

■ Dr. Öğr. Ü. Özge ERBEK ODABAŞI \* ■

## BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YAN YÜKÜMLERİN EDİM YÜKÜMLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF ANCILLARY DUTIES THAT ARISE FROM OBLIGATORY RELATION WITH  
THE PERFORMANCE OBLIGATIONS

### ÖZET

Borç ilişkisinden doğan yan yükümler dürüstlük kuralına dayanarak ortaya konulmuş kurumlardan biridir. Temeli sözleşme görüşmelerden doğan sorumluluk yani culpa in contrahendo'dur. Yan yükümler ifaya yardımcı yan yükümler ve koruyucu yan yükümler diye sınıflandırılır. İfaya yardımcı yan yükümlerin söz konusu olması için ifası gereken bir edim borcunun doğmuş olması gerekir. Buna karşılık, koruyucu yan yükümler sözleşme öncesi, sözleşmesel ve sözleşme sonrası olmak üzere üçe ayrılır. Sözleşme öncesi koruyucu yükümlerin doğuşu bir sözleşmeden bağımsızdır. Bu yükümlerin kabulü culpa in contrahendodan başlayıp edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin oradan da güven sorumluluğunun kabulüne giden süreç içinde gerçekleşmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Dürüstlük kuralı, yan yüküm, culpa in contrahendo, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, güven sorumluluğu.

### ABSTRACT

Ancillary duties arising from obligatory relation is one of the institutions put forward based on the principle of good faith. The basis is the responsibility arising from contract negotiations, ie culpa in contrahendo. Ancillary duties are classified as fulfilling ancillary duties and protective ancillary duties. In order for fulfilling ancillary duty to be in question, there must be an obligation of fulfillment. On the other hand, protective ancillary duties are divided into three parts; pre-contract, contractual and post-contract. The occurrence of pre-contractual protective obligations is not dependent on a contract. The acceptance of these duties take place in the process starting from culpa in contrahendo to obligatory relation without obligation of fulfillment and then to the acceptance of trust responsibility.

**Keywords:** The principle of good faith, ancillary duty, culpa in contrahendo (Pre-Contractual Liability), obligatory relation without obligation of fulfillment, trust responsibility.

**Makale Geliş Tarihi:** 18.09.2020, **Kabul Tarihi:** 17.11.2020

\* **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-3707-0702>

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ozge.erbek@deu.edu.tr

## GİRİŞ

Gerek borç ilişkisi gerekse borç kavramları Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir. En yalın tanımıyla borç ilişkisi<sup>1</sup>, alacaklı ve borçlu arasında, bir veya daha çok alacak hakkı ile bazı ikincil hakları ve borçları içeren hukuki ilişki anlamına gelmektedir. Borç ilişkisi, alacak haklarından başka düzenleme hakları, bu bağlamda fesih, iptal, dönme, seçimlik haklar gibi yenilik doğurucu hakları, ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i gibi def'i haklarını da içerir. Bundan başka borç ilişkisi, yan yükümler<sup>2</sup> içerdiği gibi, külfetler de içerebilir<sup>3</sup>.

Edim yükümlülükleri, satıcının mülkiyeti nakletmek için şeyin zilyetliğini devretmesi, keza alıcının semeni ödemesinde olduğu gibi, sözleşmeye, bir başka söyleyişle, tarafların iradesine istinat eden somut davranışlar biçimde ortaya çıkar, talep ve dava edilebilirler. Buna karşılık, yan yükümler, kural olarak talep ve dava edilemezler. Yan yükümler kaynağını doğrudan doğruya borç ilişkisinde değil dürüstlük kuralında bulurlar. Dürüstlük kuralı sadece yan yükümlerin kökeni değil aynı zamanda yine buna istinaden kabul edilen pek çok kurumun da kökenini oluşturmaktadır. Culpa in contrahendodan yan yükümlere, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinden, bütünsel borç ilişkisine ve nihayet güven sorumluluğuna giden yolun başlangıcı dürüstlük kuralıdır.

Çalışma konumuz borç ilişkisinden doğan yan yükümlerdir. Yan yükümleri ortaya koyabilmek için, öncelikle, yükümlülük kavramını, bu kavramın borç ilişkisi ve borçtan, ayrıca külfetten farkını değerlendireceğiz. Devamında borç ilişkisinden doğan birincil ve ikincil yükümlülükleri, bu çerçevede edim yükümlülüklerini inceleyeceğiz.

