanmıştır. Buna göre, “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek,...özenle yürütmekle yükümlüdür; özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*”

Yukarıda da görüldüğü üzere, sözleşmenin kurulmasında zorunlu bir unsur olmayan ücretin, vekilin özen borcu üzerinde etkili olacağı konusunda kanunda özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Doktrinde ise, bu konuya ilişkin olarak fikir birliğine varılamamıştır. Şöyle ki, bazı yazarlara göre, ücret, vekilin özen borcunun boyutunu belirlerken göz önünde bulundurulmaz; sadece ödenecek tazminat tutarını tayin ederken dikkate alınır²¹⁶. Buna karşılık hâkim görüşte olan diğer yazarlara göre ise, ücretsiz olarak yürütülen işlerde vekilden beklenen özen, ücret karşılığında yürütülen işlere nazaran daha az olmalıdır. Nitekim TBK. m. 114/f. 1’in son bendi, varılan bu sonucu haklı kılmaktadır. Dolayısıyla ilgili hükme dayanarak ücretsiz vekilin ödemesi gereken tazminat tutarında indirim yapılabilir, hatta gerektiğinde hafif kusurundan sorumlu olmadığına da karar verilebilir. Fakat bu hususlara karar verirken, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır²¹⁷. Bilhassa somut olayın özelliklerine göre, vekâlet veren, işin özenle ifa edilmesini bekleme konusunda haklı ise, vekilin özen borcunu hafif şiddette tayin etmek isabetli olmaz. Aynı şekilde vekâlet meslek olarak yürütüldüğünde, TBK. m.

²¹⁶ Bilgi için bkz. Başpınar, Veysel; **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 167 (Vekil); Aral, s. 180.

²¹⁷ İnal, **Borca Aykırılık**, s. 332, 333; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 419.

114/f. 1'e dayanarak sorumluluğun sınırlandırılması mümkün değildir; bu meslek mensupları hafif kusurlarından bile sorumlu tutulmalıdır²¹⁸.

3. Vekâletsiz İş Görenin Sorumluluğunun Sınırı

Genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 114'ün en önemli kanunî istisnası, vekâletsiz iş görme kapsamında TBK. m. 527'de düzenlenmiştir. Zira bütün kusurlarından sorumlu olan vekâletsiz iş gören, iş sahibinin bilgisi dışında hareket ettiğinden, kendisiyle iş sahibi arasında zararın doğumundan önce sorumsuzluk sözleşmesi akdedebilmesi işin niteliği gereği mümkün değildir. Bunun yanı sıra vekâletsiz iş gören, icra ettiği işin kendisine hiçbir yarar sağlamadığını ileri sürerek, sorumluluğunun daha hafif şiddette takdir edilmesini de talep edemez. Vekâletsiz iş gören açısından söz konusu olan bütün bu olumsuzluklara karşın, kanun koyucu, onu tamamen savunmasız bırakmamıştır. Şöyle ki, her ne kadar vekâletsiz iş gören kural olarak bütün kusur hallerinden sorumlu olsa da, şayet o, derhal müdâhale etmese idi iş sahibinin yahut yakınlarının şahıs veya malvarlıklarının zarar görme ihtimalinin ortaya çıkacağını ispat edebilirse, sorumluluğu daha hafif şiddette takdir edilir²¹⁹.

²¹⁸ Başpınar, **Vekil**, s. 170. Örneğin, vekâlet işini ücretsiz olarak yürüten bir avukat, TBK. m. 114/f. 1'e dayanarak sorumluluğunun daha hafif şiddette tayin edilmesini isteyemez. Zira bu durum Avukatlık Kanununun temel esasları ile bağdaşmaz. Anılan Kanunda avukatlığın kutsal ve haysiyetli bir meslek olduğuna vurgu yapılmış; ücretsiz olarak görülen vekâlet işlerinde aksi yönde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İyimaya, Ahmet; **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 1990, s. 293. Aynı esastan hareketle, avukatın hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağı yönünde sözleşmeye koyduğu sorumsuzluk kaydına da herhangi bir hukuki geçerlilik tanınmamalıdır, İyimaya, s. 301.

²¹⁹ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s. 419; Başalp, s. 7; Arsebük, s. 137. Bilindiği üzere, hastanaya bilinci kapalı olarak gelen bir hastaya müdâhale eden doktor, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumludur. Doktorun, TBK. m. 527'de açıklanan sınırlı sorumluluktan istifade edip edemeyeceği hususunda doktrindeki genel eğilim, bunun mümkün olmadığı yolundadır. Zira bu tür bir hastayla karşılaşma dahi, müdâhalede bulunma konusunda üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmeyen doktorun davranışı haklı kılmaya yetmez. Bu sonucun hukukî gerekçesini, doktorlara karşı duyulan özel güven oluşturmaktadır. İpekyüz Yavuz, Filiz; **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 127, 128.

4. Genel Olarak Hatır İçin Görülen İşler

Hatır için görülen işler, tıpkı ortak kusur ya da umulmayan hal gibi tazminattan indirim yapılması sonucunu doğurmaktadır²²⁰. Dolayısıyla bu işlerin hukukî durumu, tazminatta indirim yapılan haller başlığı altında da incelenebilirdi. Ancak bu tür işlerde ivazsızlık özelliği de yoğun olarak hissedildiğinden, konunun bu bölümde incelenmesi uygun görülmüştür.

Hatır için görülen işlerde, hiçbir karşılık beklenilmeden, sırf karşı tarafa iyilikte bulunabilmek için onun yararına olabilecek birtakım işlerin görülmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu gibi işlerde işi gören kişi, bunun karşılığında herhangi bir ücret talep etmemektedir. Ancak o, işi gördüğü bir esnada karşı tarafı zarara uğratmışsa, bu durumu gerekçe göstererek tazminat sorumluluğunun söz konusu olmadığına karar verilmesini talep edemez. Bununla birlikte onun sorumluluğunun, hakkaniyet gereğince işi ücret karşılığında yürüten kişilere nazaran daha az şiddette tayin edilmesi gerekir²²¹. Bu itibarla doktrinde hatır için görülen işlerde TBK. m. 51'in uygulanabileceği, ancak bunun söz konusu olabilmesi için ayrıca işi gören kişinin zarara ağır kusuruyla yol açmaması gerektiği ifade edilmektedir²²². Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda aynı maddeyi uygulamıştır²²³.

Belirtmek gerekir ki, hatır için yapılan taşımalar, hukuken hatır için görülen işlerin önemli bir bölümünü teşkil etmektedir²²⁴. Dolayısıyla biraz

²²⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 774; Antalya, s. 733; Tiftik, s. 146.

²²¹ Antalya, s. 733; Tiftik, s. 146, 147.

²²² Tiftik, s. 146, 147.

²²³ Örneğin, Y. 4. HD'nin, 10.12.1998 T. ve 7110/10054 sayılı kararında "...Dava trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacılar desteği, davalının aracında seyredirken meydana gelen kazada vefat etmiştir. Olayla ilgili ceza dosyasından anlaşıldığı üzere destek, davalının aracına ücret karşılığı binmiş bir yolcu olmayıp sırf hatır için taşınmıştır. Ölenin bir çıkar karşılığı olmaksızın taşındığı olaylarda taşıyanın onlara karşı sorumluluğu haksız eylemden doğan bir sorumluluk olmakla beraber, ortada hatır için taşıma söz konusu bulunmakla, tazminatın kapsamı üzerinde özellikle durulması gerekir. Hatır taşımasında yalnız yolcunun yararı söz konusu olduğu ve işleten ivazsız bir şekilde hareket ettiği için Borçlar Kanununun 43. maddesinin birinci fıkrası hükmünün uygulanması suretiyle zararın bir bölümünün tazminat alacaklısının üzerinde bırakılması gerekir. Yargıtayın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır. Mahkemece bu yönün gözetilmemiş olması yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..." denilmektedir, www.hukukturk.com, E.T.10.01.2013.

²²⁴ Tiftik, s. 148; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 774.

sonra ele alınacak olan hatır için taşıma ilişkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için burada yapılan açıklamaların gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

5. Özel Olarak Hatır İçin Taşıma İlişkileri

a. Genel Olarak

Hatır için taşıma, araç sahibinin karşı tarafı tamamen nezaket gereği, herhangi bir ücret talep etmeden aracında taşımasıdır. Araç sahibinin aracını ücretsiz olarak kullanması için başka bir kişiye vermesi de bu kapsamda değerlendirilir. Araç sahibinin bunları yaparken güttüğü tek amaç, taşıdığı kişiye kolaylık sağlamaktır. Genellikle uygulamada rastlanıldığı gibi, araç sahibinin tanıdığı bir kişiyi aracında götürmesi veya yolda oto-stop çeken herhangi birisinin aracına binmesine müsaade etmesi hallerinde, hatır için taşıma ilişkisinin varlığından söz edilir. Dolayısıyla teklifin araç sahibinden ya da yolcudan gelmiş olması, bu tür bir ilişkinin varlığını saptarken belirleyici olmaz. Bununla birlikte araç sahibinin de taşıma işinin görülmesinde kısmen dahi olsa menfaati varsa, artık böyle bir ilişkinin varlığından bahsedilemez. Zira bunun için sadece yolcunun menfaatinin korunması amaç edinilmiş olmalıdır²²⁵. Ayrıca araç sahibinin karşı tarafı taşıma isteğinin tamamen kendi serbest iradesine dayanması²²⁶ ve yolcunun, araç sahibinin muvafakatiyle araca binmesi gerekir²²⁷. Bu durumun varlığını ispat etmekle yükümlü olan

²²⁵ Özsunay, Ergun; “Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşıdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu”, **İÜHF**, C. 32, S. 1, 1966, s. 169-171 (Araç Sahibi); Franko, Nişim; “Hatır Nakliyatının Hukukî Mahiyeti ve Mesuliyetin Tanzimi”, **ABD**, S. 5, 1973, s. 902. Buna karşılık doktrinde araç sahibinin taşıma sayesinde önemsiz sayılabilecek nitelikte bazı menfaatler sağlamasının hatır için taşımanın varlığına halel getirmeyeceği de belirtilmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 708; Bilge, M. Emin; “Hatır İçin Taşımanın Uğradığı Zararların Trafik Sigortası Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu ve Yargıtay Uygulaması”, **AÜEHFD**, C. 5, S. 1-4, 2001, s. 334; Ateş, Hüseyin; “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması”, **TBBD**, S. 97, 2001, s. 305. Nitekim Y. 19. HD’nin, 12.10.1993 T. ve 11883/6462 sayılı kararında “hatır taşımacılığının söz konusu olabilmesi için taşıyanın bu taşıma nedeniyle ekonomik bir yarar elde etmemesi gerektiği, inşaatında çalıştırmak üzere götürdüğü ustayı ücretsiz olarak kendi aracıyla taşıyanın ekonomik yararının bulunduğu” vurgulanmıştır. Aynı şekilde Y. 4. HD’nin vermiş olduğu 11.11.2002 T. ve 7658/12716 sayılı kararda “davacı, içinde bulunduğu aracın malikinin isteği üzerine yeni alınan bu aracın denetimi için bulunmaktadır, bu nedenle olayda hatır taşımacılığı yoktur” denilmiştir.

²²⁶ İyimaya, s. 256.

²²⁷ Ozanoğlu, Hasan Seçkin; **2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumlulukların Yarışması ve Rücu Davası**, Ankara 1989, s. 20, 21 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Rücu Davası).

taraf araç sahibidir. Zira taşımanın hatır için yerine getirildiğinin ileri sürülmesi, def'i olarak nitelendirilir²²⁸.

b. Araç Sahibinin Sorumluluğu

Araç sahibi, birini ücretsiz olarak aracında taşıdığı sırada taşınan kişi yaralanır veya ölürse, bundan dolayı araç sahibinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı, şayet doğacaksa bunun sınırının ne olacağı hususuyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Diğer bir deyişle, bu görüşlerle, ücretsiz olarak araçta yolculuk yapan kişinin, hangi hükümlere istinaden araç sahibinin sorumluluğuna başvurabileceği sorunu çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

(1) Haksız Fiil Sorumluluğu Görüşü

Hâkim görüşte olan yazarlar²²⁹, araç sahibi ile yolcu arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığını, dolayısıyla araç sahibinin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu duruma gerekçe olarak da, araç sahibinin sözleşme ilişkisi içerisine girme iradesinin bulunmadığını göstermektedirler. Yoksa ücretin söz konusu olmamasını, nitelendirmede bir ölçüt olarak kullanmamaktadırlar.

(2) Sözleşme Sorumluluğu Görüşü

Azınlıkta kalan yazarlar²³⁰ ise, hatır için taşımalarda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunu öne sürmektedirler. Burada ilk görüşte

²²⁸ Ozanoğlu, **Rücu Davası**, s. 20.

²²⁹ Akman, s. 124; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 709; Kılıçoğlu, s. 400; Özsunay, **Araç Sahibi**, s. 181; Ozanoğlu, **Rücu Davası**, s. 58; Başalp, s. 67.

²³⁰ Sözleşme sorumluluğu görüşü hakkında bilgi edinmek için bkz. Franko, s.899-901; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 107, 108. Diğer taraftan Yargıtay, genel olarak araç sahibinin sorumluluğunu haksız fiil kapsamında değerlendirse (örneğin Y. 19. HD, 16.4.1993 T, E. 1992/8688, K. 1993/2888) de taraflar arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olduğuna ilişkin kararlar da vermiştir. Örneğin, Y. 4. HD, 25.02.1986 T. ve 765/1694 sayılı kararında *“hatır taşıması konusunda tarafların birleşen iradeleri onlar için tek yanlı bir sözleşme ilişkisi kurar, bu sözleşmede yalnız taşıyıcı borç altına girmiş olur; ancak taşımada kendisinin bir yararı olmadığı için bu gibi hallerde BK 43. maddesi gereğince gerçekleşen maddi zararın bir kısmının tazminat alacaklısı üzerinde bırakılması ve manevi tazminat takdirinde de bir indirim nedeni olarak kabul edilmesi”* gerektiğine işaret etmiştir. Ancak bu kararda BK. m. 98/f. 3'deki hükmün göz ardı edilip doğrudan BK. m. 43'ün uygulaması isabetli olmamıştır. Aynı yönde bkz. İyimaya, s. 258, dn. 18.

olan yazarların aksine, taşıyıcının bağlanma iradesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir²³¹. Bu görüşte olan yazarlar da kendi içlerinde ikiye ayrılmaktadırlar. Şöyle ki, bunlardan bazıları, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi taşıma sözleşmesi olarak nitelendirirken; bazıları ise, isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirmektedir²³². Buna karşılık yazarlar, taşımanın karşılıksız yapılması ile sözleşme ilişkinin mevcut olmadığı sonucuna varılamayacağı konusunda hemfikirdirler. Aksi takdirde ivazsız olarak kurulan bağışlama, vedia gibi bütün hukukî ilişkilerin, sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmemesi gerektiğine işaret etmektedirler²³³.

Ayrıca onlara göre, her ne kadar ücret almasa da araç sahibinin yolcusunu istediği yere kadar götürmek, onu yarı yolda bırakmamak zorunda olması da taraflar arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu kanıtlamaktadır²³⁴. Bunun dışında görüşlerini gerekçelendirirken, hatır için taşımalarla culpa in contrahendo sorumluluğunu karşılaştırmaktadırlar. Doktrinde genel olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna dâhil edildiğini vurgulayarak, hatır için taşımalarda da aynı uygulamaya gidilmesinin isabetli olacağını belirtmektedirler. Aksi halde culpa in contrahendo sorumluluğuna, hatır için taşımalara nazaran daha fazla önem verilmiş olur²³⁵.

(3) Sözleşme Benzeri Bir İlişkinin Mevcut Olduğu Görüşü

Sözleşme benzeri bir ilişkinin mevcut olduğu görüşü, sözleşme görüşünün bağlanma iradesinin bulunmaması dolayısıyla doktrin tarafından reddedilmesi üzerine ileri sürülmüştür. Buna göre, bir an için araç sahibinin bu yönde bir iradeye sahip olmadığı kabul edilse dahi, yine de haksız fiil hükümlerine başvurulmaz. Zira böyle bir durumda, hatır taşımacılığında tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıkladıkları irade beyanları

11. HD'nin 25.06.2001 T. ve 3468/5708 sayılı kararı da bu kararla paralel bir nitelik taşımaktadır, Çelik, Çelik Ahmet; **Hatır Taşınması**, <http://www.tazminathukuku.com>, s. 1, E. T. 15.01.2013.

²³¹ İyimaya, s. 259.

²³² Franko, s. 899.

²³³ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 108; Franko, s. 899, 900; İyimaya, s. 261.

²³⁴ Franko, s. 900.

²³⁵ İyimaya, s. 261.

dikkate alınarak, sözleşme benzeri bir ilişkinin mevcut olduğuna hükmedilmelidir. Dolayısıyla sözleşme hükümlerinin, sözleşme benzeri ilişkilere de kıyasen uygulanması gerektiğinin kabulü karşısında, hatır için taşımalarda da araç sahibi hakkında sözleşmelere ilişkin genel esaslar (TBK. m. 112 vd.) uygulanmalıdır²³⁶.

(4) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Hatır için taşıma ilişkilerinde araç sahibinin hangi hükümlere göre sorumlu tutulabileceği ve sorumluluğunun sınırlandırılmasında hangi ölçütten hareket edilebileceği sorularını çözüme kavuşturulabilmek için öncelikle araç sahibinin, taşıma işini üstlenirken herhangi bir bağlanma iradesinin mevcut olup olmadığını belirlemek gerekir. Kanaatimizce, taşıma işini hatır için gören araç sahibinde bu yönde bir iradenin mevcut olduğu ya da olmadığı konusunda doğrudan doğruya bir değerlendirmede bulunmak isabetli olmaz. Zira genel olarak araç sahibinin bağlanma iradesinin bulunmadığı kabul edilse dahi, pekâlâ aksi durumlarla da karşılaşılabilir. Örneğin, araç sahibinin yolda oto-stop çeken hiç tanımadığı bir kişiyi, bir defaya mahsus olmak üzere aracında taşıması halinde, bağlanma iradesinin bulunmadığı, dolayısıyla onun sorumluluğunun ancak haksız fiil hükümlerine göre söz konusu olabileceği kabul edilebilir. Buna karşılık ODTÜ'de devamlı surette aynı servis aracına oto-stop çeken yolcunun, aracına binmesine müsaade eden bir araç sahibinin sorumluluğu hakkında haksız fiil hükümlerini uygulamak isabetli olmaz. Zira araç sahibi, taşıma işini pek çok kez gerçekleştirdiği için zımnî de olsa onda bu yönde bir iradenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda verilen örnekler de göstermektedir ki, araç sahibinin sorumluluğu hakkında haksız fiil mi, yoksa sözleşme hükümlerinin mi uygulanması gerektiği hususunda karar verirken, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır²³⁷. Bu itibarla hâkim, takdir yetkisini kullanarak gerektiğinde taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğuna da karar

²³⁶ Bu arada gerektiğinde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin de uygulanabileceği ileri sürülmektedir. İyimaya, s. 264.

²³⁷ Aynı yönde Hatemi/Gökyayla, s. 19.

verebilmelidir. Zaten biraz sonra da ele alınacağı üzere, kanun koyucunun hatır için taşımalarda araç sahibinin sorumluluğu hakkında genel hükümlere yollamada bulunmakla yetinmesi de varılan bu sonucu destekler niteliktedir. Zira bunun yerine kanun koyucu, araç sahibinin sorumluluğu hakkında haksız fiil ya da sözleşme hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme öngörebilirdi. Ancak kanun koyucu, bu tür bir düzenleme yapmaktan bilinçli olarak kaçınmış ve bu konuda dolaylı olarak hâkime takdir yetkisi tanımak istemiştir.

Belirtilmelidir ki, sözleşme ilişkisinin kurulduğuna kanaat getiren hâkim, ikinci aşamada söz konusu sözleşmenin hukukî niteliğinin ne olabileceği sorusunu cevaplandırmaya çalışır. Zira bu soruya verilecek cevaba göre, araç sahibinin sorumluluğu hakkında farklı hükümler uygulanır. Bu noktada taraflar arasında taşıma sözleşmesinin değil, isimsiz bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir. Zira taşıma sözleşmesinin karakteristik özelliği, yolculuğun ücret karşılığında yapılıyor olmasıdır. Dolayısıyla ücretsiz olarak yapılan bu tür taşımaların, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²³⁸.

c. Sorumluluğun Sınırı

2918 sayılı KTK. m. 87/f. 1 gereğince *“Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya teşebbüs sahibinin sorumluluğu genel hükümlere tâbidir.”* Buna göre, araç sahibinin, hatır için taşınanlar dışında kalan diğer kişilere vermiş olduğu zararlar, söz konusu hükmün kapsamı içerisinde yer almadığı için bunlarla ilgili olarak Karayolları Trafik Kanunundaki hükümler uygulama alanı bulur²³⁹. Oysa hatır için taşınanlara karşı sorumluluk, Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine tâbi

²³⁸ Franko, s. 899. Duruma göre vekâlet sözleşmesinin, duruma göre de isimsiz bir sözleşmenin söz konusu olabileceği yönünde bkz. İyimaya, s. 263. Aksi görüşte olan yazarlara göre, hatır için taşımalar, birer yolcu taşıma sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Zira araç sahibi, yolcuların can güvenliğini sağlamakla yükümlüdür, Çelik, s. 1.

²³⁹ Ateş, s. 313.

olmadığı için²⁴⁰ bunlar hakkında sorumluluğunun kanunî sınırlandırılmasıyla ilgili KTK. m. 86²⁴¹ ile sözleşme ile yapılan sınırlandırmayla ilgili KTK. m. 111/f. 1²⁴² hükmü uygulama alanı bulmaz.

Kanunda sözü edilen genel hükümler ile hangi hükümlere yollamada bulunulduğu konusunda ise, öncelikle belirtmek gerekir ki, haksız fiil ya da sözleşme hükümleri doğrudan doğruya uygulanma imkânına sahip değildir. Biraz önce de açıklandığı üzere, hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak bu konu hakkında uygulanabilecek hükümleri tayin etmelidir. Buna göre hâkim, takdir yetkisini kullanmak suretiyle taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığına kanaat getirdiğinde, araç sahibinin sorumluluğunun sınırı hakkında TBK. m. 51 ve 52'deki hükümleri uygulamalıdır²⁴³. Buna karşılık hâkim, sözleşme ilişkisinin kurulduğunu anladığında ise, sorumluluğun sınırını TBK. m. 114'e göre belirlemelidir²⁴⁴. Aslında her iki halde de, farklı gerekçelerden hareket edilerek araç sahibinin tazminat sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılmaktadır. Şöyle ki, haksız fiillere ilişkin hükümlere gidildiğinde, hâkime, TBK. m. 51 ve 52'ye göre tazminat miktarında indirim yapabilme, hatta gerektiğinde tazminata karar vermeme imkânının tanınması ile hakkaniyet düşüncesine uygun hareket edilmek istenmektedir²⁴⁵. Zira sırf karşı tarafın menfaatine olarak taşıma işini icra eden araç sahibini tam tazminata mahkûm etmek, adalet duygusunun

²⁴⁰ Kılıçoğlu, s. 400; Başalp, s. 70.

²⁴¹ KTK. m. 86, “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir” şeklindedir. Bununla beraber her ne kadar bu hüküm uygulanmasa dahi TBK. m. 114/f. 2'deki yollama sebebiyle hâkim, illiyet bağının kesildiği bu tür hallerde, TBK. m. 52/f. 1'e dayanarak tazminatta tamamen ya da kısmen indirim yapabilir, Özsunay, **Araç Sahibi**, s. 178.

²⁴² KTK. m. 111/f. 1'e göre, “Bu Kanunla öngörülen hukukî sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir.” Hatır için taşımalarda bu anlaşmaların geçerli olup olmadığı TBK. m. 115 ve 116'ya göre belirlenmelidir. Başalp, s. 71. Aksi görüşler için (bu hükmün hem hatır için hem de taşıma sözleşmesi gereğince yapılan taşımalarda uygulanabileceği yönünde) bkz. Kılıçoğlu, s. 404; Özsunay, **Araç Sahibi**, s. 182.

²⁴³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 709; Kılıçoğlu, s. 400; Özsunay, **Araç Sahibi**, s. 181.

²⁴⁴ İyimaya, s. 269.

²⁴⁵ Özsunay, **Araç Sahibi**, s. 175; Ozanoğlu, **Rücu Davası**, s. 20. Hâkimin tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırmasının yerinde olmayacağı konusunda bkz. Franko, s. 903.

zedelenmesine sebep olur²⁴⁶. Buna karşılık sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere gidildiğinde ise, tazminatta indirim yapılmasının hukukî gerekçesini, “işin borçlu için yarar sağlamaması” ilkesi oluşturmaktadır. Diğer taraftan böyle bir halde dahi yine haksız fiillere ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir. Zira TBK. m. 114/f. 2’de kıyasen bunun mümkün olduğu belirtilmiştir²⁴⁷. Bununla beraber taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edildiği takdirde, özellikle zamanaşımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu ve ispat külfeti bakımından araç sahibinin hukukî konumunda birtakım bozulmalar meydana gelebilir²⁴⁸.

Araç sahibinin sorumluluğunu daha hafif tayin edebilmek adına, hatır için taşımanın söz konusu olduğu her halde, taraflar arasında zımnî bir sorumsuzluk sözleşmesinin kurulduğu söylenebilir mi? Bu konuda doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır. Bir görüşe göre, böyle bir halde, yolcular, kendilerine gelebilecek zararları önceden kabul ettikleri için araç sahipleri ile aralarında zımnî bir sorumsuzluk sözleşmesi mevcuttur²⁴⁹. Buna karşılık üstün tutulması gereken diğer görüşe göre, günlük hayatta hiçbir yolcu araca binerken bu tür bir zarara maruz kalacağını hesaba katmamaktadır. Kaldı ki, hayatın olağan akışına göre onlar, bunun söz konusu olacağını bilselerdi, zaten o araca binmezlerdi. Dolayısıyla bu konuda taraflar arasında zımnî bir sorumsuzluk sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmemelidir²⁵⁰.

²⁴⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 709; Özsunay, **Araç Sahibi**, s. 167; Bilge, s. 333; Ateş, s. 304, 305.

²⁴⁷ İyimaya, s. 269.

²⁴⁸ Şöyle ki, bu halde, borçlu konumunda bulunan araç sahibi, zarara kendi kusuruyla sebep olmadığını ispatlamak durumundadır. Bundan başka yardımcısı sayılan kişiler tarafından aracın kullanılması sırasında diğer taraf zarar görürse, araç sahibi, yardımcısını seçerken gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulamaz (kurtuluş kanıtı getiremez). Son olarak 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kendisine başvurulabilir. Çağa, Sema; “Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi”, **Seminer Yarışması 1972-1973**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 9-14 (Sorumlulukların Birleşmesi).

²⁴⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 709; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 111, 112; Ateş, s. 305.

²⁵⁰ Akman, s. 127; Başalp, s. 71, 72; İyimaya, s. 271.

§ 7. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK UYGUN İLLİYET BAĞI TEORİSİ

I. Kavram Olarak Uygun İlliyet Bağı

Genel olarak uygun illiyet bağı denildiğinde, borçlunun davranışının, hayatın olağan gidişine ve günlük hayat tecrübelerine göre, somut olayda karşılaşılabilecek şekilde bir sonucu meydana getirmeye elverişli olduğu, diğer bir deyişle, zararlı sonucun uygun sebebi olduğu anlatılmak istenmektedir²⁵¹.

II. Uygun İlliyet Bağı Teorisinin Sözleşme Sorumluluğuna Etkisi

A. Genel Olarak

Borçlunun, zarardan sorumlu tutulabilmesi için onun davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Aksi halde borçlu, bunun mevcut olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulur. Bu bakımdan uygun illiyet bağı, hem sorumluluğun kurulmasında hem de tazminatın kapsamının tayin edilmesinde, yani sorumluluğun sınırlandırılmasında önemli bir rol oynar²⁵². Zira burada objektif ölçütlerden hareket edilerek, borçluya sorumluluğun hangi oranda yükletilmesinin isabetli olacağı araştırılmakta ve bu araştırma sonucuna göre onun sorumlu tutulacağı alan tespit edilmektedir. Bu noktada zararın, tamamen rastlantı eseri karşılaşılan olayların etkisiyle meydana geldiği anlaşılırsa, sorumluluğun doğmadığı sonucuna varılmaktadır²⁵³.

Bunun dışında özellikle doktrin ve yargı kararları ile kabul edilen illiyet bağını kesen haller de borçlunun sorumluluğu üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Bu itibarla öncelikle illiyet bağının kesilmesi kavramı açıklanacak,

²⁵¹ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 52; Kılıçoğlu, s. 638; Reisoğlu, s. 358; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 112. Elverişli olma hali, doktrinde zararın ortaya çıkma ihtimalini artırma veya kolaylaştırma şeklinde de açıklanmaktadır. Atamer, **Haksız Fiil**, s. 41.

²⁵² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 541, 542; Antalya, s. 519. Sorumluluğu sınırlandıran illiyet bağına, kanunda tanımlanan ihlâl türünün gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken başvurulur. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 54.

²⁵³ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 59; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 43.

sonrasında ise hangi hallerde bunun söz konusu olabileceği tayin edilmeye çalışılacaktır.

B. İlliyet Bağının Kesilmesi

1. Genel Olarak

Borçlunun davranışı zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olmakla beraber, araya giren başka sebepler yüzünden ikinci plana itilmişse, illiyet bağının kesildiği söylenebilir²⁵⁴. Burada hâlâ onun davranışı ile zarar arasında aslında illiyet bağı mevcut olsa da, diğer sebepler zararlı sonucun ortaya çıkmasında ön planda olduğundan, artık borçlu eskisi gibi tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz²⁵⁵. Diğer taraftan illiyet bağı kesilmemiş olsa bile bunun zayıflaması, tazminatta indirim yapılmasını mümkün kıldığı için, böyle bir halde borçlu kısmen sorumluluktan kurtulmuş olur²⁵⁶.

2. İlliyet Bağını Kesen Haller

a. Mücbir Sebep

Mücbir sebep teşkil eden haller, taraflarca sözleşme kurulurken gerçekleşmeyeceği düşünülen, fakat sonrasında gerçekleşen ve kesin olarak borcun ifasını engelleyen, borçluya isnat edilemeyen, kaçınılması mümkün olmayan olağanüstü hallerdir. Bu haller, sadece doğal afetlerden değil, grev ve savaş gibi toplumsal olaylardan da kaynaklanabilir²⁵⁷. Ayrıca bunlar, taraflarca önceden öngörülememektedir. Zaten zamanında durum fark edilse ve hatta gerekli tüm tedbirler alınsa dahi, sözü edilen olayların yol açtığı

²⁵⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 556; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 171; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 568; Antalya, s. 529. Örneğin Y. 21. HD'si, 12.2.2007 T, E. 2006/19242, K. 2007/1779 sayılı kararında "...İşverenin iş kazası sonucu meydana gelen zararlar nedeniyle hukukî sorumluluğu, yasa ve içtihatlarla belirlenmiş olan ayırık haller dışında "ilke olarak" iş akdinden doğan işçiyi gözetme (koruma) borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluk olup işçinin ya da üçüncü kişinin tam kusurlu olduğu hallerde ise sorumluluğun koşullarından olan zararlandırıcı eylemle sonuç arasındaki illiyet bağı (nedensellik bağı) kesildiğinden işverenin sorumluluğunun söz konusu olamayacağına..."dikkat çekmiştir, www.kazanci.com.tr, E. T. 14.02.2013.

²⁵⁵ Atamer, **Haksız Fiil**, s. 66.

²⁵⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 773; Antalya, s. 735, 736, Tiftik, s. 163.

²⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 638, 639; Reisoğlu, s. 357, 358; İnan, s. 476, 477.

sonuçlar yine önlenemez. Buradan hareketle, mücbir sebep kapsamında değerlendirilen hallerin borçlunun kusurunu, dolayısıyla sorumluluğunu ortadan kaldırdığı sonucuna varılabilir²⁵⁸. Bununla beraber taraflar, mücbir sebep sayılan hallerde borçlunun sorumlu olacağını kararlaştırarak, onun sorumluluğunu ağırlaştırabilirler. Onlar, bu hallerin sınırlı sayıda olacağı yönünde sözleşmeye bir hüküm koymuşlarsa, diğer bir söyleyişle, sözleşmede bunların dışında başka bir sebebin mücbir sebep teşkil etmeyeceği yazılıysa, doktrine göre artık borçlu, hariç tutmuş oldukları bu halin normal koşullarda mücbir sebep kapsamına girdiğini iddia edemez²⁵⁹. Ancak söz konusu sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için ayrıca TBK. m. 27/f. 1'in ihlâl edilmemesi gerekir. Bunun yanı sıra doktrinde dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı hallerde, TBK. m. 115 ve 116'daki hükümlerin kıyasen uygulanmasının yerinde olacağı dile getirilmektedir²⁶⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalar, normalde mücbir sebep kapsamına girmeyen haller tarafların anlaşması ile bu kapsama dâhil edildiğinde de geçerli olmalıdır. Zira borçlunun sorumluluğunun sözleşme ile sınırlandırıldığı böyle bir durumda, sözleşme adaleti alacaklı aleyhine bozulmaktadır. Dolayısıyla yukarıdaki durumla bunun arasında sözleşme adaletinin bozulması bakımından hukukî bir benzerlik bulunmaktadır. Ayrıca aksinin kabulü, taraflardan birinin menfaatinin, hiçbir haklı sebep olmaksızın diğerinin menfaatine tercih edilmesi anlamına gelir.

b. Zarar Gören Alacaklının Kusurlu Davranışı

Sözleşme ilişkisi içerisinde alacaklı, kendi davranışı ile daha önce borçlunun gerçekleştirdiği borca aykırı davranışı arka plana atmış ve zarara yalnız başına sebep olmuş ise, hakkaniyet gereğince bunun hukukî sonuçlarına bizzat kendisi katlanmalıdır. Bu düşüncenin etkisiyle, alacaklının davranışının illiyet bağıını kestiği anlaşılan hallerde, bunun varlığını ispat

²⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 557-563; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 175-186; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 264-268; Antalya, s. 530-532.

²⁵⁹ Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 268.

²⁶⁰ Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 280; Tekinay, s. 666.

eden borçlunun sorumlu olmaktan kurtulacağı kabul edilmektedir²⁶¹. Buna karşılık alacaklının kusurlu davranışının sebebi, borçlunun borca aykırı davranışı ise, daha açık bir deyişle, alacaklı, borca aykırı davranıştan kaçınmak için zararın artmasına yol açtı ise, illiyet bağının kesildiğinden bahsedilemez²⁶². Zira alacaklı, bu halde başka türlü bir şekilde davranma imkânına sahip değildir.

Belirtmek gerekir ki, zarar gören alacaklının kusurlu davranışı ile onun ortak kusuru birbirinden farklıdır. Bunlar arasındaki temel farklılık, zarar görenin davranışının borçlunun davranışına katkı mı sağladığı, yoksa onu tamamen önemsiz bir hale mi getirdiği noktasında görülmektedir. Bu itibarla zarar görenin davranışı, borçlunun davranışı ile birlikte zararın doğumuna sebep olduysa (ortak kusur varsa); borçlu, sorumlu olmaktan kaçınamaz. Yalnız onun sorumluluğu ortak kusur oranında hafifler. Diğer bir deyişle, hâkim, tazminatı belirlerken bu hususu dikkate alarak indirim gidebilir²⁶³.

Doktrine göre, illiyet bağının kesilebilmesi için zarar gören alacaklının, zarara ağır kusuru ile yol açması gerekir²⁶⁴. Bu itibarla hafif kusur düzeyinde kalan davranışlar, illiyet bağını kesmeyeceği için borçlunun tazminat sorumluluğu devam eder. Ancak bu halde, tam tazminata hükmedilmesi hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmayacağı için yapılacak olan şey, sorumluluğu sınırlandırmaktan ibarettir. Nitekim TBK. m. 114/f. 2'de yapılan yollamayla, TBK. m. 52/f. 1 uyarınca tazminatta indirim yapılması imkânın tanınmış olması da bunun hukukî gerekçesini oluşturmaktadır²⁶⁵.

Borçlunun sorumluluktan kurtulacağı tek hal, alacaklının ağır kusurlu davranışı değildir. Alacaklıya yüklenebilen diğer hallerde de borçlu sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, alacaklının ifa yardımcılarının davranışlarından sorumlu olduğu zamanlarda illiyet bağının kesildiğini

²⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 563; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 187.

²⁶² Atamer, **Haksız Fiil**, s. 62.

²⁶³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 563; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 187; Antalya, s. 532.

²⁶⁴ Antalya, s. 532; Kılıçoğlu, s. 640. Buna karşılık hafif kusur hallerinde de istisnâ bir düzeyde de olsa illiyet bağının kesilebileceği yönünde bkz. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 192.

²⁶⁵ Kılıçoğlu, s. 640.

ispatlayan borçlu, zarardan sorumlu tutulamaz. Ancak bunun için sonucun meydana gelmesi bakımından alacaklıya yüklenebilen halin etkisi, diğerine nazaran daha yoğun bir şekilde hissedilmelidir²⁶⁶.

Alacaklının kusurlu davranışının illiyet bağıını kesmesinin temel sebebi, dürüstlük kuralıdır. Zira bireyler, hiçbir şekilde kendi kusurlarından istifade edemezler; kaldı ki, kusurlarına dayanarak tazminat talep edebilsinler²⁶⁷.

c. Üçüncü Kişinin Kusurlu Davranışı

Alacaklı ve borçlunun davranışlarından sorumlu olmadığı kişiler üçüncü kişi olarak nitelendirilir. Bu kapsamda değerlendirilen bir kişinin kusurlu davranışı illiyet bağıını kesecek düzeye eriştiğinde, borca aykırı davranan borçlunun sorumluluğu sona erer. Ancak bu sonucun elde edilebilmesi için üçüncü kişinin kusuru, borçlunun sorumluluğunu arka plana itecek büyüklükte, yani ondan daha yoğun olmalıdır. Bu noktada zararın tek sebebi olarak üçüncü kişinin kusurlu davranışı tespit ediliyorsa, illiyet bağıının kesildiğine hükmedilebilir²⁶⁸.

Nasıl ki, zarar gören alacaklının davranışı, ancak ağır kusurlu olarak değerlendirildiğinde illiyet bağı kesilmektedir, aynı şekilde üçüncü kişinin davranışının da illiyet bağıını kesecek büyüklükte olabilmesi için ağır kusurun varlığı şarttır²⁶⁹. Üçüncü kişinin kusuru ağır kusur boyutuna erişmemişse, o takdirde borçlunun bu durumu gerekçe göstererek sorumluluğunun daha hafif olduğunu ileri sürüp süremeyeceği, örneğin, onun kusuru oranında tazminatta indirim yapılmasını isteme hakkına sahip olup olmayacağı, çözümlenmesi gereken önemli hukukî sorunlardan biridir. Aslında üçüncü kişinin kusuru, doktrinde zarar görenin ortak kusurundan farklı olarak,

²⁶⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 565; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 200; Antalya, s. 532; Şenocak, s. 230, 231. Alacaklı, kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilmek için ifa yardımcısına başvurmuş; fakat ifa yardımcısı, üzerine düşen yükümlülüklerle aykırı davranarak alacaklının menfaatlerinin (borçlunun sözleşmeye aykırı davranışıyla beraber) daha fazla zedelenmesine yol açmış ise, borçlu hakkında ifa yardımcısının davranışının yoğunluğuna göre kısmen ya da tamamen tazminata hükmedilmez.

²⁶⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 564; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 190.

²⁶⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 566-568; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 202; Tiftik, s. 157.

²⁶⁹ Antalya, s. 533; Kılıçoğlu, s. 639.

tazminatta indirim sebepleri arasında sayılmamaktadır²⁷⁰. Buna rağmen söz konusu halin, TBK. m. 51/f. 1’de belirtilen “*kusurun ağırlığı*” ifadesi dikkate alındığında, tazminatın kapsamının tespit edilmesi bakımından dolaylı bir etkiye sahip olabileceği de belirtilmektedir²⁷¹.

§ 8. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDA BİR ÖLÇÜT OLARAK HUKUKA AYKIRILIK BAĞI TEORİSİ

Özel koruma normu ve hukuka aykırılık bağı teorisi, doktrinde esas olarak haksız fiil sorumluluğu kapsamında failin davranışının hukuka aykırı sayılabilmesi için varlığı aranan birbiriyle bağlantılı iki hukukî müessesedir. Bu hukukî müesseselerin, sözleşme sorumluluğu ve sınırlandırılmasında da bir ölçüt olarak kullanılıp kullanılamayacağı, şayet kullanılabilecekse bunun ne gibi sonuçlar doğuracağı önemli bir hukukî sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için ilk olarak söz konusu hukukî müesseselerin ifade ettikleri anlamların, ardından ise bunların sözleşme sorumluluğu ve sınırlandırılması üzerindeki etkilerinin ele alınması gerekir.

I. Özel Koruma Normu Kavramı ve Genel Olarak Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi

Haksız fiil kapsamında failin, zarar görenin mutlak bir hakkını değil de²⁷²ekonomik bir menfaatini ihlâl etmesi halinde, bundan sorumlu tutulabilmesi için zarar göreni koruyan özel bir koruma normunun da ihlâl edilmiş olması gerekir. Zira kişilerin ekonomik menfaatini dolaylı olarak korumayı amaçlayan özel bir koruma normu ihlâl edilmedikçe, failin sorumluluğu söz konusu olmaz. Esasen bu tür bir normun ihlâl edilmiş olması

²⁷⁰ Ozanoğlu, **Rücu Davası**, s. 46.

²⁷¹ Tiftik, s. 159, 160.

²⁷² Doktrinde genel olarak mutlak hakların ihlâli açısından da hukuka aykırılık bağı teorisinin uygulanabileceği, bu anlamda genel davranış normlarının kapsamına girmeyen bir mutlak hakkın ihlâlinin, failin sorumluluğuna sebep olmayacağı kabul edilmektedir. Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 469. Bununla beraber bazı yazarlar, mutlak haklar arasında ayırım yapmaktadırlar. Doğrudan ihlâl sayılan hallerde, failin davranışının kendiliğinden hukuka aykırı olacağını, dolaylı ihlâllerde ise hâkimin somut olayın özelliklerini dikkate aldıktan sonra buna karar verebileceğini ileri sürmektedirler. Atamer, **Haksız Fiil**, s. 75, 76; Abik, s. 371, 372.

da tek başına failin sorumluluğu için yeterli değildir. Ayrıca söz konusu normun koruma alanının, kişilerin ekonomik menfaatlerini de kapsaması gerekir. Doktrinde hukuka aykırılık bağı veya normun koruma amacı teorisi şeklinde açıklanan bu durum, ekonomik menfaatlerin ihlâlinde failin sorumluluğu için olmazsa olmaz bir unsur olarak kabul edilmektedir²⁷³. Gerçekten sadece toplum menfaatini korumayı amaçlayan koruma normları söz konusu olabilir. İşte bu tür bir normun uygulama alanına dâhil olan bir ekonomik menfaat zarar görmüşse, herhangi bir tazminat talebinde bulunulamaz. Zira bu halde hukuka aykırılık bağı kurulamamıştır²⁷⁴.

Açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, aslında failin fiili bu gibi hallerde haksız nitelik taşır. Ancak hukuk düzeni, ona fiili ile normun koruma amacı arasında bağ kuramadığından, bunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır. Dolayısıyla söz konusu teorinin, haksız fiillerde failin sorumluluğunun doğması ve sınırlandırılması açısından önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Zira burada zararlı sonuçların hangi aşamaya kadar faile yükletilmesinin hakkaniyete uygun olacağı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu işlem yapılırken de, özel koruma normunun kimleri ve hangi hukukî değerleri, hangi hukuka aykırı davranışlara karşı korumayı amaçladığı araştırılmaktadır²⁷⁵. Nitekim Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda

²⁷³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 595 vd.; Abik, s. 377. Aksi görüşte olan Hatemi/Gökyayla, haksız fiilden doğan mutlak hakların dışındaki ekonomik menfaatlerin, diğer bir söyleyişle, yansıma zararların tazmini ile ilgili olarak hukuka aykırılık bağının aranmasının bazı belirsizliklere yol açacağını, bu sebeple hakkaniyet kuralına başvurulmasının daha adil sonuçlar doğuracağını savunmaktadır, s. 115. Diğer taraftan hukuka aykırılık bağı ile normun koruma amacı teorisinin farklı hukukî kurumlar olduğu da iddia edilmektedir. Antalya, s. 438.

²⁷⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 597; Abik, s. 378. Başlangıçta hukuka aykırılık bağının, hukuka aykırılıktan bağımsız bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazar, (Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 465), sonraki dönemlerde görüşünü değiştirmiş ve bağımsız bir unsur olarak görülmesinin gerekli olmadığını savunmaya başlamıştır. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 598, aynı yönde bkz. Kaneti, s. 227, 228. Buna karşılık hukuka aykırılık bağının bağımsız bir unsur olduğu yönünde bkz. Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 23-25; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 74; Abik, s. 358.

²⁷⁵ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 9, 22; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 11; Abik, s. 362, 363.

da haksız fiil sorumluluğu sınırlandırılırken, hukuka aykırılık bağı (normun koruma amacı) teorisine başvurulduğu görülmektedir²⁷⁶.

II. Hukuka Aykırılık Bağı Teorisinin Sözleşme Sorumluluğuna Etkileri

A. Genel Olarak

Hukuka aykırılık bağı teorisi, ekonomik menfaatler hakkında uygulanma kabiliyetini haiz olduğundan, bu teorinin, sözleşmeden doğan alacaklar hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Bu noktada ekonomik menfaat kavramı ile kastedilen hususun ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bununla mutlak haklar dışında kalan (ekonomik olarak ölçülebilen) diğer menfaatler kastedilmektedir²⁷⁷. Dolayısıyla nispî bir hak olan alacak hakkının ihlâli de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ayrıca TBK. m. 114/f. 2'de "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*" şeklinde öngörülen hükümden yola çıkarak da sözleşme sorumluluğu hakkında hukuka aykırılık bağı teorisinin uygulanabileceğini söylemek

²⁷⁶ Örneğin, Y. 11. HD'nin, 8.3.2007 T. ve 1193/4118 sayılı kararı şu şekildedir: "...Dava, trafik kazasına dayalı, yaralanan ile anne ve babanın maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, yazılı gerekçelerle, anne ve babanın manevi tazminat istemi reddedilmiş olup, kural olarak, BK'nun 47'nci maddesi uyarınca, manevi tazminat talep etme hakkı, doğrudan doğruya cismâni zarara duçar olan kişiye tanınmakta olduğundan, buna göre yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyan kişiler manevi tazminat isteyemezler. Ancak, aynı eylem neticesinde birden fazla kişinin doğrudan doğruya zarar görmesi mümkündür. BK'nun 46 ve 47'nci maddelerindeki cismâni zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlâli, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği, bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Eğer bir kimsenin cismâni zarara maruz kalması sonucunda, onun ana, baba, karı, koca, çocuk ve kardeş gibi çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa, onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır. Zararlarının niteliği itibariyle, onların da ihlâl edilen normun koruma amacı içinde bulunduklarının kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur. Somut olayda, davacıların çocuğu okul servisi içindeyken meydana gelen kazada başından ve yüzünden yaralanmış olup, yaralanan davacının anne ve babası olan diğer davacıların ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün ağır şekilde ihlâl edildiği kabul edilmelidir. Bunun aksinin kabulü, hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Bu itibarla, mahkemece, somut olayın özelliklerine, davacıların olaydan etkileniş derecesine, müterafik kusurun bulunmamasına göre, anılan davacılar yönünden de manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış...", www.hukukturk.com, E.T.22.05.2013.

²⁷⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 595.

mümkündür. Ancak konuya ilişkin haksız fiil sorumluluğunda açık bir hükmün bulunmaması, bunun mümkün olmadığı anlamına gelmez. Zira dolaylı da olsa kanun koyucu, destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili TBK. m. 53'te öngörmüş olduğu hükümle, bunun varlığını kabul etmiş bulunmaktadır²⁷⁸. Nitekim doktrinde de genel olarak kabul gören anlayış, esasen haksız fiil sorumluluğunda uygulanan bu teorinin, sözleşme sorumluluğu ve bu sorumluluğun sınırlandırılması bakımından da uygulanmasının yerinde olacağı yönündedir²⁷⁹. Uygun illiyet bağının sorumluluğun sınırlandırılması bakımından yeterli olmaması, bunun temel gerekçesini oluşturmaktadır. Zira uygun illiyet bağında borçlunun davranışının zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı saptanırken, hayatın olağan akışı, günlük yaşam tecrübeleri gibi tamamen mantıkî bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken, sözleşme ile korunma altına alınmak istenen kişilerin kimler olabileceği çoğu zaman araştırılmamaktadır. Aynı şekilde hangi davranış ihlallerinin sözleşmenin koruma alanı içerisine girmiş olabileceği de göz ardı edilmektedir²⁸⁰. Bundan dolayı borçlunun sorumluluğu, hakkaniyet gereğince katlanılması beklenen seviyenin çok üstüne çıkmaktadır. İşte hukuka aykırılık bağı teorisi, bu tür sakıncaların önüne geçilmesine yardımcı olmaktadır.

Diğer taraftan hukuka aykırılık bağı teorisinin hangi aşamada uygulanacağı, özellikle uygun illiyet bağı teorisine başvurulmadan doğrudan doğruya bu teoriye gidilip gidilemeyeceği, çözüme kavuşturulması gereken başka bir hukukî sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada borçlunun sözleşme sorumluluğunun koşullarının tamamı gerçekleşmeden önce hukuka aykırılık bağı teorisinin uygulama alanı bulmayacağı savunulabilir. Yani

²⁷⁸ Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 476, dn. 60a.

²⁷⁹ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 25; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 23; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 102; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 203, 204; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi**, s. 462, 463; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 70.

²⁸⁰ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 7; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 98, 99; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 465-467. Diğer taraftan uygun illiyet bağının hangi andan itibaren uygulama alan bulacağını tespit etmek güç olduğu için, borçlunun bütün borca aykırı davranışlarından sorumlu tutulması ihtimali söz konusu olabilir. Fakat bu, uygun illiyet bağı ile gerçekleştirilmek istenen sorumluluğu sınırlandırma amacına uygun düşmez. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 98.

uygun illiyet bağı süzgecinden başarılı bir şekilde geçip, borçlunun sorumluluk alanına dâhil olan zarar kalemlerinin, ikinci aşamada hukuka aykırılık bağı teorisinin kısıkacına takılacağı söylenebilir²⁸¹. Buradan hareketle, söz konusu teorilerin, borçlunun sorumluluğunu sınırlandırırken birbirini tamamladığı sonucuna ulaşılabilir²⁸². Örneğin, satıcının, devretmeyi taahhüt ettiği köşkü devir işleminden önce kusurlu olarak yakması halinde, alıcının uğradığı müspet zararları tazmin etmek zorunda kalacağı açıktır. Bununla beraber alıcının, satıcının bu davranışı yüzünden başka bir daireyi oldukça yüksek bir fiyatla kiraladığını, bunun dışında diğer taahhütlerini de yerine getiremediğini ve saygınlığını kaybettiğini, üzüntüden kalp krizi geçirdiğini ileri sürerek uğradığı zararlarının tazminini talep edip edemeyeceği sorunu, gerek uygun illiyet bağı gerekse de hukuka aykırılık bağı teorisi çerçevesinde bir cevap bulmalıdır²⁸³.

B. Hukuka Aykırılık Bağı Teorisinin Belli Başlı Görünüm Şekilleri

1. Sorumluluğun Kişi Yönünden Sınırlandırılması

Hukuka aykırılık bağı teorisi sayesinde borçlunun sorumluluğu, sadece sözleşme ile korunmak istenen kişilerle sınırlandırılmış olur²⁸⁴. Bu kişi, genellikle alacaklıdır. Ancak bazen sözleşme ilişkisine belli bir yakınlık içerisinde bulunan kişiler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla bunların dışında kalan üçüncü kişiler, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvuramazlar.

Bir gazinoda çalışan ses sanatçısının, ses tellerindeki zayıflama yüzünden ameliyat olduğu, ancak ameliyatı yapan hekimin dikkatsizliği sonucunda sanatçının konuşma yeteneğini tamamen yitirdiği bir ihtimalde,

²⁸¹ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 23; Abik, s. 365. Hukuka aykırılık bağı, borca aykırı davranışın, zararlı sonucun uygun sebebi teşkil etmesine rağmen sözleşmenin amacı içerisinde yer almadığı hallerde, sorumluluğun sınırını belirlerken önemli bir işlev üstlenir. Atamer, **Haksız Fiil**, s. 105.

²⁸² Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 23; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 101, 102; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 467; Eren, **Uygun İliyet Bağı**, s. 106; Abik, s. 367.

²⁸³ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 203.

²⁸⁴ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 9; Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 471; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 80.

hiç kuşkusuz hekim, sanatçıya karşı aralarındaki sözleşme hükümlerine göre sorumlu olur. Bununla birlikte burada önem arz eden husus, gazino sahibinin, sanatçısının çalışmaması dolayısıyla uğradığı gelir kaybını hekimden talep edip edemeyeceğidir. Belirtilmelidir ki, hekimle yapılan sözleşme ile güdülen esas amaç, hasta konumundaki sanatçının vücut bütünlüğünü korumaktır. Bunun dışında her ne kadar hekimin davranışı ile gazino sahibinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunsa da, bu zarar, sözleşmenin koruma amacı içinde yer almadığı için hekimin ona karşı sorumlu tutulması mümkün değildir²⁸⁵.

Sözleşme ilişkisinin nispî bir özellik taşıması hasebiyle borçlu, kural olarak alacaklı dışındaki kişilerin tazminat istemlerini reddedebilir²⁸⁶. Ancak buradan hareketle, hukuka aykırılık bağı teorisine başvurulmasının gereksiz olduğu sonucuna varılmamalıdır²⁸⁷. Zira bu kural katı bir şekilde uygulandığı takdirde, borçlu, alacaklı dışında yer alan ve fakat sözleşmenin koruma alanına dâhil olan üçüncü kişilerin tazminat istemlerinden haksız olarak kurtulmuş olur. Zira hukuka aykırılık bağının temel işlevi, her ne kadar sorumluluğu sınırlandırmak olsa da, sözleşme ile korunmak istenen kişilerin kapsamının geniş tutulduğu anlaşıldığı hallerde, borçlu, bu kişilere karşı da sorumlu tutulmaktadır²⁸⁸. Bu sakıncayı gidermek amacıyla “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” müessesinin devreye sokulması gerektiği ileri sürülebilir. Aslında burada sözleşme ile korunmak istenen kişilerin kimler olabileceği araştırıldığı için²⁸⁹ hukuka aykırılık bağı teorisine yaklaşılmaktadır. Ancak söz konusu müessese, kişi dışında diğer açılardan sözleşmenin koruma amacını incelemediğinden, tek başına borçlunun sorumluluk alanını

²⁸⁵ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s. 107, 108’de haksız fiillerde hukuka aykırılık bağı için verilen örnek üzerinde bazı değişiklikler yapılmıştır.

²⁸⁶ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 23.

²⁸⁷ İnal, **Borca Aykırılık**, s. 100.

²⁸⁸ Ancak doktrinde sorumlu olunacak kişilerin geniş tutulduğu hallerde, borçlunun alacaklı dışındaki kişilere karşı sorumluluğuna karar verirken, oldukça temkinli hareket edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 11.

²⁸⁹ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin koruma alanına alacaklının yanı sıra, aynı tehlikeye maruz kalma ihtimali bulunan yakınlarının da dâhil olabileceği esasına dayanmaktadır. Akyol, Şener; **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 54.

tespit etmek bakımından yeterli değildir²⁹⁰. Bu itibarla hukuka aykırılık bağı teorisi, her ne kadar kişi bakımından sorumluluğun sınırlandırılmasında uygulansa da, esas önemini sözleşme sorumluluğunun davranış ihlalleri yönünden sınırlandırılmasında gösterir²⁹¹.