<sup>1</sup> EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 22.

<sup>2</sup> Öğretide hem yükümlülük hem de yüküm ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. EREN, s. 29 vd.: OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, 2018, s. 13 – 14; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 17.

<sup>3</sup> EREN, s. 22-23.

Yan yükümler – açıklayacağımız üzere – yan edim yükümlülüklerinin gereği gibi yerine getirilmesine, yani alacaklının ifa menfaatine veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin (bütünlük veya korunma) ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunmasına hizmet ederler. Bu nedenle, yan yükümlerinin kaynağını değerlendirdikten sonra ifa ve bütünlük menfaati ayrımını ortaya koymaya çalışacağız. Ancak hemen belirtelim ki, koruyucu yan yükümlerinin ortaya çıkması bir sözleşme ilişkisini de gerektirmez. Bunlar sözleşme öncesi, sözleşmesel ve sözleşme sonrası koruyucu yükümler diye sınıflandırılırlar. Koruyucu yükümlerinin kabulü culpa in contrahendo dan başlayıp bütünsel borç ilişkisine oradan da güven sorumluluğuna giden bir sürecin içinde gerçekleşmiştir. Çalışmanın bütünlüğünü sağlamak için de son bölümde culpa in contrahendo, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, bütünsel borç ilişkisi ve güven sorumluluğuna yer vereceğiz.

## I. YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

### A. Yükümlülük

Hukuki anlamda yükümlülük (Pflicht/ Rechtspflicht), hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve yerine getirilmesi gereken emirleri ifade eder<sup>4</sup>. Yükümlülük, kişileri birbirine bağlayan iki veya çok taraflı hukuki ilişkilerden doğabileceği gibi, aralarında herhangi bir hukuki bağ olmayan kişiler arasında da, geniş anlamda herkese yönelik emir ve yasaklar içeren davranış kurallarından doğabilir. Bir başka deyişle, hak sahibi ile yükümlü arasında önceden hukuki bir bağın, özellikle de bir borç ilişkisinin kurulmuş olmasına gerek yoktur.

Kural olarak, her alacak (borç) bir hukuki yükümlülüğe karşılık gelir, ancak her hukuki yükümlülük bir alacak hakkına dayanmaz/ bir

<sup>4</sup> KELLER, Max/ SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, 1988, s. 3.

alacak hakkı içermez<sup>5</sup>. Ceza hukuku, kişiler, aile, miras ve eşya hukuku, herhangi bir alacaklısı olmayan ve bu sebeple bir borç kurmayan/ borç da olmayan çok sayıda yükümlülük getirmektedir<sup>6</sup>. Örneğin, bir dernek üyesinin tüzüğe uygun davranmak yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğe uymayan üye dernekten çıkartılır. Eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin ihlali söz konusu olduğunda, ifa davası veya cebri icra yoluna başvurmak mümkün değildir, ancak başka hukuki sonuçlar (boşanma davası veya velayetin nez'i gibi) ortaya çıkabilir<sup>7</sup>.

## B. Yükümlülüğün Borç İlişkisi ve Borçtan Farkı

Borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkidir. Hukuki ilişki, kişiler arasındaki hukuki bağ, bir diğer söyleyişle hukuki bağlılıktır. Hukuki ilişki, bu ilişkiye katılan taraflardan – borç ilişkisi bakımından alacaklı ve borçlu – biri veya bir kısmı için bir hakkı, diğer taraf veya taraflar bakımından ise bir yükümlülüğü veya ödevi ifade eder. Esas itibarıyla, her hukuki ilişki, kural olarak, bir hak ve bu hakka karşılık gelen bir yükümlülüğün oluşur<sup>8</sup>.

Borç ilişkisi, Borçlar Kanunumuzda tanımlanmış olmamakla birlikte, öğretide, genel olarak, alacaklı ve borçlu olarak adlandırılan iki taraf arasında, bir veya daha çok alacak hakkı ve asli yükümlülükler (edim yükümleri) ile yenilik doğuran hak ve def'i hakları gibi ikinci derecede (tâli) hakları, yan yükümleri – bu çerçevede bağımlı yan yükümleri ve koruma yükümlerini – ihtiva eden bir “organizma” “hukuki ilişki” veya “sürekli çerçeve ilişkisi” olarak ifade edilmektedir<sup>9</sup>. Gerçekten de, borç

<sup>5</sup> KELLER /SCHÖBI, s. 3.