2. Sorumluluğun Davranış İhlalleri Yönünden Sınırlandırılması

Borçlunun, sözleşmeye aykırı davranışlarının tümünden sorumlu tutulup tutulmayacağı hususunda, hemen bir sonuca varılması doğru olmaz. Öncelikle sözleşme ile alacaklının hangi ekonomik menfaatlerinin korunmak istendiği araştırılmalıdır²⁹². Burada doktrinde risk paylaşımı olarak da adlandırılan, tamamen farazî olarak yapılan bir değerlendirme ile tarafların ortak iradelerinin, sözleşmeye aykırı nitelikteki hangi davranışları kapsamış olabileceği belirlenmeye çalışılır. Böylece borçlu, güven teorisi uyarınca sözleşme kurulduğu anda tarafların öngörülebilecekleri varsayılan davranış ihlallerinden (olağan risklerden) sorumlu tutulabilir. Buna karşılık dolaylı zararlar gibi olağan dışı olarak nitelendirilen davranış ihlalleri için borçlu, kendi davranışı ile sözleşmenin amacı arasında hukuka aykırılık bağının bulunmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir²⁹³. Başka bir deyişle, alacaklı, günlük hayatta herkesin karşılaşılabileceği (olağan dışı) risklere bizzat kendisi katlanmalıdır. Borçlunun sorumluluğu, ya özel bir risk doğurucu

²⁹⁰ Benzer şekilde doktrinde dolaylı zarar görenlerin, tazminat talep edemeyecekleri ilkesinden hareketle, zarar verenin sorumluluğuna başvurulmaması hususunun hukuka aykırılık bağının önemini ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir. Zira bu ilkenin, bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçların oluşmasını engellemeye yetmeyeceği kabul edilmektedir. Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 9.

²⁹¹ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 23, 24, dn. 91.

²⁹² Zira borçlu, sadece sözleşme ile korunmak istenen menfaat ihlallerinden sorumludur. Eren, **Hukuka Aykırılık Bağı Teorisi**, s. 463; Eren, **Uygun İliyet Bağı**, s. 99.

²⁹³ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 204. Örneğin, Y. 9. HD'nin 22.1.2004 T. ve E. 2003/22636, K. 2004/534 sayılı kararında belirli süreli bir hizmet sözleşmesinde işveren konumundaki bankanın, henüz süre dolmadan önce sözleşmeyi feshetmesi üzerine kendisine karşı açılan davada fesih sebebinin geçerli olduğuna hükmedilmiştir. Buna karşılık borçlar hukuku açısından ise, banka tasfiye halinde bulunduğu için BK. m. 117'deki gibi bir ifa engelinin mevcut olduğuna dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla burada olduğu gibi sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan ifa imkânsızlığının doğa olayları, kamu makamlarının engellemeleri ya da üçüncü kişilerin davranışları gibi önceden anlaşılamayacak zorlayıcı sebeplerle gerçekleşmesi halinde, borçlunun normun koruma amacı dışında kalan bu tür atipik rizikolardan sorumlu olmayacağına karar verilmiştir. www.kazanci.com.tr, E.T. 14.02.2013, Aynı yönde bkz. Y. 9. HD, 8.7.2008 T, 25370/19682 sayılı karar.

davranışta bulunduğunda ya da olağan dışı riskleri önemli oranda artırdığında söz konusu olmalıdır²⁹⁴.

Alman Federal Mahkemesinin, oyuncuların madeni topları kullanarak dizili vaziyetteki bebekleri devirdiği bir oyunun oynandığı işletmelerden birinde, geç saatlere kadar çalışan bir çocuğun zamanında bebekleri dizemediği için yaralanması üzerine işletme sahibi aleyhine açılan davada verdiği karar dikkat çekicidir. Mahkeme, davacının tazminata gerekçe olarak gösterdiği çocuğun geç saatlere kadar çalıştırılmasını yasaklayan kanundaki hükmün amacının, sadece çocukların sağlığını korumaya yönelik olduğuna, olaydaki gibi bir davranışın hükmün koruma amacının dışında yer aldığına hükmetmiştir²⁹⁵.

Yine Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, taraflar, belli bir gemiyle yükün taşınması konusunda anlaşmışlardır. Fakat taşıyıcı, bu anlaşmaya uymayarak taşıma işini başka bir gemi aracılığıyla yerine getirmiştir. Burada taşıyıcının sözleşmeye aykırı hareket ettiği açıktır. Bununla birlikte kararlaştırılan gemiyle yük taşınmış olsa idi, söz konusu gemi, sefer sırasında battığı için yük kesin olarak zayî olacaktı. Aslında taşıyıcı, sözleşmeye aykırı davranarak, gönderenin teslim ettiği yükün zayî olmasını bilmeden engellemiştir. Buraya kadar anlatılanlardan, gönderenin herhangi bir zarara uğramadığı anlaşıldığından, tazminata hükmedilmesini gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Bununla beraber gönderen, açtığı davada ilk gemi ile yük taşınsa ve zayî olsa idi, onun değeri nispetinde sigortadan tazminat alacağını ileri sürerek, bunlardan yoksun kalmasının karşılığının kendisine tazmin edilmesini istemiştir. Mahkeme ise, sözleşme ile belirli bir gemi aracılığıyla yükün taşınmasının amaçlandığını, yoksa olaydaki türden bir zararın sözleşmenin amaçları arasında yer almadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir²⁹⁶.

²⁹⁴ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 26.

²⁹⁵ Tandoğan, **Hukuka Aykırılık Bağı**, s. 21; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 101; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 71, dn. 397.

²⁹⁶ İnal, **Borca Aykırılık**, s. 102, 103'den naklen.

Diğer taraftan İngiltere’de taşıma sözleşmesinde otobüs sürücüsünün belli sayıyı aşacak şekilde otobüse yolcu alması yasaklanmış olmasına rağmen sürücü, buna aykırı davranarak otobüse daha fazla yolcu almıştır. Bu durumu fırsat bilen bir hırsız, yolculardan birinin çantasını çalmış ve bunun üzerine o yolcu, otobüs sürücüsüne yasağa aykırı davrandığı için tazminat davası açmıştır. Ancak Mahkeme, söz konusu yasağın amacının yolcuların malvarlığını korumak olmadığını, aksine yaşam haklarına yönelik muhtemel tehditlerin mümkün olduğunca bertaraf edilmesine ilişkin olduğunu belirterek davayı reddetmiştir²⁹⁷.

§ 9. HACZEDİLEMEZLİK VE ÖZEL MALVARLIĞI DEĞERLERİ İLE SORUMLULUK

Borçlu, kural olarak tüm malvarlığı değerleri ile sorumludur²⁹⁸. Bununla birlikte kanun koyucu, borçlunun sosyal ve ekonomik hayatını idame ettirebilmesi için hakkaniyet gereğince ona ait bazı malvarlığı değerleriyle ilgili takip yapılamayacağını kabul etmiştir. Bunların neler olduğu da genel olarak İİK. m. 82 ve 83’te haczedilemeyecek mallar kenar başlığı altında düzenlenmiştir²⁹⁹. Bunlar, sorumluluğun kanunî bir zeminde belli malvarlığı değerleri ölçütüne göre sınırlandırıldığı hallerden bazılarıdır. Ayrıca gerek Türk Medeni Kanununda gerekse de Türk Ticaret Kanununda konuya ilişkin bazı hükümler öngörülmüştür³⁰⁰.

²⁹⁷ Atamer, **Haksız Fiil**, s. 82.

²⁹⁸ Böylece borçlu, kendisine karşı yapılacak muhtemel bir takibin, ancak sorumluluğunun doğduğu an itibarıyla mevcut olan malvarlığı değerleri hakkında söz konusu olabileceğine ilişkin bir iddiada bulunamaz. Zira onun bu andan sonra temin ettiği malvarlığı değerleri de, alacaklı, alacağına tamamen kavuşuncaya kadar takibe konu olabilir. Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 38; İnan, s. 49. Bununla beraber doktrinde icra vasıtasıyla takibin gerçekleştiği anda mevcut olmayan malvarlığı değerlerinin, kural olarak borçlunun sorumluluk alanının dışında kalacağı da ifade edilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 30, 31. Borçlunun tüm malvarlığı ile sorumlu olması, kişisel sorumluluk olarak da açıklanmaktadır. Erdem, Nafiz; **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, C. 1, Tipo Matbaacılık, Ankara 1987, s. LXXIX.

²⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 21, 22; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 86; Kılıçoğlu, s. 31; Çağa, S., **Sorumlulukların Birleşmesi**, s. 7; Ardıç, Oğuzhan/Ersol Emel, **Borçlar Hukuku**, 7. Baskı, Agon Yayınları, Ankara 2009, s. 31.

³⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 22, 23; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 17; Kocayusufpaşaoğlu, s. 30, 31, dn. 67; Kılıçoğlu, s. 32; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 39, 40; Erdem, s. LXXIX; Ardıç/Ersol, s. 32.

İrat senedi üzerinden gayrimenkulün rehin olarak verilmesi halinde, borçlunun sorumluluğu, söz konusu gayrimenkulün değerini aşamaz (TMK. m. 903/2). Bunun hukukî sebebi, aynı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen, irat senedinin kişisel bir borç ilişkisi doğurmayacağına ilişkin hükümdür³⁰¹. Aynı şekilde Devletin yasal mirasçı olması halinde, mirasbırakanın borçlarından ötürü sorumluluğuna, sadece kendisine intikal eden malvarlığı değerleriyle sınırlı olarak başvurulabilir³⁰² (TMK. m. 631). Yine anonim şirketlerde ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu, şirkete getirmekle yükümlü oldukları sermaye payıyla sınırlıdır. Ortaklar bu yükümlülüklerini yerine getirmişlerse, artık şirket alacaklılarının, onların diğer malvarlığı değerlerine başvurabilmesi mümkün değildir (TTK. m. 329/f. 2). Benzer bir hükme, limited şirketlerdeki ortaklar için de yer verilmiştir (TTK. m. 573/f. 2). Sorumluluğun özel malvarlığı değerleriyle sınırlı tutulduğu bir diğer durum ise, borçlunun borcu için teminat oluşturmak üzere, üçüncü bir kişinin, kendi menkul ya da gayrimenkulünü rehin vermesidir. Üçüncü kişi, borcun ödenmemesi halinde yalnızca söz konusu menkul ve gayrimenkulünün paraya çevrilmesine katlanmak durumundadır; yoksa ödenmeyen borç için onun diğer malvarlığı değerlerine başvurulması mümkün değildir³⁰³. Mirasla ilgili resmî tasfiye metodu uygulandığında da benzer bir durum söz konusudur. Şöyle ki, her ne kadar kural olarak mirasbırakanın borçlarından mirasçılar, müteselsil olarak kendi malvarlığı değerlerinin tamamıyla sorumlu olsalar da, istisnaen mirasla ilgili resmî tasfiye metodu uygulanmışsa, onların sorumluluğu sadece terekeden kendilerine düşen pay kadardır³⁰⁴.

Taraflar da sözleşme serbestisinin elverdiği ölçüde (TBK. m. 27'deki emredici kurallara riayet etmek koşuluyla) sorumluluğun, borçlunun yalnız

³⁰¹ İsviçre'de 01.01.2012 tarihinden itibaren irat senedi kaldırılmış ve taşınmaz rehninin kurulmasında "numerus clauses" ilkesi kabul edilmiştir. ZGB. Art. 793'e göre, "*Taşınmaz rehini, ipotek senedi veya borç senedi ile kurulur. Taşınmaz rehninin başka şekilde kurulması mümkün değildir.*"

³⁰² Doktrinde Devletin sorumluluğu, genel olarak konu itibarıyla sınırlı sorumluluk başlığı altında incelenmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 30; Akıncı, s. 50. Konu itibarıyla sınırlandırmada da borçlunun sorumluluğu, belirli malvarlığı değerleriyle sınırlandırıldığı için bu konunun, ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekli görülmemiştir.

³⁰³ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 17.

³⁰⁴ Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 40.

belli başlı malları ile sınırlı olacağına ilişkin sözleşmeye hüküm koyabilirler³⁰⁵. Zira borçlunun tüm malvarlığı ile sorumlu olması kuralı, yedek hukuk kuralı niteliğindedir³⁰⁶. Normal koşullarda hiçbir alacaklı, borçlunun bazı malvarlığı değerlerini sorumluluk alanı dışında tutmak istemez³⁰⁷. Zira böyle bir halde, alacağının tamamını elde etme olanağı azalmaktadır. Fakat taraflar anlaşmışlarsa, yapılan sınırlandırma geçerli sayılır. Bununla birlikte doktrinde hâkim olan görüş, burada sorumsuzluk sözleşmesiyle ilgili hükümlerin (TBK. m. 115 ve 116'nın) kıyasen tatbik edilmesi gerektiği yönündedir³⁰⁸. Önemle belirtilmelidir ki, doktrinde sorumluluğun sınırlandırılmasında ölçüt olarak belli malvarlığı değerlerinin kullanıldığı sözleşmelerin, içerik olarak “ile sorumluluğu” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Zira burada borçlunun sınırsız malvarlığı ile sorumlu olmasının kanunî istisnalarından biri söz konusudur. Bu sözleşme sayesinde borçlu, bazı mallarının cebri icraya başvuran alacaklı tarafından paraya çevrilmesini önleyerek, kendi hukukî konumunu güçlendirmektedir³⁰⁹.

§ 10. MİKTAR ÖLÇÜTÜNE GÖRE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

Zarara yol açan sözleşmeye aykırı davranış gerçekleşmeden önce borçlu, zarar meydana gelirse bunun tamamını değil, sadece belli bir bölümünü ödemeyi teklif eder ve alacaklı da bu teklifi kabul ederse, borçlunun tazminat sorumluluğu kararlaştırılan belli bir miktarla sınırlandırılmış olur. Buradan anlaşılacağı üzere, miktar ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırıldığı sözleşmelerin zarar vuku bulmadan önce yapılmış olması şarttır. Diğer taraftan bu sözleşmeler, borçlunun sorumlu olduğu azamî miktarı belirlediğinden, uğranılan zarar bu miktarı aşmış olsa

³⁰⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 87; Başalp, s. 50; Reisoğlu, s. 38.

³⁰⁶ Çağa, S., **Sorumlulukların Birleşmesi**, s. 8.

³⁰⁷ Bundan dolayı doktrinde bazı yazarlar, belli malvarlığı ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırıldığı sözleşme tipleriyle uygulamada sıklıkla karşılaşmadığını ve bu itibarla söz konusu sözleşmeler üzerinde önemle durulması gerektiğini savunmaktadırlar. Kocayusufpaşaoğlu, s. 30.

³⁰⁸ Akman, s.28; Karabağ Bulut, Nil; “Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, **Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 830 (Sorumsuzluk Anlaşmaları).

³⁰⁹ Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 830.

bile, borçlu aşan miktarı ödemekle yükümlü değildir. Buradan hareketle, söz konusu sözleşmelerin borçlunun menfaatini koruduğu söylenebilir³¹⁰. Zira bu sözleşmeler, hukuken sınırlı kişisel sorumluluğun doğmasına yardımcı olurlar³¹¹. Uğranılan zararın, kararlaştırılan azamî miktarın altında kaldığını ispatlayan borçlu, söz konusu miktarın sadece zararı karşılayan bölümünü ödeyerek sorumluluktan kurtulabilir³¹².

Miktar ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırıldığı sözleşmeler hakkında TBK. m. 115 ve 116'daki kısıtlayıcı hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu tartışmalıdır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, söz konusu sözleşmelerin geçerliliği, ilgili hükümler göz önünde bulundurularak belirlenemez. Zira bu sözleşmeler, asıl sözleşmeden bağımsız bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla bu hükümlerin uygulanabilmesi için belirtilen miktarın, zarara oranla önemli ölçüde düşük olması gerekir³¹³. Üstünlük tanınması gereken hâkim görüşe göre ise, söz konusu hükümler, miktar ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırıldığı sözleşmelerde de kıyasen uygulanmalıdır. Her iki sözleşme tipinin de hukuken fer'î nitelik taşıması, bunun hukukî gerekçesini oluşturmaktadır. Aksine bir çözüm tarzı benimsendiğinde, sorumsuzluk sözleşmesi ile ilgili hükümlerin dolanılmasının önü açılmış olur³¹⁴. Fer'îlik dışında sorumlu olunacak en üst miktar çok düşük olarak kararlaştırıldığında da, sorumluluğu ortadan kaldırmak bakımından sorumsuzluk sözleşmesine yaklaşılmaktadır³¹⁵.

Sorumluluk, sözleşme ile miktar ölçütüne göre sınırlandırıldığında, bu tür bir sözleşmenin varlığı yazılı şekilde ispat edilmelidir. HMK. m. 201'de hüküm altına alınan senede karşı tanıkla ispat yasağı bunu haklı kılmaktadır.

³¹⁰ Akman, s. 23.

³¹¹ Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 829.

³¹² Kılıçoğlu, s. 642.

³¹³ Alniak, s. 323, 324; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 37, dn. 14; Başalp, s. 11, dn. 23.

³¹⁴ Akman, s. 24, 25; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 456.

³¹⁵ Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 829.

Benzer bir değerlendirme, sorumluluğu sınırlandıran sözleşmenin değerinin belirli bir meblağı aşmış olması (HMK. m. 200) hali için de yapılabilir³¹⁶.

Diğer taraftan bizzat kanun koyucu da sözleşme sorumluluğunu belli bir miktarla sınırlandırmış olabilir³¹⁷. Ancak böyle bir durumda borçlu, bazı malvarlığı değerleri için takip yapılamayacağını ileri süremez³¹⁸. Bu yönüyle miktar ve malvarlığı değerleri ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırılması birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin, otel, motel gibi konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına herhangi bir şekilde kusur isnat edilemediği sürece, her bir konaklayan için günlük konaklama ücretinin üç katı ile sınırlıdır (TBK. m. 576/f. 2). Aynı şekilde garaj, otopark vb. yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine ya da çalışanlarına herhangi bir şekilde kusur isnat edilemediği sürece, her bir saklanan için alınan günlük saklama ücretinin on katını geçemez (TBK. m. 579/f. 2). Hatta kanun koyucu, bir adım daha ileri gitmiş ve işletenlerin ilân yoluyla dahi sorumluluklarını sınırlandıramayacaklarını hüküm altına almıştır (TBK. m. 579/f. 3).

Yukarıda bahsedilenlerin dışında borçlular arasında müteselsil sorumluluk ilişkisinin mevcut olmadığı hallerde de, her bir borçlunun sorumluluğu, sadece kendi payına düşen miktar kadardır³¹⁹. Bundan başka kefalet sözleşmesinde kefil, borcun tamamından sorumlu değildir. Onun sorumluluğu, sadece kefalet sözleşmesinde ifade edilen azamî miktarla sınırlıdır (TBK. m. 583/f. 1). Ayrıca taraflar, kefilin sorumluluğunu miktar bakımından sınırlandıran bir sözleşme yaptıklarında, bu sözleşme yazılı şekilde yapılmış olmadıkça geçerli değildir (TBK. m. 583/f. 2). Aynı şekilde eşler arasında mal ortaklığı rejiminin uygulandığı hallerde, eşlerin ortaklık

³¹⁶ Akman, s. 43; Başalp, s. 45.

³¹⁷ Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 433; Kılıçoğlu, s. 642; Akıncı, s. 50; Antalya, s. 51.

³¹⁸ Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 39, 40; İnan, s. 51; Erdem, s. LXXX; Ardic/Ersol, s. 32. Doktrinde miktar ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırılması, sınırlı kişisel sorumluluk şeklinde ifade edildiği gibi (Tekinay, Akman/Burcuoğlu/Akman, s. 28) niceliksel sınırlandırma şeklinde de ifade edilmektedir. Aybay, s. 10. Diğer taraftan doktrinde miktar ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırılması şeklinde bir ifadenin kullanılmasının yerinde olmadığı dahi savunulmaktadır. Buna gerekçe olarak da, esas olarak sorumluluğun değil, borcun sınırlandırılması gösterilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 32.

³¹⁹ Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 40.

kapsamına girmeyen bütün borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun, kendi kişisel malları ve ortaklık mallarının değerinin yarısı ile sınırlı olduğu belirtilmiştir (TMK. m. 269). Yine eşler arasında edinilmiş mal rejiminin uygulandığı hallerde, tasfiye sırasında borçlu eşin malvarlığı veya terekesi katılma alacağını karşılamazsa, alacaklı olan eşin veya onun mirasçılarının edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları, bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebileceği hüküm altına alınmıştır (TMK. m. 241).

§ 11. ZAMAN ÖLÇÜTÜNE GÖRE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

Kanun koyucu, borçlunun zarardan sorumlu olacağı süreyi ölçüt olarak da onun sorumluluğunu sınırlandırmış olabilir. Örneğin, kira sözleşmesini kanunî feshi ihbar sürelerine uymadan fesheden kiracının sorumluluğunun, kiralanan taşınmazın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makûl süreyle sınırlı olarak devam edeceği öngörülmüştür (TBK. m. 325). Dolayısıyla kiraya veren, taşınmazını kiraya veremediği sürenin tamamı için kiracının sorumluluğuna başvuramaz³²⁰. Nitekim Yargıtay kararlarında da makûl süre sınırlamasına oldukça sık bir şekilde rastlanılmaktadır³²¹.

³²⁰ Kılıçoğlu, s. 643. Bu konuda Y. 6. HD'nin vermiş olduğu 11.7.2012 T. ve 5538/10456 sayılı karar şu şekildedir: “...Sözleşmede, kiralananı süre bitmeden tek taraflı olarak tahliye etme hak ve yetkisi kendisine tanınmayan kiracının, kiralayanın bilgisi ve rızası olmaksızın ve haklı bir nedene de dayanmaksızın, kira süresinin bitiminden önce kiralananı tahliye etmesi sözleşmeye aykırı davranış (haksız fesih) sayılır; böylesi bir durumda kiracı, kiralayanın bu yüzden uğradığı zararı tazminle sorumludur. Ne var ki, Borçlar Kanununun 98. maddesi yollamasıyla sözleşmelerde de uygulanması gereken 44. maddesi uyarınca, kiralayan da, kiralananı aynı koşullarla yeniden kiraya vermek konusunda gereken çabayı göstermeli ve böylece zararın artmasına sebebiyet vermemelidir. Aksi takdirde, artmasına sebep olduğu zarar tutarını kiracıdan isteyemez... HGK.nun 22.03.2006 T. ve E. 2006/6-89, K. 2006/89 sayılı kararı gereğince “kira süresi bitmeden ve karşılıklı anlaşma bulunmadan, kiralananı tek taraflı olarak tahliye eden kiracı, aksine bir sözleşme hükmü mevcut olmadığı takdirde, kural olarak kalan sürenin tüm kira paralarından sorumlu ise de; kiralayanın Borçlar Kanununun 98. maddesindeki yollama nedeniyle 44. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğünden dolayı, kiracının sorumluluğu, tahliye tarihi ile, kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verilmesi için gereken makûl süreyle sınırlı” olduğu, mahkemece alınan bilirkişi raporunda kiralananın aynı şartlarda 6 ayda kiraya verilebileceği tespit olunduğuna göre bu süre ile sınırlı olarak tazminata hükmedilmesi gerekirken...”, www.kazanci.com.tr, E.T. 14.02.1013.

³²¹ Örneğin, Y. 19. HD'si, 12.7.1994 T. ve E. 1993/6656, K. 1994/7631 sayılı kararında “kredi kartı üyesinin sorumluluğunun sınırsız olarak kabulüne imkân bulunmadığını, bunun makûl objektif bir süre ile sınırlandırılmasının uygun olacağını, bu sürenin saptanmasında bankanın iç ve çağdaş iletişim olanaklarından yararlanma durumunun gözetilmesi gerektiğini” vurgulamıştır,

Bunun dışında iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi halinde de sorumluluk zaman ölçütüne göre sınırlandırılmaktadır. Şöyle ki, alacaklı, aynen ifa dışındaki diğer seçimlik haklara başvurmak istediğinde, bu yöndeki iradesini derhal karşı tarafa beyan etmek zorundadır. Aksi takdirde aynen ifa dışındaki seçimlik haklara başvurma imkânını kaybetmektedir³²².

Kanun koyucu tarafından alacak hakkının belli bir süre içerisinde dava konusu yapılması zorunluluğunun getirilmesi, daha açık bir söyleyişle, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borçluya bu hususu def'i olarak ileri sürme ve böylece borcu ödemekten kurtulma imkânı verilmesi³²³ de zaman ölçütüne göre sorumluluğun sınırlandırılmasının bir başka örneğini teşkil etmektedir. Yine alacaklının, dönme hakkını, ancak belli hak düşürücü süreler içerisinde talep ve dava konusu edebilmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Kanunen belirlenen zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü sürelerin, tarafların sözleşmeye koyacakları bir kayıtla kısaltılıp kısaltılamayacağı sorununun açıklığa kavuşturmak, borçlunun sorumluluğunun sınırını tayin edebilmek bakımından önemlidir. Bundan dolayı konuya ilişkin olarak doktrinde savunulan görüşler aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

I. Zamanaşımı Süresinin Kısaltılması

Zamanaşımı, kanunda öngörülen belli bir sürenin geçmiş olması ile alacağın dava ve takip konusu yapılmasını engelleyen bir hukukî müessedir. Hak düşürücü süreden farklı olarak, zamanaşımı süresinin dolmuş olması, alacak hakkını sona erdirmemekte, sadece borçluya bu hususu def'i olarak ileri sürerek borcunu ödememe yetkisi tanımaktadır³²⁴.

www.hukukturk.com, E.T. 03.01.2013. Aynı yönde bkz. Y. 19 HD, 18.4.1994 T. ve E. 1993/4375, K. 1994/3904 sayılı karar.

³²² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1115; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 218.

³²³ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 590; Antalya, s. 751.

³²⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1281; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 590; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 1031; Antalya, s. 751; Hatemi/Gökyayla, s. 320.

Taraflar, yaptıkları sözleşmede zamanaşımı süresini kanunî sürenin daha altında belirlemişlerse veya zamanaşımı süresinin başlangıcını kanunî başlangıç süresinin önüne taşımışlarsa yahut bitiş zamanını daha ileri bir tarih olarak tayin etmişlerse, zamanaşımı süresini kısaltan bu tür düzenlemeler hukuken geçerli olarak kabul edilmeli midir? Anılan düzenlemeler geçerli kabul edilirse, bunun sınırı ne olmalıdır³²⁵? Bu sorulara cevap olacak nitelikte, TBK. m. 148’de, TBK. m. 146 ve 147’deki zamanaşımı sürelerinin kesin olup, sözleşmeyle değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Emredici nitelikteki bu hükmün zıt anlamından, TBK. m. 146 ve 147’deki süreler dışında Türk Borçlar Kanununda açıklanan diğer zamanaşımı sürelerinin, sözleşme ile uzatılıp kısaltılabileceği sonucuna varılabilir³²⁶. Buna karşılık taraflarca zamanaşımı süresi, hak düşürücü süre olarak kararlaştırıldığı takdirde, yine TBK. m. 148’deki sınırlandırmanın geçerli olacağı kabul edilmektedir³²⁷. Zira bu halde de borçlunun sorumluluğu sınırlandırılmıştır.

TTK. m. 6’da ticarî hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin, kural olarak sözleşme ile değiştirilemeyeceği; ancak istisnaen kanunda taraflara aksine bir düzenlemede bulunma imkânı verilen hallerde bu yasağın işletilmeyeceği belirtilmiştir. Burada bahsi geçen kanunun, mutlaka Türk Ticaret Kanunu olması gerekli değildir; ticarî nitelikte hükümler içeren tüm kanunlar bu kapsamda değerlendirilmelidir³²⁸. Dolayısıyla bunların

³²⁵ Başalp, s. 10.

³²⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1287; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1070; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 237; Kılıçoğlu, s. 884; Reisoğlu, s. 435, 436. Zamanaşımı süresinin kesinliğine ilişkin YHGK, 7.2.1951 T. ve E. 168-64, K. 27 sayılı kararında “*TTK’da zamanaşımı süresinin değiştirilebileceği hakkında bir kayıt ve açıklık yoktur. Kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça kamu yararı düşüncesiyle kabul edilmiş olan zamanaşımı süresinin değiştirilmesi caiz değildir. BK 127. maddesi hükmü kıyasen sigorta sözleşmesinden doğan alacaklara da uygulanır*” denilmektedir. Ayrıca bkz. Y. 11. HD, 5.4.1979 T. ve 1512/1798 sayılı karar, Erdem, s. 888, 889.

³²⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1287; Hatemi/Gökyayla, s. 324.

³²⁸ Gerek Türk Borçlar Kanununda gerekse Türk Ticaret Kanununda zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine izin verilmemesinin sebebi, kamu yararının korunmak istenmesidir. Zira bu sürelerin taraflarca çok kısa olarak kararlaştırılması, alacaklının alacağına kavuşmasını hukuken imkânsızlaştırabilir. Aynı şekilde çok uzun kararlaştırılması halinde ise, yıllar öncesine ait bir borç için borçluya karşı dava açılabilir. Bu da, mahkemelerin iş yükünün gereğinden fazla artmasına yol açar. Bundan dolayı her iki hal de, taraflar arasındaki menfaat dengesinin aşırı ölçüde bozulmasına sebep olur. Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 591, 592; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1287;

haricinde diğer kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin taraflarca uzatılıp kısaltılması mümkündür; yeter ki kanunda aksine herhangi bir hükme yer verilmiş olmasın. Bununla beraber yapılan kısaltmanın, alacaklının hukukî durumunu katlanılamayacak seviyede kötüleştirmemesi gerekmektedir³²⁹.

Doktrine göre, taraflara sınırlı da olsa zamanaşımı sürelerinde değişiklik yapabilme imkânının tanındığı hallerde, bunlar ancak sorumsuzluk sözleşmeleri için öngörülen kanunî esaslara (TBK. m. 115 ve 116'ya) uygun akdedildikleri sürece geçerli kabul edilirler. Zira özellikle sorumluluk sürelerinin kısaltılması, tıpkı sorumsuzluk sözleşmesi gibi alacaklının hukukî menfaatini zedelediği için bunlar arasında büyük ölçüde bir benzerlik bulunmaktadır³³⁰. Dolayısıyla TBK. m. 146 ve 147 dışında yer alan bir zamanaşımı süresi kısaltıldığında, bu, ancak borçlunun hafif ihmaliyle verdiği zararlar hakkında geçerli sayılmalıdır³³¹.

II. Hak Düşürücü Sürelerin Kısaltılması

Yenilik doğuran haklarda hak sahibi, kanunen öngörülen belirli bir süre içerisinde (ki, bu hak düşürücü süredir) hakkını ileri sürmemiş, dava konusu yapmamışsa, hakkını tamamen kaybetmiş olur³³². Nispî bir hak olan alacak hakları, kural olarak hak düşürücü süreye değil, zamanaşımı süresine tâbidir³³³. Ancak istisnaî bazı hallerde, kanun koyucu tarafından söz konusu hakların kullanımı, hak düşürücü süreye bağlanmış olabilir³³⁴. Bunun dışında özellikle borçluya sözleşmeden dönme imkânı verilen hallerde, hak düşürücü

Hatemi/Gökyayla, s. 321; Tutumlu, Mehmet Akif; **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 299, 300, dn. 1.

³²⁹ Uzatma yapılan hallerde ise, bunun TBK. m. 146'daki genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süreyi aşmaması gerektiği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 1071; Hatemi/Gökyayla, s. 324; Başalp, s. 10, dn. 20; Tutumlu, s. 300.

³³⁰ Başalp, s. 14; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 864.

³³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altö, s. 1072; Tutumlu, s. 301.

³³² Öguzman/Öz, **C. 1**, s. 589, 590; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1282, 1283.

³³³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1284; Erdoğan, **Borçlar Hukuku**, s. 237.

³³⁴ Örneğin, bir işletme, aktif ve pasifleri dâhil olmak üzere bütün halinde devredilirse, işletmenin taraf olduğu sözleşmeler dolayısıyla devreden ve devralan kişinin, alacaklılara karşı müteselsil olarak iki yıl süreyle sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Bu iki yıllık süre, niteliği itibarı ile bir hak düşürücü süredir. Buz, Vedat; **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 262 (Yenilik Doğuran Haklar).

sürelerin dolup dolmadığı ve taraflarca bu sürelerde değişiklik yapıp yapılamayacağı hususu önemli bir hal almaktadır. Zira sözleşmeden dönme de bir çeşit yenilik doğuran haktır³³⁵. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, hak düşürücü süreye tâbi olan yalnızca dönme hakkının kullanılmasıdır. Yoksa dönmeden doğan iade ve tazminat istemleri, kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri içerisinde ileri sürülmelidir³³⁶.

Tarafların, kanunen hak düşürücü nitelikte öngörülen bir süreyi karşılıklı müzakere ederek kısaltmaları ve bu şekilde borçlunun sorumluluğunu sınırlandırmaya çalışmaları durumunda, söz konusu sözleşmenin geçerli sayılıp sayılamayacağını belirlemek gerekir. Konuyla ilgili zamanaşımı sürelerinden farklı olarak, ne Türk Borçlar Kanununda ne de Türk Ticaret Kanununda açık bir hüküm öngörülmüştür³³⁷. Ancak bu durum, hak düşürücü sürelerin kısaltılabileceği anlamına gelmemektedir. Zira zamanaşımına nazaran kamu düzenini daha fazla ilgilendiren bir süre olan hak düşürücü sürelerin kısaltılmasına izin verilmesi, kendi içinde bir çelişkiye sebep olur. Zira yukarıda da vurgulandığı üzere, kanun koyucu, zamanaşımı açısından TBK. m. 148 ve TTK. m. 6'da getirmiş olduğu hükümlerle, bunların kısaltılmasına çok sınırlı olarak izin verdiğini dolaylı bir şekilde ifade etmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla hak düşürücü süre hakkında aksine bir yorum tarzının benimsenmesi, bunun hukuken gerekçelendirilmesini oldukça güçleştirir. Nitekim doktrinde de benzer görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, hak düşürücü süreler arasında ayrım yapılması gerektiği şeklindedir. Buna göre, sadece kamu düzeni ile bağlantılı olan sürelerle ilgili taraflar, herhangi bir kısaltma ve uzatma yapamazlar. Hâlbuki bu kapsamda değerlendirilmeyen süreler, taraflarca her zaman için değiştirilebilir³³⁸. Buna

³³⁵ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 193. Dönmenin değiştirici yenilik doğuran hak olduğu yönünde bkz. Serozan, **Dönme**, s. 73, 74.

³³⁶ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 265. Nitekim satış sözleşmesinde satıcıya ayıba karşı tekeffül kapsamında yöneltilebilecek her türlü talebin, bu arada dönmeden doğan taleplerin de zamanaşımına tâbi olduğu (TBK. m. 231) kanunda dolaylı olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla taraflarca bu konuya ilişkin olarak yapılan bir kısaltmanın geçerli olup olmadığına karar verilirken, bir önceki başlık altında yapılan açıklamalar göz önünde bulundurulmalıdır.

³³⁷ Hatemi/Gökyayla, s. 324.

³³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1071; Hatemi/Gökyayla, s. 324.

karşılık üstün tutulması gereken diğer bir görüş ise, hak düşürücü süreler arasında ayırım yapılmadan, bunların tamamının kamu düzeniyle ilgili olduğunun kabul edilmesi ve haklarında kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiğinden yanadır³³⁹. Gerçekten hak düşürücü süreler, emredici nitelik taşıdıkları için tarafların sözleşme özgürlüğü alanına dâhil değildir. Ayrıca bu sürelerin ileri sürülmesinin def'i değil, itiraz niteliği taşıması, bundan dolayı hâkimin dava dosyasından hak düşürücü sürelerin dolduğuna kanaat getirdiğinde, kendiliğinden davayı reddetmek zorunda olması da bu sonucu desteklemektedir³⁴⁰. Bunun dışında ilk görüş benimsendiği takdirde, hak düşürücü sürelerin hangi hallerde (soyut bir kavram olan) kamu düzeniyle ilgili olduğunu saptamak gerekir ki, bu da hâkimin işini bir hayli zorlaştırır.

³³⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1287.

³⁴⁰ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 590.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SÖZLEŞME İLE SINIRLANDIRILMASI

Sorumluluğun kanunen sınırlandırılmasından farklı olarak, sözleşme ile sınırlandırmadan bahsedilebilmesi için tarafların iradelerinin bu yönde uyuşması gerekir. Uyuşmanın sağlanması ile birlikte borçlu, benzer sözleşmeleri yapan diğer borçlulara göre, kendi hukukî konumunu önemli ölçüde iyileştirmiş olur.

Sorumluluğun sözleşme ile sınırlandırılmasını, bireysel sözleşmelerle sınırlandırma ve genel işlem koşulları ile sınırlandırma şeklinde iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun gördük. Zira sorumsuzluk kaydı, genel işlem koşulu olarak düzenlendiğinde, bu koşulu kabul eden alacaklı, çoğunlukla başka bir imkâna sahip olmadığı için bu yönde bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Dolayısıyla alacaklı, tarafların karşılıklı müzakeresi sonucunda yürürlüğe giren sorumsuzluk sözleşmelerine nazaran daha fazla korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Nitekim bu durumu dikkate alan kanun koyucu, onun hakkında TBK. m. 115 ve 116 dışında TBK. m. 20 ila 25'teki hükümlerin de uygulanacağını kabul etmiştir.

§ 12. BİREYSEL SÖZLEŞMELERLE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

Sözleşme sorumluluğunun doğduğu an, sorumluluğu sınırlandırmak için konulan kaydın hukukî niteliğini ve geçerliliğini belirlemek bakımından büyük bir öneme sahiptir. Bundan dolayı burada sözleşme sorumluluğunun tarafların karşılıklı müzakeresi ile sınırlandırıldığı haller, sorumluluk henüz doğmadan önce ve doğduktan sonra sınırlandırma olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

I. Sorumluluk Doğmadan Önce Sınırlandırma (Sorumsuzluk Sözleşmesi)

Taraflar, aralarında akdedecekleri bir sözleşme ile (sorumsuzluk sözleşmesiyle) sözleşme serbestisi ilkesinin geçerlilik alanı içerisinde kalmak kaydıyla borçlunun sorumluluğunu, kanunen tanınan sorumluluk sınırının daha da altında tayin edebilirler. Örneğin, borçlunun kanunen sorumlu olduğu hallerde umulmayan halden doğan sorumluluğu (tıpkı temerrüde düşen bir borçlu gibi), yapılan sorumsuzluk sözleşmesi ile tamamen ortadan kaldırılabılır veya sorumluluk için kanunda öngörülmemiş ek bazı koşulların varlığı aranabilir³⁴¹.

Sözleşme sorumluluğu için TBK. m. 112’de öngörülen kusur karinesinin aksinin ispat edilmesi külfetinin, sorumsuzluk sözleşmesi ile alacaklıya ait olacağının kararlaştırılması da borçlu lehine sorumluluğunun sınırlandırıldığı hallerdendir. Bu gibi hallerde, taraflar, özgür iradeleri ile borçlunun sorumluluğuna gidilmesini mümkün olduğunca zorlaştırmakta; hatta bu yolu tamamen kapatmaya çalışmaktadırlar. Buna karşılık sözleşmeden doğan borcu ifa edip etmeme konusunda bütün yetkinin borçlunun bizzat kendisine tanınması, bir başka deyişle, rızası ile borçlu edimini ifa etmezse alacaklının bu konuya ilişkin olarak herhangi bir talepte bulunmayacağını beyan etmesi, hukuken geçerli olmayan bir beyan sayıldığından sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması olarak değerlendirilemez³⁴².

Kanunen borçlunun sorumluluğunun doğmadığı deprem, sel gibi umulmayan hallerde, alacaklının sözleşme ile kendisinden hiçbir talepte bulunmayacağını belirtmesi, sorumluluğun sözleşme ile sınırlandırılması olarak nitelendirilemez. Zira sorumluluğun sözleşme ile sınırlandırılabilmesi

³⁴¹ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 36, 37.

³⁴² Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 38. Bununla beraber doktrinde söz konusu beyan, eksik borç olarak nitelendirilmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1086; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 455, dn. 363; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 454; Alniak, s. 322.

için öncelikle borçlunun sorumluluğuna kanunen başvurulabilme imkânı doğmuş olmalıdır³⁴³.

Sorumsuzluk sözleşmesi ile borçlunun hukukî konumunun en üst düzeyde korunduğu göz önüne alındığında, alacaklının kendi yararına olmayan bu tür bir sözleşmeyi kabul etmeyeceği akla gelmektedir. Oysa ayrıntılı olarak düşünüldüğünde, fark edilecektir ki, ekonomik ve sosyal açılardan zayıf konumda bulunan bir alacaklının, bunu kabul etmemekten başka hiçbir çaresi olmayabilir³⁴⁴. İşte bu bölümde sorumsuzluk sözleşmesinin ne ifade ettiği, ne zaman geçerli olarak kurulabileceği ve bu sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde, asıl sözleşmenin akıbetinin ne olacağı gibi hukukî sorunlar çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

A. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Tanımı, Kuruluşu, Geçerlilik Şekli ve Hukukî Niteliği

1. Tanımı

İrade özerkliği ve onun bir parçası olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, sözleşmenin içeriğini ve sözleşmeye aykırılık ortaya çıkarsa, borçlunun sorumluluğunun ne olacağını diledikleri gibi tayin edebilirler. Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak, taraflar, henüz zarar vuku bulmadan önce³⁴⁵ esas sözleşmeye koyacakları bir kayıtla ya da ayrı bir sözleşme ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi (temerrüt ve kusurlu ifa imkânsızlığı da bu kapsamda düşünülmelidir) halinde, borçluyu sorumlu tutmayacaklarını kararlaştırabilirler. Sorumsuzluk sözleşmesi olarak

³⁴³ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 39; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1086; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 454; Duman, İlker Hasan; “İnşaat Hukuku Sorunlarında Sözleşme ile Sorumluluktan Kurtulma (Sorumsuzluk Anlaşması)”, **İBD**, C. 85, S. 5, Eylül-Ekim 2001, s. 244. Buna karşılık bu gibi durumlarda, taraflar arasında koşula bağlı bir borç ilişkisinin kurulmuş olduğu da savunulmaktadır. Alniak, s. 322; Akman, s. 18-20; Başalp, s. 12.

³⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 882; Feyzioğlu, s. 210.

³⁴⁵ Buna karşılık Erten, Kanunda geçen “önceden” deyiimiyle alacaklı tarafından zararın öğrenildiği anın kastedildiğini, yoksa zarar vuku bulduktan sonra da sorumsuzluk sözleşmesi yapılabileceğini savunmaktadır. Görüşüne gerekçe olarak da, sorumsuzluk sözleşmesi ile ilgili kanunî hükümlerin temel hedefinin, borçlunun hukukî konumunun katlanılamayacak derecede kötüye gitmesini önlemek olduğunu, bu hedefin de ancak sorumsuzluk sözleşmesinin yapılabilme anının öğrenme anına kadar genişletilmesi ile gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Bu andan sonra yapılan sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili TBK. m. 115 ve 116’da öngörülen hükümlerin uygulanamayacağını vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sorumsuzluk Şartları**, s. 91-93.

adlandırılan bu hal ile borçlu, alacaklının açık veya zımnî kabulünün de bulunması koşuluyla, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırılabilmektedir³⁴⁶.

Sorumsuzluk sözleşmesi, esas itibarı ile borçlunun menfaatine olup, alacaklı, ileride gerçekleşmesi muhtemel tazminat alacağından daha bu hakkı doğmadan önce herhangi bir karşılık almaksızın vazgeçtiğinden onun menfaatine değildir. Bu itibarla sorumsuzluk sözleşmesinin hukukî sebebinin bağışlama olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak çok istisnaî olarak alacaklı, tazminat isteme hakkından vazgeçerken borçludan birtakım hukukî menfaatler temin etmişse, artık alacak sebebinin varlığından bahsedilir³⁴⁷.

2. Kuruluşu

Rızaî bir sözleşme olan sorumsuzluk sözleşmesi, tarafların, borçlunun tazminat sorumluluğunun tamamen yahut kısmen bulunmadığı konusunda karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile kurulur³⁴⁸. Bundan dolayı taraflardan birinin irade beyanı, söz konusu sözleşmesinin kurulması bakımından yeterli değildir³⁴⁹.

Uygulamada sözleşmenin kurulması hususunda öneride bulunan taraf, genellikle borçludur. Onun iradesine uygun olarak alacaklının kabul beyanını açıkça bildirmesi gerekli değildir. Bu anlamda zımnî irade beyanı da sözleşmenin kurulabilmesi için yeterlidir. Anılan durumda özellikle alacaklının susmasına hukuk düzenince nasıl bir sonuç bağlandığı, önemli bir sorun haline gelmektedir. Genel kabul gören anlayış, hukukun susmaya kural olarak ret sonucunu bağladığıdır. Zira hiç kimse muhatap olmadığı sorulara

³⁴⁶ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 39; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1085, 1086; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 878, 879; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 828; Başalp, s. 17.

³⁴⁷ Akman, s. 13, 14; Başalp, s. 38.

³⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 880; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 88, 89; Erten, Ali; “Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları”, **Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, S. 460, Ankara 1981, s. 114 (Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları); Başalp, s. 18.

³⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 651; Duman, s. 245. Bununla beraber tek taraflı olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının ilân edilmesi halinde, müşterinin zarardan sorumlu olunmayacağı hususunda uyarılmış sayılacağı, dolayısıyla bu durumun ortak kusur sebebiyle tazminattan indirim yapılmasını mümkün kılacağı da belirtilmektedir. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 273.

cevap vermek zorunda değildir. Aksi halde sosyal hayatı idame ettirmek çekilmez bir hal alırdı. Bu anlayışa paralel olarak, borçludan gelen sorumsuzluğuna ilişkin öneriye alacaklı açık bir şekilde cevap vermezse, işin niteliğinden kaynaklanan istisnalar hariç kalmak üzere, sorumsuzluk sözleşmesi kurulmamış kabul edilir. Buna karşılık alacaklı, işin niteliği gereği cevap vermesi gerekirken bundan kaçınmış ise, öneriyi zımnen kabul etmiş sayılır. Bununla birlikte borçlunun ve/veya yardımcılarının sorumsuzluğuna ilişkin bir kayıt, alacaklının açıkça görebileceği bir yerde bulunmuyorsa ya da bulunmakla birlikte dürüstlük kuralı gereğince alacaklının söz konusu kayda itiraz etmesi mümkün değilse, alacaklının susması zımnî ret olarak değerlendirilir. Bunun yanı sıra çok nadir de olsa bazen alacaklı da bu konuda bir öneride bulunabilir. Bu halde borçlunun susması, zımnî kabul şeklinde değerlendirilir. Zira burada onun menfaati zedelenmemektedir³⁵⁰.

3. Geçerlilik Şekli

Türk Hukukunda kanunen herhangi bir şekil şartı öngörülmeden hallerde, şekil serbestisi ilkesinin varlığı esastır. Bu itibarla sorumsuzluk sözleşmesi, istenildiği şekilde (sözlü, yazılı, resmî şekil vb.) yapılabilir. Üstelik taraflar da, kendi aralarında bu sözleşmenin geçerliliği için şekil şartı kararlaştırabilirler. Öte yandan, esas sözleşmenin belli bir şekle tâbi olması, sorumsuzluk sözleşmesi için de aynı şekil şartının aranacağı anlamına gelmemektedir. Zira şeklin kapsamına sadece objektif esaslı unsurlar dâhildir. Sorumsuzluk sözleşmesi, yan (fer'î-tamamlayıcı) bir sözleşme olduğu için bunun geçerliliği herhangi bir şekil şartına tâbi değildir³⁵¹. Bununla

³⁵⁰ Akman, s. 33, 34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 880; Başalp, s. 23-25; Karabağ Bulut, zımnî kabulden bahsedebilmek için ayrıca alacaklının önerisinin varlığı konusunda borçlunun bilgi sahibi olması gerektiğini, aksi halde sözleşmenin kurulmuş addedilemeyeceğini savunmaktadır, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 837, 838.

³⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 881; Akman, s. 42; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 93, Şenocak, s. 237. Buna karşılık Oğuzman/Öz, sübjektif teori görüşünü benimsemektedir. Buna göre, esas sözleşmenin kapsamına sözleşmenin sübjektif bir unsuru olan sorumsuzluk sözleşmeleri de dâhil olduğundan, esas sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmışsa, sorumsuzluk sözleşmeleri o şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli sayılmazlar. **C. 1**, s. 454, dn. 359. Aynı görüşte Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 834.

beraber bu sözleşme hakkında HMK. m. 200 ve 201’de belirtilen senetle ispat zorunluluğu gündeme gelebilir³⁵².

4. Hukukî Niteliği

Sorumsuzluk sözleşmesi, borçlu açısından kazandırıcı bir hukukî işlem niteliğine sahiptir. Zira bu sözleşme ile normal şartlarda borçlunun malvarlığında meydana gelebilecek bir azalmanın önüne geçilmektedir. Hâlbuki alacaklı açısından değerlendirildiğinde, bu sözleşme, onun malvarlığının aktifinde oluşabilecek bir artışın ortaya çıkmasını engellediğinden tasarruf işlemi niteliğindedir³⁵³.

Sorumsuzluk sözleşmesinin, esas sözleşme kurulduktan sonraki bir dönemde ayrı bir sözleşme olarak yapılması, onun hukuken esas sözleşmeye bağlı fer’î (yan) bir sözleşme olma niteliğini etkilemez. Bu itibarla esas sözleşme herhangi bir şekilde geçersizse veya sona ermişse, sorumsuzluk sözleşmesi de aynı hukukî mukadderata tâbi olur; yani o da geçersiz veya sona ermiş sayılır³⁵⁴.

Sorumsuzluk sözleşmesinin varlığını hâkim, dava dosyasından anlayabiliyorsa, borçlu, sorumluluğunun olmadığına dair herhangi bir itirazda bulunmasa dahi bunu kendiliğinden dikkate almalıdır. Hâkim, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna kanaat getirirse, tazminat sorumluluğunun doğmadığına hükmetmelidir. Zira bu sözleşme, alacaklının tazminat hakkının doğmasına mani olduğundan def’i değil, aksine itiraz sebebi niteliğindedir³⁵⁵.

Sorumsuzluk sözleşmesi ile hedeflenen, yalnız borçlunun tâlî nitelik taşıyan tazminat sorumluluğunu sınırlandırmak olduğundan, bu sözleşmenin, borçlunun sözleşme ilişkisinden doğan aslî ve yan edim yükümlülükleri (bu arada koruma yükümlülükleri) üzerinde herhangi bir etkisi yoktur³⁵⁶. Aynı

³⁵² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1087; Kılıçoğlu, s. 651; Duman, s. 245.

³⁵³ Akman, s. 12, 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 879; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 90; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1087; Feyzioğlu, s. 211; Başalp, s. 38.

³⁵⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1087; Akman, s. 7; Şenocak, s. 237.

³⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 880; Akman, s. 14.

³⁵⁶ Akman, s. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 879; Başpınar, **Vekil**, s. 265; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 863; Başalp, s. 17. Buna karşılık koruma yükümlülüklerinin de sorumsuzluk sözleşmesi ile tamamen ya da kısmen kaldırılabilceği yönünde bkz. Serozan, Rona; “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

şekilde alacaklının, henüz zarar doğmadan önce yapmış olduğu ödemelerin, kendisine iade edilmesini istemesi konusunda da sorumsuzluk sözleşmesinin hiçbir menfî etkisi bulunmamaktadır. Sorumsuzluk sözleşmesine rağmen alacaklı, daha önce alacağına karşılık olmak üzere bazı ödemelerde bulunmuşsa, borçlunun bunları iade etmesini isteyebilir. Buna aykırı davranan borçlu hakkında ise, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere başvurulabilir³⁵⁷.

Bazı yazarlar, taraflara serbest iradeleri ile kendi hukukî konumlarını tayin etme imkânının verilmesi bakımından sorumsuzluk sözleşmesine geçerlilik tanıma hususunda olumlu bir yaklaşım sergileseler³⁵⁸ de, doktrindeki genel yaklaşım, bunun tam aksi istikamette gelişme göstermiştir. Şöyle ki, doktrindeki yazarların büyük bir çoğunluğu, alacaklının kabul beyanında bulunduğu sıradaki iradesinin esasında serbest olmadığını savunmaktadırlar. Zira borçluya nazaran çoğu kez sosyal ve iktisadi bakımdan uygun koşullara sahip olmayan alacaklının sorumsuzluk sözleşmesini kabul etmek mecburiyetinde kaldığını, dolayısıyla bu sözleşmenin adeta borçlunun tek taraflı irade beyanı ile oluşturulduğunu düşünmektedirler. Ayrıca onlar, borçlunun nasıl olsa tazminat sorumluluğum yok diyerek (sorumsuzluk sözleşmesine güvenerek) edimini ifa etmekten

Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, S. 3, 1968, s. 120, 121, dn. 34 (Akden Müspet İhlali).

³⁵⁷ Akman, s. 11; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 864. Bundan başka doktrinde müteselsil sorumlulardan biri ile alacaklı arasında sorumsuzluk sözleşmesi yapıldığı hallerde de, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabileceği belirtilmektedir. Şöyle ki, sorumsuzluk sözleşmesinin tarafı olmayan borçlunun, alacaklıya karşı borcun tamamını ödedikten sonra bu sözleşmenin tarafı olan borçluya, aralarındaki iç ilişki gereğince rücu etme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Zira sorumsuzluk sözleşmesi ile onun gerek alacaklıya gerekse de diğer borçlulara karşı borçtan kurtulduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu durum, diğer borçluların hukukî konumunu önemli ölçüde kötüleştirmektedir. Bundan dolayı ödemede bulunan borçlunun, sorumsuzluk sözleşmesi ile sorumluluğunun sınırlandırıldığı nispette alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açabileceği ifade edilmektedir. Erten, **Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları**, s. 117, 118.

³⁵⁸ Sözleşme sorumluluğunda kural olarak hafif kusur dahi borçlunun sorumluluğunun doğması bakımından yeterlidir. Bunun dışında kusurun ispatı konusunda da borçlunun aleyhine bir kusur karinesinin kabul edilmiş olması, onun hukukî konumunu bir hayli kötüleştirmektedir. Bu sebeple, taraflar arasındaki bozulan menfaat dengesini yeniden kurabilmek için borçluya sorumsuzluk sözleşmesi yapma imkânı verilmelidir. Kaldı ki, sözleşme özgürlüğü ilkesi de bunu haklı kılmaktadır. Alniak, s. 331, 332.

kaçınabileceğinden haklı olarak endişelenmektedirler³⁵⁹. Nitekim bu endişeleri dikkate alan İsviçre ve Türk kanun koyucusu, taraflara tanınan sorumsuzluk sözleşmesi yapma imkânını önemli ölçüde sınırlandırmış ve bu sözleşmenin akıbeti hakkında emredici nitelikte hükümler öngörmüştür³⁶⁰.

B. Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumsuzluk Sözleşmesinin Akıbeti

1. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü kenar başlığını taşıyan TBK. m. 26'da "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte taraflara sınırsız bir sözleşme özgürlüğü imkânı tanınmamıştır. Bu doğrultuda sevk edilen ve tüm sözleşmeler hakkında uygulanma kabiliyeti bulunan TBK. m. 27 hükmü, sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetini tayin edebilmek bakımından da öncelikle uygulanır³⁶¹. Buna göre "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*". Dolayısıyla bahsi geçen aykırılıklara sebep olan sorumsuzluk sözleşmeleri hakkında uygulanacak olan hukukî yaptırım, kesin hükümsüzlüktür.

TBK. m. 27 dışında borçlunun, gerek kendisinin gerekse de yardımcılarının davranışlarından doğan sorumluluğunu kısmen yahut tamamen ortadan kaldırdığı bir sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti hakkında karar verirken, TBK. m. 115 ve 116'daki hükümlere başvurulur. Zira emredici nitelik taşıyan bu hükümlere aykırılık da, tıpkı TBK. m. 27 gibi sorumsuzluk

³⁵⁹ Akman, s. 16, 17. Aksi görüşte olan Erten'e göre, bu tür bir endişeye kapılmaya gerek yoktur. Zira sorumsuzluk sözleşmesine güvenerek borçlunun edimini ifadan kaçınması, kasten sözleşmeye aykırı davranılması anlamına gelir. Bu da geçersizdir. Ayrıca böyle bir davranışta bulunan borçlu zaman içerisinde müşteri çevresini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalır. Dolayısıyla bu şekilde davranan bir kişi de en büyük zararı yine kendisine verir. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 71.

³⁶⁰ Akman, s. 3.

³⁶¹ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, 200, 201; Şenocak, s. 239; Başalp, s. 176. Karabağ Bulut, TBK. m. 27 dışında gabinin de sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetini tayin ederken dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Zira somut olayda taraflar arasındaki edim menfaati, sorumsuzluk sözleşmesinin yapılması ile alacaklı aleyhine ölçüsüz bir şekilde zedelenebilir. Borçludan beklenen özeni azaltacak bir sorumsuzluk sözleşmesi de işin doğası gereği hükümsüz sayılmalıdır, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 832-835.

sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılmasına yol açar³⁶². Bununla birlikte doktrinde TBK. m. 115 ve 116'ya göre geçerli olan bir sorumsuzluk sözleşmesini, sadece TBK. m. 27'deki genel esaslardan birine aykırı olduğunu gerekçe göstererek hükümsüz saymanın, yerinde bir çözüm tarzı olmayacağı ileri sürülmektedir³⁶³.

Nihayet son bölümde açıklanacağı üzere, belli sözleşme tipleriyle ilgili olarak yapılan sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetini belirlerken, gerek Türk Borçlar Kanununun Özel Hükümler bölümünde gerekse Türk Ticaret Kanunu ile özel bazı kanunlarda öngörülen hükümler göz önünde tutulmalıdır.

2. Borçlunun Kendi Davranışlarıyla İlgili Sorumsuzluk Sözleşmesi Yapması (TBK. m. 115)

a. Genel Olarak

“Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı” başlığı altında düzenlenen TBK. m. 114 gereğince borçlu, her türlü kusurundan sorumludur. Tamamlayıcı bir hukuk normu niteliği bulunan TBK. m. 114'ün aksinin taraflarca kararlaştırılması, her zaman için mümkündür. Ancak bunun akıbeti, kanun koyucu tarafından daha önceden de değinildiği üzere, TBK. m. 27'nin yanı sıra TBK. m. 115 ve 116'da tespit edilmiştir. Bahsi geçen TBK. m. 115 ve 116'nın uygulama alanı, sadece borcun, borçlu ya da yardımcısı tarafından gereği gibi ifa edilmemesi hali ile sınırlı değildir. Bu iki hüküm, aynı zamanda borçlunun temerrüdü, kusurlu imkânsızlık hallerine ilişkin olarak yapılan sorumluluğu sınırlandıran kayıtların akıbeti hakkında karar verirken de uygulanabilir³⁶⁴.

Borçlunun kendi davranışlarını konu alan bir sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti TBK. m. 115'te³⁶⁵ şu şekilde açıklanmıştır:

³⁶² Şenocak, s. 239; Başalp, s. 180, 181; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 842.

³⁶³ Şenocak, s. 252.

³⁶⁴ Başalp, s. 185; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 200; Akman, s. 49.

³⁶⁵ Hukuk sistemimizde kural olarak sorumsuzluk sözleşmelerine izin verilmiş olmakla birlikte, özellikle kamu vicdanını rahatsız eden hallerde bunlara müdahale edilmiştir. Nitekim bu düşünceden hareket eden kanun koyucu, TBK. m. 115'te kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olan halleri açıkça hükme bağlamıştır. Şayet bu konuyla ilgili taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü

“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Hükümden de anlaşılacağı üzere, borçlunun sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran bir sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti, ilk olarak kusurun yoğunluğu göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Buna göre borçlu, hukuken ağır kusur kapsamında değerlendirilen kasıtlı ya da ağır ihmali bir davranışı ile alacaklıyı zarara uğratmışsa, önceden yaptığı sorumsuzluk sözleşmesinden istifade edemez. Zira sözleşme kesin olarak hükümsüzdür. Buna karşılık alacaklının zararı, borçlunun hafif ihmal teşkil eden bir davranışından doğmuşsa, bu durumda kural olarak sorumsuzluk sözleşmesi geçerli olduğundan, borçlunun sorumluluğuna başvurulamaz³⁶⁶. Ancak zarar, hafif ihmalden kaynaklansa dahi TBK. m. 115/f. 2 ve 3’ de öngörülen iki istisnaî halde borçlunun sorumluluğu devam eder. İkinci aşamada borçlu ile alacaklı arasındaki hukukî ilişki ve borçlunun kanunî istisnalar kapsamında değerlendirilebilecek bir meslek ya da sanatı icra edip etmediği hususları araştırılır ve bu araştırma sonucuna göre sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti hakkında karar verilir.

Aşağıda kusurun yoğunluğu dikkate alındığında, borçlunun kendi davranışlarını ilgilendiren sorumsuzluk sözleşmelerinin, hangi hallerde geçerli olabileceği hususu incelenecektir.

imkânı belli ölçüde sınırlandırılmamış olsaydı, kanun hükümleri, bireysel menfaatler doğrultusunda rahatlıkla uygulama alanı dışında tutulabilirdi. Durusoy, s. 77, 78.

³⁶⁶ Akman, s. 49; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 208; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1088; Kılıçoğlu, s. 651; Başalp, s. 188; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 843.

b. Ağır Kusurun Varlığı Halinde Sorumsuzluk Sözleşmesinin Akıbeti

(1) Ağır Kusur Kavramı

Doktrinde kusur halleri incelenirken, genel olarak ağır kusur ve hafif kusur olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanununda da bu yönde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre ağır kusur, kastı ve ağır ihmal halini; hafif kusur ise hafif ihmal halini kapsamaktadır³⁶⁷. Daha önce de açıklandığı üzere³⁶⁸, borçlu, gerek bilerek ve isteyerek borca aykırı davrandığında gerekse de normal ve orta zekâlı bir kişiden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmadığında, ağır kusurlu olarak nitelendirilir.

(2) Ağır Kusurun Sorumsuzluk Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri

Kanun koyucu, ağır kusur kapsamında değerlendirilen bütün kusur halleri için borçlunun kendi sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk sözleşmesine herhangi bir hukukî geçerlilik tanımamıştır. Bu kapsamda ister doğrudan ya da dolaylı kast olsun, isterse de ağır ihmal söz konusu olsun, borçlunun sorumsuzluk sözleşmesine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir³⁶⁹. Kanun koyucunun ağır kusur hali için öngördüğü bu durum, taraflar arasındaki menfaat ilişkisini adilâne bir biçimde dengelediğinden hakkaniyete uygundur. Zira herkesten beklenen basit bir özen yükümlülüğünü yerine getirmek borçluyu zorlamaz. Aksi kabul

³⁶⁷ Başalp, s. 221.

³⁶⁸ bkz. yukarıda § 3, I, A, 2.

³⁶⁹ Akman, s. 53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 882; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 209, 210; Başalp, s. 224. Örneğin, Y. 13. HD'nin, 15.7.2005 T. ve 5257/12386 sayılı kararında “...Davacının davalıya ait otelde konakladığı, gece uyurken kapalı kapıya anahtar uydurulmak suretiyle odaya girilip, para ve kıymetli eşyalarının çalındığı, davacının imzasını içeren konaklama belgesinde, odalarda bırakılan para ve değerli eşyaların kaybindan otel ve idaresinin sorumlu olmayacağı, emniyet kasalarının misafirler için resepsiyonda ücretsiz olarak tahsis edildiği belirtilmiştir...Davalı, konaklama belgesinde sorumluluktan beraat şartı olduğu için sorumlu olmadığını savunmuştur. B.K.'nin 99. maddesi "Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatını tazammun edecek her şart batıldır" düzenlemesini getirmiştir. Konaklama belgesi hırsızlık olayından önce düzenlenmiştir...Davacının odasına uyurken anahtar uydurulmak suretiyle hırsızlık yapılmasında anahtarın konaklayan ve otel idaresi dışında hiç kimsede bulunmaması gerektiğinden davalının ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle konaklama belgesindeki değerli eşya ve paranın kaybindan davalının sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm hukukî sonuç doğurmamalıdır” denilmektedir, www.kazanci.com.tr, E. T. 14.02.2013.

edildiğinde, alacaklının hukukî konumu orantısız bir şekilde zedelenir³⁷⁰. Zira bu halde, alacaklı, tamamen borçlunun keyfî hareketlerine katlanmak zorunda bırakılmış olur. Bu, dürüstlük kuralının yanı sıra kamu düzeninin de ihlâl edilmesi sonucunu doğuracağından kabul edilemez³⁷¹.

Ağır kusur halinde sorumsuzluk sözleşmesi kesin hükümsüz³⁷² olduğu için hâkimin somut olayın koşullarını değerlendirmek suretiyle sözleşmeyi ayakta tutması mümkün değildir. Zira sözleşmenin geçerliliğini tayin etmek, hâkimin takdir yetkisi dâhilinde değerlendirilebilecek bir husus değildir. Ancak buradan hareketle, hâkimin sözleşmenin akıbetiyle ilgili hiçbir hukukî değerlendirmede bulunamayacağı sonucuna da varılamaz. Zira kusurun ağır kusur mu olduğunu, yoksa hafif kusur boyutunda mı kaldığını tayin etmek hâkimin görevidir³⁷³.

c. Hafif Kusurun Varlığı Halinde Sorumsuzluk Sözleşmesinin Akıbeti

Borçlunun, alanında uzman bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemesi halinde hafif kusurlu olduğu kabul edilir³⁷⁴. TBK. m. 115'in gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, hafif kusur deyimi ile hafif ihmal hali anlatılmak istenmiştir.

Kural olarak borçlunun hafif kusuru ile verdiği zararlardan doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk sözleşmesi hukuken geçerlidir. Bu sebeple kusurun, özellikle de ihmalin yoğunluğunu tayin etmek hukukî açıdan önemli bir hal almaktadır. Zira hâkim, somut olayın koşullarını değerlendirdiğinde, ağır kusurun (örneğin, ağır ihmalin) mevcut olduğu sonucuna erişirse, hiçbir istisna kabul etmeksizin borçlunun davranışıyla ilgili yapılan sorumsuzluk sözleşmesinin geçersizliğine hükmeder. Buna karşılık

³⁷⁰ Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 210; Başalp, s. 236.

³⁷¹ Akman, s. 53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 882, 883; Alınak, s. 337; Feyzioğlu, s. 211.

³⁷² Kesin hükümsüz bir sözleşme, baştan itibaren kendiliğinden geçersizdir. Yani sözleşmenin üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin, bu durumun sözleşmeyi geçerli hale getirmesi mümkün değildir. Ayrıca sözleşmenin geçersiz sayılması için buna ilişkin bir davanın açılması ve mahkemenin geçersizliğe karar vermesi de gerekmemektedir. Kaldı ki, dava açılma bile mahkemenin kararı, tespit niteliği taşımaktan öteye gidemez, Antalya, s. 96, 97; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 334, 335.

³⁷³ Akman, s. 56; Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 212, 213; Başalp, s. 238, 239.

³⁷⁴ Akman, s. 55; Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 211; Karabağ Bulut, **Sorumluluk Anlaşmaları**, s. 844.

hâkim, hafif kusurun yani hafif ihmalin mevcut olduğunu anladığında, kanundaki istisnalar mevcut değilse, sözleşmeyi geçerli olarak nitelendirir³⁷⁵.

İstisnaî olarak TBK. m. 115/f. 2 ve 3'te belirtildiği gibi, borçlunun borcu, alacaklı ile hizmet sözleşmesinden doğmuşsa ya da borçlu, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle uzmanlığı gerektiren bir faaliyeti icra ediyorsa, zarara hafif kusuru ile yol açmış olsa dahi sorumsuzluk sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Hâkim, somut olayın bu iki istisnaî halden birinin kapsamına girdiğini tespit ederse, sözleşmeyi hükümsüz saymak zorundadır. Zira hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, kanun koyucu, bu iki istisnaî halin söz konusu olması halinde, hâkime takdir yetkisini kullanmak suretiyle sözleşmeyi geçerli kılma imkânı tanımamıştır. Bu itibarla söz konusu fıkraların kaleme alınış tarzı doktrinde yoğun olarak eleştirilmektedir³⁷⁶. Oysa 818 sayılı Borçlar Kanununun bu istisnaî halleri kısmen karşılayan 99. maddesinin 2. fıkrasında³⁷⁷ hâkimin sorumsuzluk sözleşmesini hükümsüz addedebileceği belirtilmekteydi. O dönemde doktrinde genel olarak kanunun lâfzından hareket edildiğinde, hâkimin, hükümsüzlüğe karar vermek şeklinde herhangi bir mecburiyetinin bulunmadığı kabul edilmekteydi. Diğer bir deyişle, hükmün kapsamına dâhil olan hallere ilişkin olarak takdirî hükümsüzlük yaptırımının uygulanabileceği ifade edilmekteydi³⁷⁸.

(1) Alacaklı ile Borçlu Arasında Hizmet Sözleşmesinin Mevcut Olması

TBK. m. 115/f. 2'ye göre, *“Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu*

³⁷⁵ Akman, s. 56; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 212, 213; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 843; Başalp, s. 238.

³⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 659; Başalp, s. 188.

³⁷⁷ BK. m. 99'a göre, *“Hile veya ağır kusur halinde düçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart, batıldır. Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa, haiz olduğu takdir salahiyyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir.”*

³⁷⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1088, 1089; Kılıçoğlu, s. 654; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 455, 456, dn. 366; Akman, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 883; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 267; Alniak, s. 342.

olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”.

Hükmün lâfzından yola çıkıldığında, alacaklı ile borçlu arasında bir hizmet sözleşmesi kurulmuş ve borç da bu sözleşmeden doğmuşsa, hafif kusuru da kapsayan bütün kusur halleri için daha önce yapılan sorumsuzluk sözleşmesine hiçbir hukukî geçerlilik tanımamak gerekir. Bunun altında yatan temel düşünce, ekonomik olarak üstün durumda olan borçluya karşı hizmet sözleşmesi ile ona hukuken bağımlı bir hale gelen alacaklının korunmak istenmesidir³⁷⁹. Hakkaniyet ilkesi kapsamında sorunu değerlendiren bu düşünce, irade serbestliği ilkesi ile de desteklenebilir. Şöyle ki; işveren konumundaki borçluya karşı onun işçisi olan alacaklının işe kabul edilmeme veya mevcut işini kaybetmeme endişesiyle sorumsuzluk sözleşmesine itiraz edebilmesi pek mümkün değildir. Bu sebeple alacaklı, kabul yönündeki iradesini açıkça belirtmiş olsa dahi bunun, onun serbest iradesine dayanma ihtimali oldukça zayıftır³⁸⁰.

TBK. m. 115/f. 2 ile güdülen amaç, Adalet Komisyonu raporunda şu şekilde ifade edilmiştir: *“Tasarının 114. üncü maddesinin ikinci fıkrası; hizmet ediminin, insanın bizzat varlığından bir parça olması, emeğin, Borçlar Kanununun kaynak ülkede kodifikasyonu dönemindeki emek anlayışı ile çağımızdaki değerlendirme kriterlerinin değişmesi, angarya yasağı ve hizmet ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminatların tam ödenmesi ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bu konudaki hafif kusura veya diğer sebeplere dayalı sorumsuzluk ve tasfiye anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağının açık olması, esasen benzeri çözümün Karayolları Trafik Kanununun 111 inci maddesine kısmen intikal etmiş olması, anlaşmanın kusurun hafifliğine ya da başka bir sebebe dayalı olması yahut alacaklının sorumsuzluk sözleşmesi yapılırken borçlu hizmetinde bulunmasının geçersizlik bakımından sonuca etkili olmaması gerekçesiyle, “borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden*

³⁷⁹ Başalp, s. 252; Kılıçoğlu, s. 653.

³⁸⁰ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 230; Akman, s. 57; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 883; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 456; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 845, 846.

kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 115. inci madde olarak kabul edilmiştir.”

Kanun metninde sözü edilen hizmet sözleşmesinden doğan “herhangi bir borç” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bir yorum sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu sözleşme, karşılıklı borç doğuran sözleşmeler arasında yer aldığı için her iki tarafın da borçlu sıfatı bulunmaktadır. Buradan hareket edildiğinde, bu borcun, ücret borcu (TBK. m. 401) dışında iş sağlığı ve güvenliği kapsamında işverenin koruma yükümlülüklerine dâhil olan bir borç (TBK. m. 417) olabileceği de anlaşılmaktadır. Hatta bir adım daha ileri gidilerek, işçinin göstermesi gereken özen ve sadakat borcu (TBK. m. 396) da bu kapsamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla olması gereken hukuk bakımından, borçlu işverenle alacaklı işçi üzerinden açıklamalarda bulunulsa dahi bunun aksinin, yani alacaklının işveren, buna karşılık borçlunun işçi olduğu hallerde de sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetinin, aynı maddenin kapsamına dâhil olduğu söylenebilir. Zira TBK. m. 115/f. 2’de borçlu ile alacaklı arasındaki hizmet sözleşmesinden bahsedilirken, BK. m. 99/f. 2’de olduğu gibi “*alacaklı, borçlunun hizmetinde ise*” şeklinde bir ifade kullanılmamıştır. Buradan çıkan hukukî sonuç, kanun metni üzerinde gerekli düzeltmeler yapılmazsa, alacaklı işverene karşı kendi lehine düzenlemeler içeren sorumsuzluk sözleşmesini bir şekilde imzalatmayı başaran borçlu işçinin, sözleşmenin hükümsüz sayılmasından dolayı hukukî durumunun ağırlaşacak olmasıdır. Bu yönüyle hüküm doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir³⁸¹. Hatta bu konuda maddede gerekli düzeltmeler yapıncaya kadarki süreçte hüküm içi boşluğun varlığı kabul edilerek, işveren lehine öngörülen hafif kusurdan sorumlu olmadığına dair sorumsuzluk sözleşmelerinin geçersiz sayılması gerektiği de ifade edilmektedir³⁸². Belirtilmelidir ki, mevcut haliyle TBK. m. 115/f. 2, ekonomik olarak zor

³⁸¹ Başalp, s. 189; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 456.

³⁸² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 456.

durumda bulunan tarafı korumak şeklindeki kanun koyucunun temel amacını gerçekleştirmekten uzaktır.

TBK. m. 115/f. 2'deki açık hüküm karşısında, İK. m. 8 uyarınca kurulan iş sözleşmeleri ile TBK. m. 393 uyarınca kurulan hizmet sözleşmeleri, hükmün uygulama alanı içinde bulunmaktadır³⁸³. Diğer taraftan hizmet sözleşmesi dışında, alacaklı ile borçlu arasındaki başka bir sözleşmeden doğan bir borçla ilgili hafif kusuru ilgilendiren sorumsuzluk sözleşmesi yapıldığında, bunun hakkında da kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu noktada özellikle alacaklının sosyal ve ekonomik açıdan borçluya bağımlı olduğu diğer hallerin de TBK. m. 115/f. 2'nin kapsamı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun temel sebebi, BK. m. 99/f. 2'deki *“hizmetinde ise”* ifadesi açıklanırken, genel olarak genişletici bir yorum yönteminin benimsenmiş olmasıdır. Buna göre, Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde hizmet sözleşmesi dışında alacaklının borçluya karşı sosyal ve ekonomik açıdan bağımlı olduğu hallerin tamamı hükmün kapsamı içerisinde değerlendirilmekteydi. Bu duruma gerekçe olarak da sosyal ve ekonomik bağımlılığın söz konusu olduğu çiraklık ilişkisinde ya da memurla amiri arasındaki ilişkide, alacaklının, borçlunun talimatlarına uygun hareket etme konusunda kendisini zorunlu hissettiği, bu itibarla aslında onun sorumsuzluk sözleşmesini kabul etme yönündeki iradesinin, serbest bir irade olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmekteydi³⁸⁴. Buna karşılık doktrinde TBK. m. 115 hakkında benzer değerlendirmelerde bulunulamayacağı, daha açık bir deyişle, hizmet sözleşmesi dışında kalan ve bağımlılık ilişkisinin söz konusu olduğu diğer hallere ilişkin hafif kusuru konu alan sorumsuzluk sözleşmelerinin geçerli kabul edileceği belirtilmektedir³⁸⁵. Zira TBK. m. 115'te yer alan *“hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borç”* ifadesi ile BK. m. 99/f. 2'deki *“hizmetinde olma”* ifadesinin aynı anlama gelmediği kabul

³⁸³ Başalp, s. 253.

³⁸⁴ Akman, s. 61, 62; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 229, 230; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 884; Alınak, s. 344; Feyzioğlu, s. 213; Şenocak, s. 245; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 846, 847.

³⁸⁵ Kılıçoğlu, s. 654; Başalp, s. 189, 190.

edilmektedir³⁸⁶. Ayrıca hükmün kaleme alınış tarzının da genişletici yorum yöntemine başvurabilme olanağını bertaraf ettiğine işaret edilmektedir³⁸⁷.

Doktrinde hizmet sözleşmesi ilişkisi içerisinde bulunan tarafların, bu sözleşmenin etkilerinin devam ettiği bir dönemde başka bir sözleşme kurduğu hallerde de, söz konusu maddenin uygulama alanı bulmayacağı vurgulanmaktadır. İşverenin, taşınmazını işçisine kira sözleşmesi ile devrettiğini ve sözleşmeye de kiralanan taşınmazdaki ayıplardan sorumlu olmayacağına ilişkin bir kayıt koyduğunu farz edelim. Böyle bir durumda her ne kadar taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir hizmet sözleşmesi mevcut olsa da, söz konusu kayıt, kira sözleşmesinin bünyesinde yer aldığı için TBK. m. 115/f. 2 hükmü uygulama alanı bulmaz. Ancak burada hizmet sözleşmesinin etkilerini, kira sözleşmesi için de gösterip göstermeyeceği tartışılabilir. Bu doğrultuda hizmet sözleşmesinde var olan ast üst ilişkisi, etkilerini kira sözleşmesindeki sorumsuzluk kaydının kabul edilmesinde de göstermekteyse, bunu hükümsüz saymanın hukukî bir yolu olmalıdır. Bu noktada hakkaniyet ilkesi bizlere yardımcı olabilir; ancak en etkili olan hukukî yol, kanunun dolanılmasını ortadan kaldırarak şekilde hükmün yeniden kaleme alınmasıdır. Aksi halde hüküm ihdas edilirken gerçekleştirilmek istenen amacın bertaraf edilmesinin hukukî zemini atılmış olur³⁸⁸. Bu itibarla doktrinde haklı olarak TBK. m. 115/f. 2'deki hükmün, tıpkı BK. m. 99/f. 2'de olduğu gibi *“alacaklı, borçlunun hizmetinde ise”* şeklinde değiştirilmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmektedir³⁸⁹. Gerçekten söz konusu değişiklik yapılmazsa, hizmet sözleşmesinde ekonomik bakımdan dezavantajlı bir konumda bulunan işçiyle benzer kaderi paylaşan çırak, memur gibi diğer alacaklılar, sırf kanunlaştırma sürecindeki yanlışlıktan dolayı³⁹⁰ hükmün koruma alanı dışında tutulmuş olurlar. Üstelik böyle bir durumda bu kimselerin hangi gerekçeye istinaden işçilerden farklı bir hukukî muameleye tâbi tutulduğunu açıklamak da güçtür.

³⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 653.

³⁸⁷ Başalp, s. 261.

³⁸⁸ Başalp, s. 190.

³⁸⁹ Kılıçoğlu, s. 659, 660.

³⁹⁰ Zira Hükümet Tasarısında “hizmetinde bulunma” ifadesi kullanılmıştır. Kılıçoğlu, s. 652.

Hizmet sözleşmesi gibi iş görme sözleşmeleri arasında görülen vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesinde, müvekkille vekilin yahut yüklenici ile iş sahibinin hafif ihmali davranışlarını konu alan bir sorumsuzluk sözleşmesi ile karşılaşıldığında, bunun akıbetinin nasıl belirleneceği önem taşımaktadır. Bu hallerde de, taraflar arasında sosyal ve ekonomik bir bağımlılık ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilse dahi, bu sözleşmeleri yine de geçerli olarak değerlendirmek gerekir³⁹¹. Zira gerek vekil gerekse yüklenici, işçiden farklı olarak işlerini belli ölçüde bağımsız olarak yürütmektedir³⁹². Bu kimselerin, hukuka aykırı olan talimatlara uygun davranma yükümlülüklerinin bulunmaması³⁹³ da varılan bu sonucu destekler niteliktedir. O halde, genellikle uzman kimseler arasında görülen vekil ya da yüklenici, karşı tarafla hafif ihmale ilişkin sorumsuzluk sözleşmesi yaptığı takdirde, TBK. m. 115/f. 3'e başvurulmalı ve söz konusu sözleşme kesin hükümsüz kabul edilmelidir³⁹⁴. Bundan başka doktrinde hâkimin her ne kadar bu tip sözleşmelerin bünyesinde düzenlenen hafif kusura ilişkin sorumsuzluk sözleşmeleri hakkında doğrudan doğruya kesin hükümsüzlük yaptırımına karar verme yetkisi bulunmasa da, gerektiğinde somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurmak suretiyle takdirî hükümsüzlüğe karar verebileceği belirtilmektedir³⁹⁵. Ancak takdirî hükümsüzlük yaptırımı, Türk Borçlar Kanununda düzenleme altına alınmamıştır. Dolayısıyla bunlar hakkında ancak TBK. m. 115/f. 3 hükmü uygulanabilir.

³⁹¹ Kılıçoğlu, s. 654.

³⁹² Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 387.

³⁹³ Aral/Ayrancı, s. 407.

³⁹⁴ Başalp, s. 257, dn. 276. Y. 15. HD'nin 10.5.1999 T. ve 91/1832 sayılı kararı da bu görüşü destekler niteliktedir: "...Muris ile davalı arasındaki akdi ilişki hizmet sözleşmesi olmayıp, bir eser sözleşmesidir...Yüklenici, bir işçi olmayıp tam aksine işçi çalıştıran, işçiye göre işveren durumunda olan ve iş sahibi davalıya karşı da bağımsızlığını koruyan uzman kişidir. Davalı iş sahibi, hile veya ağır kusuru hariç, yükleniciye ve onun çalıştırdığı işçilere karşı, eser sözleşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz. (BK m. 99/1). Zira iş sahibi, işveren değildir...", Uygur, s. 3220. Yargıtay, bu kararıyla yüklenicinin, hizmet sözleşmesiyle ilgili sınırlamaya tâbi olmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte Yargıtay, aynı maddenin ilk fıkrası gereğince, onun da ağır kusuruyla verdiği zararlar için sorumluluğunu sınırlandıramayacağına hükmetmiştir. Ancak bu hükümden hareketle, yüklenicinin hafif ihmali ilgili sorumsuzluk kayıtlarının geçerli kabul edileceği sonucuna varılamaz. Zira kararda ayrıca yüklenicinin alanında uzman bir kişi olduğu açıkça ifade edilmiştir.

³⁹⁵ Duman, s. 247.

TBK. m. 115/f. 2’de sözü edilen “*önceden yaptığı her türlü anlaşma*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu da tartışılmalıdır. Bununla borçlunun, sorumluluğu doğmadan önce alacaklısı ile anlaşarak hem kendisinin hem de yardımcılarının hafif kusurları³⁹⁶ ile verdiği zararlardan tamamen yahut kısmen sorumlu olmayacağını kararlaştırdığı haller anlatılmak istenmiştir.

TBK. m. 115/f. 2’de, BK. m. 99/f. 2’den farklı olarak, sorumsuzluk sözleşmesinin ileri sürüldüğü sırada hizmet sözleşmesinin mevcut olması gerektiği şeklinde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Buradan hareketle, hizmet sözleşmesinin kurulma koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının yanı sıra, sözleşmenin kurulmasından sonra alacaklının işine devam edebilmesi için kendisine dayatılan sorumsuzluk kayıtları, hatta sözleşmenin sona ereceği esnada akdedilen sorumsuzluk kayıtlarını içeren sözleşmeler de TBK. m. 115/f. 2 kapsamında değerlendirilmelidir³⁹⁷. Zira iş hukukunda kabul edilen işçi yararına yorum ilkesi, bu çözümü haklı kılmaktadır. Kaldı ki, kanun koyucu aksine bir çözüm tarzını kabul etse idi, bunu kanunda açıkça öngörebilirdi³⁹⁸.

(2) Borçlunun, Uzmanlık Gerektiren Bir İş İcra Etmesi

TBK. m. 115/f. 3 uyarınca “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”. Buna göre bir

³⁹⁶ Hiç kuşkusuz, hizmet sözleşmesi kapsamında kasten ve ağır ihmal ile verilen zararlara ilişkin olarak borçlunun, kendisinin ve yardımcılarının sorumluluğunu sınırlandıran kayıtlar da hükümsüzdür. Yalnız dikkat edilmesi gereken husus, buradaki hükümsüzlüğün sebebi TBK. m. 115/f. 2 değildir. Yani taraflar arasında kanunun kabul ettiği tarzda bir hizmet sözleşmesi kurulmuş olmasa dahi, TBK. m. 115/f. 1 gereğince kast ve ağır ihmale dair sorumsuzluk kayıtları (sözleşmeleri) hükümsüz sayılır. Bu sebeple doktrinde 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, borçlunun hafif kusurundan kaynaklanan sorumsuzluk sözleşmesinin hükümsüz olduğuna ilişkin bir düzenleme yerine, daha genel nitelikteki her türlü anlaşma ifadesine yer verilmiş olması isabetle karşılanmamaktadır. Kılıçoğlu, s. 653.

³⁹⁷ Başalp, s. 258, 259. Böyle bir ifadeye yer verilmemesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kaleme alındığı esnada 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doktrin tarafından ileri sürülen eleştirilerin kısmen göz önünde tutulduğu anlamına gelir. Doktrindeki eleştiriler için bkz. Akman, s. 58, 59; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 226-228; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 883, 884; Alınak, s. 343; Şenocak, s. 245, 246.

³⁹⁸ Başalp, s. 255.

mesleğin icrası uzmanlığı gerektirmiyorsa yahut uzmanlığı gerektirse dahi borçlu, kanun ya da yetkili makamlardan izin almaksızın mesleğini icra edebiliyorsa, borçlunun faaliyet alanına giren hafif kusuruna dair yaptığı sorumsuzluk sözleşmesi, TBK. m. 115/f. 3'e tâbi olmaksızın geçerli sayılır³⁹⁹. Buradan çıkan bir diğer hukukî sonuç ise, borçlu, uzmanlığı gerektiren meslek, sanat veya hizmeti icra etmesine karşın, yaptığı sorumsuzluk sözleşmesi uzmanlık alanına giren bir konuya ilişkin değilse, yine sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti ile ilgili TBK. m. 115/f. 3 hükmü uygulama alanı bulmaz⁴⁰⁰.

Kanun koyucu, TBK. m. 115/f. 3'ü kaleme alırken, BK. m. 99/f. 2 ile ilgili doktrinde ileri sürülen eleştirileri⁴⁰¹ göz önünde bulundurmuştur. Hükmün gerekçesi bu tespitin yapılmasını mümkün kılmıştır. Zira gerekçede *“hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa”* şeklindeki ifadenin *“uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa”*

³⁹⁹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 457; Başalp, s. 273. Doktrinde yapılan işin uzmanlığı gerektirmesi şeklinde bir düzenlemede bulunulmasının, hükümsüzlük alanının sınırlandırılmasına yol açacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bunun yerine hükmün “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı sorumsuzluk sözleşmeleri hükümsüzdür” şeklinde kaleme alınmasının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir. Zira ancak böyle bir düzenleme ile güven veren kurumların tamamı hükmün kapsamı içerisine sokulabilir. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 274, 275. Buna karşılık bugün yürütülen hizmetlerin tamamına yakının uzmanlığı gerektirdiği, dolayısıyla aslında hükümsüzlük alanının sınırlandırılmadığı da belirtilmektedir. Başalp, s. 273.

⁴⁰⁰ Başalp, s. 272.

⁴⁰¹ Uzmanlığı gerektiren ve resmî bir izin ya da ruhsatla yürütülebilen bir meslek veya hizmeti yerine getiren borçluya karşı alacaklı, ekonomik olarak zayıf olduğundan, hukuken korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca kamusal nitelikteki bir hizmeti yerine getiren borçlu, yetkili makamlardan aldığı ruhsatla hareket ettiğinden ve söz konusu mesleği sürekli olarak icra ettiğinden dolayı onun işinin ehli olduğu kabul edilir. Doktrinde toplumun ve bu arada alacaklının, borçlunun işinin ehli olduğuna dair duyduğu bu “haklı güvenin” boşa çıkarılmaması için BK. m. 99/f. 2'deki “hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası” şeklindeki ifadenin genişletici bir yoruma tâbi tutulmasının isabetli olacağı görüşü hâkimdir. Akman, s. 64-67; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 243-246; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 885; Alınak, s. 345; Şenocak, s. 247; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 848, 849; Başalp, s. 267. Nitekim Yargıtay kararlarında da imtiyaz sözleşmesi gereğince icra edilen sorumsuzluk sözleşmelerinin tâbi olduğu hukukî kadere, alanında uzman olan ve resmî bir izinle çalışan kimselerin yapmış oldukları sorumsuzluk sözleşmelerinin de tâbi olması gerektiği vurgulanmıştır. Örneğin, bu konuda bkz. Y. 11. HD, 25.12.1996 T, 6699/9192 sayılı karar, www.kazanci.com.tr. Buna karşılık azınlıkta kalan diğer görüşe göre, BK. m. 99/f. 2'nin kapsamına ruhsatla yürütülen ve uzmanlığı gerektiren işler dâhil edilmemelidir. Bu görüşü benimseyen yazarlar, görüşlerine gerekçe olarak, kanun metninde sadece imtiyaz durumundan söz edildiğini, uzmanlarla ilgili açık bir düzenlemede bulunulmadığını göstermektedirler. Dolayısıyla kanun koyucunun hedefinin, sadece imtiyaz suretiyle faaliyet gösterenlerin yaptıkları sorumsuzluk sözleşmelerine ilişkin bir sınır getirmek olduğunu belirtmektedirler. Feyzioğlu, s. 215.

şeklinde değiştirilmesinde temel olarak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanatlar için hükmün uygulanmasının hedeflendiği açıkça belirtilmiştir.

BK. m. 99/f. 2'den⁴⁰² farklı olarak, resmî bir izinle mesleğini icra eden uzman bir kimsenin, faaliyet alanına dâhil olan bir konuya ilişkin hafif kusurundan doğabilecek muhtemel sorumluluğunu bertaraf etmesi halinde, TBK. m. 115/f. 3'ün koşullarının gerçekleştiğini tespit eden hâkim, doğrudan sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermek zorundadır. Başka bir deyişle, koşulların gerçekleştiğini belirleyen hâkim, takdir yetkisini kullanarak sözleşmeyi ayakta tutamaz⁴⁰³.

Hangi meslek veya hizmetlerin icra edilebilmesi için resmî bir iznin yahut ruhsatın alınması gerektiği, TBK. m. 115/f. 3'ün uygulama alanı tespit etmek bakımından önemlidir. Doktrindeki genel kabul gören anlayış, avukatlık, noterlik, doktorluk⁴⁰⁴, eczacılık, veterinerlik, bankacılık⁴⁰⁵ ve

⁴⁰² BK. m. 99/f. 2, “*Hafif kusur halinde mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevelliât ediyorsa, haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir*” şeklinde idi. Buna göre, hakim, şartlar gerçekleşse de takdir yetkisini kullanarak sözleşmeyi geçerli sayabiliyordu. Takdirî hükümsüzlük olarak adlandırılan bu imkânın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kaldırılmasının yerinde olmadığı, doktrinde şu gerekçelerle açıklanmaktadır: Somut olayda ekonomik ve hukukî açıdan uzmanla eşit konumda bulunan alacaklıyı hükmün koruma alanı içerisine dâhil etmek, kanun koyucunun güçsüzü korumak şeklindeki temel amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla böyle bir durumun ortaya çıkması halinde, hâkime sözleşmeyi geçerli kılma yetkisi tanınmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başalp, s. 274.

⁴⁰³ Hâkimin takdir yetkisine sahip olmadığı, TBK. m. 115'in gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.

⁴⁰⁴ 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, doktrindeki yazarlar, doktorların hafif kusurundan doğan sorumluluklarını sınırlandıran bir sorumsuzluk sözleşmesinin hukukî akıbetinin ne olacağı konusunda görüş birliğine varamamışlardı. Bazı yazarlar, kural olarak bu sözleşmelerin geçerli olacağını, ancak hâkimin “imtiyaz suretiyle verilen bir sanat” ifadesini geniş yorumlayarak, kanun koyucunun kendisine verdiği takdir yetkisine istinaden, bunların hükümsüzlüğüne karar verebileceğini savunmaktaydılar. Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise, doktorla akdedilen sözleşmenin hukuken vekâlet sözleşmesi olarak değerlendireceğini ve onlarla yapılan sorumsuzluk sözleşmesinin BK. m. 390'da açıklanan vekilin özen borcu ile bağdaşmayacağını, dolayısıyla doktorun hafif kusurunu konu alan bir sorumsuzluk sözleşmesinin hiçbir halde geçerli kabul edilemeyeceğini öne sürmekteydiler. Onlara göre, doktorun işini başarılı bir şekilde yapacağına ilişkin hastanın duyduğu güven, bu sonucu haklı kılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, **Vekil**, s. 267, 268; Özdemir, Hayrûnnisa; **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 180, 181 (Tedavi); Büyükay, Yusuf; **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 126. Aynı görüş ayrılığının, doktorların, yanında çalışan ifa yardımcılarının davranışlarından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbeti bakımından da devam ettiğini görmekteyiz. Bu konudaki genel kabul gören anlayış, hafif kusuru konu alan sorumsuzluk sözleşmelerinin hükümsüz sayılması gerektiği yönündedir.

taşımacılık gibi mesleklerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁴⁰⁶. Ancak kamuya arz edilen bu tür meslekler, sınırlı sayıda olmayıp, bunların icrası hakkında resmî bir iznin yahut ruhsatın gerekip gerekmediği hususu, yasal düzenlemelere bakılarak tespit edilebilir. Bir mesleğin, sadece alanında uzman kimselerce yapılabileceği şeklinde bir değerlendirmede bulunurken, dikkate alınması gereken herhangi bir ölçüt var mıdır şeklinde bir soru sorulduğunda, cevap olarak esasen günümüzde çoğu mesleği yürütebilmek için o mesleğin uzmanı olmak gerektiği söylenebilir. Fakat mesleğin beklenen kalitede kamuya arz edilebilmesi için o mesleği yürütecek kimsenin, mesleğin niteliğine uygun belirli bir donanımına sahip olması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır⁴⁰⁷. Bu da, ancak o kimsenin teorik ve uygulamalı bir eğitim almasıyla mümkün olabilir.

Uzmanlığı gerektiren mesleklerin en temel özelliği, toplumun her kesimine hitap etmeleridir. Burada genellikle aynı nitelik taşıyan edimlerin

İpekyüz, s. 144, 145; Büyükay, s. 127. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, bu görüş ayrılıklarını ortadan kaldıracak niteliktedir.

⁴⁰⁵ Bankacılık faaliyetleri çeşitli rizikoları da beraberinde getirmektedir. Çek defterlerinde sahtecilik yapmak bunlardan birisidir. Böyle bir durumda, banka, çek defterindeki imzanın adına defter düzenlenen müşteriye ait olup olmadığını incelemek zorundadır. Banka, bu tür bir inceleme yapmadan doğrudan doğruya gerçekte alacaklı olmayan bir kişiye ödeme yaparsa, müşterisinin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek durumunda kalır. Hafif ihmalden dolayı sorumlu olmayacağı yönünde sözleşmeye konulan sorumsuzluk kaydı da bankayı sorumluluktan kurtarmaya yetmez. Zira teknolojik gelişmeleri takip etmeyen bankanın rizikoyu müşterisine yüklemesi hakkaniyet duygusuyla örtüşmemektedir. Bunun dışında toplumda genel olarak bankalara güven duyulduğundan, onların kusurları bulunmasa bile ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Hatta bankalar, personellerinin davranışlarından da adam çalıştıranlar gibi sorumludurlar, Başpınar, **Vekil**, s. 269. Konuyla ilgili pek çok Yargıtay kararına rastlamak mümkündür. Örneğin, Y. 11. HD'si, 8.5.2006 T. ve E. 2005/5264, K. 2006/5270 sayılı kararıyla *"Davacı, davalı bankanın müşterisi olup, internet bankacılığı ve telefon bankacılığı hizmetlerinden faydalanmak için iki ayrı şifre almıştır. Davalı hesabından yeni bir şifre oluşturulmak suretiyle bir miktar para çekilmiştir. Dava, çekilen bu paranın temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsili istemine ilişkindir. Davalı bankanın davacıya daha önce verdiği bir şifre olduğundan, telefon bankacılığıyla internet şifresi oluşturulurken telefon bankacılığı şifresinin istenmemesinin kusur olarak nitelendirilmesi gerektiği, ayrıca telefon görüşmesinde sorulan sorulara tam ve doğru cevaplar almadığı halde şifre oluşturulmasına ve dolandırıcılığa sebebiyet verdiği, bu görüşmede şifrenin unutulduğu veya değiştirilmek istendiğinin de belirtilmediği, güven müessesesi olan ve uzmanlık gerektiren bir iş gerçekleştiren bankaların basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği, hafif kusur halinde dahi sorumlu oldukları, sorumluluktan kurtulma sözleşmesi yapamayacakları gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir"* şeklinde açıklanan ilk derece mahkemesince verilen kararı onamıştır, www.kazanci.com.tr, E. T. 14.02.2013. Aynı yönde Y. 11. HD. 07.04.1992, E. 119/1137, K. 1992/5968; YHGK, 15.06.1994, E. 1994/11-178, K. 1994/398.

⁴⁰⁶ Akman, s. 65; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 244; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 849; Kılıçoğlu, s. 655; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 457.

⁴⁰⁷ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 244.

ifası, sayısı önceden öngörülemeyen kitlelere sunulmaktadır. Esas olarak bu tür meslekleri icra edenler kâr elde etme düşüncesi ile hareket etseler de, kanun koyucu, kamu yararı düşüncesiyle mesleğin icrasını tamamen o mesleği icra eden kimselerin inisiyatifine bırakmamış, bu bağlamda söz konusu mesleklerin yalnızca ruhsatnameyle icra edilebileceğini hüküm altına almıştır⁴⁰⁸.

(i) Borçlunun, Hükümet Tarafından Verilen Bir İmtiyazla Hareket Etmesi

Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenen uzmanlığı gerektiren bir meslek ya da hizmetin icrası ile ilgili getirilen hükmün uygulama alanına imtiyaz sözleşmeleri ile yürütülen meslek ya da hizmetlerin de dâhil edilip edilemeyeceğini tartışmak gerekir. Uzmanlığı gerektiren ve resmî bir izin veya ruhsatla icra edilebilen mesleklerin, imtiyaz sözleşmeleriyle yürütülen elektrik, ulaşım, doğalgaz, telefon ve posta⁴⁰⁹ gibi meslekleri de kapsadığını düşünmekteyiz⁴¹⁰. Zira her iki meslek grubu arasında şu yönlerden büyük benzerlikler bulunmaktadır:

Kamu hukuku tüzel kişinin yürütmesi gereken kamusal bir hizmetin, maliyeti en aza indirmek, girişimciliği teşvik etmek gibi gerekçelerle, kamu hukukunun getirdiği sınırlamalara bağlı olmaksızın, kâr ve zararı da kendisinde kalmak koşuluyla, özel hukuk tüzel kişilerine devredildiği imtiyaz sözleşmeleri⁴¹¹ de genellikle alanında uzman kimselerle yapılmaktadır.

⁴⁰⁸ Akman, s. 65; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 244.

⁴⁰⁹ Akman, s. 63; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 233; Şenocak, s. 247.

⁴¹⁰ Aynı düşüncede bkz. Kılıçoğlu, s. 654, 655; Hatemi/Gökyayla, s. 268. Uygulamada müşteriler, elektrik, doğalgaz gibi enerji kaynaklarını kullanabilmek için içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının bulunduğu metinleri kabul etmektedirler. Böylece girişimciler, işletmenin bünyesinde ortaya çıkabilecek belli rizikolardan dolayı sorumlu olmaktan kurtulmaktadırlar. Ancak bununla girişimci, bütün rizikoları müşterisine devredemez. Örneğin, doğalgazın tesliminde yaşanabilecek aksaklıklar, bu sözleşmenin konusunu oluşturabilirken; doğalgaz istasyonlarının bakımında yaşanabilecek aksaklıklar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Ayrancı, Hasan; **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 318. Bununla beraber ilk durum hakkında TBK. m. 115 ile m. 20-25'teki hükümler uygulama alanı bulur; bu da söz konusu kayıtların hükümsüzlüğüne yol açar.

⁴¹¹ Akman, s. 63; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 233; Şenocak, s. 246, 247; Feyzioğlu, s. 214; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 847.

Uzmanlığı gerektiren mesleklerle imtiyaz sözleşmesi kapsamında yürütülen meslekler arasında izin veya ruhsat bakımından da benzerlik bulunmaktadır⁴¹². Şöyle ki, uzmanlığı gerektiren meslekler için aranan yetkili makamlarca verilmesi gereken izin koşulu, imtiyaz sözleşmesinde yetkili bir makam olan kamu hukuku tüzel kişisi ile yapılan sözleşme ile kendiliğinden temin edilmiş olmaktadır. Zira imtiyaz sözleşmesi, yetkili bir makam olan kamu hukuku tüzel kişisinin mesleğin icrasına dolaylı olarak izin verdiğini göstermektedir. Bu bağlamda nasıl ki, tek taraflı bir muamele olan iznin söz konusu olması halinde, borçlunun yaptığı sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliğine mesafeli yaklaşıyorsa, aynı şekilde tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu yürürlüğe giren imtiyaz sözleşmeleri için de sözleşmeyi geçerli saymamak gerekir.

İmtiyaz sözleşmesi ile işi üstlenen kimselere karşı alacaklılar, tıpkı resmî bir izinle meslek ya da hizmetlerini icra edenlerle sözleşme yapan alacaklılar gibi hukuken korunmaya ihtiyaç duymaktadırlar. Zira genellikle tekel niteliği bulunan bu tür hizmetlerden istifade etmek isteyen alacaklılar, hizmeti icra eden kimselerce sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için öngörülen koşulları (ki, bunlar da genellikle genel işlem koşulu şeklinde kaleme alınmaktadır) değiştirebilme imkânından yoksundurlar⁴¹³.

Dikkat edilmelidir ki, TBK. m. 115/f. 2'deki hükmün uygulanabilmesi için gerek imtiyaz sözleşmesi ile işi devralan gerekse de alanında uzman olan kimsenin yürüttüğü faaliyetin, sorumsuzluk sözleşmesinin konusunu oluşturması gerekmektedir. Aksi halde sözleşmeyi hükümsüz saymanın temel dayanak noktası gerçekleşmemiş olur. Dolayısıyla izin ya da imtiyaz şeklinde kendisine verilen yetkiye istinaden faaliyette bulunan kimsenin akdettiği sorumsuzluk sözleşmesinin, bu izin ya da imtiyazla yürütülen faaliyetle hiçbir bağlantısı yoksa sorumsuzluk sözleşmesi geçerli olarak

⁴¹² Benzer görüşte olan Erten, özel hukukta izin yahut ruhsatla imtiyaz durumu arasında herhangi bir farklılığın bulunmadığını, esasen her iki kavramla da “resmî müsaade” durumunun anlatılmaya çalışıldığını ifade etmektedir, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 238. Aksi görüşte olan Feyzioğlu ise, imtiyazla ancak tekel durumunun söz konusu olduğu hallerde karşılaşılabileceğini, bu sebeple izinle arasında anlam farklılığı bulunduğunu savunmaktadır, s. 215.

⁴¹³ Akman, s. 63, 64; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 238; Von Tuhr/Edege, s. 587; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 847.

değerlendirilir. Avukatın, doktorla taşınmaz satışına dair bir sözleşme yaptığını ve satış konusu taşınmazın ayıplarından satıcı olan avukatın hiçbir sorumluluk kabul etmediğine ilişkin bir kaydı da sözleşmeye dercettiğini farz edelim. Burada ne avukat ne de doktor, kendi uzmanlık alanlarına giren bir sözleşmenin tarafı olmadıkları için onların kararlaştırdıkları sorumsuzluk kaydını, TBK. m. 115/f. 2 gereği hükümsüz saymak yerinde olmaz; fakat aynı kayıt hakkında TBK. m. 115 /f. 1 uygulama alanı bulabilir⁴¹⁴.

(ii) Borçlunun, Kamu Hukuku Tüzel Kişisi Olması

818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken kamu hukuku tüzel kişinin, kamu hizmeti kapsamına dâhil olan belirli bir meslek ya da hizmeti, herhangi bir imtiyaz sözleşmesi yapmaksızın bizzat kendisinin icra etmesi halinde, hafif kusurunu konu alan bir sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıydı⁴¹⁵. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında da söz konusu soruna ilişkin olarak aynı tartışmaların devam edeceği söylenebilir. Zira kanunda bu sorunun çözümüne dair açık bir hüküm ihdas edilmiş değildir. Bununla birlikte kamu hukuku tüzel kişisi, imtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk tüzel kişisine devredebileceği bir hizmeti, kanunun verdiği izinle kendi bünyesinde istihdam ettiği uzman kişiler aracılığıyla bizzat yerine getiriyorsa⁴¹⁶; Türk Borçlar Kanunu kapsamında da hafif kusurdan kaynaklanan sorumluluğu sınırlandıran sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir. Amaçsal yorum yöntemi, bu çözüm tarzını haklı kılmaktadır. Zira kamu hukuku tüzel kişisi ile sözleşme akdeden alacaklılar, genellikle hukukî

⁴¹⁴ Akman, s. 68, 69; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 257-260; Şenocak, s. 248, dn. 80.

⁴¹⁵ Azınlıkta kalan bazı yazarlara göre, kamu hukuku tüzel kişisince bizzat yürütülen faaliyetlerde imtiyaz sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmadığından, sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti hakkında BK. m. 99/f. 2 hükmü uygulanamaz. Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 457; Feyzioğlu, s. 214, 215. Buna karşılık hâkim görüşte olan yazarlar, (tekel durumunun istismar edilmesi, alacaklının hakkaniyete aykırı olarak zarara uğratılması gibi) farklı kıstaslar kullansalar da sonuç itibarı ile hükmün amacından yola çıkarak, kamu hukuku tüzel kişileri tarafından yürütülen faaliyetlerin, BK. m. 99/f. 2'nin kapsamına dâhil olduğunu kabul etmektedirler. Akman, s. 67; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 256, 257; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 849, 850.

⁴¹⁶ Örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesi gereğince belediyeler; kara, deniz ve demiryolu dâhil her türlü toplu taşıma hizmetini Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla imtiyaz suretiyle devredebilme, hatta aynı maddenin (f) bendine göre, bizzat söz konusu toplu taşıma sisteminin alt yapısını kurup işletebilme yetkisine sahiptirler.

ve ekonomik olarak zayıf konumda bulunduklarından, tıpkı uzmanlarla sözleşme akdedenler gibi hukuken korunmaya ihtiyaç duymaktadırlar⁴¹⁷.

3. Yardımcı Kişilerin Davranışlarıyla İlgili Sorumsuzluk Sözleşmesi Yapılması (TBK. m. 116)

a. Genel Olarak

Daha önce de açıklandığı üzere, borçlunun, yardımcısının davranışlarından sorumlu olması için ne kendisinin ne de yardımcısının gerçek anlamda bir kusurunun bulunması gereklidir. Bunun da ötesinde borçlu, yardımcısını seçerken gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etse de sorumlu olmaya devam etmektedir. Belirtilen tüm bu haller, borçlunun hukukî konumunu bir hayli kötüleştirmektedir⁴¹⁸. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” kenar başlığını taşıyan TBK. m. 116/f. 2 ve 3 ile borçluya sorumsuzluk sözleşmesi yapma imkânı tanımıştır. Buna göre, “...Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

TBK. m. 116’dan da anlaşıldığı gibi, kanun koyucu, ifa yardımcısının verdiği zararlardan dolayı borçlunun sorumluluğunun sınırını tespit ederken, kusurun yoğunluğunu ayırıcı bir ölçüt olarak dikkate almamıştır⁴¹⁹. Buna göre borçlu, ifa yardımcısının davranışlarından doğan sorumluluğunu, (kural olarak kast da dâhil) kusurun her derecesi için tamamen kaldırabilir⁴²⁰.

⁴¹⁷ Başalp, s. 271.

⁴¹⁸ Alınak, s. 339.

⁴¹⁹ Buna karşılık aynı konuyu düzenleyen BK. m. 100’de kusur, yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğun sınırlandırılmasında belirleyici bir etkiye sahiptir. Söz konusu hükme göre “...Bunların fiillerinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir. Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevelliit ediyorsa, borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.”

⁴²⁰ Akman, s. 75; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 220; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1085; Kılıçoğlu, s. 657; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 471; Şenocak, s. 241; Feyzioğlu, s. 217.

Kanaatimizce, sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetini belirlerken, sadece borçlunun ifa yardımcısına devrettiği işin niteliği ile (kanunda açıkça zikredilmemekle beraber) ifa yardımcısı kullanan borçluyula alacaklı arasındaki hizmet ilişkisinin varlığı önemli bir rol oynar. Hâlbuki borçlunun kendi davranışlarını konu alan bir sorumsuzluk sözleşmesi söz konusu olsa idi, TBK. m. 115 gereğince kusurun yoğunluğu, sözleşmenin akıbetini belirlerken göz önünde bulundurulmakta idi⁴²¹. Kanun koyucuyu bu yönde bir düzenlemeye sevk eden düşünce, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bir görüşe göre, borçlunun yaptığı sorumsuzluk sözleşmesinin, yalnızca kendi sorumluluğu üzerinde hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Bir başka deyişle, ifa yardımcısının haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmaya devam etmesidir⁴²². Ayrıca ifa yardımcısının davranışlarını konu alan sorumsuzluk sözleşmesini geçerli kabul etmek, dürüstlük kuralını ihlâl etmez. Zira borçlunun kusurlu olup olmadığına hükmederken, yardımcısının kusuru göz önünde bulundurulmaz. Bu itibarla dürüstlük kuralının ihlâli, sadece borçlunun kendi davranışlarını ilgilendiren sorumsuzluk sözleşmesi bakımından söz konusu olabilir⁴²³. Zira bu tür bir imkânın borçluya verilmesi, davranışlarındaki özensizliği had safhaya çıkartabilir⁴²⁴.

TBK. m. 116, sadece borcun ifa yardımcısı tarafından gereği gibi ifa edilmemesi halinde uygulanmaz. Bunun yanı sıra söz konusu hüküm, temerrüt meydana geldiğinde de uygulanabilir⁴²⁵.

TBK. m. 116 gereğince sorumluluğun sınırlandırılabilmesi için öncelikle ifa yardımcısı kullanmanın sözleşmenin niteliğini zedelememesi gerekmektedir⁴²⁶. Ayrıca bir işletme bünyesinde hareket eden borçluya herhangi bir kusurun yükletilebilmesi söz konusu olmamalıdır. Yani zarar, sadece ifa yardımcısının kusurundan kaynaklanmalıdır. Bu noktada borçlunun, ifa yardımcısını seçmede üzerine düşen dikkat ve özen

⁴²¹ bkz. yukarıda § 12, I, B, 2, a.

⁴²² Alınak, s. 339.

⁴²³ Akman, s. 75; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 221; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 458; Feyzioğlu, s. 217; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 853.

⁴²⁴ Kılıçoğlu, s. 656.

⁴²⁵ Başalp, s. 194.

⁴²⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1085; Akman, s.77; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 222; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 853.

yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği önemli bir hal alır. Şöyle ki, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, borçlunun sorumluluğu üzerinde ağırlaştırıcı bir etki doğurur. Zira borçlu, söz konusu yükümlülüğe aykırı davranmasaydı, TBK. m. 116 gereğince sorumlu olurdu ve ifa yardımcısının her türlü davranışından dolayı kendi sorumluluğunu sınırlandırabilirdi. Buna karşılık şimdi daha ağır bir hüküm olan TBK. m. 115'e tâbi olduğundan, sadece hafif kusurundan doğan sorumluluğunu sınırlandırabilir⁴²⁷. Son olarak, borçlunun tüzel kişiliği bulunuyorsa, sorumsuzluk sözleşmesine konu olan sözleşmeye aykırı davranışı, organı sıfatındaki kişiler icra etmemelidir. Aksi halde bizzat borçlu, sözleşmeye aykırı davranmış gibi değerlendirilir ve sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti hakkında TBK. m. 116 değil, TBK. m. 115 hükmü uygulama alanı bulur. Zira borçluyu temsil etmeye yetkili olan kişiler, ifa yardımcısı olarak değerlendirilmez⁴²⁸.

b. Borçlunun, Uzmanlık Gerektiren Bir İş İcra Etmesi

TBK. m. 116/f. 3'te "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*" hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükmün içerik açısından TBK. m. 115 metni ile paralel şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Ancak TBK. m. 115'te "*hafif kusurdan dolayı hükümsüzdür*" şeklindeki hüküm, TBK. m. 116'da kusur kavramından bahsedilmediği için sadece hafif kusur için değil, ağır kusur kapsamına giren kast ve ağır ihmal halleri için de uygulanma kabiliyetine sahiptir⁴²⁹. Bununla birlikte aslında alanında uzman olanların, kanun ya da yetkili makamlarca verilen izinle icra ettiği meslekleri, uzman bir kişi olan borçlu, ister bizzat kendisi isterse de ifa yardımcısı vasıtasıyla yerine getirsin, yapılan sorumsuzluk sözleşmesi, bütün kusur halleri bakımından kesin hükümsüz sayılmalıdır. TBK. m. 115'te hafif

⁴²⁷ Akman, s. 77, 78; Karabağ Bulut, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, s. 854.