<sup>6</sup> MERZ, Hans: Schweizerisches Privatrecht, OR Allgemeiner Teil, Basel und Frankfurt am Main, 1984, s. 52. Yazar bunları “Gläubigerlose Rechtspflichten” “alacaklısı olmayan hukuki yükümlülükler” başlığı altında incelemektedir. Yükümlülük kavramının tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. ADAY, Nejat: Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 2000, s. 117 vd.; HENSS, Olaf: Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main, 1988, s. 23 vd.

<sup>7</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 13 – 14; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 30-31.

<sup>8</sup> EREN, s. 27

<sup>9</sup> Çeşitli nitelendirmeler için bkz. EREN, s. 23 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 5;

ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasında var olan bir veya birden fazla alacak hakkı ile bunlara karşılık gelen asli ve yan edim yükümlülüklerini içerir. Öte yandan borç ilişkisi, alacak hakkından başka düzenleme hakları, bu bağlamda fesih, iptal, dönme, seçimlik haklar gibi yenilik doğurucu hakları, ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i gibi def'i haklarını da içerir. Bundan başka borç ilişkisi, yan yükümler içerdiği gibi, külfetler de içerebilir<sup>10</sup>.

Buna karşılık, borç (veya diğer bir söyleyişle dar anlamda borç ilişkisi) ise, bu borç ilişkisinden (geniş anlamda) doğan bir tek alacak hakkını ve buna bağlı olarak da bir tek edim yükümlülüğüne karşılık gelir. Bir başka deyişle, borç ilişkisinin taraflarından birinin diğerine karşı olan belli ve tek bir yükümlülüğüne veya yükümlülüklerinden her birine borç denir. Bir kira sözleşmesinden doğan kiralayanın bir aylık kira alacağı ile buna karşılık gelen kiracının bir aylık kira borcu, keza satıcının alıcıdan talep edebildiği, alıcının da ödemek zorunda olduğu semen, alıcının satıcıdan talep edebildiği, satıcının da yerine getirmek zorunda olduğu satım konusu malın teslimi ya da daha yerinde olarak zilyetliğinin devri de borç kavramını ifade eder<sup>11</sup>.

OĞUZMAN/ ÖZ, C.1, s. 3; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014, s. 5-6; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 1 vd; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, İstanbul, 2015, s. 10 vd. Borç ilişkisi ve borç kavramları arasındaki farklılık ilk kez SIBER tarafından ortaya konulmuştur. Bu yazar, borç ilişkisini, münferit edim ilişkisinden farklı bir organizma olarak nitelendirmiştir. O zamandan bu yana borç ilişkisi, özellikle LARENZ tarafından açıkça ifade edildiği üzere, “anamlı bir yapı” ve “zaman içinde işleyen bir süreç” olarak kabul edilmektedir. LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, München, 1987, s. 26-27; SIBER, Heinrich: Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts/2, Schuldrecht, Leipzig, 1931, s. 1; MERZ, s. 49. İsviçre/ Türk Borçlar Kanunu “borç ilişkisi” kavramına yer vermemiştir. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) – borç ilişkisini tanımlamamakla birlikte – “borç ilişkisinden doğan yükümlülükler” kenar başlıklı § 241/1, alacaklının borç ilişkisi gereğince borçludan bir edim talep etmeye yetkili olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, anılan hükümde de esas olarak münferit borç kavramı ele alınmaktadır. Öte yandan, cins borcu kenar başlıklı § 243 “Her kim yalnız türüyle belirlenmiş bir şey borçlanmışsa, bu şeyi orta tür ve nitelikten yerine getirmek zorundadır. (2) Borçlu, edimini böyle bir şeyden gerektiği şekilde yerine getirirse, borç ilişkisi bu şeyle sınırlı olur.” şeklinde. Bu maddede ifade edilen de münferit borçtur. Bkz. MERZ, s. 49. GERNHUBER, Joachim: Das Schuldverhältnis, Tübingen, 1989, s. 7 vd. Borç ilişkisi kavramının içeriksel gelişimi hakkında bkz. ADAY, s. 132 vd. İsviçre hukukunda borç ilişkisinin bir organizma olduğu görüşünün eleştirisi için bkz. NEUENSCHWANDER, Markus: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1971, s. 3-4, dipnot 13 ve 14’de yollama yapılan yazarlar.