⁴²⁸ Akman, s. 79, 80; Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 223, 224.

⁴²⁹ Kılıçoğlu, s. 658.

kusur denilse de, hükümsüzlük yaptırımının ağır kusur için de uygulanmasının sebebi, aynı maddenin ilk fıkrasıdır.

Uzmanlığı gerektiren meslek ifadesi ile neyin kastedilmek istendiği, daha önce açıklandığı için burada tekrardan kaçınmak adına oradaki açıklamalarımıza yollamada bulunmakla yetiniyoruz⁴³⁰.

c. Borcun, Alacaklı ile İfa Yardımcısı Kullanan Borçlu Arasındaki Hizmet Sözleşmesinden Doğması

TBK. m. 116/f. 2'de *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet veya san'at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”* hükmüne yer verilmektedir. Bu hüküm dikkate alındığında, borcun, alacaklı ile ifa yardımcısı kullanan borçlu arasındaki hizmet sözleşmesinden doğmuş olması ihtimalinde, sözleşmede yer alan sorumsuzluk kaydının hukukî akıbetinin ne olacağı sorunu ile karşı karşıya kalınır. 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu sorun açıkça çözüme kavuşturulmuş değildir⁴³¹. Burada kanunun lâfzına birebir bağlı kalınırsa, kanun koyucu yasaklamadığına göre ve sorumluluğun tamamen ya da kısmen sınırlandırılabilceği şeklinde öngörülen hüküm gereğince, ağır kusur hali için dahi hizmet sözleşmesinden doğan borçlara ilişkin yapılan sorumsuzluk sözleşmesini geçerli saymak gerekir. Ne var ki, kanun, özü ve sözü ile bir bütündür. Bundan dolayı kanun koyucunun hükmü ihdas ederkenki asıl amacı araştırılmalıdır. Bu noktada TBK. m. 115/f. 2'deki borçlunun kendi davranışlarıyla ilgili sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetini düzenleyen hüküm, bizler için yol gösterici olabilir. Şu halde, *“Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”* yönündeki hüküm, kıyasen TBK. m.

⁴³⁰ bkz. yukarıda § 12, I, B, 2, c, (2).

⁴³¹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 471; Kılıçoğlu, s. 657.

116 için de uygulandığında, hakkaniyete aykırı bazı sonuçların doğması önlenmiş olur⁴³². Aksi halde ise, borçlu, haksız olarak korunmuş olur ve bu da benzer durumlar için farklı hukukî sonuçların doğmasına yol açar. Şöyle ki, borçlu, aynı davranışı bizzat kendisi gerçekleştirse idi sorumluluğu devam ederdi; fakat ifa yardımcısı gerçekleştirdiğinde, geçerli sayılan sorumsuzluk kaydından istifade ederek sorumlu olmaktan kurtulabilir. Bu durumun farkına varan bazı uyanık borçlular, üstlendikleri edimlerin ifasını tamamen ifa yardımcılarına bırakarak, kanun koyucunun asıl amaçladığı şeyi bertaraf edebilirler. Kanaatimizce, bu, kanun hükmünün dolanılmasından başka bir şey değildir. Kanun koyucunun, hizmet sözleşmesine eklenen sorumsuzluk kaydının akıbetini kasıtlı olarak düzenlemekten kaçınmadığını, tam tersine bu durumun, unutkanlığın eseri olduğunu düşünmekteyiz. Zira kanunun gerekçesinde, “sorumsuzluk sözleşmesi yapıldığı esnada alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi mevcut ise, borçlu yalnız hafif kusurundan dolayı sorumsuzluk sözleşmesi yapabilir” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴³³. Hüküm ile gerekçe arasındaki tezatlık da kanun koyucunun esas amacının, borçluyu her durumda sorumluluktan kurtarmak olmadığı tezini güçlendirmektedir. Ancak mahkemeler arasında bu konuya ilişkin hukukî bir birlik sağlayabilmek adına hükmün düzeltilmesi gerekir⁴³⁴. Bununla beraber gerekli düzeltmeler yapıncaya kadar Adalet Komisyonu raporu göz önünde bulundurulmalıdır. Raporda TBK. m. 116’nın, TBK. m. 115 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Böylece borçlunun, gerek kendisinin gerekse de yardımcılarının davranışlarından dolayı doğması muhtemel sorumluluğunu sınırlandırmak ya da tamamen bertaraf etmek için

⁴³² Aynı görüşte olan Hatemi/Gökyayla, eğer TBK.m. 115/f. 2, TBK. m. 116 için uygulanmazsa, bunun hukukî gerekçesini açıklamamanın mümkün olmayacağını savunmaktadır, s. 268.

⁴³³ TBK. m. 116’nın gerekçesinde düzenlenen bu hukukî durum, aynı konuyu ele alan BK. m. 100/f. 2 ile paralellik arz etmektedir.

⁴³⁴ Benzer bir görüş için bkz. Başalp, s. 209. Diğer taraftan Nomer, böyle bir durumda TBK. m. 115/f. 2’de belirtilen “her türlü” ifadesinden yola çıkıldığında herhangi bir tartışma ile karşılaşılmayacağını savunmaktadır. Buna gerekçe olarak, TBK. m. 116 için de TBK. m. 115/f. 2’deki hükmün uygulanarak sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne karar verilebileceğini belirtmektedir, s. 229, 230. Buna karşılık Kılıçoğlu, TBK. m. 116’da ayrıca hizmet sözleşmesinin geçerliliğiyle ilgili bir hükmün düzenlenmediğini ve bu sebeple TBK. m. 115/f. 2’deki “her türlü” ifadesinden hareket edilerek yardımcılarının davranışlarıyla ilgili sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetinin belirlenemeyeceğini öne sürmektedir, s. 658, 659.

alacaklısı ile yaptığı sorumsuzluk sözleşmeleri, aralarında hizmet sözleşmesinin mevcut olması halinde, kesin olarak hükümsüz sayılabilir⁴³⁵.

C. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Hükümsüzlüğünün Asıl Sözleşme Üzerindeki Etkileri

1. Genel Olarak

Sorumsuzluk sözleşmesine kanunen kesin hükümsüzlük sonucu bağlanan hallerde, esas sözleşmenin bundan nasıl etkileneceği, sözleşme sorumluluğunun sınırını belirlemek açısından önem arz etmektedir. Bu noktada sorumsuzluk sözleşmesinin hükümsüz olmasının, esas sözleşmenin diğer hükümlerinin de hükümsüz olması sonucunu doğurup doğurmayacağı; sözleşmenin diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecekse, borçlunun, sorumsuzluk kayıtları olmasa idi hiç sözleşmeyi yapmayacağına ilişkin bir itirazda bulunup bulunamayacağı sorunları ile karşılaşılabılır. Bunun dışında sözleşmede TBK. m. 115'deki hükme aykırı olarak, borçlunun her türlü kusurundan doğan sorumluluğunun sorumsuzluk sözleşmesi yapılarak sınırlandırıldığı bir halde, sorumsuzluk sözleşmesinin tamamen mi kesin hükümsüz sayılacağı; yoksa söz konusu sözleşmenin, sadece borçlunun hafif ihmali ile ilgilendiren bölümüne mi hukukî geçerlilik tanınacağı şeklinde bir sorunla da karşı karşıya kalınabilir. Bu sorunları çözerken, TBK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme göz önünde bulundurulmalıdır⁴³⁶. Buna göre, *“Sözleşmenin içerdği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez; ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur”*.

2. Kısmî Hükümsüzlük Kavramı

Sözleşmenin içeriğinde yer alan sorumsuzluk kayıtlarının ya da esas sözleşme kurulduktan sonraki süreçte ayrı olarak yapılan sorumsuzluk

⁴³⁵ Başalp, s. 208.

⁴³⁶ Akman, s. 108; Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 272, 273; Karabağ Bulut, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, s. 854, 855.

sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılması, esas sözleşmenin de kesin hükümsüz sayılması sonucunu doğurmaz. Doktrinde kısmî hükümsüzlük olarak adlandırılan bu durum, sorumsuzluk kayıtları sanki hiç kararlaştırılmamış gibi sözleşmenin diğer bölümlerinin hüküm ve sonuç doğuracağı, yani borçlunun tazminat sorumluluğunun devam edeceği anlamına gelir⁴³⁷. Yalnız bu tür bir sonucun doğması için sözleşmenin içeriğinde yer alan sorumsuzluk kaydının ya da ayrı olarak düzenlenen sorumsuzluk sözleşmesinin hukuken hükümsüz sayılması (TBK. m. 27, TBK. 115 ve 116'ya aykırı olması) ve esas sözleşmenin hukuken bölünebilir bir mahiyete sahip olması gerekir⁴³⁸. Ayrıca tarafların, sözleşmenin hükümsüzlüğünü gündeme getirebilecek bir durum söz konusu olduğunda, ne şekilde davranılacağını hüküm altına almamış olmaları gerekir. Zira buna ilişkin yapılan bir hükümsüzlük sözleşmesi, TBK. m. 27/f. 2'nin uygulanmasını engeller⁴³⁹. Bunun yanı sıra hâkim, tarafların farazî iradelerini araştırdığında, “taraflar, yaptıkları sorumsuzluk sözleşmesinin hükümsüz sayıldığını bilselerdi, tamamen kanunen kabul edilen şekilde bir düzenlemede bulunurlardı” yönünde bir kanaate ulaşabilirse, söz konusu sözleşmenin hükümsüzlüğü kısmî bir etki doğurur. Zira bu halde, tarafların esas sözleşmeyi ayakta tutma niyetleri bulunmaktadır⁴⁴⁰. Nitekim doktrinde sorumsuzluk sözleşmesinin kısmen hükümsüz olması durumu, “değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük” olarak da nitelendirilmektedir. Zira bu konuyu düzenleyen emredici kurallar (TBK. m. 112 ve 114), esas sözleşmede hükümsüz sayılan bu tür sorumsuzluk sözleşmelerinin yerine geçmekte ve ortaya çıkması muhtemel boşluklar da emredici kurallara başvurularak giderilmeye çalışılmaktadır⁴⁴¹.

⁴³⁷ Akman, s. 108; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 273; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 854.

⁴³⁸ Bu gereklilik, doktrinde objektif koşul olarak ifade edilmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 337; Başpınar, Veyssel; **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara 1998, s. 51 (Kısmî Butlan); Başalp, s. 388.

⁴³⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 342; Başpınar, **Kısmî Butlan**, s. 51.

⁴⁴⁰ Bu durum, doktrinde sübjektif koşul olarak açıklanmaktadır. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 341; Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 183; Başpınar, **Kısmî Butlan**, s. 51; Başalp, s. 388.

⁴⁴¹ Başpınar, **Kısmî Butlan**, s. 155.

Taraflar arasında “hiçbir halde sorumluluk kabul edilmez” şeklinde borçlunun bütün kusur hallerini kapsayacak tarzda bir sorumsuzluk sözleşmesi akdedildiğinde, söz konusu sözleşmenin akıbetinin ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. TBK. m. 27/f. 2 gereğince kusur hallerinin kendi içinde bir ayrıma tâbi tutularak, sadece belli haller için mi hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı; yoksa sorumsuzluk sözleşmesinin tamamen mi hükümsüz sayılacağı hususunda görüş birliğine varılamamıştır. Azınlıktaki bazı yazarlara göre, sadece kast ve ağır kusur için değil, hafif ihmal hali için de sorumluluğu tamamen kaldırmayı hedefleyen sorumsuzluk sözleşmesine hukukî geçerlilik tanınmamalıdır. Aksinin kabulü, borçlunun, nasıl olsa yapılan sorumsuzluk sözleşmesini kanun koyucu kısmen dahi olsa geçerli kabul ediyor şeklinde bir düşünceye kapılmasına ve sözleşmeyi yaparken daha özensiz davranmasına yol açar⁴⁴². Ancak sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetinin bu denli ağırlaştırılması, tarafların iradelerini tamamen saf dışı bırakmak anlamına gelir. Kaldı ki, borçlu, sorumluluğunu genel olarak ortadan kaldırmayıp, yalnızca hafif kusurunu kapsayacak şekilde ortadan kaldırsa idi, kural olarak yaptığı sözleşme geçerli kabul edilirdi. Şimdi sırf kast ve ağır kusuru da kapsadığından dolayı onların yanı sıra, hafif kusuru ilgilendiren sorumsuzluk sözleşmesini de geçersiz kabul etmek, hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Böyle bir hal, olsa olsa “kurunun yanında yaş da yanar” atasözünün haklılığını (!) ispatlar. Tam aksi istikamette gelişme gösteren ve isabetli olduğunu düşündüğümüz doktrindeki genel eğilim ise şu şekildedir: Borçlunun sorumluluğunu tamamen kaldıran bir sorumsuzluk sözleşmesi hakkında TBK. m. 27/f. 2’de öngörülen kısmî hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalı ve böylece sadece hafif ihmalle işlenen davranışlar hakkında sorumsuzluk sözleşmesi geçerli olarak değerlendirilmeli; buna karşılık ağır kusurla işlenen davranışlar üzerinde bu sözleşmenin hiçbir etkisi olmamalıdır⁴⁴³.

⁴⁴² Başalp, s. 394. Bu durum “modifiye bölümsel hükümsüzlük” olarak da açıklanmaktadır. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 273.

⁴⁴³ Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 455; Akman, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 885, 886; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 213; Von Tuhr/Edege, s. 586; Başpınar, **Vekil**, s. 267; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 855.

3. Kısmî Hükümsüzlüğün Tam Hükümsüzlüğe Dönüşüp Dönüşemeyeceği Sorunu

Uygulamada borçlu konumundaki kişilerin, sorumsuzluk sözleşmelerinin kesin olarak hükümsüz sayılması üzerine “söz konusu sözleşme olmasaydı, esas sözleşmeyi hiçbir şekilde yapmayacaktım” şeklinde bir savunma geliştirdikleri görülmektedir. Böyle bir durumda karşılaşılabilecek hukuki sorunlardan biri, onların bu tür savunmalarına hukuki geçerlilik tanınıp tanınmayacağıdır. Bir diğeri ise, şayet geçerlilik tanınacaksa bunun ne ölçüde olması gerektiğidir.

Konuya ilişkin olarak doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır. Getirilen çözüm önerileri, TBK. m. 27/f. 2’ye birebir bağlı kalınıp kalınmamasına göre değişiklik göstermektedir. Ancak bundan önce söz konusu sorun hakkında TBK. m. 22/f. 2’deki düzenlemenin uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Zira TBK. m. 22/f. 2’deki düzenlemenin uygulanabileceği sonucuna varıldığında, TBK. m. 27/f. 2’deki düzenlemeye başvurmaya gerek yoktur. Söz konusu hükme göre, borçlu, “...*yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez*”. Ancak bu hükmün, bireysel sözleşmelerin ürünü olan sorumsuzluk kayıtları bakımından uygulanması mümkün değildir. Zira bu hüküm, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtları bakımından uygulama alanı bulur. Ancak buradan hareketle, borçlunun yukarıdaki açıklamasına hukukî geçerlilik tanınacağı yönünde bir sonuca ulaşmak da mümkün değildir. Zira bu aşamada TBK. m. 27/f. 2’deki hüküm uygulama alanı bulur. Buna göre “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*” İşte doktrindeki yazarlar da hükmün ikinci cümlesiyle ilgili olarak görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Bazı yazarlar, kanunun lâfzından sapmayı gerekli kılan makûl bir sebebin mevcut olmadığını gerekçe göstererek, borçludan gelebilecek kısmî hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüşmesi gerektiği yönündeki irade açıklamasına hukuki

geçerlilik tanımışlardır⁴⁴⁴. Hâlbuki kanun sözü ve özü ile bir bütündür ve bu bakımdan asıl olan amaçsal bir yorum yapmak olduğu için kanun koyucunun, sorumsuzluk sözleşmesini kesin hükümsüz sayarken gerçekleştirmek istediği amaç araştırılmalıdır. Bu araştırma sonucunda, onun asıl amacının borçluyu değil, alacaklıyı korumak olduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Bu temel amacın gerçekleştirilebilmesi için TBK. m. 27/f. 2'nin lâfzının da ötesine gidilerek, sözleşmenin tamamen hükümsüz sayılmaması sonucu kabul edilmelidir. Dürüstlük kuralı da bu sonucu haklı kılmaktadır. Aksinin kabulü halinde, borçlu, esas sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle tamamen sorumluluktan kurtulacağından, asıl amacın dışına çıkılarak, dolaylı olarak onun hukukî menfaati korunmuş olur. Özetle söylemek gerekirse, TBK. m. 27/f. 2, c. 1, sorumsuzluk sözleşmeleri hakkında uygulanabilir bir niteliğe sahip iken, aynı durum, TBK. m. 27/f. 2, c. 2 için söz konusu değildir⁴⁴⁵. Nitekim Roma Hukukunda da geçerli olmayan bölümün geçerli bölüme etki etmeyeceği yönünde genel bir kural kabul edilmiştir⁴⁴⁶. Doktrinde ise, kısmî hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüşmesinin, istisnaî bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla hâkimin, ancak ve ancak tarafların ortak farazî iradelerinin sözleşmenin hiç kurulmamasına işaret ettiği şeklinde kesin bir kanaate eriştiğinde tam hükümsüzlüğe karar verebileceği ifade edilmektedir⁴⁴⁷. Sonuç olarak, bu tür sorumsuzluk sözleşmeleri hakkında her ne kadar TBK. m. 22/f. 2'deki düzenleme doğrudan doğruya uygulanma imkânına sahip olmasa da, yorum yöntemiyle yine aynı hukuki sonuca ulaşmak mümkündür.

D. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkileri

Doktrinde yazarlar, alacaklının kabul beyanıyla birlikte yürürlük kazanan sorumsuzluk sözleşmelerinin, sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracağı konusunda hemfikirdirler. Buna karşılık söz konusu sözleşmelerin üçüncü kişiler için de etkili olup olamayacağı, daha açık bir

⁴⁴⁴ Alınak, s. 346, 347.

⁴⁴⁵ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 454; Akman, s. 109, 110; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 339, 340; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 274, 275; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 456; Şenocak, s. 256; Başpınar, **Vekil**, s. 273.

⁴⁴⁶ Başpınar, **Vekil**, s. 266.

⁴⁴⁷ Başpınar, **Kısmî Butlan**, s. 176.

deyişle, borçlunun, alacaklıya yakın olan bu kişilere karşı sorumsuzluk sözleşmesine dayanıp dayanamayacağı, aynı şekilde üçüncü kişi konumunda olan ifa yardımcısının, borçlunun taraf olduğu sorumsuzluk sözleşmesinin hükümlerinden istifade edip edemeyeceği konusunda doktrinde fikir birliği sağlanamamıştır. Bu bölümde bu sorular, teorik tartışmalara da yer verilerek cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Fakat bu soruların cevaplandırılabilmesi için öncelikle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmiştir.

1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kavramı

Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi, sözleşmenin nispiliği ilkesidir. Buna göre, sözleşme, yalnız tarafları arasında hukukî sonuç doğurur. Yani sözleşmeden doğan haklar ve borçlar, sadece sözleşmenin tarafları üzerinde etkili olur. Bunun dışında üçüncü kişiler, kendi rızaları olmaksızın kurulan bir sözleşme ile borç altına girmezler ve kural olarak bir hakkın alacaklısı sıfatını da iktisap edemezler. Ancak istisnaen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşme ilişkisinin dışında yer alan üçüncü kişiye, alacaklının sahip olduğu birtakım haklardan istifade etme imkânı vermektedir. Bu bağlamda her ne kadar üçüncü kişi, kendisi sözleşmenin tarafı olmasa da, edime yakın olduğu için borçlunun sözleşmeye aykırı davranışlarından zarar gördüğünde, uğradığı bu zararların tazminini talep edebilir. Yoksa edimin aynen yerine getirilmesini talep etme hakkına sahip değildir. Zira bunu talep etme hakkı, sadece sözleşmenin tarafı olan borçluya aittir⁴⁴⁸.

Borçlunun üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulmasının temel sebebi, TMK. m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralıdır. Buna göre borçlu, sadece sözleşme konusu edimi yerine getirmekle borcunu ifa etmiş sayılmaz. Ayrıca gerek alacaklının gerekse ona belli oranda yakınlığı bulunan (üçüncü) kişilerin şahıs ve malvarlıklarını da korumakla yükümlüdür. İşte bu yükümlülüğün ihlâli, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme müessesesinin

⁴⁴⁸ Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 184, 185; Akman, s. 102; Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 165; Serozan, *Akdin Müspet İhlali*, s. 113 vd.; Karabağ Bulut, Nil; *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 13, 14 (Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme).

devreye girmesini sağlar. Böylece üçüncü kişi, haksız fiillere nazaran kendisi bakımından daha elverişli olan sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere istinaden borçluya başvurabilir⁴⁴⁹. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarla bu hukukî müessesenin varlığını kabul etmiş bulunmaktadır⁴⁵⁰.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hükümlerinden yararlanabilmek için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullara kısaca değinmek gerekirse, öncelikle, üçüncü kişi ile borçlu arasında hâlihazırda bir sözleşme ilişkisi bulunmamalıdır. Ayrıca üçüncü kişi, alacaklı ile aynı düzeyde zarara maruz kalma tehlikesi ile karşı karşıya kalmalı (edime yakın olmalı) ve üçüncü kişinin menfaatinin korunmasında alacaklının haklı bir sebebi bulunmalıdır. Borçlu da bu durumların varlığını tahmin edebilmelidir. Nihayet üçüncü kişinin menfaati, alacaklınıninki ile benzer bir nitelik taşımalıdır⁴⁵¹. Buna karşılık taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin geçerli

⁴⁴⁹ Kırca, Çiğdem; **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2004, s. 103 vd.; Akyol, s. 49, 50. Edime yakınlık ilişkisi içinde olmayanlar ise, sadece haksız fiil hükümlerinden istifade ederek borçlunun sorumluluğuna gidebilirler. Bu noktada edime yakınlık ilişkisinin düzeyi, sorunun çözümünde önemli bir hal almaktadır. Doktrinde genel olarak borca aykırı davranışla alacaklı ile aynı düzeyde (onunla eşdeğerde) zarara uğrama riski bulunan kişiler, edime yakın kişiler olarak kabul edilmektedir. Örneğin, alacaklının eşi, çocukları, yanında çalışan işçileri gibi. Akman, s. 102, dn. 11; Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 166; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 877.

⁴⁵⁰ YHGK'nın 06.05.1992 T. ve E. 13-213, K. 1992/315 sayılı kararına göre "...Uyuşmazlıkta davacı durumunda olan kişi, asıl hukukî ilişkide (tüp gaz alımına ilişkin satım sözleşmesi), alıcı sıfatını taşımamakta ve somut olaydaki hukukî nitelendirme bakımından üçüncü kişi konumunda bulunmaktadır...Olayda borç ilişkisinin bünyesi gereği edime bağlı olan bir takım tehlikelerin, en az tüpü satın alan kadar üçüncü kişi konumunda olan davacıyı da tehdit etmesi durumu söz konusudur. Edime yakınlıkları nedeniyle zararlarının sözleşmeye aykırılık hükümleri gereğince tazminine müracaat edilecek üçüncü şahısların sınırını belirleyebilmek için bu üçüncü kişiler ile ifa safhasındaki borç ilişkisi arasındaki irtibata bakmak gerekir. Borç ilişkisinin bünyesi icabı edime bağlı olan tehlikeler, üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar tehdit ediyorsa, üçüncü kişiye doğrudan doğruya borçluya karşı ileri sürülmesi mümkün olan akde aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat talebi tanınmalıdır. Çünkü davacı, olayda alıcıya yardıma gelmekle alıcıyla satıcı arasında mevcut borç ilişkisinin güven ortamına dâhil olmuştur. Bu itibarla dava konusu uyuşmazlıkta satıcı tüp bayiinin, satım akdinde üçüncü kişi konumunda bulunan davacıya karşı akitten doğan hiçbir asli edim borcu olmamakla beraber, burada, borçlunun bizzat alacaklıya karşı göstermek zorunda olduğu koruma yükümlünün alacaklıya yakından bağlı olan ya da edime olan yakınlığı nedeniyle koruma alanı altında bulunan kişilere de teşmil edilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle burada Kanun (MK m. 2) gereğince, borçlu ile alacaklı arasında olduğu kadar borçlu ile üçüncü kişi durumunda olan davacı arasında da hiçbir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir borç ilişkisi oluşmuştur..."", Kırca, s. 104, 105.

⁴⁵¹ Serozan, **İfa Engelleri**, s. 255; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 877; Kırca, s. 107; Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, s. 18, 19; Başalp, s. 140.

olup olmaması, üçüncü kişinin sözleşme hükümlerine dayanması bakımından önemli değildir⁴⁵².

2. Sorumsuzluk Sözleşmesinin, Edime Belli Oranda Yakınlığı Bulunan Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu

Borçlunun, sorumsuzluk sözleşmesini, edime belli oranda yakınlığı bulunan üçüncü kişilere karşı ileri sürüp süremeyeceği sorunuyla ilgili olarak doktrinde öne sürülen görüşler şunlardır:

Bir görüşe göre, sorumsuzluk sözleşmesi, üçüncü kişiler hakkında da hüküm ve sonuç doğurur. Aksinin kabulü, üçüncü kişileri alacaklıdan daha çok koruma anlamına gelir. Bu da, hakkaniyete aykırı olduğundan kabul edilemez. Bu durumda yapılması gereken şey, alacaklı için öngörülen TBK. m. 115 ve 116'daki sistemin üçüncü kişiler hakkında da işletilmesidir⁴⁵³. Aynı şekilde sorumsuzluk sözleşmesinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilirse, borçlunun, sorumluluğunun sınırını önceden tahmin edebilmesi mümkün olmaz⁴⁵⁴.

Üstün tutulması gereken diğer görüş, sorumsuzluk sözleşmesinin sadece alacaklı bakımından etkili olacağı, bunun dışında üçüncü kişilerin hukukî konumunu ağırlaştıramayacağı yolundadır. Aksi halin kabulü, üçüncü kişiyi koruyucu değil, onun hukukî konumunu zorlaştıracı bir sözleşmenin yürürlüğe girmesi anlamına gelir ki, bu da sözleşmenin temel gayesine uygun düşmez⁴⁵⁵. Bu görüşü benimsemiş olmakla birlikte bazı yazarlar, edim yükümleri ile koruma yükümleri arasında ayırım yapmaktadırlar. Şöyle ki, sadece koruma yükümlerini konu alan sorumsuzluk sözleşmesinin, üçüncü kişinin hukukî konumunu ağırlaştırmayacağını; buna karşılık edim yükümlerine ilişkin sorumsuzluk sözleşmesinin, onun hakkında da hüküm ve

⁴⁵² Serozan, **Akdin Müspet İhlali**, s. 115.

⁴⁵³ Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararı**, s. 168; Akman, s. 103; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 189, 190; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 878; Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, s. 127.

⁴⁵⁴ Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 879; Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, s. 127.

⁴⁵⁵ Akman, s. 103, 104; Serozan, **Akdin Müspet İhlali**, s. 120, 121, dn. 34; Başalp, s. 144; Durusoy, s. 85.

sonuç doğurabileceğini ileri sürmektedirler. Bu duruma gerekçe olarak da, borçlunun kendisinin bile koruma yükümlülüğünü sorumsuzluk sözleşmesiyle ortadan kaldırma imkân ve iktidarına sahip olmadığını belirtmektedirler⁴⁵⁶.

3. İfa Yardımcılarının Sorumsuzluk Sözleşmesinden İstifade Edip Edemeyeceği Sorunu

Edimin ifasında kendilerine başvurulmuş ifa yardımcıları, borçlunun taraf olduğu sorumsuzluk sözleşmesinden istifade edip edemeyeceği sorunuyla ilgili olarak doktrinde öne sürülen görüşler şunlardır:

Bir görüşe göre, sorumsuzluk sözleşmesi, ifa yardımcıları da bünyesinde barındıracak şekilde geniş yorumlanmamalı, bu sayede sadece borçlu bu sözleşmeden yararlanabilmelidir. Zira ifa yardımcıları, nispi nitelik taşıyan bu sözleşme ilişkisinin taraflarından biri değildir, bu sebeple haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmaya devam etmelidir⁴⁵⁷.

Alman Hukukunda kabul gören⁴⁵⁸ ve Türk doktrininde de savunulmaya başlayan, sorumsuzluk sözleşmesinin ifa yardımcıları hakkında da etkili olacağını öngören diğer görüşe üstünlük tanımak yerinde olur. Üçüncü kişiyi (ifa yardımcıları) koruyucu sözleşme kavramı da bunu haklı kılmaktadır. Zira borçlu, sorumsuzluk sözleşmesini yaparken, kendi davranışından sorumlu olmayacağını alacaklıya bildirirse de, aslında zımnen ifa yardımcıları da sorumlu tutmamayı istemektedir⁴⁵⁹. Diğer taraftan sorumsuzluk sözleşmesinin ifa yardımcıları kapsamadığını söylemek, ekonomik açıdan daha güçlü olan borçluyu sorumsuz; buna karşılık çoğu kez

⁴⁵⁶ Bilgi için bkz. Karabağ Bulut, **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, s. 128.

⁴⁵⁷ Akman, s. 80; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 880; Durusoy, s. 85.

⁴⁵⁸ Örneğin, Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir olayda taşıma işini yürüten bir firma, mal sahibinin kendisine teslim ettiği malları kararlaştırılan yere götürürken hafif kusuruyla herhangi bir zarara sebebiyet verdiği takdirde, bundan dolayı hiçbir sorumluluk kabul etmeyeceğini belirtmiş, mal sahibi de söz konusu sorumsuzluk kaydını kabul etmiştir. Sonrasında firma, bir gemi sahibiyle anlaşmış ve malları taşınması için gemiye yüklemiştir. Fakat taşıma esnasında gemideki malların bir bölümü zarara uğramıştır. Bunun üzerine, aralarındaki sorumsuzluk sözleşmesi gereğince taşıma firmasına karşı hiçbir talepte bulunamayacağını bilen mal sahibi, gemi sahibine karşı tazminat davası açmıştır. Ancak Mahkeme, ifa yardımcısı olan gemi sahibinin de sorumsuzluk sözleşmesinin koruma alanı içerisine girdiğini gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Akyol, s. 55, 56'dan naklen.

⁴⁵⁹ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 195.

onun emrinde çalışan ve ekonomik olarak zayıf durumda bulunan ifa yardımcılarını sorumlu tutmak anlamına gelir. Bu durum hakkaniyet esası ile bağdaşmayacağı için kabul edilemez⁴⁶⁰. Ayrıca güven teorisine göre alacaklı, sözleşmeyi yaparken “nasıl olsa ifa yardımcılarını sorumlu tutacağım, bu yüzden borçluyla yardımcılarının davranışı hakkında sorumsuzluk sözleşmesi imzalamamın hiçbir sakıncası yoktur” şeklinde bir düşünce ile hareket etmemektedir⁴⁶¹. Zaten bu kadar ince düşünen bir alacaklının da mantıken sorumsuzluk sözleşmesine icazet vermemesi gerekir. Zira çoğu zaman geçinmekte zorlanan ifa yardımcılarına karşı dava açmak veya takibe girişmek, borçluya karşı aynı işlemleri gerçekleştirmeye nazaran kendisi açısından daha elverişsiz sonuçlar doğurur. Örneğin, alacağına kısmen ya da tamamen kavuşamaz.

E. Sorumsuzluk Sözleşmesinin Haksız Fiil Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri

1. Sorumsuzluk Sözleşmesi ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Sınırlandırılıp Sınırlandırılmayacağı Sorunu

Öncelikle belirtilmelidir ki, araştırma konumuz esas olarak sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması olduğu için, sorumsuzluk sözleşmesi ile haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu burada ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Bununla birlikte özellikle aynı somut olayda hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun koşulları gerçekleştiğinde, sorumsuzluk sözleşmesinin, haksız fiil sorumluluğu hakkında da etkili olup olmayacağının tespit edilmesi, araştırmamızın amacına ulaşması bakımından önem arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanununda sorumsuzluk sözleşmesinin hukukî niteliği, sözleşme sorumluluğunu ilgilendiren borçların ifa edilmemesinin sonuçları bahsinde hüküm altına alındığından, doktrinde haksız fiil sorumluluğu

⁴⁶⁰ Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 194; Serozan, **Akdin Müspet İhlali**, s. 120, 121, dn. 34; Akman, s. 81; Karabağ Bulut, **Sorumluluk Anlaşmaları**, s. 880.

⁴⁶¹ Akman, s. 83, 84; Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 193-195; Başalp, s. 170.

hakkında söz konusu sözleşmenin uygulanma kabiliyetine sahip olup olmayacağı ayrıntılı olarak tartışılmıştır⁴⁶².

Azınlıkta kalan bazı yazarlara göre, haksız fiil sorumluluğu, kamu düzeni ile bağlantılı olduğu için bu sorumluluğa ilişkin kanunda yer alan hükümler emredici nitelik taşımaktadır. Bu sebeple taraf iradesi ile haksız fiil sorumluluğunun bertaraf edilmesi söz konusu değildir. Haksız fiillerde taraflar arasındaki hukukî ilişkinin, ilk kez zarar ortaya çıktığı anda kurulması, bu alanda sorumsuzluk sözleşmesi yapılamaması anlamına gelir⁴⁶³.

Hâkim görüşte olan yazarlara göre ise, haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu şeklinde bir ayırım yapılmadan, sorumsuzluk sözleşmesinin, sorumluluğun doğmasına yol açabilecek bütün haller için uygulanabileceği kabul edilmelidir⁴⁶⁴. Ayrıca her ne kadar söz konusu sözleşme, zarar meydana gelmeden önce yapılacak olsa da, taraflar, herhangi bir sözleşme ilişkisine girmeden de muhtemel zararları için sorumluluklarını sınırlandırabilirler⁴⁶⁵. Başka bir deyişle, zarar doğmadan önce sorumsuzluk sözleşmesinin kurulması koşulu, haksız fiil hukukunda sorumsuzluk sözleşmesinin yapılmasına engel teşkil etmez. Bir örnek vermek gerekirse, inşaat yapan bir yüklenici, yan binada ikamet eden komşusu ile inşaat malzemelerinin düşmesi ve komşusunun yaralanması ihtimaline karşı haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıracak şekilde bir sorumsuzluk sözleşmesi akdedebilir⁴⁶⁶. Yalnız bu sorumsuzluk sözleşmesi, vücut bütünlüğünü ihlâl ettiğinden kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu sebeple anılan

⁴⁶² Söz konusu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, s. 111-116; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 152-161; Başalp, s. 122-125.

⁴⁶³ Alniak, s. 332, 333.

⁴⁶⁴ Bu görüşe gerekçe olarak, rıza ile sorumsuzluk sözleşmesi arasındaki benzerlikler gösterilmektedir. Tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuç doğuran rıza ile haksız fiil sorumluluğu tamamen ortadan kaldırılabilir iken, tarafların karşılıklı anlaşması ile yürürlük kazanan sorumsuzluk sözleşmesini haksız fiil sorumluluğu bakımından uygulamamak, kendi içinde büyük bir çelişki teşkil eder. Zira tek taraflı olarak kurulabilen bir hukukî işlem, evleviyetle iki taraflı olarak da kurulabilir. Akman, s.112; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 166, 167; Başalp, s. 124, 125; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 871, 872. Bundan başka alacaklının hukukî menfaatleri bakımından daha elverişli hükümler barındıran sözleşme sorumluluğunda sorumsuzluk sözleşmesi yapılmasına izin verildiğine göre, daha az elverişli olan haksız fiillerde buna izin verilmesinin herhangi bir sakınca doğurmayacağı da ifade edilmektedir. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 288.

⁴⁶⁵ Zira sosyal olarak taraflar arasında temas kurulması, sorumsuzluk sözleşmesinin yapılabilmesi için yeterlidir. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 167.

⁴⁶⁶ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 156.

sözleşme, TMK. m. 23/f. 2 ve TBK. m. 27/f. 1 uyarınca kesin hükümsüz sayılmalıdır⁴⁶⁷. Bununla birlikte malvarlığına yönelik verilen zararları konu alan sorumsuzluk sözleşmeleri geçerli olarak kurulabilir. Fakat sözleşme sorumluluğu kapsamında sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili kanunda öngörülen esaslar, malvarlığı haklarını ilgilendiren haksız fiil sorumluluğu hakkında da kıyasen uygulanmalıdır⁴⁶⁸.

Buraya kadar anlatılanlardan hareketle, haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk sözleşmesi ile sınırlandırılabilceğini ve bu durumun sorumsuzluk sözleşmesinin hukukî niteliği ile bağdaşmayacak şekilde nitelendirilmemesi gerektiğini söylemek mümkündür. Fakat bu noktada ortaya çıkan zararın hukukî niteliğinin (kişisel zarar ya da malvarlığı zararı şeklindeki ayrımın), sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğunu da belirtmek gerekir.

2. Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğunun Birleşmesi Halinde Sorumsuzluk Sözleşmesinin Uygulanma Kabiliyeti

Somut olay, sırf sözleşme ya da sırf haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturabileceği gibi, aynı olay, her iki sorumluluk türünün kapsamına da dâhil olabilir. Bu, zarar görenin aynı talebini, birden fazla hukukî temele dayandırabilmesi demektir. Türk Hukukunda genel olarak bu tür hallerde, hükümler arasında yarışma ilişkisinin⁴⁶⁹ varlığı kabul edildiği için

⁴⁶⁷ Ancak doktrinde bazı yazarlar, malvarlığı zararları ile kişisel zararlar arasında herhangi bir ayrım yapmaksızın, bütün zarar kalemleri için sorumsuzluk sözleşmesi yapılabileceğini savunmaktadırlar. Aksi halde onlara göre, haksız fiil sonucu kişilerin malvarlığı değerlerinin tamamı zarara uğramadan önce bu konuya ilişkin olarak sorumsuzluk sözleşmesi yapılabilir. Buna karşılık kişilik haklarına ilişkin zarara uğrama ihtimali önemsenmeyecek bir düzeyde kaldığında ise, aynı sözleşmenin yapılabilmesi mümkün değildir. Bu da hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebep olur. Alınak, s. 332, 333; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 161. Ancak bu görüş kabul edildiğinde, TBK. m. 27/f. 1 ile TMK. m. 23/f. 2'deki emredici hükümlerden hangi gerekçeyle sapıldığını açıklamak gerekir.

⁴⁶⁸ Akman, s. 114, 115; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 874, 875; Başalp, haksız fiil sorumluluğu hakkında yalnızca TBK. m. 115 hükmünün uygulanabileceğini, diğer bir deyişle bu konuya ilişkin olarak TBK. m. 116'nın uygulanamayacağını savunmaktadır, s. 125.

⁴⁶⁹ Hükümler arasında yarışma ilişkisi söz konusu olduğunda, bunlardan birinin diğerine önceliği bulunmamaktadır. Ancak zarar gören, yalnızca tek bir talebe dayalı olarak dava açabilir. Yani aynı zarar için aynı anda iki ayrı tazminat davası açamaz. Buna karşılık zarar gören açtığı ilk davayı kaybederse, ancak o zaman diğer talebini ayrı bir dava konusu yapabilir. Bununla birlikte zarar gören açtığı ilk davayı kazanırsa, artık diğer talebini dayanak göstererek ayrı bir dava açamaz. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 131, 137; Akman, s. 117; Başalp, s. 126.

zarar gören, dilediği hükme başvurabilir. Örneğin, kiracı, kiraladığı bisikleti kullanılamaz bir vaziyette malik sıfatı da bulunan kiraya verene teslim ederse, kiraya veren, dilerse özenle kullanım borcu ihlâl edildiğinden kira sözleşmesi ile ilgili hükümlere, dilerse de mülkiyet hakkı zedelendiğinden haksız fiil hükümlerine başvurabilir. İşte asıl tartışma da somut olayda haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun birlikte cereyan ettiği bu gibi hallerde, daha önce sözleşme sorumluluğu kapsamında düzenlenen sorumsuzluk sözleşmesinin, haksız fiil sorumluluğu üzerinde de uygulanabilip uygulanamayacağı noktasında yaşanmaktadır⁴⁷⁰.

Doktrinde hâkim görüşte olan yazarlar, sorumsuzluk sözleşmesinin uygulanma kabiliyetinin, ancak ve ancak taraf iradelerinin esas alınarak belirlenebileceğini savunmaktadırlar. Buna göre, genel olarak sözleşme sorumluluğunu ilgilendiren bir sorumsuzluk sözleşmesi ile aksi anlaşılmadığı sürece, taraflarca haksız fiil sorumluluğunun da sınırlandırılmak istendiği kabul edilmektedir. Fakat sorumsuzluk sözleşmesinin, sadece sözleşme sorumluluğu hakkında uygulanabileceğini, yoksa haksız fiillerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini iddia eden bir zarar görenin de bunu ispatlayarak, durumu kendi lehine döndürebileceği de ifade edilmektedir. Ayrıca tarafların genellikle hukukçu olmadıkları da göz önünde bulundurulduğunda, onlardan sorumsuzluk sözleşmesinin uygulama alanını kalem kalem tayin etmelerini beklemek, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz⁴⁷¹.

II. Sorumluluk Doğduktan Sonra Sınırlandırma

A. Genel Olarak

Uygulamada sorumsuzluk sözleşmeleri, genellikle asıl sözleşme kurulduktan sonraki bir dönemde onun eki niteliğinde düzenlenen ayrı bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla beraber söz konusu sözleşmelerin, asıl sözleşme ile aynı anda kurulması da mümkündür. Bu

⁴⁷⁰ Akman, s. 116, 117; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 126; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 870.

⁴⁷¹ Akman, s. 117, 118; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 141, 142; Başalp, s. 126, 127; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 874, 875.

bağlamda özellikle ilk durumda sorumluluğu sınırlandıran kaydın, sorumsuzluk sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için henüz daha borçlunun sorumluluğu doğmadan evvel taraflarca söz konusu kaydın üzerinde uzlaşılması gerekmektedir. Zira borçlunun sorumluluğu doğduktan sonra artık sözleşme sorumluluğunun sorumsuzluk sözleşmesi ile sınırlandırılması söz konusu olmaz. İşte bu andan itibaren sorumluluğu sınırlandıran kayıtlar, ya sulh ya da ibra sözleşmesi olarak nitelendirilir ve bu tür kayıtların geçerliliği hakkında farklı bir hukukî rejim benimsenir⁴⁷².

1. Sulh Sözleşmesi

Sulh sözleşmesinde, herhangi bir hukukî uyuşmazlığın sona erdirilmesi için taraflarca karşılıklı olarak tavizlerde bulunmaktadır. Bu itibarla söz konusu sözleşme, her iki tarafa da borç yüklemektedir. Zaten sulh sözleşmesini, biraz sonra ele alınacak olan ibra sözleşmesinden ayıran unsur da, iki tarafın da menfaatlerinden bazı tavizler vermek zorunda kalmalarıdır⁴⁷³.

Sulh sözleşmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununda olduğu gibi bazı kanunlarda da hükümler bulunması⁴⁷⁴, onu tipik bir sözleşme haline

⁴⁷² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 454; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1087; Kılıçoğlu, s. 650; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 881; Feyzioğlu, s. 209, dn. 256; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 841. Sorumluluğun sınırlandırıldığı an dikkate alınarak, sözleşme ilişkisinin tayin edilmesi gerektiği yönünde Y. 11. HD'nin vermiş olduğu 22.12.1995 T. ve 8312/9482 sayılı karar şu şekildedir: “...Sözleşmenin 5. maddesi aynen “çekimin veya yayının veya her ikisinin herhangi bir sebeple gerçekleşmemesi halinde Miss Tourism International Güzellik Yarışması Organizasyonu Komitesi, Kurum aleyhine dava açamayacağı gibi, herhangi bir tazminat talebinde de bulunamaz” hükmünü içermektedir. Bu hükümden maksadın, davalı Kurumu tarafından herhangi bir sebeple yayının gerçekleştirilmemesi halinde, kendisine hiçbir sorumluluk düşmeyeceğini sağlamak olduğu açık bulunmaktadır. O halde bu hükmün, hukukî niteliği itibarıyla bir sorumsuzluk anlaşması amaçlı olarak sözleşmeye konulmuş bulunduğu açıktır. Bu durum karşısında mahkemece, anılan sözleşme hükmünün geçerliliği, davalı kurumun sıfatı ile sözleşmenin imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasıyla ilgisinin değerlendirilmesi sonucu BK'nun 99. maddesi hükmü çerçevesinde saptanması gerekirken, bu hükmün dikkate alınmadan, sanki davacının tazminat hakkı doğduktan sonra bu haktan vazgeçmiş olduğu kabul edilerek, davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmadığı gibi...”, Uygur, s. 3218.

⁴⁷³ Tandoğan, Halûk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, C. I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 14 (C. I/1); Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 14; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 12; Turanboy, K. Nuri; **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 42.

⁴⁷⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 13; Tandoğan, C. I/1, s. 15.

getirmeye yetmemektedir⁴⁷⁵. Nitekim doktrinde de bu sözleşme, hukukî niteliği bakımından sui generis sözleşmelerin⁴⁷⁶ içerisinde değerlendirilmektedir⁴⁷⁷.

Sulh sözleşmesi, alacaklının dava açmasını engellemesinin yanı sıra daha önce açılmış bir dava varsa, onun sona erdirilmesine de hizmet etmektedir⁴⁷⁸.

Belirtilmelidir ki, tezin amacına ulaşması bakımından önemli olan nokta, sulh sözleşmesinin borçlunun sorumluluğu üzerinde nasıl bir etki doğurduğudur ki, bu da sonraki başlık altında değerlendirilecektir. Dolayısıyla burada sadece söz konusu sözleşmenin tanımı ve hukukî niteliğinin tespit edilmesi ile yetinilmiş olup, tezin kapsamı dışında yer aldığı için bu sözleşmenin türleri, bunlar hakkında getirilen kanunî esasların neler olduğu hususlarında açıklama yapmaktan kaçınılmıştır.

2. İbra Sözleşmesi

İbra kavramı, kelime olarak “aklama” manasında kullanılmakta⁴⁷⁹ olup, hukuken ise “sözleşme yoluyla borcu sona erdirme” olarak tanımlanmaktadır⁴⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu ile ilk defa hukuken düzenleme altına alınan ibra sözleşmesi, Kanunun “borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi, zamanaşımı” üst başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiştir.

İbra sözleşmesinin hukukî niteliği, TBK. m. 132’de “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır*” şeklinde açıklanmıştır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ibra sözleşmesi, tıpkı sorumsuzluk sözleşmesi gibi

⁴⁷⁵ Turanboy, s. 45.

⁴⁷⁶ Sui generis sözleşmelerin temel özelliği, kanunda hüküm ve sonuçları itibarı ile açıkça düzenlenen sözleşme tiplerine ait unsurları kısmen yahut tamamen bünyelerinde barındırmamalarıdır. Aral/Ayrancı, s. 53; Yavuz/Acar/Özen, s. 13.

⁴⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 53; Gümüş, Mustafa Alper; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 11.

⁴⁷⁸ Tandoğan, C. I/1, s. 14, 15; Yavuz/Acar/Özen, s. 14; Turanboy, s. 42.

⁴⁷⁹ Turanboy, s. 28.

⁴⁸⁰ Turanboy, s. 55.

tarafların iradesiyle borçlunun sorumluluğunun kısmen ya da tamamen sınırlandırılması sonucunu doğurur. Bu itibarla söz konusu sözleşme, hukuken tasarruf işlemi niteliğine haizdir. Ayrıca asıl sözleşme, iradî yahut kanunî olarak belli bir şekle tâbi olsa bile, ibra sözleşmesinin öngörülen şekilde yapılmamasının, sözleşmenin geçerliliği üzerinde hiçbir menfi etkisinin olmaması, bu sözleşmeyi sorumsuzluk sözleşmesine bir adım daha yaklaştırmaktadır. Fakat tüm bu benzerliklere rağmen ibra sözleşmesi, şu bakımdan sorumsuzluk sözleşmesinden ayrılmaktadır: Bu sözleşme, sorumsuzluk sözleşmesinden farklı olarak, sorumluluk doğduktan sonraki bir döneme ilişkin tazminat alacağından vazgeçilmesi sonucunu doğurmaktadır. Başka bir deyişle, bu sözleşme, sorumluluğun doğmasına engel olmamakta, bilakis sorumluluk doğduktan sonra istenebilecek tazminat alacağının kaybına sebep olmaktadır⁴⁸¹.

B. Sorumluluk Doğduktan Sonra Akdedilen Bireysel Sözleşmelerin Sorumluluk Hukukuna Etkileri

Alacaklı, borçlunun sorumluluğu doğduktan sonraki bir dönemde alacak hakkından vazgeçer ve borçlu da kendi lehine olan bu duruma icazet gösterirse, yapılan bu sözleşmenin geçerliliğini TBK. m. 115 ve 116'daki esaslara bağlı kılmak, tarafların iradelerine aşırı bir şekilde müdâhale etmek anlamına gelir. Kaldı ki, burada sorumsuzluk sözleşmesinde olduğu gibi alacaklıyı korumak da gerekmemektedir. Zira artık alacaklının, hak ettiği tazminat alacağının boyutunu idrak edebilecek düzeyde olduğu, yani bu konuda tam bir irade serbestisi içerisinde hareket ettiği kabul edilir. İşte bu sebeplerle, gerek ibra gerekse de sulh sözleşmesinin geçerliliği, TBK. m. 115 ve 116'daki kısıtlayıcı hükümlere tâbi değildir. Dolayısıyla kasten veya ağır ihmali olarak verilen zararlar hakkında borçlunun sorumluluğunun sınırlandırıldığı ibra ve sulh sözleşmeleri, hukuken geçerli olarak kabul

⁴⁸¹ Akman, s. 43, 44; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 880; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 91; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 841, 842; Başalp, s. 73.

edilir⁴⁸². Buna karşılık doktrine göre, hem hukukî işlemlerin kesin olarak hükümsüzlüğüne yol açan hem de iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanmasına sebep olan (örneğin, irade bozuklukları kapsamında değerlendirilen) haller, ibra ve sulh sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur⁴⁸³.

§ 13. GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLE SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

I. Genel İşlem Koşullarının Hukuken Düzenleme Altına Alınmasının Gerekliliği

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, diledikleri sözleşmeyi diledikleri içerikte düzenleyebilirler. Genellikle hukuk düzeni, tarafların tamamen serbest iradeleri ile şekillendirdikleri bu sözleşmelerin içeriğine müdâhale etmez. Ancak öyle bazı haller vardır ki, irade açıklaması sadece görünüşte mevcuttur. İşte bu hallerden biri olan genel işlem koşullarında da müşteriye nazaran üstün konumda bulunan girişimci, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kendisine tanıdığı imkânlardan istifade ederek, sırf kendi menfaatlerini en üst düzeyde koruyan hükümleri sözleşmeye eklemektedir. Buna karşılık müşteri ise, girişimcinin sunduğu ve kendisi için bir hayli önemli olan hizmetten faydalanabilmek için büyük çoğunluğu kendisi aleyhine olan genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi imzalamak mecburiyetinde kalmaktadır. Zira müşteri, aynı hizmeti sunan diğer girişimcilere başvursa dahi üç aşağı beş yukarı yine aynı koşullarla karşılaşacaktır. Onlar da sözleşme görüşmelerinde bulunduğu girişimci gibi, hiçbir şekilde söz konusu koşullarda değişiklik yapma imkânını kendisine tanımayacaktır. Bu yüzden de o, ya olduğu gibi sözleşmedeki hükümleri kabul etme ya da hiç sözleşme akdetmeme şeklinde ikili bir seçime maruz kalacaktır⁴⁸⁴.

⁴⁸² Oğuzman/Öz, C. 1, s. 454; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 275; Alniak, s. 334; Akman, s. 44; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 91; Başalp, s. 73.

⁴⁸³ Alniak, s. 334; Akman, s. 44; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 91.

⁴⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 226-228; Atamer, **GİŞ**, s. 58; Havutçu, Ayşe; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 7 (İçerik Denetimi). Müşteri, genel işlem koşullarını kısmen kabul etme şeklinde irade

Girişimci, önceden kendisinin hazırladığı veya genellikle yapıldığı gibi uzman hukukçulara hazırlattığı genel işlem koşulları ile sözleşenler arasındaki menfaat dengesini en adil şekilde korumayı hedefleyen yedek hukuk kurallarından ayrılmaktadır. Böylece girişimci, bir nevi bu kuralların uygulama alanını istisnaî bir düzeye indirgeyerek, sözleşmeden doğan bütün riskleri müşterisine devretmektedir. Genel işlem koşullarının girişimciye sağladığı diğer bir yarar, bireysel sözleşme görüşmeleri için harcanacak olan zaman ve masrafın en aza düşürülmesine yardımcı olmasıdır. Bunun dışında genel işlem koşullarının kullanılması ile birlikte, benzer hizmetleri konu alan sözleşmeler arasındaki farklılıklar azalmakta ve böylece hizmetler standartlaşmış bir şekilde kamuya arz edilmektedir. Ayrıca girişimci, iradesinin temsilcisi tarafından yanlış bir şekilde müşteriye iletilmesinin de önüne geçmektedir. Girişimci açısından söz konusu olan bu yararlar karşılık, müşteri, genel işlem koşulları ile herhangi bir yarar elde etmemekte, üstelik kanunun kendisine tanıdığı koruma imkânlarından da yoksun kalmaktadır⁴⁸⁵.

Yukarıda anlatılanlar da göstermektedir ki, girişimci tarafından kendisine dayatılan genel işlem koşullarını reddetme imkânına sahip olmayan müşterinin, hukuken korunması gerekmektedir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, söz konusu koşulları, kısmen Alman Hukukundan da esinlenerek TKHK. m. 6⁴⁸⁶, TTK. m. 1425⁴⁸⁷ ile TTK. m. 55⁴⁸⁸ ve TBK. m. 20 vd.

açıklanmasında bulunamamaktadır. Bu sebeple söz konusu koşullar, sözleşme özgürlüğü ilkesini zedemektedir. Bahtiyar, Mehmet; “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Makaleler I**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 105.

⁴⁸⁵ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 5, 6; Atamer, **GİŞ**, s. 30-33; Akman, s. 90-93; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 215; Oğuz, Cemal; **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Ankara 1993, s. 1-3 (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (İçerik); Soyer, s. 33-36.

⁴⁸⁶ Sözleşmelerdeki haksız şartlar başlığını taşıyan TKHK. m. 6 şu şekildedir: “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine önemli bir dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle, standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, sözleşmenin standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir...” Bu düzenleme ile yalnızca tüketicilere karşı kullanılan ve tarafların

hükümleri ile denetim altına almaya çalışmıştır⁴⁸⁹. Burada esas olarak Türk Borçlar Kanunu ile sağlanan koruma üzerinde durulmuştur.

II. Genel İşlem Koşullarının Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği

A. Tanımı

TBK. m. 20/f. 1’de genel işlem koşulları şu şekilde tanımlanmıştır:

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların,

karşılıklı müzakeresi sonucu kabul edilmemiş olan sözleşme koşulları denetime tâbi tutulabilir. Buna karşılık tacirler arasında yapılan ve hukuken genel işlem koşulu olarak değerlendirilen haller ise denetim dışında kalır. Ancak Türk Borçlar Kanunu, tarafların sıfatları arasında herhangi bir ayırım yapmadığı için artık kural olarak tüm genel işlem koşulları denetlenebilir. Başalp, s. 37. Bununla beraber Türk Borçlar Kanununun TKHK. m. 6’dan ayrılan yanı, müzakere edilmemiş olan haksız şartların tamamını denetim konusu yapmamış olmasıdır. Bunların Türk Borçlar Kanunu uyarınca denetlenebilmesi için kanunen genel işlem koşullarının varlığı için aranan diğer unsurların da bulunması gerekmektedir. Atamer, Yeşim; “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 291, 292 (Armağan). Şu halde, tüketicinin maruz kaldığı genel işlem koşulu bakımından her iki kanun hükmü de uygulama alanı bulabilir. Bunlar arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi mevcut olduğundan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna öncelik tanınır; dolayısıyla TBK. m. 20 vd. hükümlerine sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı durumlarda başvurulabilir. Oğuzman/Öz, C. 1, s. 163. Bununla birlikte TBK. m. 20 vd. hükümleri, tüketicinin menfaatlerini daha iyi koruyorsa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan hükümlerin uygulanmasından vazgeçilebileceği de ileri sürülmektedir. Sirmen, Lale; “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 110.

⁴⁸⁷ TTK. m. 1425, “Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir. Poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir. Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi halinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder” şeklindedir.

⁴⁸⁸ “Haksız rekabet kapsamında dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticarî uygulamalar” kenar başlığını taşıyan TTK. m. 55’in (f) bendine göre, “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur”.

⁴⁸⁹ Antalya, s. 289, 290; Kılıçoğlu, s. 113. Bundan başka Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinde de konuya ilişkin bir hükme yer verilmiştir. (m. 18) Söz konusu hüküm kaleme alınırken, büyük ölçüde Alman Hukukundaki düzenlemeler göz önünde bulundurulmuştur.

sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”

Doktrinde genel işlem koşullarını düzenleyen kişi ile kullanan kişinin aynı olması gerekmediği, üçüncü kişiler tarafından düzenlenen genel işlem koşullarının girişimci tarafından kullanılması halinde de, kanunda öngörülen hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu itibarla haklı olarak kanundaki “düzenleyen” ifadesinin “kullanan” şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağına ve “tek başına hazırlayarak” şeklindeki ifadenin birtakım sıkıntılara yol açabileceğine dikkat çekilmektedir⁴⁹⁰. Bunun dışında “ileride” ve “önceden” ifadelerinin birlikte kullanılmasının gereksiz bir tekrara sebep olduğu da belirtilmektedir. Buna göre genel işlem koşullarını, “çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenmiş olan ve sözleşme taraflarından birinin (kullanan), diğer sözleşme tarafına sözleşmenin kurulması anında dayattığı sözleşme koşullarıdır” şeklinde tanımlamak daha isabetlidir⁴⁹¹.

B. Unsurları

Genel işlem koşullarının varlığından söz edebilmek için bunlar, sözleşme kurulmadan önce hazır olmalı, çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olmalı ve taraflardan biri, bu koşulları sözleşme içeriği haline getirebilmek için diğer tarafa dayatmış olmalıdır⁴⁹². Bunun dışında şekil, kapsam, kimin tarafından kaleme alındığı gibi esasa etkili olmayan hususlar, genel işlem koşullarının var olup olmadığını belirlerken göz önünde bulundurulmaz. Aksine bir çözüm tarzı benimsendiğinde, girişimci, kanunu

⁴⁹⁰ Altop, Atilla; “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, Derleyen Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 36 (GİK); Atamer, Armağan, s. 324; Arıkan, Mustafa; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III- Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFAD**, Haziran 2011, s. 70, 71; Aydoğdu, Murat; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **DEÜHFD**, C. 13, S. 2, 2013, s. 14.

⁴⁹¹ Altop, GİK, s. 36; Atamer, Armağan, s. 330; Aydoğdu, s. 15.

⁴⁹² Bunun yanı sıra genel işlem koşullarının soyut olarak, yani somut bir sözleşme ilişkisinden bağımsız bir şekilde hazırlanmaları ve genel nitelikte olmaları, yani belli bir topluluğa hitaben düzenlenmemeleri de doktrinde zorunlu unsurlar arasında sayılmaktadır. Soyer, s. 30-32; Oğuz, İçerik, s. 12; Havutçu, İçerik Denetimi, s. 80; Bahtiyar, s. 104; Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 35; Yalçın, Onur; **Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 43; Ayrancı, s. 290, 291.

dolanmak suretiyle söz konusu koşullara ilişkin öngörülen denetimden rahatlıkla kurtulabilir⁴⁹³.

1. Varlığı Zorunlu Olan Unsurlar

Genel işlem koşullarını denetime tâbi tutâbilmek için öncelikle bu koşulların varlığı için aranan zorunlu unsurların tamamı mevcut olmalıdır. Zira tarafların karşılıklı müzakeresi sonucu yürürlüğe giren kayıtların, genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, bunlar hakkında ileride bahsedilecek olan TBK. m. 20-25'teki hükümlerin uygulanması söz konusu değildir⁴⁹⁴.

a. Sözleşme Kurulmadan Önce Hazır Olmalıdır

Girişimciler, sözleşme kurarlarken genellikle daha önce bizzat kendilerinin hazırladıkları ya da uzman hukukçulara hazırlattıkları veya başka girişimciler tarafından kullanılmakta olan matbu şekildeki metinleri kullanmaktadırlar. Sözleşmenin kurulmasından önceki bir evrede hazır bulunan bu metinler, hiç kuşkusuz genel işlem koşulu olarak değerlendirilir. Meğerki sözleşmenin kurulması esnasında girişimci, müşterisine sözleşmeye müdâhale edip, değişiklik yapma imkânı vermiş olsun⁴⁹⁵. Zira müşteriye söz konusu koşulları okuyup değerlendirebilme imkânı verilmesi, tek başına onları bireysel bir sözleşme düzeyine ulaştırmaz⁴⁹⁶. Ancak buradan hareketle, genel işlem koşullarının matbu (yazılı) olarak düzenlenmiş olması gerektiği şeklinde de bir sonucuna varılamaz. Zira girişimci, temsilcisine sözleşmenin kurulması için aradığı koşulları ezberleterek, iradesini sözlü olarak da açıklayabilir⁴⁹⁷.

Uygulamada genel işlem koşullarını sıklıkla kullanan taraf, girişimci olmasına rağmen, aslında kamu hukuku tüzel kişileri de bu koşulları

⁴⁹³ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 74; Atamer, **GiŞ**, s. 72; Kılıçoğlu, s. 114, 115; Çınar, Ömer; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 51.

⁴⁹⁴ Aydoğdu, s. 12, 13.

⁴⁹⁵ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 75, 76; Atamer, **GiŞ**, s. 66; Atamer, **Armağan**, s. 297; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 219; Ayrancı, s. 290.

⁴⁹⁶ Çınar, s. 54.

⁴⁹⁷ Atamer, **GiŞ**, s. 65.

kullanarak sözleşme akdetmektedirler. Bu durum, TBK. m. 20/f. 4⁴⁹⁸, de de belirtildiği üzere, denetime ilişkin hükümlerin uygulanmasında herhangi bir farklılığa yol açmaz⁴⁹⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce Yargıtay, kamu hukuku tüzel kişisinin kullandığı genel işlem koşullarını denetime tâbi tutmuştur⁵⁰⁰.

b. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılabilmek İçin Düzenlenmiş Olmalıdır

Genel işlem koşulundan bahsedebilmek için bu koşulları hazırlayan⁵⁰¹ kişi, onları çok sayıda sözleşmede kullanabilmek amacıyla hareket etmiş

⁴⁹⁸ TBK. m. 20/f. 4'e göre, "Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."

⁴⁹⁹ Atamer, ancak niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kamu tüzel kişilerinin kuracağı iltihakî sözleşmeler içerisinde düzenlenen tebliğ ve yönetmeliklerdeki esasların, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler gereğince denetlenebileceğini, yoksa her halükarda bunları aynı denetime tâbi tutmanın yerinde bir yaklaşım olmayacağını ileri sürmektedir, **GİŞ**, s. 62, 63. Buna karşılık Havutçu'ya göre söz konusu esaslar, genel işlem koşulu olarak değerlendirilemez, **İçerik Denetimi**, s. 79, 80. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce doktrinde tartışmalı olan bu hukukî sorun, söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte açık bir çözüme kavuşturulmuştur, **İçerik Denetimi**, bkz. dn. 450. Böylece genel işlem koşullarının varlığı için aranan zorunlu unsurlar bulunmasa dahi kamu tüzel kişilerinin akdettikleri sözleşmeler hakkında TBK. m. 20 vd. hükümleri uygulanabilir, Altop, **GİK**, s. 38.

⁵⁰⁰ Y. 3. HD'nin 4.11.2003 tarihinde vermiş olduğu 12910/13149 sayılı karar bu açıdan önemlidir. Zira bu kararda denetlenen genel işlem koşulları hükümsüz sayılmamıştır. Buna göre "...Taraflar arasında kurulmuş bulunan Telefon Abonman Sözleşmesinin 21. maddesine göre "Abone, Türk Telekom ile arasındaki ilişkilere dair yasa, tüzük ve yönetmelikler ile bu sözleşmede yer almamış genel mevzuat hükümlerine aynen uymayı, yasa, tüzük ve yönetmelikler ile ücret tarifeleri üzerinde sonradan yapılacak bütün değişikliklerin kendisine de uygulanmasını kabul ve taahhüt eder." Bu hükme dayanan davacı idare, gecikme bedeli hakkında yayınladığı genelgeler ile borcunu son ödeme gününden sonra ödeyen abonelerden 6183 sayılı AATUHK'da öngörülen gecikme zammı oranı kadar gecikme bedeli alınması hususunu kararlaştırmıştır. Yukarıda sözü edilen genel işlem şartlarında yer alan koşul, açık ve anlaşılabilir olduğunun yanında birden çok anlama gelmeyen, alışılmış olanın dışında bulunmayan bir kayıttır. Aksi takdirde sözleşenlerin karşılıklı çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun olarak denkleştirmeyen, müşterinin çıkarlarını girişimci yararına kısıtlayan şartlar geçersiz olmak durumunda kalacaktır...Sözleşenlerin sözleşmenin kurulmasından sonra edimi taraflardan birisinin tek yönlü bir irade beyanıyla belirleyebilmesi hususunda anlaşmaları her zaman olanaklıdır...Bu belirlemenin nasıl yapılacağı hakkında sözleşmede herhangi bir açıklık bulunmuyorsa belirleme yetkisi tamamen serbest olmayıp bunun adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması gerekir. Davacı kuruluşun AATUHK'ya göre belirlediği gecikme zammı, sözleşenlerin çıkarlarını müteşebbis yararına kısıtlamayan bir yöntemdir...Mahkemece, yukarıdaki olgular dikkate alınarak gecikme bedeli için davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi doğru görülmemiştir...", Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 535, 536.

⁵⁰¹ Doktrinde savunulan bir görüşe göre, üçüncü kişiler tarafından hazırlanan genel işlem koşullarıyla ilgili olarak kullanıcı, bunları çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hareket etmezse, artık onların genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Akman, s. 87, 88. Buna karşılık Atamer'in haklı olarak belirttiği üzere, bu tür bir görüşün kabulü, kullanıcının genel işlem

olmalıdır. Buna karşılık söz konusu koşullar, tek bir sözleşmede kullanılmak üzere kaleme alınmışsa, artık onları genel işlem koşulu olarak nitelendirmek mümkün olmaz⁵⁰². Bununla birlikte belirtilmelidir ki, bu koşulların fiilî olarak kullanılıp kullanılmadığı, şayet kullanıldı ise bunların kaç adet sözleşmede yer aldığı hususları değerlendirmede bulunurken önemli değildir⁵⁰³. Ancak burada tek bir sözleşmede kullanılmak üzere genel işlem koşullarının kaleme alındığını iddia eden girişimci, bu iddiasını ispat etme külfeti altındadır. Zira bunların çok sayıda sözleşme için kaleme alındığı varsayılır⁵⁰⁴.

Genellikle aynı girişimcinin farklı müşterilerle benzer içerikteki sözleşmeleri akdederken kullandığı genel işlem koşullarının içeriği de birbirleriyle paralel olur. Fakat bu noktada söz konusu koşullar arasında birebir bir uygunluk da aranmamaktadır⁵⁰⁵. TBK. m. 20/f. 2⁵⁰⁶, de de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Böylece kanuna karşı hilenin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁰⁷.

c. Taraflardan Biri, Bu Koşulları Sözleşme İçeriği Haline Getirebilmek İçin Diğer Tarafa Dayatmalıdır

Hazırlanması sürecinde sadece kullananın etkili olduğu genel işlem koşulları, müşterinin kabulüne sunulmakta ve müşteri asla bunların içeriğini tartışma konusu yapamamaktadır. Bu yönüyle genel işlem koşulları, bireysel sözleşmelerden ayrılmaktadır. Karşılıklı tartışmalar sonucu yürürlüğe giren bir hüküm, genel işlem koşulu olarak adlandırılmaz⁵⁰⁸. Bu noktada ne

koşulları hakkında uygulanan denetim prosedüründen rahatlıkla kurtulmasına zemin hazırlar, **GİŞ**, s. 67, dn. 33. Aynı görüşte, bkz. Çınar, s. 58. Söz konusu tartışmalar için ayrıca bkz. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 82, 83.

⁵⁰² Aksi görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 115.

⁵⁰³ Çınar, s. 57; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 81-83; Arıkan, s. 70; Antalya, s. 301; Aydoğdu, s. 17, 18; Ayrancı, s. 291.

⁵⁰⁴ Antalya, s. 301; Kocayusufpaşaoğlu, s. 233.

⁵⁰⁵ Atamer, **GİŞ**, s. 68; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 85; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 219; Antalya, s. 301.

⁵⁰⁶ TBK. m. 20/f. 2, “Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez” şeklindedir. Önemli olmayan değişiklikler yapılması halinde, bunların, birer bireysel sözleşme olduğu yönündeki iddialara geçerlilik tanımayan bu hüküm, doktrinde isabetle karşılanmaktadır, Altop, **GİK**, s. 37; Altop, Atilla; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, Nisan 2006, İstanbul 2007, s. 150, 151 (GİK ve Kefalet Sözleşmesi).

⁵⁰⁷ Aydoğdu, s. 33.

⁵⁰⁸ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 87, 88; Atamer, **GİŞ**, s. 72; Aydoğdu, s. 18.

zaman karşılıklı tartışmaların varlığından bahsedileceğini; müşterinin sözleşme metninin her bir sayfasını imzalamasının, bireysel bir sözleşmenin mevcut sayılabilmesi için yeterli olup olmayacağını tespit etmek gerekir. Belirtilmelidir ki, doktrinde sözleşme metninin her sayfasında müşterinin imzasının bulunması, bireysel bir sözleşmenin varlığı için yeterli görülmemektedir. Zira bu tür bir sözleşme, ancak ve ancak müşteriye genel işlem koşulları üzerinde gerçek anlamda değişiklik yapabilme imkânı verilen hallerde söz konusu olabilir⁵⁰⁹. Buna paralel olarak TBK. m. 20/f. 3'de "*Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*" şeklinde bir hüküm ihdas edilmiştir. Böylece genel işlem koşullarıyla ilgili emredici olarak öngörülen hükümlerin dolanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır⁵¹⁰.

2. Varlığı Zorunlu Olmayan Unsurlar

TBK. m. 20/f. 1, c. 2'den anlaşıldığı üzere, genel işlem koşullarının sözleşme metninin ön ya da arka sayfasında basılı olmaları veya ayrı bir metin olarak kaleme alınmaları, onların genel işlem koşulu olma özelliğini kaybetmelerine sebep olmaz. Aynı şekilde sayfalar dolusu hazırlanmaları ya da tek bir cümleden ibaret olmaları da nitelendirmede bulunurken önem arz etmez. Yine uygulamada genellikle küçük puntolar halinde kaleme alınsalar da bunun dışına çıkılarak, bir elektronik cihaza kaydedilmeleri ya da ender de olsa yazılı olarak düzenlenmemeleri, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Aksinin kabulü, emredici hükümlerin dolanılmasını mümkün kılar⁵¹¹. Ancak girişimcinin kullandığı sözleşmelerden birinde, sırf sözleşmenin karşı tarafında bulunan müşterinin konumu dikkate alınarak düzenleme yapıldığı takdirde, artık söz konusu düzenlemenin, genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁵¹². Ayrıca Türk Borçlar

⁵⁰⁹ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 89; Atamer, **GİŞ**, s. 74; Kılıçoğlu, s. 116.

⁵¹⁰ Antalya, s. 302.

⁵¹¹ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 90-92; Atamer, **GİŞ**, s. 72,73; Altop, **GİK ve Kefalet Sözleşmesi**, s. 150; Aydoğdu, s. 33.

⁵¹² Oğuzman/Öz, **C. 1**, s. 163, 164.

Kanununun uygulanabilmesi için tıpkı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda olduğu gibi, müşterinin, tüketici vasfının bulunması da gerekmez. Türk Borçlar Kanunu, tüketici ve tacir ayrımı yapılmaksızın, genel işlem koşullarının tamamına karşı uygulanabilir⁵¹³.

C. Hukukî Niteliği

Genel işlem koşulları, taraflardan birinin iradesi doğrultusunda genel ve soyut bir şekilde düzenlendikleri ve çok sayıda sözleşme bakımından uygulanabilir kabiliyette oldukları için hukuken kanun hükümleri ile benzerlik göstermektedir. Bu esastan hareket eden norm görüşü, bir süre için Alman doktrinde etkili olmuştur. Bu görüşte olan yazarlar, tarafların, söz konusu koşulların sözleşme içeriğinin kapsamına girmesi konusunda iradeleri uyuşmasa dahi bunların kendiliğinden bağlayıcı bir karakteri bulunduğunu savunmaktadırlar⁵¹⁴.

İlerleyen dönemlerde genel işlem koşullarının birer örf ve adet kuralı olduğu iddia edilmiştir. Buna gerekçe olarak da, ticarî hayatta genel işlem koşullarının sıkça kullanıldığı ve genellikle müşterilerde, söz konusu koşullar olmaksızın girişimcilerin sözleşme kurmayı kabul etmeyeceği şeklinde bir ön kabullenmenin bulunduğu belirtilmektedir⁵¹⁵.

Şu an için ise doktrinde hâkim olan görüş, sözleşme görüşüdür. Buna göre genel işlem koşulları, ancak tarafların iradelerinin uyuşması sonucunda sözleşmenin bir parçası haline gelebilir ve bu andan itibaren hukukî bir öneme sahip olabilir. Zira bundan önceki dönemde söz konusu koşullar, bir kâğıt parçası olmaktan öteye gidemez⁵¹⁶.

⁵¹³ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 92; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 217; Altop, **GİK ve Kefalet Sözleşmesi**, s. 149; Kuntalp, Erden; **Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 92. Aksi görüşte olan Antalya, kendisine genel işlem koşulu dayatılan tarafın tacir olduğu hallerde, TBK. m. 20 vd. hükümlerinin uygulanamayacağını, sadece TTK. m. 54 vd. ndaki haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulabileceğini savunmaktadır, s. 294-296.

⁵¹⁴ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 93, 94; Soyer, s. 54-56; Oğuz, **İçerik**, s. 26-28; Bahtiyar, s. 110.

⁵¹⁵ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 100; Oğuz, **İçerik**, s. 51, 52.

⁵¹⁶ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 102, 103; Atamer, **GİŞ**, s. 78, 79; Akman, s. 89; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 218; Soyer, s. 69, 70; Oğuz, **İçerik**, s. 32-35; Oğuz, Cemal; "Tüketicilerin Korunması

III. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi

Uygulamada özellikle bankacılık, taşımacılık, sigortacılık ve otelcilik gibi hizmetleri sunan girişimciler, müşterilerinin muhtemel tazminat taleplerine karşı kendileri koruyabilmek için genel işlem koşulları içerisinde sorumsuzluk kayıtlarına yer vermektedirler. Üstelik söz konusu kayıtlar, bireysel sözleşmelerden daha ziyade genel işlem koşulları arasında düzenlendiğinden⁵¹⁷ bunların kullanılmasına izin verilip verilmeyeceğini, şayet izin verilecekse, bu noktada denetimin ne şekilde yapılması gerektiğini ayrıca incelemek gerekmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, tek tarafın menfaatine hizmet eden sorumsuzluk kayıtlarını içeren genel işlem koşullarının kullanılmasına hiçbir halde izin vermemek, sosyal ve ekonomik hayatın gereklerine uygun düşmemektedir. Zira girişimcilerden bütün müşterileri ile tek tek bu tür koşulları tespit etmelerini beklemek, işlemlerin hızlı bir şekilde yürütülmesini engellemektedir. Kaldı ki, bu tür bir uygulamada bulunulsa dahi tecrübeli bir işletme karşısında yer alan, özellikle hukuk eğitimi de almamış olan müşterilerin, müzakere için kendilerine sunulan bu tür koşulların doğurabileceği olumsuz sonuçları anlamaları mümkün değildir. Bu sebeple hukuken zayıf konumda bulunan müşteriler tarafından içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da bulunduğu genel işlem koşulları kabul edildiğinde, yapılması gereken şey, onları denetime tâbi tutmaktır⁵¹⁸.

İçerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da bulunduğu genel işlem koşullarının kullanılmasına izin verildiğine göre, artık bunlar hakkında TBK. m. 20 vd. nda belirtilen hükümlerin ne şekilde uygulanması gerektiği üzerinde

Açısından Genel İşlem Şartları”, **ABHKD**, S. 4, 12-16 Ocak 2000, s. 513 (Tüketicilerin Korunması); Çınar, s. 60.

⁵¹⁷ Akman, s. 85; Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 117; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 274.

⁵¹⁸ Erten, **Sorumluluk Şartları**, s. 119; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 39; Soyer, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, s. 228. Buna göre hukuk sistemimiz, emredici hükümlere uygun düşmeyen genel işlem koşullarının düzenlenmesine izin vermemiştir. Öte yandan bu koşulların içerisinde tamamlayıcı nitelikte olan bazı hükümlere uygun düşmeyen düzenlemelere yer verilmesi halinde bu hükümler geçerli sayılmıştır. Fakat bunun için söz konusu hükümlerin, müşteri tarafından bilerek ve istenerek kabul edilip edilmediğinin de araştırılması istenmiştir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 220; Antalya, s. 290.

durulabilir. Ancak içerik denetimi sırasında söz konusu kayıtların geçerli olup olmadığı araştırılırken, hukuken emredici nitelik taşıyan TBK. m. 115 ve 116'daki hükümler de göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, TBK. m. 115 ve 116'ya göre kesin hükümsüz sayılan sorumsuzluk kayıtlarının, ayrıca TBK. m. 25'e göre içerik denetimine tâbi tutulup tutulmayacağını açıklamak gerekir. Diğer bir deyişle, TBK. m. 25'in, yalnızca TBK. m. 115 ve 116'ya göre geçerli kabul edilen sorumsuzluk kayıtlarının denetimi hakkında mı uygulama alanı bulacağını tayin etmek gerekir⁵¹⁹. Ancak bundan önce TBK. m. 20 vd. hükümleri inceleme konusu yapılmalıdır.

TBK. m. 20 vd. hükümlerinde öngörülen denetim mekanizması üç ayrı başlık altında incelenebilir: İlk olarak, genel işlem koşullarının sözleşme metninin kapsamına dâhil olup olmadığı hususu, TBK. m. 21 ve 22 uyarınca yürürlük denetimi yapılarak belirlenmeye çalışılır. Sonrasında sözleşme kapsamına girdiği anlaşılan genel işlem koşullarının ne anlama geldiği, TBK. m. 23'e göre yorum yoluyla belirlenir. Nihayet söz konusu koşulların müşteri açısından menfaat dengesini haksız bir biçimde bozup bozmadığı sorunu, TBK. m. 24 ve 25'te düzenlenen içerik denetimi yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılır⁵²⁰.

A. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Yürürlük (Bağlayıcılık) Denetimi

1. Genel Olarak

Yürürlük denetimi ile içerisinde sorumsuzluk kaydı da bulunan genel işlem koşullarının, ne zaman sözleşmenin bir parçası haline geleceği sorusu cevaplandırılmaya çalışılmaktadır. Hâkim, bu denetimi yerine getirirken büyük ölçüde güven teorisinden istifade eder. Yani bu aşamada girişimcinin, dürüstlük kuralı gereğince müşterisinin kabul beyanının, gerçekten genel

⁵¹⁹ Bu sorular, içerik denetimi başlığı altında cevaplandırılmaya çalışılmıştır, bkz. aşağıda § 13, III, C, 1.

⁵²⁰ Atamer, Yeşim; “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, s. 11 (Sempozyum); Kocayusufoğlu, s. 232; Altop, **GİK**, s. 35; Başalp, s. 32, 33; Sirmen, s. 112, 113.

işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kaydını kapsadığı konusunda korunmaya değer bir hukukî menfaatinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeye çalışılır. Daha açık bir deyişle, müşterinin sözleşmede kullanılan koşulların varlığı hakkında bilgi sahibi olup olmadığı ve somut olarak bu tür bir bilgiye sahip olmasa dahi sözleşmenin geçerliliğinin anılan koşullarının kabulüne bağlandığı konusunda girişimcinin hangi durumlarda korunmaya layık haklı bir güveninin söz konusu olduğu araştırılır⁵²¹. Bu araştırma sonucunda, girişimcinin korunmaya layık haklı bir güven içerisinde olmadığı anlaşılırsa, artık diğer denetim yollarına başvurmaya gerek kalmaksızın, söz konusu koşulların (bu arada da sorumsuzluk kayıtlarının) sözleşme içeriğine dâhil olmadığına hükmedilir⁵²².

Yürürlük denetimi kapsamında müşterinin iradesini açıkça ya da zımnen beyan etmesi, tek başına genel işlem koşulları içerisindeki sorumsuzluk kayıtlarının sözleşmenin bir unsuru haline gelebilmesi bakımından yeterli değildir⁵²³. Zira bunun dışında girişimcinin, bu kayıtların varlığı konusunda müşteriyi açıkça bilgilendirmesi ve söz konusu kayıtları öğrenmek bakımından ona fırsat tanınması gerekmektedir⁵²⁴.

TBK. m. 21’de *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır”* hükmüne yer verilmiştir⁵²⁵.

⁵²¹ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 109; Başalp, s. 33; Atamer, **GİŞ**, s. 81, 82; Atamer, **Sempozyum**, s. 26, 27.

⁵²² Atamer, **Sempozyum**, s. 27.

⁵²³ Buna karşılık doktrinde müşterinin iradesini zımni olarak beyan etmesinin, söz konusu kayıtların sözleşmenin kapsamına dâhil olması bakımından yeterli olmadığı da savunulmaktadır. Zira bu konuda açıkça irade beyanında bulunulmuş olması zorunlu görülmektedir. Çınar, s. 73; Aydoğdu, s. 25.

⁵²⁴ Atamer, **Sempozyum**, s. 27; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 107; Kocaman, s. 1098; Ayrancı, s. 293, 294.

⁵²⁵ Genel işlem koşullarının karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı sorunu, içerik denetimi kapsamında çözüme kavuşturulmaya çalışılır. Dolayısıyla yürürlük denetimini konu alan TBK. m. 21’de bu şekilde bir ifadeye yer verilmiş olması, doktrinde isabetli görülmemektedir. Atamer, **Sempozyum**, s. 28; Aydoğdu, s. 21.

Hükmün zıt anlamından, sözleşme kurulduktan sonra uyarıda bulunulması ve/veya öğrenme fırsatı tanınması halinde, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının sözleşme içeriğine dâhil olmayacağı sonucuna erişilebilir. Doktrinde bu noktadan sonra girişimcinin davranışının, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin bir öneri olmaktan öteye gidemeyeceği ifade edilmektedir. Yani bu halde, söz konusu kayıt, müşteri tarafından açıkça kabul edilmediği sürece, sözleşme içeriğine dâhil olmuş sayılamaz⁵²⁶.

Diğer taraftan aynı konuyu ele alan Alman Medenî Kanununda sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşullarıyla ilgili açıkça uyarıda bulunmanın, sözleşmenin kuruluş tarzı itibarı ile kullanıcıyı büyük bir külfet altına sokacağı hallere ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir (BGB § 305/2). Buna göre, söz konusu kayıtların sözleşmenin kurulduğu yerde belirgin bir şekilde ilân edilmesi, bunların sözleşmenin kapsamına dâhil sayılabilmesi bakımından yeterlidir. Buna karşılık lâfzî olarak yorumlandığında, Türk Borçlar Kanunu, genel işlem koşulları içerisindeki sorumsuzluk kayıtlarını ilân suretiyle bildirme konusunda kullanıcıya herhangi

⁵²⁶ Müşterinin susması, doktrinde genel olarak kabul şeklinde değerlendirilmemektedir. Atamer, **GİŞ**, s. 91; Akman, s. 90; Arıkan, s. 71. Buna karşılık genel işlem koşuluna maruz kalan tarafın da tacir olduğu hallerde, susma kabul olarak değerlendirilmektedir. Antalya, s. 307. Diğer taraftan girişimci, sözleşme kurulmadan önceki bir dönemde genel işlem koşullarını içeren belgeyi müşterisine kabul için ibraz ederse, artık onun susması, zımnen söz konusu koşulları kabul ettiği anlamına gelir. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 121. Günlük hayatta girişimciler, ortaya çıkabilecek muhtemel sorumluluklarını sınırlandırabilmek için içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da bulunduğu genel işlem koşullarını müşterilerine ibraz etmektedirler. Fatura ve makbuz içerisinde yer alan bu tür sorumsuzluk kayıtları karşısında müşterilerin susması, doktrinde genellikle kabul şeklinde nitelendirilmemektedir. Zira söz konusu belgeler müşterilere ibraz edilmeden önce sözleşme zaten kurulduğu için bu belgelerde yer alan sorumsuzluk hükümlerinin, sözleşmenin içeriğini değiştirmeye yönelik bir öneri olmaktan öteye gidemeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir. Aynı değerlendirme, uçak, otobüs gibi ulaşım şirketlerinin verdikleri belgelerde yer alan sorumsuzluk kayıtları için de yapılabilir. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 125-127. Buna karşılık Erten, farklı bir bakış açısı sergilemektedir. Şöyle ki, bu tür belgelerde yer alan sorumsuzluk kayıtlarını gören müşterilerin herhangi bir itirazda bulunmamalarını, zımni kabul olarak değerlendirmektedir. Zira sorumsuzluk kayıtlarının, her müşteriye ayrı ayrı bildirilmesini beklemek işin niteliği ile bağdaşmaz. Ancak istisnâi olarak kolaylıkla anlaşılamayacak bir bölümde yer alan ya da sözleşmenin ifasına başladıktan sonraki bir dönemde teslim edilen sorumsuzluk kayıtları, müşteri tarafından zımnen kabul edilmiş sayılamaz. **Sorumsuzluk Şartları**, s. 98, 99. Burada Erten'in getirdiği yorumdan, sözleşme kurulmadan önceki dönemde de sorumsuzluk kayıtlarını içeren belgelerin müşterilere ibraz edilmesinin mümkün olabileceği ve bunlar hakkında zımni kabulün varlığının kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Hâlbuki özellikle ulaşım şirketlerinin verdikleri biletlerde yer alan sorumluluğu sınırlandıran kayıtların sözleşmeyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Zira daha önce taraflar arasında sözleşme kurulmuştur, bilet sadece bu durumun varlığını ispat etmektedir. Oğuz, **Tüketicilerin Korunması**, s. 525.

bir imkân tanımamıştır. Bununla birlikte doktrinde genişletici bir yorum yöntemine başvurmak suretiyle ona söz konusu imkânın tanınmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir⁵²⁷. Genel işlem koşulları ve bunların bünyesinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, iki farklı şekilde müşteriye bildirilebilir:

a. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Açıkça Bildirilmesi

Girişimcinin, genellikle karşılaşıldığı üzere, sözleşme görüşmeleri esnasında genel işlem koşullarını içeren metni, müşterisine teslim ederek, ancak söz konusu koşulların kabulü halinde sözleşmeyi kurmak istediğini beyan etmesi, açık bir biçimde bildirimin yapıldığı anlamına gelir. Böylece bu koşulların tamamı, bu arada sorumsuzluk kayıtları da sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sayılır. Bununla birlikte sorumsuzluk kayıtlarını içeren genel işlem koşulları sözleşmeden bağımsız olarak düzenlenmişse, bu koşulların sözleşme metninin kapsamına girebilmesi için açıkça sözleşmede genel işlem koşullarına atıfta bulunulması ve müşteriye sözleşme kurulmadan önce bu koşulların varlığı hakkında bilgi sahibi olma imkânının tanınması gerekmektedir. Bu tür bir atıfta bulunulmakla beraber müşteriye söz konusu koşullarla ilgili bilgi sahibi olma imkânı tanınmazsa, artık onlar, sözleşmenin içeriğine dâhil olmamış sayılırlar⁵²⁸.

⁵²⁷ Atamer, **Sempozyum**, s. 29; Atamer, **Armağan**, s. 324, 325; Antalya, s. 304; Aydoğdu, s. 25. Aksi görüş için bkz. Çınar, s. 73, dn. 24.

⁵²⁸ Atamer, **GİŞ**, s. 86, 87; Akman, s. 90; Rehbinder, Manfred; “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması- Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne”, Çeviren Ömer Teoman, **İÜHFM**, C. 42, S. 1-4, 1977, s. 648. Buna karşılık genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olunmaması, diğer bir deyişle, bu koşulların hangi konuları düzenlediğinin bilinmemesi, bildirimin yapılmadığı anlamına gelmemektedir. Zira burada önemli olan husus, müşterinin genel olarak genel işlem koşullarının varlığından haberdar olması için girişimcinin üzerine düşen sorumluluğu yerine getirip getirmediğidir. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 110; Soyer, s. 80, 81. Diğer taraftan doktrinde genel işlem koşullarına atıfta bulunulması, bunların sözleşmenin içeriği haline gelmesi bakımından yeterli olduğu, ayrıca bu koşulların yer aldığı metnin müşteriye teslim edilmesinin gerekli olmadığı da savunulmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, özellikle sorumsuzluk kayıtlarının metin içerisinde dikkat çekecek şekilde düzenlenip düzenlenmemesinin de bir önemi yoktur. Oğuz, **İçerik**, s. 62, 63. Ancak Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesi ile beraber, artık bu koşulların teslim edilmesi, müşterinin bunların varlığını öğrenebilmesi bakımından bir nevi zorunlu hale gelmiştir.

Belirtilmelidir ki, sözleşmenin kurulması için sorumsuzluk kayıtlarını da konu alan genel işlem koşullarının mevcut olup olmadığı hususunda müşteriden bizzat araştırma yapması beklenilmemektedir⁵²⁹. Ancak girişimci, sözleşme metni ve onun ayrılmaz bir parçası haline getirilen sorumsuzluk kayıtlarını, okuması için müşterisine teslim ettiğinde, o, bunları okuma zahmeti göstermeden doğrudan sözleşmeyi imzalarsa, global olarak kabul ettiği bu kayıtlarla bağlı hale gelir. Diğer bir deyişle artık bu kayıt, sözleşmenin içeriğine dâhil olur⁵³⁰. Buna karşılık girişimci, genel işlem koşulları içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da bulunduğunu ve bunun ne anlama geldiğini açıklamak zorunda değildir. Genel olarak sözleşmede atıfta bulunulması ve metnin içeriğini öğrenmek için müşteriye zaman tanınması, söz konusu kayıtların sözleşmenin içeriği haline gelebilmesi bakımından yeterlidir⁵³¹.

Girişimci, sözleşmede genel işlem koşullarına ve bunun bünyesinde yer alan sorumsuzluk kayıtlarına atıfta bulunmamışsa, müşteri, fiilen durumdan haberdar olsa dahi söz konusu kayıtlarla bağlı olmaz. Ancak istisnaî olarak, girişimcinin bütün sözleşmelerini sorumsuzluk kayıtları ile birlikte yaptığı genel olarak bilindiğinde, müşteri söz konusu kayıtlar ile bağlı hale gelir. Aksinin kabulü, müşterinin hileli hareketinin korunmasına vesile olur⁵³².

⁵²⁹ Atamer, **GİŞ**, s. 88; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 116; Oğuz, **İçerik**, s. 39.

⁵³⁰ Yalnız global kabul olsa da müşteri kendisi için şaşırtıcı nitelik taşıyan hükümlerle bağlı değildir. Atamer, **GİŞ**, s. 102; Sirmen, s. 115; Başalp, s. 34; Kocaman, s. 1098, 1099. Aynı şekilde normal, makûl ve orta zekalı bir müşteri tarafından anlaşılamayacak şekilde kaleme alınan genel işlem koşulları ile karşılaşıldığında, somut olaydaki müşterinin, bunları global olarak kabul ettiğinden söz edilemez. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 114, 115. Buradan yola çıkarak, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının, ancak normal bir müşterinin dikkatinden kaçmayacak şekilde düzenlenmesi halinde bağlayıcı olabileceği söylenebilir. Diğer bir deyişle, sözleşmeye sonradan eklenen kayıtlar özel bir dikkat sarf etmeyi gerektirdiği takdirde, müşteriye bunlarla bağlı tutmak mümkün değildir. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 97; Bahtiyar, s. 112.

⁵³¹ Atamer, **Sempozyum**, s. 28, 29; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 121; Kaşak, Esra; “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, **İÜHFD**, C. 3, S. 1, 2012, s. 419. Kaldı ki, bu tür kayıtların girişimci tarafından açıklanması da bunları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaya yetmemektedir. Zira bu durum, müşterinin iradesi doğrultusunda söz konusu kayıtların değiştirilmesine müsaade edileceği şeklinde değerlendirilemez. Oğuz, **İçerik**, s. 14; Oğuz, **Tüketicilerin Korunması**, s. 512. Buna karşılık bazı yazarlar, girişimcinin, müşterinin menfaatlerini zedeleyen genel işlem koşulları hakkında ayrıntılı bir bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğunu, bu açıdan genel nitelikte bir bilgilendirmenin yeterli olmadığını savunmaktadırlar. Kuntalp, s. 95; Antalya, s. 306; Kılıçoğlu, s. 117.

⁵³² Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 122.

b. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İlân Suretiyle Bildirilmesi

Genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtları, girişimcinin sorumluluğunu sınırlandırmak bakımından yeterli değildir. Zımnen dahi olsa müşteri, söz konusu kayıtlara rıza göstermediğinde, bir başka ifadeyle, bu kayıtlar, sorumsuzluk sözleşmesi boyutuna erişemediğinde, hukuken hiçbir değer taşımazlar⁵³³. Zira hiç kimse, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin hukukî durumunu onun iradesi dışında ağırlaştıramaz. Bununla birlikte uygulamada girişimciler, sözleşmenin karşı tarafını ikaz edebilmek veya genel olarak toplumu bilgilendirebilmek için kendilerinin hazırladığı ve içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da bulunduğu genel işlem koşullarını ilân suretiyle açıklamaktadırlar⁵³⁴. Oldukça sık bir şekilde karşılaşılan bu tür bir ilânın, tek başına girişimcinin sorumluluğunu sınırlandırması söz konusu değildir. Ancak burada asıl önem arz eden husus, müşterinin de bu ilânı gördüğü ve sessiz kalarak, zımnen ilânda yer alan sorumsuzluk kayıtlarına icazet verdiği şeklinde girişimciden kuvvetle muhtemel bir şekilde gelebilecek bir savunma karşısında, hâkimin nasıl bir yol izlemesi gerektiğidir. Bu konuda hâkim, TBK. m. 578'e⁵³⁵ başvurabilir. Buna göre, otel veya pansiyon gibi yerleri işleten girişimciler, konaklamaya gelenlerin kaybolan eşyalarından sorumludurlar ve verdikleri ilânlara dayanarak, önceden sorumluluklarını sınırlandırmaları mümkün değildir. Doktrindeki hâkim görüş, otel ya da pansiyon gibi yerleri işletmeyen girişimcilerin sorumluluklarının sınırı hakkında dahi değerlendirmede bulunurken, oldukça dikkatli bir şekilde hareket edilmesi gerektiğinden yanadır. Daha açık bir deyişle, girişimci, söz konusu ilânı müşterinin rahatlıkla görebileceği bir yere⁵³⁶ asmalı ve mahiyetini anlaşılır bir şekilde

⁵³³ Akman, s. 2; Başalp, s. 52, 53.

⁵³⁴ Başalp, s. 53.

⁵³⁵ TBK. m. 578, otel ve pansiyon gibi yerleri işleten girişimcilerin sadece ilân suretiyle sorumluluklarını sınırlandırmalarına izin vermemektedir; yoksa bu kişilerin müşterileri ile bireysel sözleşmeler yaparak sorumluluklarını sınırlandırmalarını engellemektedir. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 125.

⁵³⁶ Bu yer, Alman Hukukunda sözleşmenin kurulduğu yer olarak ifade edilmektedir, bkz. yukarıda § 13, III, A, 1.

ifade etmelidir ki, zımnî kabulün varlığından söz edilebilsin⁵³⁷. Zira müşteri bir işletmeye girdiğinde, girişimcinin sorumluluğunu sınırlandırmaya yönelik duvarda ya da başka bir yerde herhangi bir ilân veya afişin bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda değildir. Yalnız girişimci, zımnen müşterinin ilân yoluyla bildirilen kayıtları kabul ettiğini ileri sürüyorsa, TMK. m. 6 gereğince bunun varlığını kanıtlamak zorundadır⁵³⁸. Nitekim doktrinindeki bazı yazarlar, daha da ileriye giderek ilân, müşterinin görebileceği bir yere asılmış olsa bile hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, TBK. m. 578 hükmünün diğer bütün sözleşmelerde de kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedirler⁵³⁹. Bununla birlikte diğer bazı yazarlar ise, TBK. m. 578 hükmünün kıyasen uygulanması yoluna gidilmeden, kanunda genel işlem koşulları için öngörülen içerik denetiminden istifade ederek, aynı sonuca varılmasının mümkün olduğunu savunmaktadırlar⁵⁴⁰.

Girişimcinin astığı ilân, sözleşme kurulduktan sonra görülebilecek bir yerde bulunuyorsa, müşterinin, ilânda yazılı sorumsuzluk kaydını zımnen kabul ettiği söylenemez. Zira bu aşamadan sonra müşteriden bunun dışında başka bir davranışta bulunması beklenemez⁵⁴¹. Diğer taraftan sözleşme kurulmadan önceki bir dönemde, sorumsuzluk kaydının, ülke genelinde yayınlanan gazetelerde veya sokak aralarında ilân edilmesi de girişimcinin sorumluluğunun sınırlandırılabilmesi bakımından yeterli değildir. Zira bu tür bir sonucun elde edilebilmesi için Alman Medenî Kanununda da belirtildiği üzere, söz konusu kaydın, sözleşmenin kurulduğu yerde de ilân edilmesi gerekir⁵⁴².

⁵³⁷ Akman, s. 38; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 112-115; Alniak, s. 336; Başalp, s. 54.

⁵³⁸ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 113; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 840; Başalp, s. 55; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 123, 124.

⁵³⁹ Akman, s. 38, 39; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 841. Buna karşılık Alniak'a göre, otel ve pansiyon gibi yerleri işletmeyen girişimcilerle ilgili kanunda özel bir düzenleme bulunmaması, bu kişilerin sorumluluklarını ilân suretiyle sınırlandırabilecekleri anlamına gelmektedir, s. 336.

⁵⁴⁰ Atamer, **GiŞ**, s. 90, dn. 53; Başalp, s. 60.

⁵⁴¹ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 113, 114; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 840.

⁵⁴² Atamer, **GiŞ**, s. 89, dn. 47. Erten'e göre, bu şekilde ilân edilen sorumsuzluk kayıtları, her ne kadar geçerli olsa da, bu durum, topluma söz konusu kayıtların var olup olmadığı konusunda bir araştırma külfeti yüklediğinden dolayı, hâkimin karar verme sürecinde oldukça dikkatli hareket etmesi gerekir, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 123, 124.

Ayrıca Alman Medenî Kanunundaki⁵⁴³ düzenlemenin de ilerisine gidilerek, doktrinde büyük işletmelerin lehine sonuç doğurabilecek farklı bir görüş⁵⁴⁴ ileri sürülmüştür. Buna göre, söz konusu türden bir işletme adına hareket eden girişimci için genel işlem koşulu olarak hazırlanan sorumsuzluk kayıtlarını müşterilerinden her birine ayrı ayrı teslim etmek aşırı bir külfete yol açacaksa, girişimci sorumluluğunu ilân suretiyle sınırlandırabilmelidir. Zira hakkaniyet gereğince girişimci aksi yönde bir davranışta bulunma imkânına sahip değildir. Buna karşılık küçük işletmeler adına hareket eden girişimciler için aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir.

2. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Aykırı Olması

Sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça uyarıda bulunan ve müşterisine bunları öğrenme imkânı tanıyan girişimci, yürürlük denetimini başarılı bir şekilde tamamlamış sayılamaz. Zira müşterinin dürüstlük kuralı gereğince kendisinden katlanılması istenemeyecek derece alışılmamış, şaşırtıcı nitelikteki sorumsuzluk kayıtlarıyla bağlı tutulması söz konusu değildir. Bundan dolayı girişimcinin, ayrıca bu nitelikteki kayıtlarla ilgili müşterinin dikkatini çekmesi gerekmektedir. Bu açıklamalardan hareketle, kendisine verilen, içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da bulunduğu sözleşme metnini okumadan imzalayan, bir başka deyişle, global olarak kabul eden müşterinin, yalnızca kendisi için beklenebilir, alışılmış nitelikleri haiz kayıtlarla bağlı olduğu sonucuna varılabilir⁵⁴⁵. Nitekim TBK. m. 21/f. 2’de “Sözleşmenin niteliğine ve

⁵⁴³ Alman Medenî Kanununda sadece aşırı ifa güçlüğünden bahsedilmektedir. Rehbinden, s. 648. Yoksa ilân suretiyle açıklanan sorumsuzluk kayıtlarının sözleşmeye dâhil edilmiş sayılabilmesi için işletmenin büyüklüğüyle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁵⁴⁴ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 122, 123.

⁵⁴⁵ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 133, 134; Kocayusufoğlu, s. 237; Atamer, **Sempozyum**, s. 29, 30; Yalçın, s. 75, 76; Bigat, Şevket Güney/Lokmanoğlu, Ensar; “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, **İBD**, C. 83, S. 6, 2009, s. 3149. Özellikle girişimci, söz konusu koşullar hakkında müşterisini bilgilendirmişse, artık bu koşullar onun için beklenmedik olarak değerlendirilemez. Soyer, s. 84; Sirmen, s. 116, Aksi görüş için bkz. Antalya, s. 309. İsviçre Federal Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararında, genel işlem koşulu şeklinde düzenlenen, davalının ihmali olarak yol açacağı zararlardan sorumluluk kabul etmeyeceğine ilişkin sorumsuzluk kaydını, bununla sözleşmenin asıl amacının

işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” hükmüne yer verilmiştir.

Doktrinde alışılmamış veya şaşırtıcı nitelikteki kayıtlarla, TBK. m. 21/f. 2’de ifade edilen sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan kayıtlar anlatılmak istenmektedir⁵⁴⁶. Bu kayıtların varlığına hükmedebilmek için ayrıca dürüstlük kuralı gereğince, bunların müşteri açısından katlanılabilir bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunun da araştırma konusu yapılması gerekmektedir. Zira sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan kayıtlar hakkında doğrudan bunların sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı anlamı çıkarılamaz. Ancak böyle bir araştırma yaparken, müşterinin kişisel özellikleri, bilgi ve tecrübesi değil, bilakis onun içinde bulunduğu sosyal çevrede yer alan normal, makûl ve dürüst üçüncü kimselerin durumu göz önünde tutulmalıdır⁵⁴⁷.

Uygulamada oldukça sık bir şekilde genel işlem koşulları içerisinde müşterinin hiçbir şekilde sözleşmede yer alacağını tahmin etmediği tarzda kendisi için tamamen alışılmamış veya şaşırtıcı olan ve girişimcinin sorumluluğunu sınırlandıran kayıtlarla karşılaşmaktadır. Örneğin, genel işlem koşulları içerisinde borca aykırılık bölümü dışında tamamen ilgisiz başka bir yerde düzenlenen sorumsuzluk kaydı hakkında alışılmamış nitelendirilmesi yapılabilir⁵⁴⁸. Aynı nitelendirme, TBK. m. 116/f. 1’in uygulanmayacağına ilişkin kayıt için de yapılabilir. Zira bu tür bir kaydın taşıdığı anlam, yalnızca hukukçular tarafından anlaşılabilir⁵⁴⁹. Böyle bir durumda girişimci, ancak söz konusu kayıtları, tek tek müşterisine açıklamak

gerçekleşmesi tehlikeye atılacağı için alışılmamış olarak nitelendirmiştir ve bu kaydın, sözleşme içeriğine dâhil olmadığına hükmetmiştir, Başalp, s. 34, dn. 116’dan naklen. Yine başka tarihli bir kararında, sigorta genel işlem koşullarında bulunan kiralayan kimsenin hafif ihmali ile zarara sebep olsa bile sigorta şirketinin bundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kaydını alışılmamış bulmuştur. Atamer, **Sempozyum**, s. 30’dan naklen. Buna karşılık aynı Mahkeme, üçüncü kişinin, müşterinin imzasını taklit ederek ona ait banka hesabından para çekmesi üzerine açılan davada, bankanın yetkili olmayan kişilere yapacağı ödemelerden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin kaydı, alışılmamış olarak değerlendirmemiştir, Atamer, **GIŞ**, s. 114; Bigat/Lokmanoğlu, s. 3154’ten naklen.

⁵⁴⁶ Kaşak, s. 421; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 136; Atamer, **Armağan**, s. 325.

⁵⁴⁷ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 136, 137; Atamer, **GIŞ**, s. 111; Atamer, Armağan, s. 325; Bigat/Lokmanoğlu, s. 3151, 3152.

⁵⁴⁸ Kaşak, s. 423, 424.

⁵⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 234.

suretiyle bunların alışılmamış olarak nitelendirilmesini engelleyebilir. Buradaki ispat yükü ise girişimcinin omuzlarındadır⁵⁵⁰. Zira karine olarak, müşterinin kendi hukukî durumunu kötüleştiren bu tür kayıtları kabul etmeyeceği varsayılır⁵⁵¹. Buna karşılık girişimci, kabul beyanında bulunduğu sırada müşterinin konuyla ilgili bilgi sahibi olduğunu ispat edebilirse, yürürlük denetiminden başarılı bir şekilde kurtulmuş olur. Bununla beraber içerik denetimi aşamasında bu kaydın açık ve anlaşılır olmaması sebebiyle girişimcinin, yine istediği sonucu elde etmesi mümkün değildir⁵⁵².

3. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Sorunu

Genel işlem koşullarını kullanan girişimci, bunların varlığıyla ilgili genel bir uyarıda bulunmamış veya uyarıda bulunsa bile bu koşulların içerisinde müşteri bakımından alışılmamış nitelik taşıyacak sorumsuzluk kayıtları öngörmüşse, TBK. m. 21'in ifadesiyle "bu kayıtlar yazılmamış sayılır". Türk Borçlar Hukukuna tamamen yabancı olan yazılmamış sayılma şeklinde bir yaptırım türüne, sadece Türk Ticaret Kanununun bazı maddelerinde rastlanılmaktadır⁵⁵³.

Türk Borçlar Hukukuna yabancı olan bu yaptırımın nasıl anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliğine varılabilmemiş değildir. Zira bununla ilgili olarak ileri sürülen görüşlerden birine göre, yazılmamış sayılma yaptırımı, yokluk şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁵⁴. Başka bir görüşe göre ise, burada esnek (kendine özgü) hükümsüzlük durumu söz konusudur⁵⁵⁵. Yine bu yaptırımın, kesin hükümsüzlük şeklinde anlaşılması gerektiği de ifade

⁵⁵⁰ Bigat/Lokmanoğlu, s. 3152.

⁵⁵¹ Oğuzman/Öz, C. 1, s. 165.

⁵⁵² Kocayusufpaşaoğlu, s. 234, dn. 29.

⁵⁵³ TTK. m. 587, 591, 594 ve 598 yazılmamış sayılma yaptırımına örnek olarak verilebilir. Atamer, Sempozyum, s. 30, 31. Poliçelerde keşidecinin sorumluluğunun sınırlarını ele alan TTK. m. 591, konumuz açısından önem taşıdığından, maddenin içeriğini ayrıca belirtme gereği duyduk. Buna göre "Keşideci, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden dolayı mesuldür. Keşidecinin kabul edilmeme halinde mesuliyetten kendini muaf tutması caiz ise de, ödenmeme halinde mesuliyetten muaf olduğunu gösteren kayıtlar yazılmamış sayılır."

⁵⁵⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 221; Kılıçoğlu, s. 117; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 166.

⁵⁵⁵ Böyle bir durumda kesin hükümsüzlüğe nazaran tarafların menfaatleri daha fazla zarar görmektedir. Antalya, s. 310. Zira esnek hükümsüzlükte, hükümsüzlük sebebinin bizzat taraflarca ileri sürülmesi gerekir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 292.

edilmektedir⁵⁵⁶. Bunun dışında hâkim görüşte olan yazarlar ise, özellikle genel işlem koşulları içerisinde yazılı olmayan bir şekilde düzenlenen sorumsuzluk kayıtları hakkında yazılmamış sayılma şeklinde bir yaptırımın nasıl uygulanacağı sorusunun cevapsız kalacağını gerekçe göstermek suretiyle, maddenin ifade tarzını yoğun olarak eleştirmektedirler. Burada aslında söz konusu kayıtların, hiç sözleşme içeriğine dâhil olmadığının anlatılmak istendiğini belirtmektedirler⁵⁵⁷.

Diğer taraftan genel işlem koşulu olarak düzenlenmiş bulunan sorumsuzluk kayıtları sözleşme kapsamı dışına itildikten sonra, sözleşmede birtakım boşluklar ortaya çıkarsa, hâkim, bu boşlukları genel olarak sözleşmelerin tamamlanmasında uygulanan esaslara göre doldurur⁵⁵⁸. Yani bu konuda tamamlayıcı hukuk kurallarına yahut tarafların farazî iradelerine başvurur⁵⁵⁹.

TBK. m. 22’de “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez” şeklinde öngörülen hükmün nasıl değerlendirilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, bu hüküm, kısmî yokluk olarak değerlendirilmelidir⁵⁶⁰. Buna karşılık hâkim görüşe göre, bu hükmün, yürürlük denetimi aşamasında uygulanma kabiliyeti yoktur. Bununla esas olarak içerik denetimi kapsamında TBK. m. 27’de öngörülen kısmî hükümsüzlük yaptırımının, sözleşmenin tamamını kapsayacak şekilde uygulanması engellenmek istenmiştir⁵⁶¹. Böylece girişimciden gelmesi muhtemel, sorumsuzluk kayıtlarının hükümsüzlüğünün, sözleşmenin bir bütün olarak hükümsüzlüğüne yol açması gerektiği yönündeki iddiaya hukukî geçerlilik tanınmamış olur.

⁵⁵⁶ Zira kanunda sözleşmenin içeriğine hiç dâhil olmamaya nazaran daha katı bir ifadeye yer verilmektedir. Çınar, s. 101.

⁵⁵⁷ Atamer, **Armağan**, s. 325; Altop, **GİK**, s. 40; Altop, **GİK ve Kefalet Sözleşmesi**, s. 152, 153; Başalp, s. 35; Arıkan, s. 72; Sirmen, s. 115.

⁵⁵⁸ Antalya, s. 310; Çınar, s. 102; Kaşak, s. 424.

⁵⁵⁹ Atamer, **GİŞ**, 121; Atamer, **Sempozyum**, 32; Rehbindir, s. 649.

⁵⁶⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 221.

⁵⁶¹ Sirmen, s. 117; Atamer, **Sempozyum**, s. 31; Atamer, **Armağan**, s. 325, 326.

B. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması

Yürürlük denetimi sonucunda sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu anlaşılan, genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtları, ikinci aşamada yorum denetimine tâbi tutulur. Böylece tarafların anlam bakımından üzerinde uzlaşmadığı kayıtların, normalde nasıl anlaşıldığı araştırılarak, sözleşmenin içeriği net olarak tespit edilmeye çalışılır⁵⁶².

Yorum denetimine geçmeden önce, Türk Borçlar Kanununda açıkça hüküm altına alınmasa da doktrinde kabul edildiği üzere, genel işlem koşulları ile düzenlenen konunun, taraflarca ayrı bir sözleşme konusu yapıp yapılmadığı araştırılmalıdır. Aynı konu, bireysel sözleşmede daha farklı düzenlenmişse, taraflar arasında hangi hükmün uygulanacağı sorunu ile karşı karşıya kalınır. Örneğin, sorumsuzluk kaydı, genel işlem koşulları ile düzenlendikten sonra bireysel bir sözleşmede girişimcinin her türlü borca aykırı davranışından sorumlu olacağı şeklinde bir hüküm öngörülmüşse, girişimci sorumsuzluk kaydından istifade edebilir mi? Doktrinde bu sorunun çözümüyle ilgili olarak “bireysel sözleşmenin öncelikle uygulanacağı” yönündeki Alman Hukukundaki düzenlenmenin benimsenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Zira taraflar, genel işlem koşulundan sonra aynı konuyu karşılıklı olarak müzakere etmek suretiyle daha farklı düzenlemişlerse, artık ilk duruma ilişkin onların iradeleri arasındaki uygunluk sona ermiştir⁵⁶³. Dolayısıyla genel işlem koşulu içerisinde yer alan kaydın, bireysel

⁵⁶² Sirmen, s. 118, 119; Çınar, s. 108. Genel ve soyut olarak düzenlendikleri için genel işlem koşullarının yorumlanmasında, objektif yorum yönteminin kullanılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir. Buna göre, içeriği konusunda anlaşma sağlanamayan genel işlem koşulları yorumlanırken taraflardan biri diğerine tercih edilmez. Güven teorisi gereğince makûl ve orta zekâlı bir müşterinin söz konusu koşulları nasıl anlaması gerektiği üzerinde durulur ve yorum yaparken somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmaz. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 148-150; Başalp, s. 119, Soyer, s. 130; Bahtiyar, s. 118, 119. Buna karşılık doktrinde somut olaya ilişkin hal ve koşulların bir bütün olarak değerlendirilmesi, diğer bir deyişle, sözleşmede kullanılan ifadelerle sınırlı bir yorum yönteminin tercih edilmemesi gerektiği de savunulmaktadır. Oğuz, **İçerik**, s. 79-82; Çınar, s. 111, 112. Buradan hareketle, yorum yaparken sözleşmenin amacının da dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinde amaç, sigortalananın hukukî durumunu korumak olduğu için bu sözleşmelerde yer alan ve sigortacıyı koruyan sorumsuzluk kayıtlarının dar yorumlanması isabetli olur. Oğuz, **İçerik**, s. 85.

⁵⁶³ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 141, 142; Atamer, **GiŞ**, s. 124, 125; Soyer, s. 85, 86; Yavuz, Nihat; “Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi”, **YD**, C. 25, S. 1-2, Ocak-Nisan 1999, s. 577 (GiŞ); Kaplan, **Banka**, s. 58; Kocaman, s. 1102.

sözleşmeye nazaran müşterinin hukukî konumunu daha iyi koruyor olması da varılan bu sonucu değiştirmez⁵⁶⁴. Verilen örneğe geri dönüldüğünde, genel işlem koşuluna rağmen girişimcinin sorumluluğunun devam etmesi gerektiği söylenebilir.

Alman Federal Mahkemesi, bir kararında bir malın belli vasıflara sahip olduğu yönünde vaatle bulunan satıcının, genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen sorumsuzluk kaydına dayanamayacağına hükmetmiştir. Buna gerekçe olarak, bireysel sözleşmenin bir parçasını oluşturan satıcının daha önceki tarihli vaadi ile genel işlem koşulu arasında açık olmasa da bir çatışmanın bulunduğunu göstermiştir⁵⁶⁵. Mahkemenin başka tarihli bir kararı ise, bankanın müşterisine kabul ettirdiği ve kendisinin sunduğu danışmanlık hizmetlerinden sorumlu olmadığına ilişkin bir sorumsuzluk kaydının, aynı müşteri ile akdedilen özel danışmanlık sözleşmesi bakımından uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı yönündedir. Karara gerekçe olarak, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin mahiyeti gösterilmiştir⁵⁶⁶. Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de, sözleşme ile otomobilin onarım ve bakımını yüklenen bir garaj işletmecisinin sorumluluğunun, sadece donma zararlarını kapsadığı şeklindeki genel işlem koşulunun hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağına karar vermiştir⁵⁶⁷.

Taraflar arasında ayrı bir bireysel sözleşmenin mevcut olmadığı tespit edildiği takdirde, yorum denetimine geçilir ve genel işlem koşulu olarak düzenlenen ve sözleşmeye dâhil olan hükümlerin, TBK. m. 23'te⁵⁶⁸ belirtildiği gibi birden fazla anlama gelip gelmediği ya da anlaşılır olarak kaleme alınıp alınmadığı saptanmaya çalışılır. Söz konusu hükümlerin içeriği net olarak anlaşılamazsa, müşteriyi en iyi şekilde koruyacak yorum yöntemi hangisi ise ona başvurulur. Zira özellikle genel işlem koşullarını hazırlayan ve kullanan tarafın aynı kişi olması halinde, o kişinin, bu koşulları hiçbir tereddüte mahal vermeyecek tarzda düzenlemesi gerekmektedir. Fakat bu, hazırlayan ve

⁵⁶⁴ Arıkan, s. 72.

⁵⁶⁵ Atamer, **Sempozyum**, s. 40; Yavuz, **GiŞ**, s. 578; Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 37'den naklen.

⁵⁶⁶ Atamer, **GiŞ**, s. 127; Atamer, **Sempozyum**, s. 41; Oğuz, **İçerik**, s. 84'den naklen.

⁵⁶⁷ Yavuz, **GiŞ**, s. 578; Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 37'den naklen.

⁵⁶⁸ TBK. m. 23 uyarınca “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

kullananın farklı kişiler olması halinde, söz konusu hükmün uygulanmasına engel teşkil etmez⁵⁶⁹. Yalnız belirtilmelidir ki, müşteri lehine olan yorum yöntemine başvurulabilmesi için genel olarak uygulanabilecek nitelikteki yorum yöntemleri arasında öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamalı ve seçilen bu yöntem, içerik denetimi ile elde edilebilecek daha iyi koruma imkânı varsa onun önüne geçmemelidir⁵⁷⁰.

Genel işlem koşulları bünyesinde yer alan bir sorumsuzluk kaydından istifade edecek kişiler net olarak anlaşılamazsa, bu kayıt, sadece borçlu olan girişimci hakkında uygulanmalıdır; buna karşılık ifa yardımcıları aynı imkândan istifade edememelidir. Aynı şekilde söz konusu kaydın uygulama alanı anlaşılır bir şekilde belirtilmemişse, bununla girişimcinin sadece sözleşmeden doğan sorumluluğunun sınırlandırılmak istendiği kabul edilmelidir. Yoksa bu kayıtlar, onun haksız fiil sorumluluğu üzerinde herhangi bir etki doğurmamalıdır. Aslında burada yapılan, dar yorum yöntemini⁵⁷¹ uygulamaktan başka bir şey değildir. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda aynı yönteme başvurmuştur⁵⁷². Doktrinde bireysel sözleşmeler içerisinde karşılıklı müzakereler sonucunda yürürlüğe giren sorumsuzluk kayıtlarının uygulama alanının ve bundan istifade edecek kişilerin mümkün olduğunca geniş tutulmasına yönelik geliştirilen tavır, genel işlem koşullarında dar yorum yönteminin kabulü ile aksi istikamette ilerleme göstermiştir. Böyle bir farklılık, müşterilerin, genel işlem koşulları içerisindeki

⁵⁶⁹ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 152; Atamer, **Armağan**, s. 300; Soyer, s. 132-134; Kuntalp, s. 96, 97; Bahtiyar, s. 118, Kocaman, s. 1102; Ayrancı, s. 297. Aynı şekilde tüketici birliklerinin genel işlem koşullarının hazırlık sürecinde rol almış olmaları, söz konusu hükmün uygulanması üzerinde etkili olmamaktadır. Oğuz, **İçerik**, s. 96. Alman Federal Mahkemesi, verdiği bir kararında, genel işlem koşulu olarak kaleme alınan “malın görüldüğü gibi ve hiçbir ayıp tekeffül etmeksizin” teslim alındığına dair hükmü, açık ve anlaşılır bulmamıştır. Aynı şekilde Mahkemenin önüne gelen bir başka uyuşmazlık şu şekilde ortaya çıkmıştır: Sözleşmede kakao satan girişimcinin sorumluluğunun, yalnızca temerrüt halinde söz konusu olacağı yazılıdır. Genel işlem koşulu olarak düzenlenen bu sorumsuzluk kaydı karşısında girişimci, üçüncü kişilerin iflasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine açılan davada Mahkeme, girişimcinin talebinin reddine karar vermiştir. Yavuz, **GIŞ**, s. 574’den naklen.

⁵⁷⁰ Atamer, **GIŞ**, s. 136; Atamer, **Sempozyum**, s. 37; Atamer, **Armağan**, s. 301.

⁵⁷¹ Dar yorum yönteminde, müşteri lehine olmayan hükmün uygulama alanı olabildiğince sınırlandırılmaktadır. Çınar, s. 117.

⁵⁷² Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 152.

sorumsuzluk kayıtlarının içeriklerine müdâhale edebilme imkânından yoksun olmalarından kaynaklanmaktadır⁵⁷³.

C. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçerik (Geçerlilik) Denetimi

1. Genel Olarak

Sözleşme müzakereleri sürecinde girişimci, içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da yer aldığı genel işlem koşullarını müşterisine teslim ederek ona bunları okuma imkânı verir, özellikle sözleşmenin niteliğine aykırı sayılabilecek hususlarla ilgili onun dikkatini çeker ve bu koşulları onun rahatlıkla anlayabileceği bir biçimde düzenlerse, artık hâkimin yürürlük ve yorum denetimi kapsamında sözleşmeye müdâhale etmesi söz konusu olmaz. Ancak yine de müşteri, girişimcinin kendisine sunduğu, hukukî durumunu kötüleştiren bu tür koşulları ister istemez kabul etmek zorunda kaldığından, hâkimin, sözleşmeye dâhil olan koşulların geçerli olup olmadığını, içerik denetimi kapsamında gözden geçirmesi gerekmektedir⁵⁷⁴. Böylece taraflar arasındaki menfaat dengesini adil bir şekilde koruyamayan, özellikle müşteri aleyhine hakkaniyete aykırı olarak bu dengenin bozulmasına yol açan ve genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarına hukukî geçerlilik tanınmaz⁵⁷⁵.

Genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının tamamının içerik denetimine tâbi tutulup tutulmayacağı sorununu çözüme kavuştururken, yapılması gereken, bu kayıtlar ile ihlal edilen hükmün hukuki niteliğinin ne olduğunu araştırmaktır. Bu noktada sadece yedek hukuk kurallarından sapan sorumsuzluk kayıtları bakımından içerik denetimine başvurulmalıdır. Buna karşılık emredici hükümlere aykırı nitelik taşıyan kayıtlar için söz konusu denetime başvurmaya gerek yoktur⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Atamer, **GİŞ**, s. 138; Atamer, **Armağan**, s. 302.

⁵⁷⁴ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 153; Atamer, **GİŞ**, s. 143; **Kocaman**, s. 1101.

⁵⁷⁵ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 154. Alışılmamış kayıtlar, yürürlük denetimi ile; açık ve anlaşılır olmayan kayıtlar, yorum denetimi ile; hakkaniyete aykırı kayıtlar ise içerik denetimi ile uygulama alanı dışında tutulurlar. Başalp, s. 121.

⁵⁷⁶ Çınar, s. 213 vd.

Genel işlem koşulu olarak girişimcinin kendi ağır kusurunu konu alan bir sorumsuzluk kaydı düzenlediğini farz edelim. Böyle bir durumda TBK. m. 25'teki hüküm uygulanmadan, doğrudan doğruya bu kaydın kesin hükümsüzlüğüne karar verilmelidir. Zira bu tür bir sorumsuzluk kaydı, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu kabul edilmiş olsaydı dahi, TBK. m. 115 gereği hükümsüz sayılırken, tek taraflı olarak öngörülmesi halinde evleviyetle hükümsüz sayılmalıdır. Dolayısıyla TBK. m. 25, esas olarak bireysel sözleşme yoluyla geçerli olarak kurulabilecek bir sorumsuzluk kaydının akıbetini belirlerken hukuken önem arz eder. Nitekim doktrinde Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, bireysel sözleşmelerin bünyesinde bulunsa idi geçerli olabilecek bir sorumsuzluk kaydının, genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi halinde, içerik denetimine ilişkin ileri sürülen görüşlerden birisine başvurularak, söz konusu kaydın hükümsüzlüğüne karar verilebileceği ifade edilmekteydi⁵⁷⁷. Buna karşılık girişimci ile müşteri arasında TBK. m. 115/f. 2 ve 3'te belirtilen türden bir hukukî ilişki⁵⁷⁸ mevcut

⁵⁷⁷ Akman, s. 93; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 887; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s. 275. Bu itibarla özellikle genel işlem koşulları arasında hafif kusurdan doğan sorumluluğu sınırlandıran sorumsuzluk kayıtlarını hükümsüz saymak için BK. m. 20'deki hukuka ve ahlâka aykırılık ölçütüne başvurulabileceği belirtilmiştir. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 274.

⁵⁷⁸ Uygulamada bankalar, hesap cüzdanlarının çalınması veya kiralanan kasaların anahtarlarının kaybedilmesi hallerinde, müşterilerinin durumdan kendilerini zamanında haberdar etmemeleri dolayısıyla yetkili olmayan üçüncü kişilere ödemede bulundukları takdirde, kendilerinin hiçbir sorumluluklarının bulunmadıklarına dair genel işlem koşullarını müşterilerine imzalatmaktadırlar. Bu sorumsuzluk kayıtlarını, TBK. m. 25 çerçevesinde değerlendirmeden önce, TBK. m. 115 ve 116 hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bunun sonucunda alanında uzman olan ve ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet olduğu anlaşılan bankacılık faaliyetlerinde, (zira bankalar, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun izniyle faaliyet gösterirler) bankaların gerek kendilerinin gerekse yardımcılarının hafif kusurları da dâhil olmak üzere hiçbir şekilde sorumluluklarını sınırlandıramayacakları anlaşılır. Kaldı ki, böyle bir hüküm, kanunda düzenlenmemiş olsa dahi bankalar ile müşterileri arasındaki hukukî ilişkinin (ki genelde bu, vekâlet olarak karşımıza çıkmaktadır) niteliği de bu tür sorumsuzluk kayıtlarına cevaz vermez. Zira TBK. m. 506 gereğince vekil, taahhüt ettiği edimi özenle ifa etmekle yükümlüdür. Ancak bu durum, müşterilerin zamanında bankalara bildirimde bulunma yükümlülüğünü sona erdirmemektedir. Buna uygun davranmayan müşterilerin, zararın artmasına ortak kusurları ile yol açtıkları kabul edilir ve onların kusurları oranında bankaların ödeyeceği tazminat tutarında indirim yapılır. Kaplan, **Banka**, s. 74-84; Yalçın, s. 140-142. Nitekim 11. HD'nin 14.10.1999 tarihinde vermiş olduğu 5785/7835 sayılı karar da bu görüşle aynı doğrultudadır: "...Yasa koyucu, birer güven kurumu olan bankaların bazı sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak vasıflandırmıştır. TTK. nun 724. maddesi sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmiş olmasından doğan zararın, muhatap bankaya ait olacağını hükme bağlamış, sahteciliğin inandırıcı olup olmadığını, iğfal kabiliyeti bulunup bulunmadığını kanuni unsurlar arasında saymamıştır. Ayrıca, banka olağan sebep sorumluluğu olan adam çalıştıran sıfatı ile de sorumludur. Bu sorumluluğun doğması için, objektif özen yükümlülüğünün ihlâliyle meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir.

olmadığında ve girişimcinin kendisinin hafif kusurundan sorumlu olmadığına dair bir sorumsuzluk kaydını genel işlem koşulu olarak düzenlediğinde, bu kaydın geçerli olup olmadığı TBK. m. 25'e göre belirlenmelidir⁵⁷⁹. Aynı şekilde girişimcinin yardımcılarının davranışlarından doğan sorumluluğunu sınırlandıran bir sorumsuzluk kaydı, genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde, bu kaydın akıbeti hakkında karar verirken, TBK. m. 116/f. 2'de olduğu gibi, emredici nitelikte bir hükme aykırı davranılıp davranılmadığı araştırılmalıdır. Bu tür bir aykırılık söz konusu değilse, genel işlem koşulu olarak girişimcinin ifa yardımcılarının ağır kusurları da dâhil olmak üzere her türlü davranışlarından dolayı sorumluluğunu konu alan bir sorumsuzluk kaydı hakkında TBK. m. 25'teki hüküm uygulama alanı bulmalıdır⁵⁸⁰.

Diğer taraftan sorumluluğun sınırlandırılmasında kusurun derecesine göre hazırlanan sorumsuzluk kayıtları dışında ayrı bir ölçüt olarak belli bir miktarın ya da belli malvarlığı değerlerinin dikkate alındığı, bu gibi hallerin de genel işlem koşulları içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Yine müşteri aleyhine ispat yükünün yer değiştirildiği, mücbir sebep teşkil etmeyecek bazı hallerin mücbir sebep olarak öngörüldüğü ve böylece girişimcinin sorumluluğuna başvurma imkânının zorlaştırıldığı, müşterinin talep edebileceği seçimlik hakların sınırlandırıldığı, ihtar ve mehil gibi külfetlerin yerine getirilmiş sayılabilmesi için aranan koşulların müşteri aleyhine ağırlaştırıldığı, müşteriye sadece uğradığı belli zarar kalemlerini talep etme

Banka, "benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu, onun için kendisi yanılmıştır" diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, tabi ki bir grafoloji uzmanını istihdam etmeyecektir. Ancak çekildiği tarih itibarıyla dahi yüksek meblağ içeren bir paranın talimatla istenilmesi halinde dışarıdan bir uzmanın yardımına pekâlâ başvurabileceği gibi, mudiye de telefon, faks v.s ile durumu duyurmak suretiyle basiretli bir tacir gibi sahteciliği önleyici tedbirlere başvurabilirdi. Bu en basit tedbirlere başvurmaması bankanın objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Özetle denilebilir ki, birer itimat kurumları olan bankalar, bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dolayı da sorumludurlar (YHGK 15.6.1994 gün E:1994/11-178, K:1994/398) Bu kurallar dikkate alındığında somut olayda, davacının davalıya gönderdiği ihtar rağmen tek imza ile çekin ödenmesinde, davalı bankanın kusurunun aslı kusur olduğu dikkate alınarak, davacının davalıya olayı bildirmedeki sürenin, müterafik kusur olup olmadığı da gözetilmek suretiyle tarafların kusur oranlarının tesbiti için uzman bilir- kişilerden rapor alınarak sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken..." Ayrıca bkz. Y. 19 HD, 18.04.1994 T. ve E. 1993/4373, K. 1994/3904; Y. 11. HD, 20.6.1977 T. ve 4889/3170 sayılı kararı, www.hukukturk.com, E.T. 10.03.2013.

⁵⁷⁹ Aynı yönde Çınar, s. 217.

⁵⁸⁰ Aynı yönde Çınar, s. 217.

yetkisinin tanındığı, zamanaşımı süresinin kısaltıldığı gibi haller de genel işlem koşulları içerisinde düzenlenmektedir⁵⁸¹. Bunların akıbeti hakkında karar verirken ne şekilde hareket edilmesi gerektiği, çözüme kavuşturulması gereken önemli sorunlardan biridir. Belirtilmelidir ki, sorumluluğu sınırlandıran bu gibi hallerin gerçek anlamda bir sorumsuzluk sözleşmesi teşkil edip etmeyeceği konusunda doktrinde fikir birliğine varılamamıştır. Bu haller, sorumsuzluk sözleşmesi olarak değerlendirildiği takdirde, TBK. m. 115 ve 116'daki emredici hükümlerin ihlâl edilip edilmediği araştırılmalı ve buna göre geçerlilikleri hakkında karar verilmelidir. Aksi halde ise, en azından TBK. m. 25'te düzenlenen genel işlem koşulları için öngörülen içerik denetimine başvurulacak, yedek hukuk kurallarından ayrı bir düzenleme getirilen her hal için kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır. Ancak istisnaen taraflar arasındaki menfaat dengesi yeniden tesis edilmişse, artık sorumluluğu sınırlandıran bu gibi haller geçerli kabul edilmelidir⁵⁸².

Kanunda TBK. m. 115 ve 116 dışında içerik denetiminin kapsamını daraltan başka bir hükmün bulunup bulunmadığı ve doktrinde bazı genel işlem koşullarının, içerik denetimine tâbi tutulamayacağına yönelik birtakım esasların kabul edilip edilmediği hususunda ise şunları söylemek mümkündür: Türk Borçlar Kanununda açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen doktrinde kural olarak edim ve karşı edim yükümlülüklerini konu alan genel işlem koşullarının denetim dışında kalması gerektiği kabul edilmektedir. Yani aslî edimle bunun karşılığı olarak öngörülen parasal değer, müşterinin menfaatini zedelese dahi denetlenemez. Bununla birlikte istisnaen bunlar, açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmamışlarsa, ancak o takdirde denetlenebilirler. Bunun dışında içerik denetimi, yalnızca yan noktalar için yapılabilir. Aynı şekilde normalde taraflara uygulanacak hukukî düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları da denetim dışında kalırlar. Gerçi bu durumda ilk belirtilen durumdan farklı olarak, müşterinin menfaatinin zedelenmesi söz konusu değildir. Zira mevcut hukukî düzenlemeler, genellikle tarafların menfaatlerini adil bir şekilde dengelemeyi hedefler. Buna

⁵⁸¹ Şenocak, s. 235; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 36; Akman, s. 88; Başalp, s. 31.

⁵⁸² Atamer, **GiŞ**, s. 249.

karşılık söz konusu hukukî düzenleme, normalde başka bir sözleşme hakkında uygulama alanı bulmasına rağmen girişimci, kendi hukukî ilişkilerine de onun aynen uygulanabileceğini belirtmişse, artık bu düzenlemeyi içerik denetimine tâbi tutmamak için hiçbir haklı sebep yoktur⁵⁸³.

2. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçeriklerinin Denetiminde Temel Ölçüt Olarak Dürüstlük Kuralı

Alman Hukukunda genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının içeriklerini denetlemek için kullanılan ölçütler, 1976 tarihli Alman Medenî Kanunu yürürlüğe girmeden önce oldukça fazlaydı. Bu kayıtlar, bireysel sözleşmelerin geçerliliği için varlığı aranan genel esaslara, yani emredici hükümlere⁵⁸⁴, ahlâk kuralları⁵⁸⁵ ve kamu düzeni ile sosyal devlet

⁵⁸³ Atamer, **GİŞ**, s. 217-221; Atamer, **Sempozyum**, s. 54-58; Atamer, **Armağan**, s. 313-316; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 159; Çınar, s. 177-179.

⁵⁸⁴ Sözleşme sorumluluğunun bireysel sözleşmeler yoluyla sınırlandırılmasına imkân tanıyan TBK. m. 115 ve 116'da, yine satış sözleşmesinde satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dair TBK. m. 214/f. 3 ve m. 221'de, otel ve pansiyon gibi yerleri işletenlerin sorumluluğuna dair TBK. m. 578 ile taşıyıcının sorumluluğunun sınırını düzenleyen TTK. m. 854'de öngörülen emredici hükümlere aykırı olan genel işlem koşulları kesin hükümsüz sayılır. Keza TKHK. m. 4 ve 4/A'ya göre, genel işlem koşulları içerisinde yer alan, tüketiciye satılan şeyin ayıplı olması halinde tanınan seçimlik hakları sınırlandıran kayıtlarla, Türk Borçlar Kanununda belirtilen zamanaşımı sürelerini azaltan kayıtlar da aynı yaptırıma tâbi olur. Atamer, **GİŞ**, s. 147-149. Benzer şekilde Yargıtay da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde, emredici hükümlere aykırılıktan yola çıkarak genel işlem koşullarını denetime tâbi tutmuştur. Örneğin, YHGK'nın 3.7.1981 tarihinde verdiği 1775/563 sayılı kararı "*olayda ifa yeri yasaları uygulanacağına ve ifa yeri kanunu olan TK'nun 766. maddesi, taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu hafifleten veya kaldıran hükümlerin geçersiz olduğunu belirtmiş bulunmasına ve bu hükmün yorumlayıcı değil uyulması gereken emredici bir hüküm niteliğinde olmasına göre, TK'nun bu hükmü karşısında davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersizdir ve olaya uygulanma olasılığı yoktur*" şeklindedir, Altop, **GİK**, s. 31, dn. 1; Kaplan, **Banka**, s. 57, 58.

⁵⁸⁵ Alman Hukukunda borçlunun, kast da dâhil olmak üzere tüm kusurlarından doğan sorumluluğunu sınırlandıran kayıtlar geçerli olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple mahkemeler, zaman içerisinde içtihat yoluyla girişimcilerin kast ve ağır kusurlarından doğan sorumluluklarını sınırlandırdıkları kayıtları, ahlâka aykırı bularak hükümsüz saymaya başlamışlardır. Buna karşılık İsviçre Hukukunda genel eğilim, girişimcinin sorumluluğunun sınırını düzenleyen genel işlem koşulları hakkında ahlâka aykırılık ölçütünü kullanmamaktan yana gelişme göstermiştir. Ancak azınlıkta kalan bazı yazarlar, bu tür genel işlem koşullarının içeriklerinin, bazı hallerde ahlâka aykırılık ölçütünden yararlanarak denetlenebileceğini savunmuşlardır. Bunun için taraflardan birinin, diğerine nazaran ekonomik olarak daha üstün bir durumda bulunması ve bu durumu kötüye kullanmak suretiyle diğer tarafı sömürmesi gerektiğine vurgu yapmışlardır. Bununla beraber tarafların edimleri arasındaki dengesizliğin aşırı olup olmamasını, ahlâka aykırılığa karar verirken göz önünde tutmamışlardır. Hatta bazıları daha da ileri giderek, kanunda bahsedilen hükümet tarafından verilen imtiyazla yürütülen faaliyetleri, tekel niteliğindeki faaliyetlerle eşdeğerde tutmuşlar ve bu şekilde fiilî olarak tekel sağlayan girişimcilerin tamamı hakkında TBK. m. 115 ve 116'daki istisnâî hükümleri uygulamışlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **GİŞ**, s.

ilkesine göre denetlemekteydi. Ayrıca aralarında bulunan bazı benzerliklerden ötürü gabine⁵⁸⁶, edimi tek taraflı belirleme yetkisine ilişkin hükümlere ve hakkın kötüye kullanılması yasağına⁵⁸⁷ aykırılığa dayanarak da bu kayıtlar, içerik olarak denetime tâbi tutulmakta idi⁵⁸⁸. 1976 tarihli Alman

157-160; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 161, 162. Yine azınlıktaki yazarlar tarafından girişimcilerin sorumluluklarını genel işlem koşulları yoluyla sınırlandırmaları, kişilik haklarını ihlâl ettiği takdirde, bunların ahlâka aykırı olarak nitelendirilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 195.

⁵⁸⁶ Genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kayıtlarının, gabinin bir unsuru olan karşılıklı edimler arasındaki uygunsuzluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yavuz, Nihat; “Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartı İçerisinde Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması”, **TAHD**, S. 8, Nisan 2007, s. 32 (Taksitle Satım Sözleşmeleri); Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 41.

⁵⁸⁷ Herhangi bir haklı sebep bulunmamasına rağmen girişimcinin sorumluluğunu sınırlandıran ya da müşterinin konumunu ağırlaştıran kayıtların sözleşme içerisinde düzenlemesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Oğuz, **İçerik**, s. 101. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi, daha yeni üretilmiş bir mobilya takımının satımına ilişkin bir sözleşmede yer alan ve satıcının gerek zapta gerekse ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırıldığı genel işlem koşulunu, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Kararda genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtları ile bireysel bir sözleşmenin içinde bulunan benzer kayıtların aynı şekilde denetlenemeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme, önüne gelen başka tarihli bir uyuşmazlıkta da benzer bir karar vermiştir. Buna göre, sözleşme metninde malın telef olmasına onu muhafaza eden kişinin sebep olması halinde, ispat külfetinin malı teslim eden kişide olacağı yazılıdır. Mahkeme, genel işlem koşulu olarak kaleme alınan bu hükmü, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Zira ispat külfetinin ters çevrilmesi suretiyle sorumluluğun sınırlandırılması, bireysel sözleşmeler için belli hallerde kabul edilebilir; ancak sorumluluk hukukundaki hükümler, adalet duygusunu pekiştiren hükümler olduğundan dolayı bu hükümlerin, genel işlem koşulları yoluyla bertaraf edilebilmesine, yalnızca haklı bazı gerekçeler ortaya konulduğunda izin verilebilir. Atamer, **GİŞ**, s. 171, 172; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 163-165; Arıkan, s. 74’den naklen. Aynı doğrultuda Yargıtayın da hakkın kötüye kullanılmasından hareket ederek genel işlem koşullarını hükümsüz saydığı kararları bulunmaktadır. Örneğin, Y. 13. HD’nin 7.4.1981 T. ve E. 1981/1045, K. 1981/2514 sayılı kararı şu şekildedir: “*Açıkça bu maddede satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır. Tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanabileceği de asla düşünülemez. Gerçekten de davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına, eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür. Yurdumuz genelinde uzun bir süreden beri egemen olan enflasyonun yol açtığı fiyat yükselmelerinin tüm etkilerini davacının omuzlarına yüklemek de adaletli bir çözüm olamaz. Davalının teslim yetkisini saklı tutmayı içeren (genel işlem) koşulu (nu) kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı, MK. m. 2’deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır*”, Altop, **GİK**, s. 32, dn. 3.

⁵⁸⁸ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 161-165; Akman, s. 95-98; Oğuz, **İçerik**, s. 99-101; Soyer, s. 146-161; Bahtiyar, s. 114-117. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde Türk Hukukunda da genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarının içeriklerinin hangi ölçüte göre denetlenmesi gerektiği konusunda görüş birliğine varılamamıştır. Bir görüşe göre, TBK. m. 86’da açıklanan çeşit borçlarında borçlunun seçeceği edimin orta nitelikten daha düşük olamayacağına ilişkin hükmünden hareketle, “edimin tek yanlı belirlenmesinde hakkaniyete uygun davranma” kuralına üstünlük tanınmalıdır. Soyer, s. 156-159; Oğuz, **İçerik**, s. 44. Diğer bir görüşe göre, “kamu düzeni” kavramının denetimindeki rolü hiçbir şekilde yadsınamaz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 255, 256; Atamer, **GİŞ**, s. 190. Başka bir görüşe göre ise, denetim yaparken, “sözleşme özgürlüğünü kötüye kullanmanın” yanı sıra “hakkın kötüye kullanılması ile kamu düzeni” kavramları da göz önünde tutulmalıdır. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 213, 214. Hatta görüşler arasında ayırım yapmadan, denetim esnasında hâkimin bu görüşlerden dilediğine

Medenî Kanunu ile birlikte ise, sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşullarının içeriklerinin denetlenmesinde temel ölçüt olarak dürüstlük kuralı kullanılmaya başlandı⁵⁸⁹.

Alman Medenî Kanunu ile kısmen benzerlik gösteren TBK. m. 25'te içerik denetimi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*”⁵⁹⁰. Türk Hukukunda da sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşullarının içerikleri denetlenirken, dürüstlük kuralı temel ölçüt⁵⁹¹ olarak kullanılmakla birlikte, hâkimin hangi hallerde dürüstlük kuralına aykırılıktan yola çıkarak sözleşmenin içeriğine müdâhale edeceği, kanun metninden anlaşılamamaktadır⁵⁹². Kanun koyucunun burada kasıtlı olarak düzenleme yapmaktan imtina ettiği ileri sürülmektedir⁵⁹³. Bununla beraber konuya ilişkin olarak doktrindeki hâkim görüş, TKHK. m. 6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile TTK. m. 55/f. 1, c. (f)'nin⁵⁹⁴ kıyasen uygulanması

başvurabileceği de belirtilmiştir. Akman, s. 98; Kocaman, s. 1112. TMK. m. 2'ye göre denetim yapılmasının uygun olacağı da ifade edilmiştir. Yavuz, **Taksitle Satım Sözleşmelerinde GİŞ**, s. 32; Yalçın, s. 95, 96; Çınar, s. 137.

⁵⁸⁹ BGB § 307'ye göre “*Genel işlem koşulları içinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçüsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir. Bir kaydın sapılan kanunî düzenlemenin temelinde yatan aslî düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları sözleşmenin amacını tehlikeye atacak derecede sınırlandırılması durumunda, kuşku halinde ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilir*”. Bilgi için bkz. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 168, 169, Bahtiyar, s. 116, 117; Kocaman, s. 1088, 1089; Rehbinder, s. 650. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, müşterinin girişimci olduğu genel işlem koşullarının içeriklerinin de söz konusu maddeye göre denetlenebileceğine ilişkin kararlar vermiştir. Bunlardan biri olan 19.9.2007 tarihli kararında Mahkeme, BGB § 307'nin ilk fıkrasına dayanarak cismânî zararları ilgilendiren genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kaydını hükümsüz saymıştır. Başalp, s. 97'den naklen.

⁵⁹⁰ Doktrinde genel işlem koşullarında yer alan hükümlerin, genellikle müşterinin aleyhine olup onun durumunu ağırlaştırdığı, o yüzden kanunda bu hususun sanki içerik denetimine özgü ayrı bir durummuş gibi ifade edilmesinin yerinde olmadığı bildirilmektedir. Başalp, s. 321.

⁵⁹¹ Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde içerik denetimi yapılırken, dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması halinde, sözleşme güvenliğinin zedeleneyeceği belirtilmekteydi. Oğuz, **İçerik**, s. 113; Soyer, s. 150. Dolayısıyla bu denetimin ilişkilendirme anlaşmasının (ki bu, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olabilmesi için tarafların yaptıkları bir anlaşmadır) yorumlanması yoluyla yapılmasının daha isabetli olacağı ileri sürülmekte idi. Oğuz, **İçerik**, s. 113.

⁵⁹² Çınar, s. 123; Altop, **GİK ve Kefalet Sözleşmesi**, s. 155; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 217; Antalya, s. 314.

⁵⁹³ Antalya, s. 314.

⁵⁹⁴ TTK. m. 55/f. 1, c. (f) şu şekildedir: “*Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak*

gerektiğinden yanadır. Kaldı ki Alman Medenî Kanununda da sorunun benzer şekilde çözüldüğü belirtilmektedir⁵⁹⁵.

3. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçeriklerinin Denetiminde Ölçüsüz Bir Mağduriyet İlişkisinin Gerekliliği

Sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşulları karşısında müşterilerin hukukî konumu, genellikle dürüstlük kuralını zedeleyecek şekilde kötüleşmektedir. Böyle bir durumda onların hukukî konumunun kötüleştiği hallerin tamamı için TBK. m. 25'in uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ile karşı karşıya kalınır. Belirtilmelidir ki, en ufak bir kötüleşmede söz konusu kayıtların içeriğine müdâhale edilirse, borçlar hukukunun temel taşlarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulama alanı, karşılığı peşin olarak ödenen edimleri konu alan sözleşmelerle sınırlandırılmış olur. Bu ise, tarafların iradelerine aşırı ölçüde ket vurmak anlamına geldiğinden kabul edilemez. O halde yapılması gereken, genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumluluk kayıtlarına hangi ölçüde hukukî geçerlilik alanı tanınacağını tespit etmektir. Bu noktada 1976 tarihli Alman Medenî Kanununda öngörülen hüküm, sorunun çözümünü bir hayli kolaylaştırmaktadır. BGB § 307'ye göre *“Genel işlem koşulları içinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçüsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir. Bir kaydın sapılan kanunî düzenlemenin temelinde yatan aslî düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları sözleşmenin amacını tehlikeye atacak derecede sınırlandırılması durumunda, kuşku halinde ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilir.”* TBK. m. 25'te ölçüsüz bir mağduriyetin bulunması gerektiği açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen doktrine göre, bu hükmün Türk Hukuku bakımından da uygulanması yerinde

kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

⁵⁹⁵ Atamer, *Sempozyum*, s. 43; Havutçu, *İçerik Denetimi*, s. 217; Sirmen, s. 122; Başalp, s. 321-323.

olur⁵⁹⁶. Buna göre, yalnızca müşterinin, dürüstlük kuralına göre ölçüsüz bir mağduriyete maruz kaldığı durumlarda, genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarının içeriğine müdâhale edilmelidir. Ölçüsüz bir mağduriyetin bulunup bulunmadığı hususu, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, karine olarak kanunî düzenlemenin temelinde yatan amacı bertaraf eden veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları sınırlandıran bir sorumsuzluk kaydı ile karşılaşıldığında, bu durumun mevcut olduğuna hükmedilmelidir⁵⁹⁷.

Yukarıda belirtilen karinenin yanı sıra içerik denetimi ile korunmak istenen menfaatin kendisine bakılarak da ölçüsüz bir mağduriyetin var olup olmadığı tespit edilebilir. Bilhassa müşterinin vücut bütünlüğüne saldırı anlamına gelebilecek davranışlarından dolayı girişimcinin sorumlu olmayacağını öngördüğü genel işlem koşullarının, ölçüsüz bir mağduriyete yol açtığı kabul edilmeli ve bu sebeple söz konusu koşullar hükümsüz sayılmalıdır. Aynı şekilde belirli bir ruhsat dâhilinde faaliyet gösteren ve alanında uzman olan avukat, doktor gibi kimselerin, hafif ihmallerinden dolayı sorumlu olmayacaklarını bildirdikleri genel işlem koşulları da bu çerçevede değerlendirilmelidir⁵⁹⁸. Diğer taraftan benzer bir değerlendirme, genel işlem koşulu olarak düzenlenen ağır ihmalden dolayı sorumluluğun sınırlandırıldığı kayıtlar için de yapılabilir⁵⁹⁹.

Bir taraftan müşterinin menfaati ihlâl edilirken, diğer taraftan bunun karşılığını teşkil etmek üzere müşteriye birtakım menfaatler temin edilmiş olabilir. İhlâl edilen ve bunun yerine temin edilen menfaat arasında tam ya da tama yakın bir denge sağlanmışsa, artık ölçüsüz bir mağduriyetten söz edilemez. Örnek vermek gerekirse, hafif ihmale ilişkin bir sorumsuzluk

⁵⁹⁶ Atamer, **Sempozyum**, s. 49, 50; Altop, s. 44; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 217; Başalp, s. 320; Antalya, s. 316; Çınar, s. 148.

⁵⁹⁷ Atamer, **GİŞ**, s. 212, 213; Atamer, **Armağan**, s. 309; Altop, **GİK**, s. 44. Bu iki durumun dürüstlük kuralına aykırılık bakımından karine teşkil edip etmeyeceği konusunda doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 173.

⁵⁹⁸ Atamer, **GİŞ**, s. 214; Atamer, **Sempozyum**, s. 51; Atamer, **Armağan**, s. 310.

⁵⁹⁹ Bu tür sorumsuzluk kayıtları, (tıpkı bireysel sözleşmelerde olduğu gibi) TBK. m. 115'deki emredici kurallara aykırı olduğu için kesin hükümsüz sayılmalıdır. Kaplan, **Banka**, s. 65; Kocaman, s. 1105; Yalçın, s. 49, 50. Alman Yüksek Mahkemesinin bu durumu ele alan kararları incelendiğinde, tekel durumunun var olup olmadığını araştırmadan, doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımını uyguladığı görülmektedir. Yavuz, **GİŞ**, s. 579.

kaydının karşılığı olarak müşteriye kapsamlı bir sigorta alacağının tanınması halinde, söz konusu kayıt geçerli sayılabilir⁶⁰⁰. Aynı şekilde sözleşme konusu olarak kararlaştırılan mal ya da hizmetin mahiyeti de ölçüsüz bir mağduriyetin var olup olmadığını tespit ederken göz önünde bulundurulur. Buna göre, satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun genel işlem koşulları ile ortadan kaldırıldığı bir sorumsuzluk kaydının, ölçüsüz bir mağduriyete sebep olduğundan söz edebilmek için sözleşme ile teslimi kararlaştırılan malın, kullanılmamış bir mal olması gerekmektedir. Zira kullanılmış bir malı konu alan sözleşmede yer alan bu tür bir kayıt, müşteri ayıplı bir mal aldığının farkında olduğundan, onun ölçüsüz olarak mağdur olmasına yol açmaz⁶⁰¹. Hâlbuki sözleşme sorumluluğunun sınırlandırılması karşısında malın fiyatında indirimle gidildiği hallerde, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilir⁶⁰².

a. Sorumsuzluk Kayıtları ile Kanunî Düzenlemenin Temelinde Yatan Amacın Bertaraf Edilmesi

Taraflar arasındaki menfaat dengesi, genel işlem koşulu öngörülmemiş olmasaydı kendilerine uygulanacak olan mevcut kanunî düzenlemenin dışına çıkılması sebebiyle müşteri aleyhine bozulabilir. Her ne kadar burada kanunî bir düzenlemeden bahsedilse de, aslında, tarafların hukukî menfaatlerini adil bir şekilde korumayı amaçlayan yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarının tamamı bu kapsamda değerlendirilmelidir⁶⁰³. Burada hâkim, genel işlem koşulu olmasaydı uygulanacak olan hukuk kuralını tespit ettikten sonra, bu kuralın kabul edilmiş olmasının altında yatan sebebi araştırmalıdır. Buna göre, genel işlem koşulu ile söz konusu hukuk

⁶⁰⁰ Atamer, **GiŞ**, s. 216; Atamer, **Sempozyum**, s. 52, 53; Atamer, **Armağan**, s. 312; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248. Nitekim Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararında, kuru temizleyicinin sorumluluğunu, sözleşme konusu halının bedelinin on beş katı ile sınırlı tuttuğu, genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kaydını geçerli kabul etmiştir. Zira bunun karşılığında söz konusu koşullar içerisinde müşterinin muhtemel zararlarının kendisi tarafından sigorta ettirebileceğine ilişkin bir kayıt da bulunmaktadır ve bu da müşterinin durumdan haberdar edildiğini, uyarıldığını göstermektedir. Başalp, s. 31, dn. 97'den naklen.

⁶⁰¹ Atamer, **GiŞ**, s. 214; Atamer, **Sempozyum**, s. 53; Atamer, **Armağan**, s. 312.

⁶⁰² Çınar, s. 149.

⁶⁰³ Atamer, **GiŞ**, s. 205, 206; Atamer, **Sempozyum**, s. 44, 45; Atamer, **Armağan**, s. 305.

kuralı ihlâl edilmekle birlikte, onun konulmasındaki temel amaç bertaraf edilmemişse, hâkim sözleşmeye müdâhale edemez. Buradan hareketle, özellikle genel işlem koşulları ile yedek hukuk kurallarının aksinin düzenlenmesi imkânı verilen hallerde, doğrudan söz konusu koşulun geçerliliği hakkında karar verilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Örneğin, genel işlem koşulu olarak düzenlenen ve girişimcinin kendisinin hafif ihmalden doğabilecek sorumluluğunun sınırlandırıldığı bir sorumsuzluk kaydının geçerli olup olmadığı hususunda göz önünde bulundurulacak olan hukuk kuralı, TBK. m. 115 değil, borçlunun genel olarak her türlü kusurundan sorumlu olduğunu düzenleyen TBK. m. 114'tür. Zira TBK. m. 115, yalnızca TBK. m. 114'ün tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğunu teyit eder; ancak genel işlem koşulu kullanıldığı hallerde, TBK. m. 114, tamamlayıcı hukuk kuralı olma niteliğini kaybederek, emredici bir hukuk kuralı niteliğine dönüşür⁶⁰⁴. Kaldı ki, verilen örnekte TBK. m. 115'in uygulanabileceğine karar verilse dahi, yine söz konusu sorumsuzluk kaydı hukuken geçerli sayılmamalıdır. Zira TBK. m. 115'teki hükmün kanuna konulmasındaki amaç araştırıldığında şunu söylemek mümkündür: Gerek hizmet sözleşmesi kapsamında işveren gerekse alanında uzman olan kişiler, tıpkı genel işlem koşullarını kullanan girişimciler gibi karşılarındakilere nazaran üstün konumdadırlar. Bundan dolayı kanun koyucu, hukuken eşit müzakere gücüne sahip olmayan taraflar arasında kabul edilen sorumsuzluk kayıtlarına mesafeli yaklaşma gereği duymuştur. Nitekim doktrinde genel işlem koşulu olarak öngörülen ve borçlu ile yardımcılarının hafif ihmallerinden dolayı sorumlu olmadıklarına dair sorumsuzluk kayıtlarının kesin olarak hükümsüz sayılması gerektiği yönündeki bir düzenlemenin, TBK. m. 115 ve 116 hükmüne son fıkra olarak ilave edilmesinin yerinde bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir⁶⁰⁵. Buna karşılık kanun koyucu, TBK. m. 115'e göre bireysel sözleşmeler içerisinde sorumsuzluk kaydı düzenlenmesine müsaade etse dahi, bu durum, genel işlem koşulu olarak düzenlenen aynı konudaki

⁶⁰⁴ Atamer, **GiŞ**, s. 218; Atamer, **Armağan**, s. 314; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 174; Başalp, s. 324.

⁶⁰⁵ Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 197, dn. 495; Akman, s. 93, 94, dn. 26.

sorumsuzluk kaydı hakkında içerik denetimine ilişkin prosedürün uygulanmasını önlemez⁶⁰⁶.

Hâkim, kanunî düzenlemenin temelinde yatan amacın bertaraf edilip edilmediğini tayin ederken takdir yetkisini kullanır. Ancak BGB §309/7 ve 8 ile genel işlem koşulu içerisinde düzenlenen sorumluluğu sınırlandıran kayıtlarla karşılaşan hâkime, bunların hükümsüzlüğüne karar verip vermeme konusunda herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Buna göre *“Kullananın gerek kendisinin ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının ihmâl veya kasıtlı bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranışları sonucunda diğer tarafın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğüne verilen zararlardan sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar, aynı şekilde kullananın gerek kendisinin ağır ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının kast veya ağır ihmali bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranışları sonucunda karşı tarafa verilen diğer zararlardan dolayı sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar, diğer taraftan satılanın veya imal edilen şeyin ayıplı olması hali dışında kullananın sorumlu olduğu bir yükümlülük ihlâli sebebiyle diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkını kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar, bunun yanı sıra kullanan karşısındaki sözleşme tarafının kullanana karşı sahip olduğu onarım ve değiştirme talepleri dâhil olmak üzere ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran, üçüncü kişilere karşı taleplerle sınırlandıran veya önceden üçüncü kişilere karşı yargısal yollara başvurulmasına bağlı tutan, ayrıca kullanan karşısındaki sözleşme tarafına onarımın sonuçsuz kalması halinde seçimine göre sözleşmeden dönme hakkını açıkça tanımadan, onun kullanana karşı ayıba karşı tekeffülden doğan taleplerini-tekeffülün konusu bir inşaat yapma borcu değilse-tamamen veya kısmen onarım ile sınırlandıran, bunun dışında kullananın özellikle nakil, yol, işçilik ve yedek parça masrafları şeklindeki onarım amacıyla yapılacak masrafları karşılama yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlandıran ya da kullananın onarım yükümlülüğünün doğmasını*

⁶⁰⁶ Çınar, s. 181.

ivazın önceden tamamen veya ayıpla orantısız olarak büyük bir kısmının ödenmesine bağlı tutan, aynı şekilde kullananın karşısındaki sözleşme tarafının gizli ayıpları ihbar süresini caiz olandan daha kısa bir süre olarak belirleyen, nihayet diğer tarafın kullanana karşı ayıp sebebiyle sahip olduğu talep haklarının zamanaşımına uğramasını kolaylaştıran veya taleplerin zamanaşımı süresini, kanunî zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren bir yıldan daha kısa bir süre olarak belirleyen ve genel işlem koşulları içerisinde yer alan kayıtlar, kanunî düzenlemeden sapmanın caiz olduğu hallerde bile hükümsüzdür⁶⁰⁷.”

Sorumluluğu sınırlandıran kayıtların akıbetini belirlerken yaşanabilecek muhtemel duraksamaların önüne geçebilmek için Türk Hukukunda da benzer bir hükme yer verilmelidir.

b. Sorumsuzluk Kayıtları ile Sözleşmenin Doğasından Kaynaklanan Temel Hak ve Borçların Sınırlandırılması

İsimsiz bir sözleşme ile karşılaşıldığında bunun bünyesinde yer alan sorumsuzluk kayıtlarının, müşterinin ölçüsüz bir şekilde mağduriyetine yol açıp açmadığını tespit ederken, ilk seçenekte belirtildiği gibi kıyas yoluyla da olsa uygulanabilecek bir kanunî düzenlemeye rastlanılmazsa, son çare olarak bu kayıtlarla, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hakların ve borçların sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı hususu araştırılmalıdır⁶⁰⁸. Bu noktada sorumsuzluk kayıtları ile sınırlandırılan hangi hakların ve borçların sözleşmenin doğasından kaynaklandığını belirlemek gerekir. Genel olarak sözleşme ilişkisini karakterize eden aslî edim yükümlülükleri bu kapsamda değerlendirilir. Bunun yanı sıra, bazı sözleşmelerde yan edim yükümlülükleri de aslî edim yükümlülüğü boyutuna erişebilir. Bu durumlarda yan edim yükümlülükleri de sözleşmenin doğasından kaynaklanan borçları tespit ederken dikkate alınır. Ancak bu borçları tespit ederken, günlük hayatta yaygın olarak kullanılan sözleşme örnekleri göz önünde bulundurulmaz. Aksi halde içerik denetimine başvurmanın bir anlamı kalmaz. Zira bu sözleşmeler,

⁶⁰⁷ BGB § 309/7 ve 8'in tercümesi için bkz. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 238-240.

⁶⁰⁸ Atamer, **GiŞ**, s. 207; Atamer, **Sempozyum**, s. 45, 46; Atamer, **Armağan**, s. 306; Çınar, s. 151.

genellikle girişimcilerin istekleri doğrultusunda hazırlanmaktadır. O halde, hâkim, kendisini kanun koyucunun yerine koymak suretiyle taraflar arasındaki menfaat ilişkisini adil şekilde dengeleyecek ve sözleşmenin niteliğine uygun düşecek hukuk kurallarını belirlemelidir. Bu aşamada hâkim, tarafların sözleşme kurarken güttükleri amacı göz önünde tutmalıdır. Örneğin, tek satıcılık sözleşmesine dâhil olan genel işlem koşulları içerisinde bulunan, tek satıcının, üreticiye tanıdığı tekel bölgesinde kendisinin de sözleşme konusu olan malla aynı marka ve özellikte başka bir malı sattığı takdirde, bundan dolayı hiçbir sorumluluk kabul etmeyeceğine dair bir sorumsuzluk kaydı, sözleşmenin doğasından kaynaklanan rekabet etmeme borcunu bertaraf ettiğinden dolayı hükümsüz sayılmalıdır⁶⁰⁹.

4. Genel İşlem Koşullarının Değiştirilerek, Girişimciye Sorumsuzluk Kaydı Getirme Yetkisinin Tanınması

Genel işlem koşullarının kabul edildiği esnada girişimcinin sorumluluğunu sınırlandıran herhangi bir kaydın mevcut olmadığını; ancak söz konusu koşullar arasında ona bu konuda düzenlemeye bulunma yetkisinin tanındığını farz edelim. Böyle bir durumda, girişimci, ilerleyen dönemlerde bu yetkiye istinaden hazırlamış olduğu, hafif kusurundan dolayı sorumluluk kabul etmediğine dair bir sorumsuzluk kaydını müşterisine karşı kullanmak ve onu bu kayıtla bağlı tutmak isteyebilir. Aynı şekilde mevcut bir sorumsuzluk kaydı bulunmasına rağmen, genel işlem koşulları ile girişimciye söz konusu kayıt üzerinde bazı değişiklikler yaparak sorumluluk alanını iyice sınırlandırma yetkisi tanınmış olabilir. Burada müşterinin başvurabileceği herhangi bir hukukî yol var mıdır şeklinde bir soru gelmektedir insanın aklına. Gerekli araştırmalar yapıncı, görülecektir ki, müşteri TBK. m. 24'te öngörülen hükme başvurabilir. Buna göre, *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar*

⁶⁰⁹ Atamer, **GİŞ**, s. 207-209; Atamer, **Sempozyum**, s. 46, 47; Atamer, **Armağan**, s. 307, 308; Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 173-176.

yazılmamış sayılır”. Bu hüküm, esasen TBK. m. 25’te düzenleme altına alınan içerik denetimine ilişkin hükmün özel uygulama alanlarından birini oluşturmaktadır⁶¹⁰.

Madde gerekçesinde sadece düzenleyen (daha doğru bir deyişle kullanan) lehine, diğer taraf (müşteri) aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarının yazılmamış sayılma yaptırımına tâbi olacağı, yoksa diğer taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olacağı açıkça ifade edilmiştir⁶¹¹. Her ne kadar maddenin lâfzında değiştirme yasağına ilişkin kayıtların yazılmamış sayılacağı belirtilse de, burada yapılan esasen içerik denetimi olduğu için hükmün geçerli olup olmadığı araştırılmalıdır⁶¹².

Yukarıdaki durumlarda içerik denetimi sürecine giden hâkimin, dürüstlük kuralı gereğince müşterinin ölçüsüz bir şekilde mağdur olduğunu tespit ettikten sonra bu kayıtların hükümsüzlüğüne karar verebileceği akla gelmektedir. Bununla birlikte TBK. m. 24’te öngörülen özel hüküm sayesinde, artık ölçüsüz bir mağduriyet halinin mevcut olup olmadığını araştırmaya gerek kalmadan, doğrudan doğruya söz konusu kayıtlar hükümsüz sayılabilmelidir. Üstelik bu kayıtları geçerli kılma noktasında hâkime herhangi bir takdir yetkisi de tanınmamıştır⁶¹³.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte de değiştirme yasağı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir⁶¹⁴. Fakat TBK. m. 24’ten farkı, sadece haklı olmayan sebeplerin varlığı halinde bunların haksız şart

⁶¹⁰ Bu sebeple doktrinde değiştirme yasağına ilişkin bu hükmün, TBK. m. 25’in bünyesinde örnek mukabilinde düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Altop, **GİK**, s. 43; Altop, **GİK ve Kefalet Sözleşmesi**, s. 154, 155. Bununla birlikte içerik denetimi kapsamına dâhil olabilecek pek çok durum bulunmasına karşın, hükümde neden sadece değiştirme yasağının düzenleme altına alındığı da sorgulanmaktadır. Atamer, **Sempozyum**, s. 59; Atamer, **Armağan**, s. 327. Bu noktada hükmün gerekçesine bakılmalıdır. Zira burada hemen hemen tüm sözleşmelerde kullanan bu tür bir yetkinin verildiği ve uyuşmazlık halinde, bunların geçerli olarak değerlendirildiği dikkate alındığında, hükmün öneminin rahatlıkla anlaşılabileceği ifade edilmektedir.

⁶¹¹ Kılıçoğlu, s. 119.

⁶¹² Atamer, **Sempozyum**, s. 59 vd.

⁶¹³ Antalya, s. 318.

⁶¹⁴ Yönetmelik bent a, alt bent 10 ve 11 gereğince “*Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlarla, yine satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar haksız şart sayılır.*”

sayılıp tüketiciyi bağlamayacağıdır. Diğer bir deyişle, girişimci, tüketici sözleşmelerinde haklı bir sebeple kendi lehine genel işlem koşullarında değişiklik yapma yetkisini saklı tutabilir ve bu düzenleme hükümsüz olarak nitelendirilemez⁶¹⁵.

5. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının Açık ve Anlaşılır Olması

Sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşulları, kaleme alınış şekilleri itibarı ile müşteri aleyhine menfaat dengesini zedeleyebilir. Esasen bu tür kayıtların, açık ve anlaşılır olarak kaleme alınıp alınmadığı hususunun, yürürlük ve yorum denetimi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak gözden kaçan bu kayıtlar içerik denetimi aşamasında fark edilmişse, sırf kanunda konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle bunları denetim dışında bırakmak isabetli olmaz⁶¹⁶. Üstelik bu kayıtların, içerik denetimi kapsamında dürüstlük kuralı gereğince müşterinin ölçüsüz bir mağduriyetine sebep olup olmadığını araştırmaya gerek kalmadan, doğrudan doğruya hükümsüzlüğüne karar verilebilir⁶¹⁷. Buna göre girişimcinin, diğer bir girişimci ile yaptığı sözleşmeye genel işlem koşulu olarak koyduğu, sözleşmeyle bağlı olduğu dönemin, sözleşmenin kendisi için gelir getirmeye elverişli olduğu dönemle sınırlı olduğuna dair bir kayıt, bu dönemin objektif olarak hangi zaman aralığını ifade ettiği sözleşme metninden net olarak anlaşılamadığı için hukuken geçerli kabul edilemez. Aynı değerlendirme, kiraya verenin kira konusu taşınmazı ısıtma yükümlülüğünün yalnızca kiracının kullandığı bölümleri kapsadığına ilişkin sözleşmeye eklenen genel işlem koşulu için de yapılabilir. Zira bu halde, kiracının hangi bölümlerin ısıtılmasını talep edebileceği sorusu cevapsız kalmaktadır⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Doktrine göre, Türk Borçlar Kanunu ile Yönetmelik arasındaki farklılık dolayısıyla özellikle tüketici sözleşmelerindeki genel işlem koşulları bakımından mahkemelerin işi zorlaşacaktır. Atamer, *Sempozyum*, s. 60, 61.

⁶¹⁶ Nitekim Alman Hukukunda da genel kabul gören anlayış, genel işlem koşulu olarak düzenlenen bir sorumsuzluk kaydının, açık ve anlaşılır olmadığı daha önce fark edilmese dahi, yine bu kaydın içerik denetimine tâbi tutulabileceği yönündedir, Havutçu, *İçerik Denetimi*, s. 176, 177; Atamer, *GİŞ*, s. 209.

⁶¹⁷ Çınar, s. 172.

⁶¹⁸ Atamer, *GİŞ*, s. 210.

6. Sorumsuzluk Kaydı İçeren Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimine Aykırılığı

İçerik denetimine tâbi tutulan genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarının dürüstlük kuralına aykırı bir nitelik taşıdığı anlaşıldığı takdirde, bunlar hakkında nasıl bir hukukî yaptırımın uygulanması gerektiği sorunu ile karşılaşılır. Konuya ilişkin olarak TBK. m. 25'de açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık aynı maddenin gerekçesi incelendiğinde, böyle bir halde, TBK. m. 27/f. 2, c. 1 anlamında kesin hükümsüzlüğün söz konusu olması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, aynı fıkranın ikinci cümlesinin burada uygulanması mümkün değildir. Yani girişimci, kesin hükümsüz olan sorumsuzluk kayıtları olmasa idi sözleşmeyi hiçbir şekilde yapmayacağını, bu yüzden sözleşmenin bir bütün olarak hükümsüz sayılması gerektiğini ileri sürse dahi onun bu iddiasına itibar edilmez ve sorumsuzluk kayıtları dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliklerini korumaya devam eder⁶¹⁹. Burada söz konusu olan kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulanması, sözleşme içeriğine etki edemeyen müşterinin menfaatlerinin de en iyi şekilde korunmasına hizmet eder. Zira sözleşmenin bir bütün olarak hükümsüz sayılması halinde, dolaylı olarak sorumsuzluk kayıtlarına da hukukî geçerlilik tanınmış olur. Zira böyle bir halde girişimci, yükümlülüklerinden bir bütün olarak kurtulur. Bu, müşterinin normalde sahip olduğu haklarından bazılarını kaybetmesi anlamına gelir⁶²⁰. Buna rağmen istisnaî bir düzeyde de olsa, müşteri, kısmî hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması şeklinde anlaşılmasını talep ettiğinde, onun bu talebine itibar edilmelidir⁶²¹.

⁶¹⁹ Atamer, **Sempozyum**, s. 61, 62; Atamer, **Armağan**, s. 318, 319; Başalp, s. 323, 324; Oğuz, **İçerik**, s. 114; Arkan, s. 72, 73. Buna karşılık Alman Hukukunda her ne kadar genel işlem koşullarının kısmen hükümsüzlüğü, genel kural olarak kabul edilse de, istisnaî olarak sorumsuzluk kayıtları dışındaki diğer bölümlerle sözleşmeye devam etmek, girişinci için aşırı bir külfete yol açacaksa, sözleşmenin bir bütün olarak hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir, Tandoğan, **Tüketicilerin Korunması**, s. 31, 32; Çınar, s. 103. Doktrinde bazı yazarlar, TBK. m. 27'deki hükmün, Alman Hukukundaki düzenleme doğrultusunda anlaşılmasının daha isabetli olacağını düşünmektedirler. Havutçu, **İçerik Denetimi**, s. 146; Kaplan, **Banka**, s. 67; Kocaman, s. 1113, 1114.

⁶²⁰ Atamer, **Sempozyum**, s. 62; Atamer, **Armağan**, s. 319; Altop, **GİK**, s. 41; Arkan, s. 73.

⁶²¹ Antalya, s. 311.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILDIĞI BAZI ÖZEL HALLER

Kanun koyucu, hem Türk Borçlar Kanununun Özel Hükümler bahsinde hem de Türk Ticaret Kanunu ile özel bazı kanunlarda (örneğin, Karayolları Trafik Kanununda) öngördüğü emredici mahiyetteki hükümlerle, borçlunun sorumluluğunu sınırlandıran kayıtların geçerliliğini, oldukça sıkı bir denetime tâbi tutmuştur. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğuyla ilgili TBK. m. 214/f. 3 ile TBK. m. 221 hükmü ya da kira sözleşmesinde kiracının, kiralananı elverişli halde bulundurma yükümlülüğünü bertaraf eden TBK. m. 301 hükmü yahut taşıma sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk kayıtlarıyla ilgili olarak öngörülen TTK. m. 854 hükmü ile karşı sözleşenin (alacaklının) hukukî konumu, genel bir hüküm olan TBK. m. 115 ve 116'ya nazaran daha iyi korunmuştur⁶²².

TBK. m. 115 ve 116 ile belli başlı sözleşme tipleri için sorumluluğun sınırlandırılmasıyla ilgili olarak öngörülen hukukî düzenlemeler arasında nasıl bir hukukî ilişkinin mevcut olduğu sorunuyla ilgili olarak doktrinde görüş birliğine varılamamıştır. Zira bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, genel hüküm niteliği taşıyan TBK. m. 115 ve 116, bütün hukukî ilişkilere uygulanabilir. Yeter ki, bu konuyla ilgili kanunda özel bir hüküm öngörülmemiş olsun. Söz konusu hukukî ilişkiyle ilgili özel bir hüküm öngörülmüşse, özelin genele göre önceliği kuralı gereğince bu konuda uygulanacak olan hüküm, özel hükümdür ve bu halde TBK. m. 115 ve 116 uygulama alanı dışında kalır⁶²³. Buna karşılık ağırlıklı olarak kabul gören diğer görüşe göre, bunlar arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. Bilakis TBK. m. 115 ve 116, diğer hükümlerin tamamlayıcısı olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple kanunda belli bir sözleşme tipi için öngörülen sorumluluğu sınırlandıran kaydın geçerli olacağı düzenlense dahi yerine göre TBK. m. 115 ya da 116'ya gidilerek, söz konusu

⁶²² Başalp, s. 181, 182; Karabağ Bulut, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, s. 843, 844.

⁶²³ Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 201, 202.

kaydın geçersizliğine karar verilebilmelidir. Aksinin kabulü, dürüstlük kuralını zedeler. Zira bu durumda kanunun genel olarak izin vermediği bir menfaat, diğer kanun maddelerinden yola çıkılarak, haksız bir şekilde temin edilmiş olur⁶²⁴.

Önemle belirtilmelidir ki, sözleşme sorumluluğunun özel olarak sınırlandırıldığı haller, burada bahsi geçen hükümlerden ibaret değildir. Bunun dışında örneğin, EİK. m. 13'te elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının sorumluluğunun nasıl sınırlandırılabilceğine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir⁶²⁵. Dolayısıyla bu bölümde, sadece önemli görülen belli başlı sözleşme tipleriyle ilişkili olarak tarafların öngörmüş oldukları sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti inceleme konusu yapılmıştır.

⁶²⁴ Akman, s. 104; Karabağ Bulut, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, s. 844; Başalp, s. 349. Yazarlar, diğer kanunlarda düzenlenen hükümleri, TBK. m. 115 ve 116'nın "özel görünüm şekilleri" olarak değerlendirmektedirler.

⁶²⁵ EİK. m. 13'e göre "Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, elektronik sertifika sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbidir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu Kanun veya bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlâli suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları tazminle yükümlüdür. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, söz konusu yükümlülük ihlâlinin istihdam ettiği kişilerin davranışına dayanması halinde de zarardan sorumlu olup, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu sorumluluğundan, Borçlar Kanununun 55 inci maddesinde öngörülen türden bir kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamaz. Nitelikli elektronik sertifikanın içerdiği kullanım ve maddî kapsamına ilişkin sınırlamalar hariç olmak üzere, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının üçüncü kişilere ve nitelikli elektronik imza sahibine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü şart geçersizdir..." Burada elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, sertifika sahibine karşı sorumluluğu hakkında TBK. m. 112 vd. hükümleri, buna karşılık üçüncü kişilere karşı sorumluluğu hakkında ise, TBK. m. 49 vd. hükümleri uygulanır. Söz konusu hükme göre, sertifika hizmet sağlayıcısı, sorumsuzluk sözleşmesi yaparak sorumluluğunu sınırlandıramaz. Fakat bu durum onun, kusur ya da uygun illiyet bağının bulunmaması gibi kanunî sınırlandırma ölçütlerinden yararlanmasını engellemez. Doktrine göre, hükmün son fıkrası isabetli bir şekilde düzenlenmemiştir. Zira üçüncü kişiler edime belli oranda yakın değillerse, onlara karşı elektronik imza sahibi ile yapılan sorumsuzluk sözleşmesinin ileri sürülmesi söz konusu değildir. Ancak bunun, hükmün sorumsuzluk sözleşmesini yasaklamasıyla bir ilgisi yoktur. Böyle bir durumda sertifika hizmet sağlayıcısının yapması gereken, haksız fiil gerçekleştirilmeden önce üçüncü kişi ile ayrı bir sorumsuzluk sözleşmesi imzalamaktır. Buna karşılık edime belli oranda yakın olan kişiler, sözleşme hükümlerine göre sertifika hizmet sağlayıcısının sorumluluğuna başvurabildikleri için sorumsuzluk sözleşmesinin onlara karşı da uygulanması gündeme gelebilir. İşte EİK. m. 13 ile, sözleşmenin koruma alanına giren bu gibi kişilere karşı daha önce elektronik imza sahibiyle imzalanan sorumsuzluk sözleşmesinin ileri sürülmesi engellenmek istenmiştir. Diğer taraftan burada sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti, kusur derecesinden bağımsız olarak düzenlenmiştir; dolayısıyla sözleşme, hafif kusuru konu alsa bile hükümsüz sayılmalıdır. Bu sonuçla, TBK. m. 115/f. 3 ile m. 116/f. 3'de açıklanan, uzmanlığı gerektiren ve izin dahilinde yürütülen işlere bağlanan hukukî sonuç arasında paralellik bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, Mustafa Fadıl; "Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu", **AÜEHFD**, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 266-279 (Sertifika Hizmet Sağlayıcısı).

§ 14. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

TBK. m. 207 gereğince “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” Satıcının, bu sözleşmeden doğan ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu ve bunun geçerlilik sınırları, TBK. m. 214/f. 3 ve m. 221’de özel olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında satıcının diğer sorumluluk hallerine (örneğin temerrüt, devir ve taşıma giderleri gibi) ilişkin yapılan sorumsuzluk sözleşmelerinin geçerliliği, TBK. m. 115 ve 116’daki esaslara tâbi tutulur⁶²⁶.

Belirtilmelidir ki, gerek TBK. m. 214/f. 3’te gerekse TBK. m. 221’de satıcının, yalnızca kendi davranışlarını konu alan sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbeti hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında satıcının ifa yardımcılarının davranışlarıyla ilgili tekeffül sorumluluğunun ne olduğu, düzenleme konusu yapılmamıştır. Dolayısıyla bunlar hakkında TBK. m. 116 hükmü, doğrudan doğruya uygulanmaya devam eder⁶²⁷. Diğer taraftan ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu, satış sözleşmesi dışında eser sözleşmesi için de söz konusu olmasına karşın, bu konuyla ilgili olarak yapılan sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbeti kanunda düzenlenmemiştir. Ancak sırf bu durumu gerekçe göstermek suretiyle bu sözleşmeyi her halde geçerli saymak, bütün sözleşmeler bakımından uygulanma kabiliyeti bulunan TBK. m. 115 ve 116’daki hükümleri göz ardı etmek anlamına geleceğinden hukuken kabul edilemez. Dolayısıyla bunlar hakkında da hiç tereddütsüz TBK. m. 115 ve 116’daki hükümler uygulanmalıdır⁶²⁸.

⁶²⁶ Akman, s. 108; Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 281.

⁶²⁷ Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 281.

⁶²⁸ Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 282.

I. Ayıba Karşı Tekeffüle İlişkin Akdedilen Sorumsuzluk Sözleşmeleri

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu⁶²⁹, TBK. m. 219/f. 1’de şu şekilde ifade edilmiştir: *“Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.”*

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırılması, Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun açısından farklı değerlendirildiğinden, konu iki ayrı başlık altında incelenmiştir: İlk olarak, TBK. m. 221’de öngörülen hükmün, TBK. m. 115’le olan ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmış, sonrasında ise tüketici sözleşmelerinde TBK. m. 221’in uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte daha sonra satıcı olmayan bir üreticinin sorumluluğunun ne olacağı, söz konusu sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu ile karşılaşmış ve bu konunun da ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

A. Genel Olarak

Kanunda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin öngörülen hükümler, kamu düzenini ilgilendirmede için emredici nitelikte değildir. Bundan dolayı taraflar, anlaşarak söz konusu sorumluluğu tamamen ya da kısmen sınırlandırabilirler⁶³⁰. Ancak bu konuda taraflara tam bir serbesti

⁶²⁹ Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi edinmek için bkz. Tandoğan, C. I/1, s. 163 vd.; Aral/Ayrancı, s. 103 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 67 vd.; Gümüş, s. 75 vd.

⁶³⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 68; Akman, s. 104; Şenyüz, Doğan; **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa 2011, s. 268; Erdoğan, İhsan; “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması”, **Naci Kınacıoğlu’na Armağan, GÜHFD**, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 55 (Tüketici); Başalp, s. 350. Tarafların açık veya zımni irade beyanları, kural olarak ayıba karşı tekeffüle ilişkin sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği için yeterli olmakla birlikte, istisnaen taşınmazlara ilişkin bu tür bir sözleşme, ancak resmî senetle düzenlendiği takdirde geçerli sayılabilir. Aral/Ayrancı, s. 144, 145; Gümüş, s. 94; Duman, s. 251. Bununla birlikte satıcının tek tarafı olarak öngördüğü ve ayıplı olarak devredilen satış konusu şeyin iade

tanınmamıştır. Zira kanun koyucu, buna ilişkin yapılan sorumsuzluk sözleşmesinin geçerlilik alanını, TBK. m. 221'deki hükümle bir hayli daraltmıştır. Bu hükmü, satıcının kusurunu derecelere ayırarak inceleyelim:

1. Ağır Kusurun Varlığı Halinde

TBK. m. 221'e göre, *“Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Buna göre, satıcı, satılандaki ayıbı bilmesine rağmen durumu alıcıdan saklamışsa⁶³¹ (hilesi-kastı varsa) ya da satılanın ayıplı olup olmadığını kontrol etmek isteyen alıcıya mani olmuşsa (ağır ihmali varsa); yaptığı sorumsuzluk sözleşmesinden istifade edemez. Aksi durum, dürüstlük kuralına ve satıcının sadakat yükümlülüğüne uygun düşmez⁶³².

edilmesinin mümkün olmadığını belirten kayıtlar sorumluluğun sınırlandırılması sonucunu doğurmaz. Tandoğan, C. I/1, s. 175.

⁶³¹ Satılандaki ayıp hile ile saklandığında, TBK. m. 36 ile TBK. m. 219 vd. hükümlerinin birlikte uygulanması söz konusudur. Yalnız burada birlikte uygulanan, sadece bunların koşullarıdır; yoksa bunlara bağlanan hukukî sonuçların birlikte uygulanması söz konusu değildir. Bu durumda her iki hüküm arasında nasıl bir hukukî ilişkinin mevcut olduğu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrindeki genel eğilim, bunlar arasında bağımsız seçimlik yarışma ilişkisinin mevcut olduğundan yanadır. Bu, ayıba karşı tekeffül ile hile arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin bulunmadığı, alacaklının istediği hükme başvurmakta serbest olduğu ve alacaklı, tercihini hileden yana kullandığında, muayene ve ihbar külfeti ile kanunda öngörülen kısa zamanasımıyla bağlı olmadığı anlamına gelir. Yıldırım, Mustafa Fadıl; “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m.28) Hükümü Arasındaki İlişki”, **Fikret Eren’e Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 969 vd. (Ayıba Karşı Tekeffül).

⁶³² Aral/Ayrancı, s. 146; Şenyüz, s. 268. Örneğin, Y. 13. HD’si, 3.2.1998 T. ve 71/830 sayılı kararında “...Satış şartnamesinin 14. maddesinde, alıcının satıştan sonra satışın bozulmasını istemeyeceği eşyanın hali hazır durumuyla satışa çıkarılmış olduğu, listelerde hasar oranlarına ilişkin yazılanların sadece bilgi mahiyetinde bulunduğu, alıcının eşyayı yerinde bizzat görerek satışa katıldığının kabul edileceği, alıcının hasar oranlarına hiçbir şekilde itiraz edemeyeceği; 17. maddede ise satış bedelinin tespitine ilişkin unsurlardan birinin noksan olması veya eşyanın ilânda ve şartname eki listede gösterilen sınır ve evsafa uygun olmaması hallerinde, alıcının süresi içinde satış bedelini yatırmak suretiyle ve eşyayı teslim almadan önce yazılı olarak idareye başvurması ve bunun idarece kabulü halinde satışın bozulabileceği belirtilmekte ve şartname altında davacının imzası bulunmakta ise de; ...teslim zaptında tek tek sayılan ve araçta mevcut oldukları açıklanan eksiklik ve hasarlar arasında, davacının bu davada varlığını ileri sürdüğü motor ve şanzımandaki eksik ve ayıpların yer almadığı...bilirkişi raporundan açıkça anlaşılmaktadır. Yine bilirkişi raporunda, aracın motor, şanzıman ve eksiklikleri tespit edemeyecekleri, bunların gizli ayıp niteliğinde oldukları ... açıklanmaktadır. Borçlar Kanununun 99. maddesi hükmüne göre hile veya ağır kusur halinde, duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptida beraetini tazammum edecek her şart batıldır. Yasanın bu hükmü karşısında, satış şartnamesinin 14 ve 17. maddelerinde hükümlerin davacıyı bağlamayacağına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Zira bilirkişi tarafından araçta saptanan ... eksiklik ve kusurlar gizli ayıp niteliğindedir...Bu durumda davacıyı, aracı bu haliyle satın almaya zorlamanın hakkaniyete uygun düşmeyeceğine” işaret edilmiştir, www.kazanci.com.tr, E. T. 14. 02. 2013.

Diğer taraftan “*Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir*” (TBK. m. 222). Bu iki hükümden yola çıkıldığında, ayıba karşı tekeffüle ilişkin sorumsuzluk sözleşmesinin uygulama alanın, hem alıcı hem de satıcı tarafından bilinmeyen ayıplara ilişkin olduğu söylenebilir⁶³³.

Hangi tür ayıplara ilişkin olarak sorumsuzluk sözleşmesinin yapılabileceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden biri, dürüstlük kuralı gereğince alıcının haklı olarak beklediği vasıfların yanı sıra, satıcının mevcut olduğu yönünde vaatte bulunduğu vasıflara ilişkin olarak da sorumsuzluk sözleşmesinin yapılabileceği yönündedir⁶³⁴. Bununla beraber satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlandıran sözleşmelerin geçerli olup olmadığı noktasında şüpheyne düşüldüğü takdirde, satıcının aleyhine olan yorum yönteminin benimsenmesi ile birlikte, bilhassa satıcının vasıf vaadinde bulunduğu hallere ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk sözleşmelerinin hükümsüzlüğüne karar verilebileceği de ifade edilmektedir⁶³⁵. Diğer bir görüşe göre ise, sorumsuzluk sözleşmesi doğrudan vaat edilen vasıflar dışında kalan diğer ayıplara ilişkin olarak yapılabilir⁶³⁶. Buna gerekçe olarak, satıcının sonradan bu vasıfların mevcut olmamasından dolayı sorumluluk kabul etmeyeceğini açıklamasının, hukuk mantığına aykırı düşeceği ve bu beyanların kendi içinde çelişki göstereceği belirtilmektedir⁶³⁷. Aslında farklı gerekçeler ileri sürmelerine rağmen her iki görüş taraftarları da, vaat edilen vasıflar hakkında yapılan sorumsuzluk sözleşmelerini bir şekilde hükümsüz sayma eğilimindedirler.

Doktrinde satıcılığı meslek olarak icra eden kişilerce mutlaka bilinmesi gerekli olan ayıpların, satıcı tarafından bilinmemesi hali de ağır kusur kapsamında değerlendirilmektedir⁶³⁸. Nitekim bu görüşü benimseyen kanun koyucu, TBK. m. 221’in gerekçesinde TBK. m. 225’e yollamada bulunmuştur.

⁶³³ Akman, s. 105; Yıldırım, Mustafa Fadıl; **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Nobel Yayınları, Ankara 2002, s. 63 (Hile).

⁶³⁴ Tandoğan, **C. I/1**, s. 175.

⁶³⁵ Tandoğan, **C. I/1**, s. 176, dn. 45 c; Yavuz/Acar/Özen, s. 72.

⁶³⁶ Aral/Ayrancı, s. 145, 146.

⁶³⁷ Akman, s. 105; Aral/Ayrancı, s. 145, 146.

⁶³⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 72.

Buna göre “Ağır kusurlu olan satıcı, satılndaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir”. Bu hükümle satıcılığı meslek edinmiş kişilerin hafif ihmalleri, diğer satıcıların ağır kusurları ile eş değerde tutulmuştur. Zaten TBK. m. 225’in gerekçesinde de “bilmesi gereken” ifadesi ile satıcılığı meslek edinmiş kişilerin tüm ihmali hallerinin anlatıldığı açıkça belirtilmiştir. Bundan dolayı bu kişilerin hafif ihmallerinden doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluklarını sınırlandırmaları mümkün değildir. Diğer taraftan satıcılığı meslek olarak icra eden kişilerin karşısında sözleşmeyi akdeden tarafın tacir olması, onların hafif ihmale ilişkin yaptıkları sorumsuzluk sözleşmelerinin geçerli kılınmasını sağlamaz. Zira bu hüküm, Türk Borçlar Kanununda düzenlendiğinden, tarafların sıfatları sözleşmenin akıbetini belirlerken dikkate alınmaz. Böylece dürüstlük kuralı gereğince o işi sürekli bir şekilde yerine getiren satıcıların, birer uzman gibi ayıbın varlığı konusunda bilgi sahibi olduklarına ilişkin alıcılar tarafından duyulan haklı güven de korunmuş olur⁶³⁹. Bununla beraber satıcılığı meslek olarak icra etmeyen bir kişiyle, örneğin, bir defaya mahsus belirli bir malı satan bir satıcıyla yapılan sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti, TBK. m. 221’e göre belirlenir. Buna karşılık doktrinde gerekçenin bağlayıcı olmaması sebebiyle her iki hükmün birlikte değerlendirilmemesi gerektiği⁶⁴⁰, daha açık bir deyişle, meslek olarak satıcılığı icra eden kişilerin yapmış oldukları sorumsuzluk sözleşmelerini, diğer satıcıların yapmış oldukları sözleşmelerden farklı olarak değerlendirmenin hukuken mümkün olmadığı da ifade edilmektedir.

Alman Medenî Kanununda satış sözleşmesinden doğan sorumluluğun sınırlandırıldığı sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetinin ne şekilde düzenlendiği araştırıldığında, bu konuda 2002 yılında yapılan Borçlar Kanunu Reformu ile önceki düzenlemeye nazaran önemli değişikliklere gidildiği görülmektedir. Şöyle ki, bu reform yapılmadan önce satıcının hile ile satılndaki ayıpları sakladığı anlaşılan hallerde, sorumsuzluk sözleşmeleri

⁶³⁹ Başalp, s. 361, 362.

⁶⁴⁰ Gümüş, s. 95.

hükümsüz sayılıyor ve bu hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğüne yol açmayacağı kabul ediliyordu. Üstelik alıcının bu yönde bir iddiada bulunması da gerekli değildi⁶⁴¹. Buna karşılık reform yapıldıktan sonra her ne kadar sorumsuzluk sözleşmesinin hükümsüzlük alanı, yine hile ile saklanan ayıpları kapsasa dahi, burada ilk düzenlemeden farklı olarak, kısmî hükümsüzlüğün uygulanmasından vazgeçilmiştir. Böylece satıcının “sorumsuzluk sözleşmesi olmasa idi hiçbir şekilde satış sözleşmesini yapmayacaktım” şeklindeki iddiasına hukukî geçerlilik tanınmıştır⁶⁴². Türk Hukukundaki genel kabul gören anlayış ise, satıcının bu yöndeki iddialarına hukukî geçerlilik tanınmaması gerektiğinden yanadır⁶⁴³. Aksi halde sözleşme bir bütün olarak hükümsüz olduğundan, satıcı borçlarının tamamından kurtulmuş olur⁶⁴⁴. Bu da, onun hileli hareketinin ödüllendirilmesi anlamına gelir.

2. Diğer Hallerde

TBK. m. 221’in zıt anlamından hareket edildiğinde, kural olarak hafif ihmale ilişkin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk sözleşmelerini geçerli kabul etmek gerekir. Böyle bir halde, TBK. m. 115’de belirtilen hafif ihmale ilişkin sorumsuzluk sözleşmelerinin hükümsüz sayıldığı istisnaî nitelikteki hükümlerin uygulanma imkanı doğar mı şeklinde bir soru sorulabilir. Doktrinde bu soruya farklı cevaplar verilmiştir. Bazı yazarlar, TBK. m. 221 ile TBK. m. 115 arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin bulunduğunu, bundan dolayı herhalde hafif ihmalden doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun geçerli olarak sınırlandırılabilirliğini savunmaktadırlar. Bu noktada alacaklı ile borçlu arasında hizmet

⁶⁴¹ Yıldırım, **Hile**, s. 66. Tıpkı Alman Medenî Kanununda olduğu gibi, BK. m. 196’da da satış sözleşmesinden doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırıldığı sorumsuzluk sözleşmeleri, yalnızca satıcının hileli hareketinin varlığı halinde hükümsüz sayılıyordu. Ancak doktrindeki hâkim görüş taraftarları, BK. m. 99’a başvurularak hilenin yanı sıra ağır kusur halinde de aynı yaptırımın uygulanması gerektiğini savunmaktaydılar. Yıldırım, **Hile**, s. 94; Akman, s. 106. Aksi görüş için bkz. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 280.

⁶⁴² Yıldırım, **Hile**, s. 67.

⁶⁴³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 885, 886; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 339, 340; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 274, 275; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 456.

⁶⁴⁴ Akman, s. 109, 110.

sözleşmesinin bulunması veya borçlunun uzmanlık gerektiren bir işi yerine getiriyor olması dahi, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuyla ilgili yapılan sorumsuzluk sözleşmesini geçersiz kılmaz⁶⁴⁵. Hâkim görüşte olan diğer yazarlar ise, TBK. m. 115'in, TBK. m. 221'e nazaran genel hüküm niteliğinde olmayıp, aksine onun tamamlayıcısı olduğunu kabul etmektedirler. Bu sebeple hafif ihmali konu alan bu tür bir sorumsuzluk sözleşmesinin, ancak TBK. m. 115'teki esaslara uygun olduğu sürece geçerli olabileceğini, aksinin kabulünün hiçbir haklı sebep bulunmaksızın satıcının hukukî menfaatinin korunması anlamına geleceğini belirtmektedirler⁶⁴⁶.

Doktrinde söz konusu sözleşmelerin içeriklerinin dar yorumlanmasının isabetli bir tercih olacağına işaret edilmektedir⁶⁴⁷. Zira satıcı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu üstlenmek istemiyorsa, dürüstlük kuralı gereğince durumu açık bir şekilde karşı tarafa bildirmek zorundadır⁶⁴⁸. Aynı şekilde taraflarca sorumsuzluk sözleşmesinin kurulduğu an itibarı ile göz önünde bulundurulmayan ayıplar hakkında satıcının sorumlu olmaya devam etmesi gerektiği, dolayısıyla bu sözleşmenin yalnızca sözleşmenin kurulduğu anda dürüstlük kuralı uyarınca taraflarca dikkate alınan ayıplar bakımından hüküm ve sonuç doğurabileceği de belirtilmektedir⁶⁴⁹.

B. Tüketici Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğunun Sınırı

Tüketicinin taraf olduğu satış sözleşmelerinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortadan kaldırılmasına izin verilip verilmediği hususunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda açık bir hüküm öngörülmüş değildir. Buna rağmen doktrinde TBK. m. 221'den farklı olarak, satıcının bu konuya ilişkin sorumluluğunu hiçbir şekilde sorumsuzluk

⁶⁴⁵ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 280.

⁶⁴⁶ Akman, s. 106; Aral/Ayrancı, s. 146; Başalp, s. 355-357. Kaldı ki, TBK. m. 221'in gerekçesinde de bu görüşle paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir: "...Tasarımın 114'üncü maddesinde öngörülen borçlunun ağır kusuru halinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacağına ilişkin kural burada da geçerli olacaktır.", Gümüş, s. 93, 94.

⁶⁴⁷ Gümüş, s. 94; Tandoğan, C. I/1, s. 175; Aral/Ayrancı, s. 145.

⁶⁴⁸ Duman, s. 251.

⁶⁴⁹ Gümüş, s. 94; Tandoğan, C. I/1, s. 175; Aral/Ayrancı, s. 145.

sözleşmesi ile sınırlandıramayacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁰. Bu duruma gerekçe olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen hükümlerin, hukuken nispi emredici bir özelliğe sahip oldukları belirtilmektedir⁶⁵¹. Bunun dışında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş, Avrupa Topluluğu Konseyi'nce hazırlanan 1985 tarihli Direktif'in 8. maddesinde konuya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiş olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, *"Malda bulunan ve üçüncü kişilerin eyleminden doğmuş olsa bile ayıbın yol açtığı zararlardan sorumluluğu kaldıran ya da sınırlayan koşullar hükümsüzdür; ancak ayıp, tüketicinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan doğmuşsa, bu gibi ayıplardan sorumlu olunamayacağı hakkındaki koşullar geçerlidir"*⁶⁵². Bununla birlikte TKHK. m. 4/f. 5 ve 6 uyarınca satıcının sorumluluğunun sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir. Buna göre, tüketici, ayıbın varlığını bilerek satıcıyla sözleşme yaptığına ya da faturada ve satış konusu malın üzerinde, onun kolaylıkla fark edebileceği bir şekilde malın ayıplı olduğu açıklandığında, artık satıcının sorumluluğuna başvurulması mümkün değildir⁶⁵³.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler karşısında, TBK. m. 221'in esas olarak tüketici sözleşmeleri⁶⁵⁴ dışında kalan diğer sözleşmeler bakımından

⁶⁵⁰ İnal, Tamer; **Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri-İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 401 (Tüketici Kredisi Sözleşmeleri); Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 237; Havutçu, Ayşe; **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 137 (Üretici); Ozanoğlu, **Tüketici**, s. 70.

⁶⁵¹ Yıldırım, **Sertifika Hizmet Sağlayıcısı**, s. 270; Havutçu, **Üretici**, s. 138; Ozanoğlu, **Tüketici**, s. 70.

⁶⁵² İnal, **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, s. 403; Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 237.

⁶⁵³ İnal, **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, s. 402; Yavuz, **Haksız Şartlar**, s. 237; Erdoğan, **Tüketici**, s. 61.

⁶⁵⁴ Doktrinde tüketici sözleşmelerinin tanımı şu şekilde yapılmaktadır: "Kural olarak, girişimciler ile gerçek ya da tüzel kişiler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticarî, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir". Ozanoğlu, **Tüketici**, s. 65. Tüketici sözleşmelerinin en tipik özelliği, taraflardan birinin tüketici olmasıdır. Ancak diğer tarafın hukukî durumuyla ilgili kanunda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber doktrine göre, tüketiciyle sözleşme yapan tarafın mesleğinin uzmanı olması gerekir. Kanunun ruhundan hareket edildiğinde, bu sonuca varılabilir. Diğer taraftan bu sözleşmeler, yalnızca satış sözleşmelerinden ibaret değildir. Bunun dışında eser ve vekâlet sözleşmeleri de tüketici sözleşmelerine konu olabilir. Erdoğan, **Tüketici**, s. 54-59.

uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Zira tüketici sözleşmelerinde satıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasına izin vermek, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun genel gerekçesinde tüketicinin korunmak istenmesi şeklinde açıklanan temel amaçla bağdaşmaz⁶⁵⁵. Bu amaçtan hareket edildiğinde, genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarını da hükümsüz saymak gerekir. Ancak bu halde, TKHK. m. 6'daki haksız koşullarla, TBK. m. 20-25'teki hükümler uygulama alanı bulur⁶⁵⁶.

C. Üreticinin Sorumluluğunun Sınırı

Hemen belirtelim ki, üreticinin⁶⁵⁷ satıcı olduğu bir ihtimalde, sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu hakkında bir önceki başlık altında yapılan açıklamalar geçerlidir. Burada esas olarak satıcı olmayan bir üreticiyle yapılan sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetinin ne olduğu inceleme konusu yapılmıştır. Fakat bundan önce üreticinin sorumluluğunun hangi esaslara tâbi olduğunu belirlemek gerekmektedir.

Üreticinin sorumluluğu ve bu sorumluluğun sınırı hakkında 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuat Hakkında Kanun ve buna bağlı olarak hazırlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkındaki Yönetmelik hükümleri uygulanır⁶⁵⁸.

Yönetmeliğin 6. maddesinde üreticinin sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk olduğu açıkça ifade edilmiştir⁶⁵⁹. Buna karşılık satıcı olmayan bir üreticinin sorumluluğunun hukukî niteliğinin ne olduğu konusunda, ne Kanunda ne de Yönetmelikte açık bir hüküm öngörülmemiştir. Doktrinde ise, konuya ilişkin olarak farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüşe göre, böyle bir durumda ağırlaştırılmış olağan sebep sorumluluğu söz

⁶⁵⁵ İnal, **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, s. 406.

⁶⁵⁶ Havutçu, **Üretici**, s. 138.

⁶⁵⁷ Üretici kavramı ile kastedilen “*kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan malları veya bu malların hammaddelelerini veya ara mallarını üreten ile mal üzerinde kendi ayırt edici işaretini, ticarî markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları veya satışa sunmak amacıyla ithal eden*” kişilerdir (Yönetmelik m. 4/fıkra d).

⁶⁵⁸ Yıldırım, Mustafa Fadıl; “Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, 28-29 Mayıs 2009, s. 247 (Sorumluluk).

⁶⁵⁹ Doktrinde kanunla düzenleme altına alınması gereken bu kusursuz sorumluluk halinin, yönetmelikle düzenlenmiş olması isabetli görülmemektedir. Havutçu, **Üretici**, s. 117.

konusudur. Zira objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranan üreticinin, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bu itibarla onun sorumluluğu, bina sahibinin sorumluluğuna yaklaşmaktadır⁶⁶⁰. Başka bir görüşe göre, böyle bir durumda olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğuna dair esaslar birarada uygulanmalıdır⁶⁶¹. Bununla birlikte her iki görüş taraftarları, satıcı olmayan bir üreticinin sorumluluğunun sözleşme hükümlerine tâbi olmaması, bu konuda haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği konusunda hemfikirdirler. Zira satış sözleşmesi, nispî bir etki doğurduğundan, satıcı dışındaki diğer üreticilerin, örneğin, o malı ithal eden kişilerin sorumluluğunun bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir⁶⁶².

Diğer taraftan burada sözü geçen Kanun ve Yönetmelik hükümlerine dayanarak üreticinin sorumluluğuna başvuracak kişinin, tüketici olması gerekir⁶⁶³. Üretici, tüketici ile yapacağı bir sorumsuzluk sözleşmesiyle ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kısmen ya da tamamen sınırlandırabilir mi şeklinde bir soru sorulduğunda, belirtilmelidir ki, Yönetmeliğin 8. maddesinde bu sorunun cevabını bulmak mümkündür. Buna göre “*Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu Yönetmelikte yer alan, haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya imalatçının/üreticinin bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir.*” TBK. m. 115 ve 116’dan farklı olarak, burada sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti, kusur derecelerinden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla üreticinin hafif kusuru bulunsa dahi yaptığı sorumsuzluk sözleşmesi hükümsüz sayılır. Buna karşılık zarar doğduktan

⁶⁶⁰ Yıldırım, **Sorumluluk**, s. 246, 247; Akçura Karaman, Tuba; **Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 151.

⁶⁶¹ Havutçu, **Üretici**, 99 vd. Tehlike sorumluluğunun doğması için tehlikeli faaliyette bulunan bir işletmenin mevcut olması ve zararın bu işletmenin yürüttüğü tehlikeli faaliyetin sonucunda ortaya çıkması (uygun illiyet bağının varlığı) gerekli ve yeterlidir. Yoksa kusurun bulunup bulunmaması, önemli değildir. Ozanoğlu, **Rücu Davası**, s. 8.

⁶⁶² Akçura Karaman, s. 54.

⁶⁶³ Dolayısıyla ticarî amaçlarla ayıplı bir malı alan kişi hakkında burada öngörülen hükümler uygulanamaz. Havutçu, **Üretici**, s. 150. Bu konuda genel nitelikte bir kanun olan Türk Borçlar Kanunundaki hükümler uygulanır. Buradan hareketle, üreticinin, tacir olan müşterisi ile yaptığı sorumsuzluk sözleşmesinin akıbeti TBK. m. 115 ve 116’ya göre belirlenmelidir.

sonra sorumluluk sınırlandırıldığında, bütün kusur halleri için yapılan sınırlandırmayı geçerli kabul etmek gerekir. Zira bu durumda kurulan sözleşmenin, sorumsuzluk sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁶⁶⁴.

II. Zapta Karşı Tekeffüle İlişkin Akdedilen Sorumsuzluk Sözleşmeleri

TBK. m. 214/f. 1’de satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu, *“Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırse satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur”* şeklinde açıklanmıştır⁶⁶⁵. Kanunda zapta karşı tekeffül sorumluluğuyla ilgili olarak öngörülen hükümler, yedek hukuk kuralı niteliği taşıdıkları için bu hükümlerin aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Dolayısıyla söz konusu sorumluluk, kanunen geçerlilik tanındığı ölçüde sınırlandırılabilir⁶⁶⁶.

A. Gizlemenin Söz Konusu Olması Halinde

TBK. m. 214/f. 3’e göre *“Satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlandırma konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Gizleme hali ile satıcının kastı anlatılmak istenmiştir⁶⁶⁷. Kanunun lâfzına bağlı kalındığında, kast dışında kalan ağır ihmal ve hafif ihmal halleriyle ilgili zapta karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk sözleşmelerini geçerli saymak gerekir⁶⁶⁸. Ancak bunun kabulü halinde, özellikle tek tarafa borç yükleyen

⁶⁶⁴ Havutçu, **Üretici**, s. 106; Akçura Karaman, s. 340.

⁶⁶⁵ Zapta karşı tekeffül sorumluluğuyla ilgili ayrıntılı bilgi edinmek için bkz. Tandoğan, **C. I/1**, s. 148 vd.; Aral/Ayrancı, s. 95 vd.; Gümüş, s. 62 vd.

⁶⁶⁶ Aral/Ayrancı, s. 102; Yavuz/Acar/Özen, s. 59; **C. I/1**, s. 149; Gümüş, s. 68.

⁶⁶⁷ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 279, 280. Bununla birlikte satıcının, üçüncü kişinin üstün hakkından haberdar olmayan alıcıya durumu açıklamaması ya da onun sorularını cevapsız bırakması halinde de gizleme söz konusu olur. Tandoğan, **C. I/1**, s. 149. Ancak satıcının, neredeyse ihtimal dışında gördüğü birtakım zapt tehlikelerini bildirmemesi, bu çerçevede değerlendirilemez. Yavuz/Acar/Özen, s. 64.

⁶⁶⁸ Akman, s. 107; Başalp, s. 335, 336. Alıcının, ağır ihmal bir davranışı ile üçüncü kişilerin herhangi bir üstün hakkının bulunup bulunmadığı konusunda araştırma yapmaktan kaçındığı bir ihtimal için de aynı değerlendirmede bulunulabilir. Gümüş, s. 68.

sözleşmelerden biri olan bağışlama sözleşmesinde dahi bağışlayanın sorumluluğunun ağır kusurla sınırlandırılmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda (TBK. m. 294/f. 1), neden iki tarafa borç yükleyen satış sözleşmelerinde, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun kast hali ile sınırlandırılmış olabileceği (yani daha hafif şiddette belirlenmiş olabileceği) sorusu cevapsız kalır. İşte bu yüzden zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin akdedilen sorumsuzluk sözleşmesinin hükümsüzlük alanı, satıcının kastını ve ağır ihmali davranışlarını kapsamalıdır⁶⁶⁹. Aksi takdirde ayıba karşı tekeffül ile zapta karşı tekeffüle ilişkin akdedilen sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetinin, hangi gerekçeye istinaden farklı düzenlendiğini açıklamak gerekir. Bundan başka alıcı tarafından sözleşmenin kurulduğu an itibarı ile üçüncü kişilerin üstün haklarının mevcut olduğunun bilinmesi de satıcının sorumluluğunu sınırlandırır⁶⁷⁰. Zira böyle bir halde onun korunmaya değer herhangi bir hukukî menfaati yoktur.

B. Diğer Hallerde

Gizleme halinin geniş yorumlanması ile birlikte, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun sadece hafif ihmale ilişkin olarak sınırlandırılabilmesi sonucuna varılabilir. Bununla beraber tıpkı ayıba karşı tekeffülde olduğu gibi, zapta karşı tekeffül sorumluluğunda da hafif ihmale ilişkin sorumsuzluk sözleşmelerinin hepsini geçerli kabul etmenin isabetli olup olmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Baskın olarak bu sözleşmelerin, ancak ve ancak TBK. m. 115'deki esaslara uygun oldukları takdirde geçerli olabilecekleri görüşü benimsenmiştir. Dolayısıyla hafif ihmalden dolayı zapta karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk sözleşmeleri, satıcı ile alıcı arasında hizmet sözleşmesinin bulunmaması ve satıcının uzman bir

⁶⁶⁹ Akman, s. 107; Başalp, s. 355, 356.

⁶⁷⁰ Meğerki satıcı, ayrıca satış konusu şey üzerinde hiç kimsenin üstün hakkının bulunmadığını belirtmiş olsun. Buna karşılık sözleşmenin ilerleyen dönemlerinde alıcının üçüncü kişilerin üstün hakkının mevcut olduğunu anlaması, satıcının sorumluluktan kurtulması bakımından yeterli değildir. Yavuz/Acar/Özen, s. 64; Gümüş, s. 66, 67.

kişi olarak işini yetkili makamlarca kendisine verilen izin kapsamında yürütmemesi halinde geçerli sayılabilir⁶⁷¹.

§ 15. KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

TBK. m. 299'a göre *"Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."*

TBK. m. 301 uyarınca *"Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür."* Buna göre, kiraya veren, kiralananı sözleşmede öngörüldüğü şekilde teslim etmekle borcundan kurtulmuş olmaz. Zira sözleşmenin devam ettiği müddet boyunca kiralananın zarar görmesini engelleyecek her türlü tedbiri de almak zorundadır⁶⁷². Kiraya verenin bu yükümlülüklerinden herhangi birisine aykırı hareket etmesi, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğmasına sebep olur^{673,674}.

Aynı maddenin devamında *"Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz"* hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hükme aykırı düzenlemelerde bulunulduğunda, bunun hukukî sonucunun ne olacağı madde metninden anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte söz konusu hüküm, emredici bir nitelikte

⁶⁷¹ Akman, s. 106; Başalp, s. 357.

⁶⁷² Zira kira sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Doğan, Murat; **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 11.

⁶⁷³ Aral/Ayrancı, s. 225, 226; Gümüş, s. 314. Bununla birlikte söz konusu durumda ayıba karşı tekeffül dışında borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere de başvurulabileceği kabul edilmektedir. Yavuz/Acar/Özen, s. 192.

⁶⁷⁴ Kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hakkında bilgi edinmek için bkz. Aral/Ayrancı, s. 226-239; Yavuz/Acar/Özen, s. 193 vd.; Gümüş, s. 315 vd.

kaleme alındığından, buna aykırı olan düzenlemelerin, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacağı konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamalıdır⁶⁷⁵.

TBK. m. 301'deki hükümden hareket edildiğinde şu sonuca varmak mümkündür: Kiraya veren, sözleşme ile güdülen amacın gerçekleşmesini engelleyen bir ayıpla kiralananı teslim ederse ya da sözleşmenin kurulduğu anda kiralanda herhangi bir ayıp bulunmamasına rağmen devamı esnasında kiracının kullanımını zorlaştıran ayıplarla karşılaşılırsa, bunları konu alan sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti, kira sözleşmesinin niteliğine bakılarak tespit edilmelidir. Buna göre, konut ve çatılı işyeri kiralari⁶⁷⁶ açısından TBK. m. 301'de öngörülen yükümlülük, emredici nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin sorumsuzluk kayıtları, kiracı aleyhine oldukları için taraflarca müzakere edilerek kararlaştırılmış olsalar dahi, bu kayıtlar hukuken geçerli olarak nitelendirilemezler⁶⁷⁷. Yani konut ve çatılı işyeri kiralalarında sorumsuzluk kayıtlarının akıbetini belirlerken, bunların bireysel bir sözleşme içerisinde mi düzenlendiği, yoksa genel işlem koşulu olarak mı düzenlendiği araştırılmaz.

⁶⁷⁵ Gümüş, s. 313. Diğer taraftan 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Y. 13. HD'si, 6.12.1994 T. ve 10123/10964 sayılı kararında "...Sözleşme eki olan "Kiraya Verilecek Taşınmaz Mallar İçin Genel Şartname ve İhale Tutanağı" nın 21. maddesinde aynen; "Kiracı, Hükümet ve Belediye'den izin almak gereken meslek ve sanatlara izin verilmemesinden veya Kanun ve nizama karşı davranmaktan yahut kiralanan yerin belirlenen şekilde başka yolda kullanılmasından dolayı kiralananın kullanma hakkı yasaklansa dahi kiracı kirayı ödemekle yükümlüdür" denilmektedir... Olayımızda kiralananın akitte güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını engelleyen ayıp; katı yakacak pazarlama işi için Vilayet Makamının yasaklama kararı altında ruhsat verilememesi şeklinde ortaya çıkan hukukî ayıptır. Kural olarak kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu; sözleşme ile Sınırlanabilir veya kaldırılabilir. Bu yön BK. md. 249/f. 3'ün karşı yorumundan eski deyiimiyle mefhumu muhalifinden ve satıma ilişkin BK.md.196'ya kıyasen çıkarılabilir. Fakat sorumluluktan kurtulma şartı iki halde geçerli olmaz. Bunlar; kiralayanın hilesi veya ağır kusurunun varlığıdır (BK. md.196 ve 99/f. 1). Burada davalı kiralayanın Vilayet Makamının katı yakacaklar ve sıvı yakıt işi ile iştigal edilmesi yasağına ilişkin kararının varlığını araştırma ve soruşturma yapmadan taşınmazını, kiraya çıkarması ağır kusurunu gösterir. O nedenle sözleşmenin 21. maddesindeki sorumluluktan kurtulma şartı hukuken geçersizdir, davacıyı bağlamaz. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki tekeffülü kaldıran veya sınırlayan kayıtlar kiracı lehine ve sınırlı olarak yorumlanmalıdır..." demektedir, www.kazanci.com.tr, E. T. 14. 02. 2013.

⁶⁷⁶ Konut ve çatılı işyeri kavramı ile üstü kapalı, etrafı duvarlarla çevrilmiş taşınmazlar kastedilmektedir. TBK. m. 339'da konut ve çatılı işyeri kiralari kavramı ile niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların, altı ay ve daha kısa süreyle kiralananları dışında kalan kira sözleşmelerinin anlatılmak istendiği açıkça zikredilmiştir. Madde gerekçesinden, kiralanan taşınmazın bulunduğu yerin belediye sınırları içerisinde yer alıp almamasının, nitelendirmede bulunurken önemli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu tür kira sözleşmelerinin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 31 vd.

⁶⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 229; Başalp, s. 372; Yavuz/Acar/Özen, s. 198.

Buna karşılık konut ve çatılı işyeri kiralari dışında kalan diğer kira sözleşmeleri (ki bununla kastedilen adî kira ile hasılat kirasıdır) için öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının geçerli kabul edilebilmesi için bu kayıtların, müzakere sonucunda yürürlüğe girmesi, diğer bir deyişle, bireysel bir sözleşme içerisinde düzenlenmesi gerekir. Zira bu tür kira sözleşmelerinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, sadece kiraya verenin tek tarafı olarak hazırladığı/hazırlattığı ve kiracıya bu kayıtlarla ilgili hiçbir değişiklik yapma imkânı vermediği genel işlem koşulları içerisinde düzenlendiğinde hükümsüz sayılırlar. Ancak buradan hareketle, diğer kira sözleşmeleriyle ilgili müzakere edilerek yürürlüğe konulan sorumsuzluk sözleşmelerinin her durumda geçerli olduğu yargısına da varılamaz. Zira TBK. m. 301 kısıkından kurtulan bu sözleşmeler, ikinci sırada TBK. m. 115 ve 116'daki genel sınırlandırmalara tâbi olurlar ve ancak bunları aştıkları nispette geçerlilik kazanırlar⁶⁷⁸.

Türk Borçlar Kanununda kira sözleşmesinin niteliğine göre sorumsuzluk kayıtlarının akıbetinin farklı tespit edilmesinin sebebi, uygulamada hangi tip kira sözleşmeleriyle daha sık karşılaşıldığıyla ilgili olabilir. Zira uygulamada daha çok konut ve çatılı işyeri kiralari ile karşılaşıldığı için bunlara ilişkin sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti daha sert bir şekilde düzenlenmiş olabilir. Bunun dışında adî kira ile hasılat kirasına nazaran konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiracının, ödemekle yükümlü olduğu kira bedelinin genellikle daha yüksek olması da kanun koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya sevk etmiş olabilir. Belki de en önemli sebep, konut ve işyeri kiralalarında (özellikle de konut kiralalarında) kiracının vazgeçilmez ve acil bir ihtiyacını (konut ihtiyacını) karşılayabilmesi için kiraya verenin bütün isteklerini kabul etmek zorunda kalacağı ve bu sebeple daha çok korunmaya ihtiyaç duyacağı düşüncesidir.

Kiraya verenin, kiralananı vaktinde teslim etmemek gibi TBK. m. 301'de belirtilen yükümlülükleri dışında kalan başka bir yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, kiracıyla kararlaştırılan sorumsuzluk kayıtlarının akıbetinin ne olacağı madde metnine bakılarak tespit edilememektedir.

⁶⁷⁸ Aral/Ayrancı, s. 229; Başalp, s. 372.

Doktrinde kiraya verenin teslim ve elverişli halde bulundurma borcuyla bağlantılı olarak kurulan bütün sorumsuzluk kayıtlarının (bu arada vaktinde ifa etmemeyi konu edinen sorumsuzluk kayıtlarının da) TBK. m. 301 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır⁶⁷⁹. Bu tür sorumsuzluk kayıtları hakkında TBK. m. 301'e gitmeden, doğrudan TBK. m. 115 hükmünün uygulanması gerektiği de savunulabilir.

Diğer taraftan BK. m. 249/f. 3'de⁶⁸⁰ kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbetiyle ilgili *"Eğer ayıp, kiracının yahut kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike⁶⁸¹ teşkil etmekte ise, kiralayan⁶⁸² bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine kirayı feshedebilir"* şeklinde öngörülen hükmün bir benzerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Ancak böyle bir hükme yer verilmemesi, söz konusu kimselerin sağlığını tehlikeye atan ayıpları konu alan sorumsuzluk sözleşmelerinin geçerli sayılmasına zemin hazırlamamalıdır⁶⁸³. Zira bu hüküm, özellikle konut kiralari için hazırlanmıştır. Zaten Türk Borçlar Kanununda da konut kiralalarında kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin akdedilen sorumsuzluk sözleşmelerine, bunlar sağlık için tehlike teşkil etmeseler dahi hukukî geçerlilik tanınmamıştır. Kaldı ki, diğer kiralarda, örneğin, adî kira sözleşmelerinde böyle bir durum gerçekleşirse, TBK. m. 301'de buna ilişkin açık bir sorumsuzluk yasağı

⁶⁷⁹ Başalp, s. 373.

⁶⁸⁰ 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, bu hükme istinaden kiracının sözleşmeyi feshetme dışında diğer seçimlik haklara (örneğin, ayıp oranında bedel indirimine) başvurabilme yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir. Tandoğan, C. I/2, s. 123. Zira diğer seçimlik haklara başvurmak, önemli bir tehlikenin mevcut olduğuna ilişkin değerlendirme yargısına uygun düşmez. Zevkliler/Gökyayla, s. 257. Yine aynı dönemde, kira sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, tıpkı İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi emredici nitelikte kaleme alınmasının isabetli olacağı ifade edilmiştir. Söz konusu kanunda sorumsuzluk sözleşmesinin, dürüstlük kuralı gereğince beklenen ayıpları konu alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde taşınır kiralardan doğan sorumluluğun genel işlem koşulları ile sınırlandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bunların aksine yapılan düzenlemeler, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulmuştur. Yıldırım, **Hile**, s. 85, dn. 352.

⁶⁸¹ Kiralanandaki ayıbın sağlık için ciddi bir tehlike teşkil edip etmediği hususunu tespit ederken, genellikle objektif esaslara başvurulsa dahi gerektiğinde subjektif esaslara başvurmaktan da kaçınılmamalıdır. Tandoğan, Halûk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Kira ve Ödünç Verme Sözleşmeleri**, C. I/2, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 123 (C. I/2).

⁶⁸² Burada kiralayan ile kastedilen kiracıdır. Yavuz/Acar/Özen, s. 198.

⁶⁸³ Aynı yönde bkz. Aral/Ayrancı, s. 228; Yavuz/Acar/Özen, s. 198; Zevkliler/Gökyayla, s. 257.

getirilmemiş olması (kural olarak müzakere ile kabul edilen sorumsuzluk sözleşmeleri geçerlidir) sonuç üzerinde etkili olmamalıdır. Zira bu halde, TMK. m. 23 ile sözleşmelerin geçerliliği için genel bir sınır olan TBK. m. 27/f. 1 devreye girmeli ve kişilik haklarını ihlâl eden bu sözleşmeler, kesin olarak hükümsüz sayılmalıdır⁶⁸⁴.

Ayrıca bir önceki başlık altında da incelenen satış sözleşmesiyle ilgili öngörülen TBK. m. 221/f. 1'deki hüküm, doktrine göre kıyas yoluyla kira sözleşmelerindeki sorumsuzluk kayıtları hakkında da uygulanabilir⁶⁸⁵. Ancak bu görüş benimsendiği takdirde, kural olarak kiraya verenin hafif ihmali konu alan sorumsuzluk kayıtlarının da geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Ne var ki, TBK. m. 221/f. 1'de sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti, kusurun yoğunluğuna bağlı tutulmasına karşın, TBK. m. 301'de gerek konut ve çatılı işyeri kiralarında gerekse bunun dışındaki diğer kira sözleşmelerinde kiraya verenin sorumluluğunu sınırlandırdığı sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti, kusurun yoğunluğundan tamamen bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu da, özellikle satıcının hafif kusuruna ilişkin geçerli olarak akdedebileceği bir sorumsuzluk kaydının, kiraya veren açısından hükümsüz sayılması anlamına gelir. Hatta TBK. m. 115/f. 2 ve 3 kapsamında sorumsuzluk kaydının hükümsüzlüğüne sebep olacak bir durumun söz konusu olmaması da kira sözleşmesi kapsamında öngörülen sorumsuzluk kaydını geçerli saymaya yetmez.

§ 16. TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

6102 sayılı TTK. m. 850/f. 1 ve 2'den hareket edildiğinde taşıma sözleşmesi şu şekilde tanımlanabilir: "Taşıyıcının, belli bir ücret karşılığında yolcu veya eşya taşıma işini ya da her ikisini birden taahhüt ettiği, tam iki

⁶⁸⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu dönemi için de, kiracının, sözleşmeyi kurarken sağlığını tehlikeye sokan ayıbı biliyor olmasının, TMK. m. 23 uyarınca fesih hakkına ilişkin feragat beyanını geçerli hale getirmeyeceği söylenebilir. Aral/Ayrancı, s. 228; Yavuz/Acar/Özen, s. 198; Zevkliler/Gökyayla, s. 257.

⁶⁸⁵ Gümüş, s. 320; Zevkliler/Gökyayla, s. 257.

tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir". Dolayısıyla ücretsiz olarak yapılan taşıma işleri, bu kapsamda değerlendirilmez⁶⁸⁶.

Eşya taşımalarında taşıyıcı, esas olarak kendisine teslim edilen eşyayı, gönderilen kimseye hasarsız olarak teslim etmek; yolcu taşımalarında ise, yolcuların can ve mal güvenliğine herhangi bir zarar gelmeden, onları varacakları yere ulaştırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülükler aykırı davranan taşıyıcı, bu yüzden taşıtanın uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır⁶⁸⁷. Bu durumdan bir nebze de olsun kurtulmak isteyen taşıyıcılar, diğer tarafla anlaşmak suretiyle sözleşmeye sorumluluğunu sınırlandırıcı hükümler koymaktadırlar. Bunun yanı sıra bizzat kanun koyucu da, Türk Ticaret Kanununda öngörmüş olduğu bazı hükümlerle taşıyıcının sorumluluğunu kısmen ya da tamamen sınırlandırmıştır⁶⁸⁸. İşte bu başlık altında taşıyıcının sorumluluğuyla ilgili gerek kanunen gerekse de sözleşme ile öngörülen sınırlandırmaların hukukî geçerlilikleri inceleme konusu yapılmıştır.

I. Kanunen Sınırlandırma

A. Kara Yolu Taşımacılığı

Kara yolu üzerinden yürütülen eşya taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu, TTK. m. 875/f. 1'de şu şekilde belirtilmiştir: *"Taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın ziyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur."*

⁶⁸⁶ Akman, s. 133; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 283. Madde gerekçesinde de açıkça ücretsiz olarak yapılan taşımaları konu edinen sözleşmelerin, bu madde anlamında taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği, dolayısıyla TTK. m. 850 vd. hükümlerinin bu tür taşımalara uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bunların hukukî durumu, daha önce hatırlan için taşıma başlığı altında ele alınmıştır, bkz. yukarıda § 6, II, B, 5.

⁶⁸⁷ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 286, 287.

⁶⁸⁸ Taşıyıcının kanunen sorumluluğunun sınırlandırıldığı haller, doktrinde mutlak ve muhtemel sorumsuzluk halleri olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir, Uluğ, İlknur; "Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri", **GÜHFD**, C. 6, S. 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 85. Mutlak sorumsuzluk halleri TTK. m. 1179, 1180 ve 1181'de; buna karşılık muhtemel sorumsuzluk halleri ise TTK. m. 1182'de düzenlenmiştir. Bunlar arasındaki temel farklılık, ispat külfetine ilişkindir. Ülgener, M. Fehmi; **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yayınları, İstanbul 1991, s. 95 (Sorumsuzluk Halleri); Ülgener, M. Fehmi; "Yangın Zararları Hakkında Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluğu", **İBD**, Ocak-Mart 1987, s. 96 (Yangın Zararları).

Yukarıdaki maddede de görüldüğü üzere, taşıyıcının sorumluluğunu oldukça geniş tayin edilmiştir. Ancak kanun koyucu, sorumluluğunu bu şekilde geniş tayin ettiği taşıyıcıya sonraki maddelerde (TTK. m. 876-878) getirdiği hükümlerle sorumluluktan kurtulma imkânı vererek, onun hukukî durumunu dengelemiştir. Buna göre taşıyıcı, kendisinden beklenen en yüksek özeni gösterse dahi hiçbir şekilde zararın ortaya çıkmasını engelleyemeyeceğini ispat ederse sorumlu olmaktan kurtulur⁶⁸⁹. TTK. m. 876'nın gerekçesine göre, bu, taraflarca kararlaştırılmış bir sorumsuzluk hali değil, aksine eşyanın doğasından kaynaklanan bir sorumsuzluktur.

Taşıyıcının sorumluluğunun, özellikle TTK. m. 878'te sayılan hallerden⁶⁹⁰ birinden doğması da sorumluluktan kurtulabilmek bakımından yeterlidir. Buna karşılık taşıyıcının, taşıma için kullandığı araçtaki arızalara dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün değildir⁶⁹¹.

TTK. m. 875/f. 2'ye göre zarar, eşyadaki mevcut bir ayıbın⁶⁹² yahut eşyayı gönderenin veya onun kendisine gönderildiği kişinin davranışlarından doğmuşsa, bu durumlar, taşıyıcının ödemekle yükümlü olduğu tazminat tutarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulur ve bunların etkisi oranında taşıyıcı sorumluluktan kurtulur⁶⁹³.

Taşıyıcı, yukarıda bahsedilen kanunen sorumluluğun sınırlandırıldığı hallere her durumda başvurabilme imkânına sahip değildir. Zira TTK. m. 886

⁶⁸⁹ Bu anlamda diğer taşıyıcıların göstermiş olduğu makûl düzeydeki bir özenin gösterilmesi, sorumluluktan kurtulma bakımından yeterli değildir. Özdemir, Turkey; **Eşya Taşımalarına İlişkin Uluslararası Konvansiyonlar Bakımından Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu**, İstanbul 2005, s. 248 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

⁶⁹⁰ TTK. m. 878'de bu haller şu şekilde açıklanmıştır: *a) Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması, b) Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama, c) Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tâbi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması, d) Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği, e) Taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi, f) Canlı hayvan taşınması, g) 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile diğer kanun ve düzenlemelerde yer alan hükümlerin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösterdiği haller.*

⁶⁹¹ Madde gerekçesine göre, bunun hukukî sebebi, taşıma işini yürüten işletmenin, taşıma güvenliği ilkesi gereğince almakla yükümlü olduğu önlemleri almamış olmasıdır.

⁶⁹² Eşyada söz konusu olan ayıbın varlığı hakkında sözleşme kurulurken taşıyıcıya bilgi verilmişse, artık TTK. m. 875/f. 2'ye başvurulamaz. Özdemir, T., s. 266.

⁶⁹³ Burada taşıyıcı, söz konusu olguların varlığını ispat etmek durumundadır. Sekmen, Orhan; "Karayoluyla Eşya Taşınmasında Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasarla Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", **İBD**, C. 85, S. 4, 2011, s. 115.

ile sınırlandırma hakkının kaybına yol açan haller hükme bağlanmıştır. Buna göre, taşıyıcı, zarara kasten ya da ihmali bir davranışı ile sebep olduğunda, kanunen sorumluluğun sınırlandırıldığı hallerden yararlanamaz. İhmal kavramı ile kastedilenin ne olduğu madde metninden anlaşılamamaktadır. Bununla beraber hem ağır hem de hafif ihmal hali bu kapsamda değerlendirilmelidir. Aksinin kabulü, genelde tacir olan ve bu yüzden basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olan taşıyıcıyı özensiz davranmaya sevk edebilir.

Kendisine eşya gönderilen kişi, taşıyıcının yardımcılara karşı sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurduğunda, taşıyıcının, kanunen sorumluluğun sınırlandırıldığı hükümlerden istifade edip edemeyeceği sorunu ile karşılaşılır. Bu sorunun çözümünü TTK. m. 887’de bulmak mümkündür. Buna göre, *“Taşıyıcının yardımcılardan birine karşı, eşyanın zıyaı, hasarı veya geç teslimi sebebiyle, sözleşme dışı sorumluluktan doğan istemler ileri sürülmüşse, o kişi bu kısımda öngörülen sorumluluktan kurtulma sebeplerine ve sorumluluk sınırlamalarına dayanabilir. Zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiille veya ihmalle sebebiyet verilmişse birinci cümle hükmü uygulanmaz.”*

B. Deniz Yolu Taşımacılığı

Deniz yolu taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğu, genel olarak kara yolu taşımacılığı ile benzerlik göstermesine rağmen, özellikle kanunen sorumluluğun sınırlandırılması noktasında aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple deniz yolu taşımacılığındaki hukukî durum, burada ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Deniz yolu taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğu, TTK. m. 1178’de *“Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istif, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür; taşıyan, eşyanın zıyaı veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlardan, zıya, hasar veya teslimde gecikmenin, eşyanın taşıyanın hâkimiyetinde*

bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla sorumludur” şeklinde ifade edilmiştir.

Deniz yolu taşımacılığının maliyeti oldukça fazladır. Bundan başka mahiyeti icabı büyük riskler barındırmaktadır. Bundan dolayı kanun koyucu, bu yönde faaliyet gösteren taşıyıcıların sorumluluklarını belli açılardan sınırlandırma yoluna gitmiştir⁶⁹⁴. Bunlardan bazıları şu şekilde ifade edilebilir:

TTK. m. 1179’a göre taşıyıcının sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla hafif ihmal düzeyinde dahi taşıyıcıya herhangi bir şekilde kusur isnat edilemediğinde, taşıyıcı sorumlu olmaktan kurtulur. Bununla birlikte burada taşıyıcı aleyhine bir kusur karinesi mevcut olduğundan, sorumluluktan kurtulabilmek için onun kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir⁶⁹⁵.

TTK. m. 1180 gereğince zarar, taşıyıcının adamlarının geminin sevkine ve başkaca teknik idaresine ilişkin kast da dâhil olmak üzere herhangi bir kusurundan ileri geldiğinde de taşıyıcı sorumlu olmaz⁶⁹⁶. Yine yangına, taşıyıcının adamlarının sebep olduğu anlaşılan hallerde de, taşıyıcı ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmaz. Bu noktada zararın teknik bir kusurdan mı kaynaklandığı, yoksa ticarî bir kusurun sonucunda mı ortaya çıktığı araştırılmaz. Zira her iki halde de taşıyıcı, sadece kendi kişisel kusurlarından sorumludur⁶⁹⁷.

TTK. m. 1181 gereğince taşıyıcı, denizde can veya eşya kurtarıırken ya da kurtarma teşebbüsünde bulunurken taşıdığı eşyalara zarar vermişse, bundan dolayı sorumlu değildir. Zira burada, özellikle can kurtarma bakımından bir nevi zaruret halinin mevcut olduğu söylenebilir.

⁶⁹⁴ Demirçivi Mineliler, Zeynep; “Deniz Yoluyla Taşımada Yükün Ziya ve Hasarından Doğan Sınırlı Sorumluluk”, **Ünal Narmanhoğlu’na Armağan, DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 957.

⁶⁹⁵ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 287.

⁶⁹⁶ Buna karşılık gemi adamları, ticarî kusurları (yükle ilgili alınması zorunlu olan önlemlerin alınmaması halidir) ile zarara sebep olmuşlarsa, taşıyıcı, bu zararlardan kendi kusuru bulunmasa dahi sorumludur. Çağa, Tahir; **Deniz Ticareti Hukuku II-Navlun Sözleşmesi**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 134, 135 (Navlun); Bilat, Seda; **Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, İstanbul 2008, s. 25 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Teknik ve ticarî kusur ayrımı için bkz. Ülgener, **Sorumsuzluk Halleri**, s. 75-85; Uluğ, s. 93, 94.

⁶⁹⁷ Ülgener, **Sorumsuzluk Halleri**, s. 88; Çağa, T., **Navlun**, s. 159; Yetiş Şamlı, Kübra; **Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 118.

TTK. m. 1186'da toplamda sekiz bent şeklinde olmak üzere taşıyıcının sorumluluğunun belli bir miktarla sınırlandırıldığı hallere yer verilmiştir⁶⁹⁸. Bir sonraki maddede ise, TTK. m. 1186'ya göre sorumluluğun sınırlandırıldığı bazı hallerin hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, zarara kasten veya ihmali yahut kanunun deyimiyle pervasız⁶⁹⁹ bir davranışla sebep olan taşıyıcı, kanunen sorumluluğun sınırlandırıldığı bu hallerden yararlanamaz. Aynı maddenin (TTK. m. 1187'nin) ikinci fıkrasına göre, benzer davranışlarda bulunan taşıyıcının adamlarının da sorumluluğu devam eder. Ancak bu tür davranışlar sebebiyle taşıyıcının hukukî durumu olumsuz etkilenmez. Daha açık bir deyişle, taşıyıcı, TTK. m. 1186'daki hükümlerden yararlanabilir⁷⁰⁰.

C. Hava Yolu Taşımacılığı

2920 sayılı TSHK. m. 120 ve 121 ile taşıma esnasında yolcuların bizzat kendileri ya da yanlarında getirdikleri eşyaları zarar görmüşse, bundan dolayı taşıyıcı olarak hava yolu şirketinin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte kanun koyucu, onun hakkında aynı zamanda sorumluluğu sınırlandırıcı nitelikte bazı hükümler de düzenlemiştir. İşte onlardan bazıları şu şekildedir:

TSHK. m. 123'te taşıyıcının sorumluluktan kurtulması bakımından bir kurtuluş karinesi öngörülmüştür. Buna göre taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya hiçbir şekilde bu tedbirleri alma imkânlarının mevcut olmadığını ispat ettiği takdirde sorumlu olmaz.

Diğer taraftan uluslararası alanda yapılan hava yolu taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğunun sınırı, TSHK. m. 124'te yapılan atıf dolayısıyla 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kurulların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeye

⁶⁹⁸ Bu haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demirçivi Mineliler, s. 969-979.

⁶⁹⁹ Pervasız davranış kavramı ile sonuçları düşünülmeden icra edilen davranışlar anlatılmak istenmektedir. Yetiş Şamlı, s. 96; Bilat, s. 79. Bu davranış şeklinin, borçlar hukukunda incelenen kusur kavramının türlerinden biri olmadığı belirtilmektedir. Demirçivi Mineliler, s. 979, dn. 117.

⁷⁰⁰ Bilat, s. 79.

göre belirlenir. Bu Sözleşmede yer alan özellikle “Beraat” kenar başlığını taşıyan 20. madde konumuz açısından önemlidir. Buna göre, zarar gören ya da üçüncü kişiler, kusurları ile zararın ortaya çıkmasına ya da artmasına sebep olmuşlarsa, bu durumun varlığını ispatlayan taşıyıcı, onların kusurları oranında sorumluluktan kurtulabilir.

II. Sözleşmeyle Sınırlandırma

Türk Ticaret Kanununda sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti belirlenirken, taşıma sözleşmeleri arasında ayırım yapılmış ve deniz, demir ve hava yolu taşımacılığı bakımından özel hükümlerin öncelikle uygulanacağı hükme bağlanmıştır (TTK. m. 852). Bundan dolayı burada genel esaslara tâbi olan kara yoluyla yapılan taşımalar, diğer taşımalardan ayrı olarak incelenmiştir.

Taşıma sözleşmelerinde kanunen sorumluluğun sınırlandırıldığı hallerden birinin, taraflarca sorumsuzluk kaydı olarak tespit edilmesi, bu başlık altında incelenecek olan sözleşmeyle sınırlandırma bakımından herhangi bir özellik arz etmez. Zira bu, mevcut durumun tekrar edilmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu tür bir kayıt hakkında sözleşmeyle sınırlandırmaya ilişkin TTK’da öngörülen kısıtlayıcı hükümler (m. 854, m. 1243 ve m. 1271) uygulama alanı bulmaz. Buradan hareketle, söz konusu hükümlerin uygulama alanının, aslında taşıyıcı hakkında kanunen öngörülmüş özel bir sınırlandırma sebebinin bulunmadığı hallere hasredildiği söylenebilir⁷⁰¹. Ancak öyle bazı haller mevcuttur ki, bunlar hakkında hem kanunî bir sınırlandırma mevcut olmamakta hem de kapsam dışında yer aldıkları için sözleşmeyle sınırlandırmaya ilişkin hükümler uygulanamamaktadır. İşte Türk Ticaret Kanununa göre geçerli sayılan bu tür sorumsuzluk kayıtları, ikinci aşamada TBK. m. 115 ve 116’daki genel

⁷⁰¹ Örneğin, doktrinde taşıyıcının, adamlarının teknik kusurlarından doğan sorumluluğunu sınırlandırmak için düzenlediği bir sorumsuzluk kaydı gereksiz olarak değerlendirilmektedir. Zira onun bundan doğan kanunî bir sorumluluğu yoktur. Buna karşılık aynı taşıyıcının, ticarî kusurlarını ilgilendiren sorumsuzluk kayıtlarının TTK. m. 1243 ve m. 1271’e tâbi olacağı belirtilmektedir. Çağa, T., *Navlun*, s. 200.

esaslara tâbi tutulurlar⁷⁰². Ayrıca doktrine göre, şüphe halinde, bu tür sorumsuzluk kayıtları taşıyıcı aleyhine yorumlanmalıdır⁷⁰³.

A. Kara Yolu Taşımacılığı

Taşıma sözleşmesinde genellikle taşıyıcı, ekonomik olarak sahip olduğu üstün konumdan faydalanarak, müşterisinden kendisinin koyduğu sorumsuzluk kayıtlarını olduğu gibi kabul etmesini istemekte, bu arada bunlarla ilgili ona herhangi bir müzakere şansı tanımamaktadır. Bu da, söz konusu kayıtları geçerli kılmakla ilgili bazı duraksamaların yaşanmasına sebep olmaktadır⁷⁰⁴. Nitekim bu durumu dikkate alan kanun koyucu, *“sorumluluğun kaldırılmasına veya hafifletilmesine ait hükümlerin geçersizliği”* üst başlığını taşıyan TTK. m. 854’te *“Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de hüküm aynıdır”* hükmüne yer vermiştir⁷⁰⁵. Kara yolunda motorlu araçlar kullanılarak yapılan gerek eşya gerekse yolcu taşımalarında uygulanabilir bir niteliğe sahip bulunan emredici nitelikteki bu hüküm ile birlikte⁷⁰⁶, taşıyıcının gecikmiş ifa ile malın hasara uğramasından doğan sorumluluğunun, sadece sözleşmelerde yer alan

⁷⁰² Çağa, T., **Navlun**, s. 199.

⁷⁰³ Çağa, T., **Navlun**, s. 202.

⁷⁰⁴ Sekmen, s. 118.

⁷⁰⁵ YHGK’nın 23.05.2007 T. ve E. 2007/11–307, K. 292 sayılı kararı *“... Türk Ticaret Kanununun, “Mesuliyetin Kaldırılmasına veya Hafifletilmesine Ait Şartların Hükümsüzlüğü” başlığını taşıyan 776. maddesinde, Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususu ile faaliyetleri Devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür denilmek suretiyle, sözleşmede taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılması veya hafifletilmesi yasaklanmıştır. Anılan madde, sorumluluğun kaldırılması veya hafifletilmesi bakımından buyurucu bir hükümdür. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesinde aksine öngörülen bir şart taraflar yönünden geçersizdir...”* şeklindedir. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda yolcu biletlerinin arkasında yer alan taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran kayıtları, 6102 sayılı TTK. m. 854’ü bire bir karşılayan (önceki) 6762 sayılı TTK. m. 766’ya aykırı olduğu için hükümsüz saymıştır. Örneğin, 11. HD’nin 9. 10. 2003 T. ve 2649/9079 sayılı kararı, www.hukukturk.com, E. T. 25.03.2013.

⁷⁰⁶ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 298; Or, Zeynep; **Türk Hukukunda Karayolu İle Yapılan Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Yolcuların Uğradığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Ankara 2009, s. 96 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

sorumsuzluk kayıtları ile değil, aynı zamanda genel işlem koşulları içerisinde bulunan kayıtlarla da ortadan kaldırılmasının önüne geçilmiştir⁷⁰⁷.

Taşıma işleriyle ilgili getirilen TTK. m. 850 vd. hükümlerinin uygulama alanı belirtilirken, TTK. m. 852’de deniz, demir ya da hava yolu üzerinden yürütülen taşımalar ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur. Bundan dolayı TTK. m. 854’teki sorumsuzluk kaydının hükümsüzlüğü ile ilgili hüküm, ancak bu tür taşıma sözleşmeleriyle ilgili özel kanunlarda hüküm bulunmaması halinde uygulanabilir⁷⁰⁸. Bununla birlikte doktrinde TTK. m. 853’te taşıyıcı ve taşıma işleri komisyoncusunun, taşıma işini TTK. m. 852’de öngörülen özel hükümlere bağlı bulunan bir kuruluşa gördürdükleri takdirde de, Kanunun kendilerine yüklediği sorumluluğun hafifletilmesini veya kaldırılmasını isteyemeyecekleri belirtilmektedir. Bu itibarla TTK. m. 853’teki hüküm karşısında bazı taşıma sözleşmelerinin istisna tutulmuş olmasının herhangi bir öneminin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak TTK. m. 852’deki istisnaî halin, taşıma işinin bizzat taşıyıcı tarafından yapılması halinde uygulanacağı; buna karşılık başka taşıyıcılara devretmesi halinde, TTK. m. 853’ün devreye gireceği tespit edilince, bu ayrımın önemi anlaşılabılır. Gerçi bu ayrıma rağmen madde içerikleri paralel bir şekilde düzenlendiğinden, her iki halde de söz konusu kayıtlar hükümsüz sayılır⁷⁰⁹. Buradan hareketle, taşıyıcının, taşıma işini icra ederken ifa yardımcılarında istifade etmesi ve sorumsuzluk kayıtlarına onların davranışlarından doğabilecek tazminat sorumluluğunu da ilave etmesi halinde, TBK. m. 116 gereğince bunların geçerli olduğunu ileri süremeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Kaldı ki, TTK. m. 879’da taşıyıcının, gerek kendi adamlarının gerekse de taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin görevlerini yerine getirdikleri esnadaki

⁷⁰⁷ Akman, s. 133.

⁷⁰⁸ Bu istisnaî hallerden biri olan, demir yolu ile yürütülen taşımalar için özel kanun niteliği taşıyan 6186 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Kuruluş Kanunu ile Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi yürürlüktedir. Ne var ki, her iki düzenlemede de taşıyıcının yapacağı sorumsuzluk kaydının geçerliliği ile ilgili özel bir hüküm mevcut değildir. Bundan dolayı tıpkı kara yolunda motorlu araçlarla yürütülen taşımalarda olduğu gibi, demir yolu üzerinden yürütülenlerde de genel hüküm niteliğindeki TTK. m. 854 hükmü uygulama alanı bulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 299-302.

⁷⁰⁹ Akman, s. 135.

davranışlarından, kendi davranışları gibi sorumlu olacağının düzenlenmiş olması da ulaşılan bu sonucu destekler mahiyettedir⁷¹⁰.

Dikkat edilecek olursa, kara yolu taşımacılığını konu edinen sözleşmelerde yer alan sorumsuzluk kayıtları, TBK. m. 115 ve m. 116'dan farklı olarak kusur derecelerinden bağımsız olarak hükümsüz sayılmıştır. Dolayısıyla sadece ağır kusuru konu edinen sorumsuzluk kayıtları hakkında değil, taşıyıcının hafif kusurundan doğan sorumluluğunu sınırlandıran kayıtlar hakkında da hükümsüzlük yaptırımı uygulama alanı bulur⁷¹¹.

2918 sayılı KTK. m. 111/f. 1'de *“Bu kanunla öngörülen hukukî sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir”* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle, kara yolundaki eşya ve yolcu taşımalarında araç sahibinin KTK. m. 85'ten doğan sorumluluğunu, zarar doğmadan önce sınırlandıramayacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık zarar doğduktan sonra yapılan sınırlandırmalar üzerinde söz konusu hükmün uygulanma kabiliyeti yoktur⁷¹².

Diğer taraftan KTK. m. 111, içerik olarak TTK. m. 854'le paralel bir şekilde düzenlendiği için kara yolu taşımacılığındaki sorumsuzluk sözleşmelerinin akıbeti konusunda ortaya çıkabilecek bazı muhtemel karışıkların da önüne geçilmiştir⁷¹³. Bununla beraber Karayolları Trafik Kanununa tâbi olan taşımalarda araç sahibinin sorumluluğunun genel işlem koşulları ile sınırlandırıldığı bir ihtimalde, bunun akıbetinin ne olacağı KTK. m. 111'in lâfzından hareketle tespit edilememektedir. Kanaatimizce, böyle bir ihtimalde TTK. m. 854'teki hükümsüzlük yaptırımının kıyasen uygulanması isabetli olur. Aksi halde benzer konularda neden iki farklı çözüm tarzının benimsenmiş olduğunu izah etmek gerekir. Bunu izah etmek de hiç kolay değildir.

⁷¹⁰ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 294.

⁷¹¹ Akman, s. 134; Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 288.

⁷¹² Ozanoğlu, **Rücu Davası**, s. 9.

⁷¹³ Erten, **Sorumsuzluk Şartları**, s. 298.

B. Deniz Yolu Taşımacılığı

Deniz yolu üzerinden yürütülen eşya taşımalarında uygulanma kabiliyeti bulunan TTK. m. 1243'te, bir navlun sözleşmesinde veya konişmentoda yer alıp da belli hükümlerden doğan borç ve sorumlulukları, doğrudan veya dolaylı olarak önceden kaldıran veya daraltan bütün kayıtların hükümsüz olacağı; ancak bunun navlun sözleşmesinin veya konişmentonun geri kalan hükümlerinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı; buna karşılık taşıyıcının sorumluluğunu ağırlaştıran kayıtların geçerli sayılacağı açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte TTK. m. 1244'te, belli hallerde istisnaen sorumsuzluk kayıtlarının doğrudan hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği; bunlar hakkında TBK. m. 115 ve 116'daki emredici hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Diğer taraftan deniz yoluyla yapılan yolcu taşıma işlemleri için uygulanan TTK. m. 1271 ile yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan veya bagajın zîya veya hasara uğramasından önce yapılmış olan sözleşmelerde yer alan, kanunen sorumlu olan herhangi bir kişinin sorumluluğunu kaldıran ya da sorumluluk sınırlarını indiren yahut taşıyıcıya düşen ispat yükünün yerini değiştiren her kaydın hükümsüz olacağı ve bu durumun taşıma sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı açıklanmıştır.

Doktrinde tıpkı kara yolu taşımacılığında olduğu gibi, deniz yoluyla yapılan gerek eşya gerekse yolcu taşımalarında da taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk kayıtları, hafif kusurla ilgili olsa dahi hükümsüz olarak değerlendirilmiştir⁷¹⁴.

C. Hava Yolu Taşımacılığı

TTK. m. 852 ile hava yolu taşımacılığında sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti ile ilgili özel kanunlardaki hükümlerin öncelikle uygulanacağı kuralı benimsenmiştir. Bu itibarla ülke genelinde yürütülen hava yolu taşımalarında taşıyıcı hakkında TSHK. m. 125'de yer alan *“Taşıyıcının sorumluluğunu*

⁷¹⁴ Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, s. 310.

tamamen veya kısmen kaldıran veya 124 üncü maddede sözü geçen Sözleşme veya onu değiştiren protokolde belirtilmiş olan sorumluluk sınırını indirmeyi amaçlayan her şart hükümsüzdür; bu şartların hükümsüzlüğü taşıma sözleşmesinin de hükümsüzlüğünü icabettirmez” hükmü uygulanır.

Esasen madde metninde, sorumluluğu sınırlandıran her kaydın hükümsüz olduğu söz edildiğinden, bunların akıbeti hakkında karar verirken, söz konusu kayıtların sözleşmede mi yoksa genel işlem koşulları içerisinde mi düzenlendiğine bakılmaz. Bunun dışında taşıma sözleşmelerinde sorumsuzluk kayıtlarının hükümsüz olması (kısımlı hükümsüzlük), sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğüne yol açmaz. Son olarak, taşıyıcı, uluslararası hava yolu taşımacılığında uygulanan 1926 tarihli Sözleşme ile kendisine sağlanan korumayı yeterli görmez ve taşıma sözleşmesine koyduğu sorumsuzluk kayıtları ile bunun dışına çıkarsa, söz konusu kayıtlar hükümsüz olarak değerlendirilir.

SONUÇ

Borçlu, sözleşme ilişkisinden doğan borcunu hiç ya da sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa etmediği takdirde, hukuk düzeninin müdâhalesiyle karşı karşıya kalır. Bu müdâhale, borçlu hakkında sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması şeklinde kendisini gösterir. Buna göre, alacaklı, borçlunun kural olarak kusuruyla gerçekleştirdiği borca aykırı davranışları sonucunda zarar görmüşse, Türk Borçlar Kanununda aralarındaki sözleşme ilişkisiyle ilgili olarak öngörülen özel hükümler ya da bütün sözleşme tipleri için uygulanma kabiliyeti bulunan genel hükümler çerçevesinde borçluyu sorumlu tutabilir. Hatta zararın, hafif kusurun etkisiyle meydana gelmiş olması, onu sorumlu tutabilmek bakımından yeterlidir.

Borçlunun sözleşme sorumluluğu, yalnızca kendi borca aykırı davranışları için söz konusu olmaz. Bunun dışında borçlu, ifa yardımcılarının davranışlarından da sorumludur. Üstelik bu durumda sorumluluğun doğabilmesi için gerçek anlamda ne borçlunun ne de yardımcısının kusurlu olması gerekir. Dolayısıyla borçlu, yardımcısını seçerken kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispat etse bile sorumlu olmaya devam eder.

Yukarıdaki açıklamalarda da görüldüğü gibi, sözleşme sorumluluğunda borçlunun sorumlu olduğu alan oldukça geniş tutulmakta, hatta en ufak bir kusur dahi onun sorumluluğu için yeterli görülmektedir. Bunun dışında yerine göre borçlunun kusursuz olduğu hallerde de sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmektedir. Böyle bir halde taraflar arasındaki menfaat dengesi, borçlu aleyhine önemli ölçüde bozulmaktadır. Bunu telafi etmek için borçlunun sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Örneğin, tazminat tutarı tayin edilirken kusurun yoğunluğu göz önünde bulundurulmuştur. Böylece hafif kusuruyla zarar veren borçlunun ödeyeceği tazminat tutarının, ağır kusurlu olan borçlulara nazaran daha az olacağı yönünde genel bir kural getirilmiştir. Üstelik bazı hallerde, hafif kusurun borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıracağı kabul edilmiştir. Örneğin, bağışlama sözleşmesinde durum böyledir. Zira sözleşmenin kurulmasında

başılayanın herhangi bir menfaati yoktur. Bu sebeple onun sorumluluğu, sadece ağır kusuruyla verdiği zararlara hasredilmelidir.

Kusur ve ivazlılık durumları dışında uygun illiyet bağı da borçlunun sorumluluğunun sınırını belirlerken dikkate alınmalıdır. Zira borçlunun davranışı, hayatın olağan akışına göre zararlı sonucu meydana getirmeye kısmen elverişli olduğunda, yani illiyet bağı belli ölçüde zayıfladığında, sorumluluk daha az şiddette tayin edilmelidir. Buna karşılık araya başka sebeplerin girmesi yüzünden illiyet bağı kesildiğinde ise, sorumluluk tamamen sona ermelidir. Ancak alacaklının kusurlu davranışları illiyet bağına kesecek düzeye ulaşmadığı takdirde, borçlu sorumlu olmaya devam etmelidir. Bununla birlikte borçlunun ödeyeceği tazminat tutarında belli oranda indirim yapılmalıdır.

Sözleşme sorumluluğu sınırlandırılırken hukuka aykırılık bağı teorisine de başvurulmalıdır. Söz konusu teori, özellikle sözleşmenin koruma alanı içerisinde yer almayan kişilerin tazminat taleplerini değerlendirirken göz önünde bulundurulmalıdır. Bundan başka, koruma alanı dışında kalan davranış ihlallerini hukukî sonuca bağlarken de dikkate alınmalıdır. Zira uygun illiyet bağı teorisi, sadece zararlar sonucu arasındaki ilişkiyi mantıkî açıdan incelediğinden, diğer bir deyişle, sözleşmenin koruma amacını göz ardı ettiğinden, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından yeterli değildir. Dolayısıyla borçlunun sorumluluğunu, hakkaniyete uygun bir şekilde belirleyebilmek için uygun illiyet bağı kurulduktan sonra bu teoriye de başvurulmalıdır.

Türk Hukukunda borçlunun tüm malvarlığı ile sorumlu olacağına ilişkin kural istisnasız bir şekilde kabul edilmemiş; bu kuralla ilgili bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin, üçüncü bir kişi, borçlunun borcu için taşınmazını rehin olarak verdiğinde durum böyledir. Bunun dışında tüm malvarlığı ile sorumlu olan borçlunun sorumluluğu, belli bir miktarla da sınırlandırılabilir. Bu halde alacaklı, alacağının tamamına kavuşmasa da, borçluyu söz konusu miktarın dışında kalan kısımdan sorumlu tutamaz. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunda durum böyledir. Ancak sorumluluğun sınırlandırılmasında kanunî bir ölçüt olarak belli malvarlığı değerlerine ya da belli bir miktara

başvurulduğunda, borçlu, alacaklısı ile anlaşmak suretiyle kanun koyucu tarafından kendisine sağlanan korumanın daha üstünde bir koruma elde etme imkânına da sahiptir. Daha açık bir deyişle, taraflar, bu konulara ilişkin olarak sorumsuzluk sözleşmesi yapabilirler. Böyle bir durumda TBK. m. 115 ve 116'daki kısıtlayıcı hükümlere başvurmak gerekir.

Borçlunun sorumluluğu, zaman ölçütüne göre de sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırma, kanun koyucu tarafından borçlunun sorumluluğunun zamanaşımı süresine tâbi tutulması, bu süre dışında ona borcu ödememe yetkisinin tanınması şeklinde ortaya çıkabilir. Bunun dışında kanunî zamanaşımı süresinin kısaltılmasında olduğu gibi bizzat tarafların iradesiyle de sorumluluk sınırlandırılabilir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar, bu şekilde bir düzenlemede bulunabilirler; ancak tamamen serbest değillerdir. Şöyle ki, TBK. m. 148 ve TTK. m. 6'da sürelerin kesin olduğu ve değiştirilemeyeceği açıklanmıştır. Kanun koyucunun, zamanaşımı süreleri konusunda bu kadar temkinli davranması karşısında, hak düşürücü sürelerin hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğini söylemek mümkündür. Zira bu sürelerin düzenlenmesinde kamu düzenini sağlama düşüncesi, diğerine nazaran daha yoğundur.

Kanunî olarak sorumluluğun sınırlandırıldığı bütün bu halleri yeterli görmeyen borçlu, bizzat kendisi de belli başlı kusurlu davranışlarının sonuçlarından sorumlu olmamak için henüz zarar meydana gelmeden önce alacaklısı ile karşılıklı müzakerelerde bulunmak suretiyle bir sorumsuzluk sözleşmesi akdedebilir. Tarafların kendi hukukî durumlarını, bizzat kendilerinin belirlemelerinden daha doğal bir şeyin olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşme geçerli olarak kabul edilir. Bununla beraber hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, taraflar hukuken eşit bir konumda bulunmadığında, söz konusu sözleşmeye müdâhale edilmesi gerekir. Nitekim TBK. m. 115 ve 116'da öngörülen hükümlerle, sorumsuzluk sözleşmesinin geçerlilik alanı daraltılmıştır. Yalnız bu yapılırken, iktisadi açıdan daha çok korunmaya muhtaç olan alacaklı BK. m. 99 ve 100'e göre daha az korunmuştur. Şöyle ki, *“hizmet sözleşmesinden doğan herhangi bir borç”* ifadesi kullanılarak, işçi konumunda bulunan bir alacaklı lehine öngörülmüş

olan sorumsuzluk sözleşmeleri de kesin hükümsüz sayılmıştır. Bununla da yetinilmemiş ve hüküm, alacaklı ile borçlu arasında sosyal ve ekonomik açıdan bağımlılığın söz konusu olduğu haller için de aynı hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasını engelleyecek şekilde kaleme alınmıştır. Böylece benzer konumda olanlara hiçbir haklı sebep bulunmamasına rağmen farklı hukukî muamelelerde bulunulmasının önü açılmıştır. Bu sebeple TBK. m. 115'teki hüküm, BK. m. 99 doğrultusunda ("*alacaklı, borçlunun hizmetinde ise*" şeklinde) değiştirilmelidir.

Sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği konusundaki isabetsiz düzenlemeler, yukarıda anlatılanlarla sınırlı değildir. Bunun dışında ifa yardımcısı kullanan borçlu ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesi bulunduğunda, bunun akıbetinin ne olacağı TBK. m. 116'da açıkça hükme bağlanmamıştır. Hâlbuki BK. m. 100'de buna ilişkin açık bir hüküm öngörülüyordu. Konuya ilişkin olarak TBK. m. 115'teki "*her türlü sözleşme*" ifadesinden yola çıkılarak, bunların da hükümsüzlüğüne karar verilebileceği belirtilse de, bu ifade, gözden kaçabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bundan dolayı BK. m. 100'de olduğu gibi, bu durumun ayrı bir fıkra şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olur. Buna karşılık "*imtiyaz sözleşmesinden doğan borçlar*" yerine, "*ruhsat dâhilinde yürütülen ve uzmanlık gerektiren işler*" ifadesinin kullanılması isabetli olmuştur.

Esasen uygulamada borçlu, sorumluluğunu sınırlandırmak için alacaklısı ile karşılıklı müzakerelerde bulunarak hazırladığı sorumsuzluk sözleşmelerinden daha ziyade, önceden uzman bir hukukçu kadrosuna hazırlattığı ve içerisinde de sorumsuzluk kayıtlarının yer aldığı genel işlem koşullarına başvurma yolunu tercih etmektedir. Borçlu konumunda genellikle girişimcilerin yer aldığı bu hallerde, sözleşmenin diğer tarafında bulunan müşteriler ise, ileride kendi durumlarını kötüleştirecek nitelikteki bu kayıtları, sırf verilen mal ve hizmetten faydalanabilmek için istemeyerek de olsa kabul etmektedirler. Bu sebeple menfaat dengesi, müşterilerin aleyhine hakkaniyete aykırı bir şekilde bozulmaktadır. TBK. m. 20-25'teki hükümlerle, bozulan bu denge yeniden eski haline getirilmeye çalışılmaktadır. Bununla beraber önemle belirtilmelidir ki, bu tür sorumsuzluk kayıtları, bireysel

sözleşmeler için öngörülen TBK. m. 115 ve 116'daki emredici nitelikteki hükümleri ihlâl ettiğinde, TBK. m. 25'te öngörülen içerik denetimine ilişkin hükümlere başvurmaya gerek yoktur. Bu kayıtlar, doğrudan doğruya hükümsüz sayılmalıdır. Zira TBK. m. 25 hükmü, özellikle bireysel sözleşmeler içerisinde düzenlenmiş olsa idi geçerli sayılabilecek sorumsuzluk kayıtlarının hükümsüzlüğüne karar verirken göz önünde bulundurulmalıdır.

TBK. m. 20 ila 25 arasındaki hükümlere göre içerisinde sorumsuzluk kayıtlarının da yer aldığı genel işlem koşulları şu şekilde denetlenir: Öncelikle söz konusu sorumsuzluk kayıtlarının sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı, yürürlük denetimine başvurularak tespit edilir. Buna göre, girişimci, bunların varlığı hakkında müşterilerini uyarmış ve okumaları için onlara yeterli bir zaman tanımışsa, artık onlar, bu kayıtları okumasalar bile söz konusu kayıtlar sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sayılır. Bununla birlikte sorumsuzluk kayıtları, müşteriler bakımından alışılmamış veya şaşırtıcı bir nitelik taşıyorsa, onlar bu kayıtlarla bağlı olmaktan kurtulur. Ancak girişimci, sorumsuzluk kayıtlarının varlığıyla ilgili müşterilerinin dikkatini çekmiş, onları bilgilendirmişse, artık anılan kayıtlar sözleşmenin bir parçası haline gelir. Bundan sonra ise, sorumsuzluk kayıtlarının yorumlanmasını gerektiren bir durumun söz konusu olup olmadığı araştırılır. Bu araştırma sonucunda, sözü edilen kayıtların açık ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınmadıkları ya da birden fazla farklı anlama gelecek tarzda düzenlendikleri anlaşılırsa, müşteri lehine yorum yöntemine gidilerek, yine girişimcinin sorumluluğunun sınırlandırılmasının önüne geçilmiş olur. Buna karşılık söz konusu kayıtlar ile girişimcinin sorumluluğunu sınırlandırmak istediği net bir şekilde anlaşılıyorsa, artık içerik denetimine başvurmaktan başka bir çare kalmaz. Bu aşamada dürüstlük kuralı gereğince müşterinin menfaatinin ölçüsüz bir biçimde zedelenip zedelenmediği araştırılır. Ölçüsüz bir zedelenme söz konusu ise, bu kayıtların kesin olarak hükümsüz sayılmasına karar verilir.

Türk Hukukunda sorumsuzluk sözleşmesinin akıbetiyle ilgili TBK. m. 115 ve 116 dışında, belli başlı sözleşme tipleri bakımından ayrı düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğuyla ilgili olarak, TBK. m. 214 ve

221’de ağır kusur hallerinde sorumsuzluk sözleşmesinin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Burada özellikle satıcının hafif kusuruna ilişkin tekeffül sorumluluğunu tamamen ya da kısmen sınırlandıran sorumsuzluk sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı sorunu ile karşılaşılır. Bu konuda TBK. m. 115 ve 116’daki hükümler tamamlayıcı olarak uygulanmalıdır. Dolayısıyla bu maddelerde hafif kusura ilişkin sorumsuzluk sözleşmesini hükümsüz sayan iki istisnaî hal dışında tekeffül sorumluluğu sınırlandırılabilirdir.

Kira sözleşmelerinde kiraya verenin, kiralananı sözleşmede kararlaştırıldığı gibi teslim ve sözleşmenin devam ettiği süre boyunca bu şekilde bulundurma borcu bakımından da benzer değerlendirmelerde bulunulabilir. Yalnız tamamlayıcı olarak TBK. m. 115 ve 116 uygulanmadan önce, TBK. m. 301’deki kira sözleşmesinin niteliğine ilişkin yapılan ayırım göz önünde bulundurulmalıdır. Zira konut ve çatılı işyeri kiralarda, müzakere edilerek dahi borçlunun sorumluluğu hiçbir şekilde sınırlandırılmaz. Dolayısıyla TBK. m. 115 ve 116’da hafif kusura ilişkin sorumsuzluk sözleşmesine belli hallerde izin verilmesi, konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından geçerli değildir. Buna karşılık diğer kira sözleşmelerinde sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği TBK. m. 115 ve 116’ya tâbidir. Zira TBK. m. 301’de diğer kira sözleşmeleriyle ilgili getirilen sınırlandırma, sadece genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtları içindir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kanun koyucunun, genel olarak borçlunun sorumluluğunun taraflarca müzakere edilerek sınırlandırılmasına ancak hakkaniyetin izin verdiği ölçüde geçerlilik tanıdığı; buna karşılık genel işlem koşulları ile sorumluluğun sınırlandırılmasına ise, hukuken savunmasız konumda bulunan alacaklıyı koruyabilmek adına daha fazla mesafeli yaklaştığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim belli sözleşme tipleriyle ilgili olarak kanunda öngörülen hükümler de varılan bu sonucu destekler niteliktedir.

KAYNAKÇA*

- ABİK, Yıldız ; “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **AÜHFD**, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 345 vd.
- AKÇURA KARAMAN, Tuba ; **Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- AKINCI, Şahin ; **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 3. Bası, Sayram Yayınları, Konya 2006.
- AKMAN, Galip Sermet ; **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- AKYOL, Şener ; **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- ALNIAK, M. İlhan ; “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, **İÜHFM, Kemalettin Birsen’e Armağan**, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 320 vd.
- ALTOP, Atilla ; “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, Derleyen Murat Inceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 27 vd. (Altop, GİK).
- ALTOP, Atilla ; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, Nisan 2006, İstanbul 2007, s. 141 vd. (Altop, GİK ve Kefalet Sözleşmesi).
- ANTALYA, O. Gökhan ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

* Eserlerin ayrıntılı künyelerine sadece ilk kullanımlarında yer verilmiştir. Sonraki kullanımlarda o eserlerin yazarlarının soyisimlerinin belirtilmesi ile yetinilmiştir. Ancak bir yazara ait birden fazla eser bulunması durumunda, eserleri ayırt etmeyi sağlayan kısaltmalar, kaynakçada parantez içinde gösterilmiştir. Aynı soyisme sahip birden fazla yazarla karşılaşıldığında ise, karışıklığın önüne geçebilmek için yazarların soyisimlerinden sonra isimlerinin başharflerine yer verilmiştir.

- ARAL, Fahrettin ; **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ARAL, Fahrettin/
AYRANCI, Hasan ; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ARDIÇ, Oğuzhan/
ERSOL, Emel ; **Borçlar Hukuku**, 7. Baskı, Agon Yayınları, Ankara 2009.
- ARIKAN, Mustafa ; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD**, Haziran 2011, s. 69 vd.
- ARSEBÜK, Esat ; **Borçlar Hukuku**, C. 1, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul 1943.
- ATAMER, Yeşim ; “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 291 vd. (Atamer, Armağan).
- ATAMER, Yeşim ; **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayınevi, İstanbul 1996 (Atamer, Haksız Fiil).
- ATAMER, Yeşim ; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (Atamer, GİŞ).
- ATAMER, Yeşim ; “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları**

- Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, s. 9 vd. (Atamer, Sempozyum).**
- ATEŞ, Hüseyin ; “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması”, **TBBD**, S. 97, 2001, s. 301 vd.
- AYAN, Mehmet ; **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 7. Baskı, Mimoza Kitabevi, Konya 2012.
- AYBAY, Aydın ; **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- AYDOĞDU, Murat ; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **DEÜHFD**, C. 13, S. 2, 2013, s. 1 vd.
- AYRANCI, Hasan ; **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- BAHTİYAR, Mehmet ; “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Makaleler I**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 99 vd.
- BAŞALP, Nilgün ; **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel ; **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara 1998 (Başpınar, Kısmî Butlan).
- BAŞPINAR, Veysel ; **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004 (Başpınar, Vekil).
- BİGAT, Şevket Güney/
LOKMANOĞLU, Ensar ; “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, **İBD**, C. 83, S. 6, 2009, s. 3147 vd.

- BİLAT, Seda ; **Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğunun Sınırlandırılması**, İstanbul 2008 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- BİLGE, M. Emin ; “Hatır İçin Taşınanın Uğradığı Zararların Trafik Sigortası Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu ve Yargıtay Uygulaması”, **AÜEHFD**, C. 5, S. 1-4, 2001, s. 331 vd.
- BİNATLI, Yusuf Z. ; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1978.
- BÜYÜKAY, Yusuf ; **İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- BUZ, Vedat ; **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998 (Buz, Dönme).
- BUZ, Vedat ; **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005 (Buz, Yenilik Doğuran Haklar).
- ÇAĞA, Sema ; “Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi”, **Seminer Yarışması** 1972-1973, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 1 vd. (Çağa, S., Sorumlulukların Birleşmesi).
- ÇAĞA, Tahir ; **Deniz Ticaret Hukuku II-Navlun Sözleşmesi**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004 (Çağa, T., Navlun).
- ÇELİK, Çelik Ahmet ; **Hatır Taşınması**, <http://www.tazminathukuku.com>, E.T.15.01.2013.
- ÇINAR, Ömer ; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

DEMİRÇİVİ MİNELİLER,

Zeynep ; “Deniz Yoluyla Taşımada Yükün Ziya ve Hasarından Doğan Sınırlı Sorumluluk”, **Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 957 vd.

DOĞAN, Murat ; **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

DUMAN, İlker Hasan ; “İnşaat Hukuku Sorunlarında Sözleşme ile Sorumluluktan Kurtulma (Sorumluluk Anlaşması)”, **İBD**, C. 85, S. 5, Eylül-Ekim 2001, s. 243 vd.

DURUSOY, Emin Ali ; **Deniz Nakliyatında Mesuliyeti Ref veya Tahdit Şartları**, Denizyolları Basım Yeri 1937.

ERDEM, Nafiz ; **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, C. 1, Tipo Matbaacılık, Ankara 1987.

ERDOĞAN, İhsan ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gazi Kitabevi, Ankara 2006 (Erdoğan, Borçlar Hukuku).

ERDOĞAN, İhsan ; “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması”, **Naci Kınacıoğlu’na Armağan, GÜHFD**, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 53 vd. (Erdoğan, Tüketici).

ERDOĞMUŞ, Belgin ; **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2011.

EREN, Fikret ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 (Eren, Borçlar Hukuku).

EREN, Fikret ; “Hukuka Aykırılık Bağlı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Mahmut Koloğlu’na Armağan**, Ankara 1975, s. 461 vd. (Eren, Hukuka Aykırılık Bağlı).

- EREN, Fikret ; **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (Eren, Uygun İlliyet Bağı).
- ERTEN, Ali ; “Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları”, **Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, S. 460, Ankara 1981, s. 113 vd. (Erten, Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları).
- ERTEN, Ali ; **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara 1977 (Erten, Sorumsuzluk Şartları).
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.
- FRANKO, Nişim ; “Hatır Nakliyatının Hukukî Mahiyeti ve Mesuliyetin Tanzimi”, **ABD**, S. 5, 1973, s. 899 vd.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper ; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/
GÖKYAYLA, Emre ; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- HAVUTÇU, Ayşe ; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003 (Havutçu, İçerik Denetimi).
- HAVUTÇU, Ayşe ; **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005 (Havutçu, Üretici).
- İNAL, Tamer ; **Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri-İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi**

- Yönergeleri Işığında**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002 (İnal, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri).
- İNAL, H. Tamer ; **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, 2. Bası, Papatya Yayınları, İstanbul 2009 (İnal, Borca Aykırılık).
- İNAN, Ali Naim ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1984.
- İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz ; **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- İYİMAYA, Ahmet ; **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 1990.
- KANETİ, Selim ; **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı Kitabevi, İstanbul 2007.
- KAPLAN, İbrahim ; “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, C. 16, S.2, Aralık 1991, s. 51 vd. (Kaplan, Banka).
- KAPLAN, İbrahim ; **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İmaj Yayınevi, Ankara 2009 (Kaplan, Genel Hükümler).
- KARABAĞ BULUT, Nil ; **Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009 (Karabağ Bulut, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme).
- KARABAĞ BULUT, Nil ; “Sorumluluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, **Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 825 vd. (Karabağ Bulut, Sorumluluk Anlaşmaları).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit ; **Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003 (Karahasan, Sorumluluk Hukuku).

- KARAHASAN, Mustafa Reşit ; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 5, Beta Yayınevi, İstanbul 2004 (Karahasan, Borçlar Hukuku).
- KAŞAK, Esra ; “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, **İÜHFD**, C. 3, S. 1, 2012, s. 415 vd.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- KIRCA, Çiğdem ; **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2004.
- KOCAMAN, Arif B. ; “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 1085 vd.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip ; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, C.1, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret ; **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.
- KUNTALP, Erden ; “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 81 vd.

- NOMER, Halûk N. ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- OĞUZ, Cemal ; **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Ankara 1993 (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Oğuz, İçerik).
- OĞUZ, Cemal ; “Tüketicilerin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları”, **ABHKD**, S. 4, 12-16 Ocak 2000, s. 509 vd. (Oğuz, Tüketicilerin Korunması).
- OĞUZMAN, M. Kemal/
ÖZ, M. Turgut ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Oğuzman/Öz, C. 1).
- OĞUZMAN, M. Kemal/
ÖZ, M. Turgut ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Oğuzman/Öz, C. 2).
- OR, Zeynep ; **Türk Hukukunda Karayolu İle Yapılan Yolcu Taşımlarında Taşıyıcının Yolcuların Uğradığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Ankara 2009 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- OZANOĞLU,
Hasan Seçkin ; **2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumlulukların Yarışması ve Rücu Davası**, Ankara 1989 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Ozanoğlu, Rücu Davası).
- OZANOĞLU,
Hasan Seçkin ; “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddî Anlamda Uygulanma Alanı)”, **AÜHFD**, C. 50, S. 1, 2001, s. 55 vd. (Ozanoğlu, Tüketici).

- ÖNEN, Turgut ; **Borçlar Hukuku**, 4. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa ; **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004 (Özdemir, H., Tedavi).
- ÖZDEMİR, Turkey ; **Eşya Taşımalarına İlişkin Uluslararası Konvansiyonlar Bakımından Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu**, İstanbul 2005 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- ÖZSUNAY, Ergun ; “Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşıdığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandırdığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu”, **İÜHFM**, C. 32, S. 1, 1966, s. 161 vd. (Özsunay, Araç Sahibi).
- ÖZSUNAY, Ergun ; “Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, **İÜMHEY**, Ankara Ekim 1977, s. 67 vd. (Özsunay, İşletenin Sorumluluğu).
- RADO, Türkan ; **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- REHBİNDER, Manfred ; “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması- Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne”, Çeviren Ömer Teoman, **İÜHFM**, C. 42, S. 1-4, 1977, s. 641 vd.
- REİSOĞLU, Safa ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- SEKMEN, Orhan ; “Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasarla Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”, **İBD**, C. 85, S. 4, 2011, s. 106 vd.

- SEROZAN, Rona ; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. 3, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010 (Serozan, İfa Engelleri).
- SEROZAN, Rona ; “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, S. 3, 1968, s. 108 vd. (Serozan, Akdin Müspet İhlali).
- SEROZAN, Rona ; **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitabevi, İstanbul 2007 (Serozan, Sözleşmeden Dönme).
- SİRMEN, Lale ; “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 109 vd.
- SOYER, M. Polat ; **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, İzmir 1986.
- ŞENOCAK, Zarife ; **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1995.
- ŞENYÜZ, Doğan ; **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa 2011.
- TAHİROĞLU, Bülent ; **Roma Borçlar Hukuku**, DER Yayınları, İstanbul 2011.
- TAMER GÜVEN, Diler ; **Culpa in Eligendo-Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, DER Yayınları, İstanbul 2001.
- TANDOĞAN, Halûk ; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, C. I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (Tandoğan, C. I/1).

- TANDOĞAN, Halûk ; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Kira ve Ödünç Verme Sözleşmeleri**, C. I/2, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (Tandoğan, C. I/2).
- TANDOĞAN, Halûk ; “Hukuka Aykırılık Bağı”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler- I. Sempozyumu**, Ankara 22 Ekim 1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 5 vd. (Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı).
- TANDOĞAN, Halûk ; **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963 (Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı).
- TANDOĞAN, Halûk ; **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977 (Tandoğan, Tüketicilerin Korunması).
- TANDOĞAN, Halûk ; **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Tandoğan, Mesuliyet Hukuku).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atilla ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TİFTİK, Mustafa ; **Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara 1994.
- TOPUZ, Murat ; **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar**

- Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- TUNÇOMAĞ, Kenan ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.
- TURANBOY, K. Nuri ; **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- TUTUMLU, Mehmet Akif ; **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- ULUĞ, İlknur ; “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, **GÜHFD**, C. 6, S.1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 83 vd.
- UMUR, Ziya ; **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- UYGUR, Turgut ; **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 3, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÜLGENER, M. Fehmi ; **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yayınları, İstanbul 1991 (Ülgener, Sorumsuzluk Halleri).
- ÜLGENER, M. Fehmi ; “Yangın Zararları Hakkında Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluğu”, **İBD**, Ocak-Mart 1987, s. 96 vd. (Ülgener, Yangın Zararları).
- VON TUHR, Andreas/
EDEGE, Cevat ; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C. 1-2, Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara 1983.
- YALÇIN, Onur ; **Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- YAVUZ, Cevdet/
ACAR, Faruk/
ÖZEN, Burak ; **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

- YAVUZ, Nihat ; “Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi”, **YD**, C. 25, S. 1-2, Ocak-Nisan 1999, s. 570 vd. (Yavuz, GİŞ).
- YAVUZ, Nihat ; **Öğreti ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012 (Yavuz, Haksız Şartlar).
- YAVUZ, Nihat ; “Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartı İçerisinde Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması”, **TAHD**, S. 8, Nisan 2007, s. 29 vd. (Yavuz, Taksitle Satım Sözleşmeleri).
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra ; **Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl ; **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Nobel Yayınları, Ankara 2002 (Yıldırım, Hile).
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl ; “Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, 28-29 Mayıs 2009, s. 233 vd. (Yıldırım, Sorumluluk).
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl ; “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu”, **AÜEHFD**, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 257 vd. (Yıldırım, Sertifika Hizmet Sağlayıcısı).
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl ; “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, **Fikret**

Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006,
s. 965 vd. (Yıldırım, Ayıba Karşı Tekeffül).

ZEVKLİLER, Aydın/

GÖKYAYLA, K. Emre ; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Bası,
Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

<http://www.hukukturk.com>

<http://www.kazanci.com.tr>

<http://www.tazminathukuku.com>