<sup>10</sup> EREN, s. 22 – 23.

<sup>11</sup> EREN, s. 24 - 25; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 3 - 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 6;

Dar anlamda borç ilişkisi veya borç, alacaklıya, alacak hakkı ve bu hakkını elde etmeyi sağlayacak talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkisi de verir. Bir başka deyişle, borçlu kendisine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmedeği takdirde, alacaklının bunun yerine getirilmesini talep etme, yerine getirilmemesi sebebiyle zarara uğramışsa bunun tazminini isteme ve/veya borçluyu ifaya zorlamak için devlet gücüne başvurma hakkı vardır<sup>12</sup>.

Öte yandan, borç ilişkilerinde hak sahibi (alacaklı) ve yükümlü (borçlu) de belirlidir. Borç ilişkisine katılan kişilerin sayısı sınırlıdır. Buna karşılık, bazı yükümlülükler bakımından hak sahibinin karşısında yükümlü olanların sayısı sınırsızdır. Örneğin, herkes üçüncü kişilerin mülkiyet ve kişilik haklarını ihlal etmekten kaçınmakla, ona saygı göstermekle yükümlüdür<sup>13</sup>. Bu yükümlülük tek başına bir borç doğurmaz, ancak bunlar ihlal edildiği veya ihlal tehlikesine maruz kaldığı takdirde, hak sahibi ile ihlal eden arasında bir hukuki ilişki doğar. Eğer bu ihlal sonucunda zarar da vuku bulmuşsa ve ihlal eden de kusurlu ise, iki taraf arasında borç ilişkisi ortaya çıkar. Eş deyişle, bu halde ortaya çıkan hukuki ilişki borç ilişkisi niteliğindedir. Örneğin, başkasının malını gasp eden kimseye karşı malik istihkak davası ikame edebilir. Malı gasp eden bu malı geri vermekle yükümlüdür, ancak bu yükümlülük bir borç veya alacak ifade etmez. Zira istihkak davası borç ilişkisine değil, mülkiyete yani bir aynı hakka dayanır. Bununla beraber, gasptan bir zarar doğarsa bu halde malik ile gasp eden arasında bir borç ilişkisi de doğar<sup>14</sup>. Bunun gibi, suç işlemek de genel bir yükümlülüktür ve ihlali devlet tarafından cezai yaptırıma bağlanmıştır, ama bir alacaklının bunu yerine getirebilmesi mümkün değildir. Ancak fail bir zarara sebep olursa haksız fiil ika edenin borçlar hukukuna ilişkin bir tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, yükümlülük gerek içeri-

MÜLLER, Christoph: Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar (Ber.Kom.), 2018, N. 177 (www.swislex.ch) (Erişim tarihi: 01.09.2020)

<sup>12</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 17 - 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 30-31.

<sup>13</sup> EREN, s. 27; MERZ, s. 52.

<sup>14</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 31.

ği, gerekse ihlalinin doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından borç ilişkisinden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, bazı yükümlülüklerin ihlalinden borç ilişkisi de doğabilmektedir<sup>15</sup>. Nihayetinde, kural olarak her borç yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür, ancak her yükümlülük bir borç değildir.

### C. Yükümlülüğün Külfetten Farkı

Yükümlülüğün borç veya dar anlamda borç ilişkisinden başka, külfetten (Obliegenheit) de ayırt edilmesi gereklidir. Külfet, hukuk düzeninin bir kişiye diğer bir kişi karşısında yüklemiş olduğu bir davranış olup yükümlü bunu yerine getirmediği takdirde ya iktisap edebileceği bir hakkı kazanamaz veya böyle bir hakkı kaybeder. Külfeti oluşturan davranışı yerine getirme, karşı tarafın değil, *külfet yükümlüsünün yararına* sonuçlar doğurur<sup>16</sup>. Öte yandan, külfetin yerine getirilmemesi, ne karşı tarafa bu davranışın ifasını talep hakkı, ne de tazminat talep hakkı verir<sup>17</sup>. Örneğin, satım sözleşmesinde alıcının satım konusu malı yoklayıp bu malda bir ayıp varsa bu durumu derhal satıcıya bildirmesi gereklidir. Yapılması gereken bu davranış bir külfettir. Satıcının, alıcıdan malı yoklamasını talep ve dava etmesi söz konusu olmadığı gibi, bunu yerine getirmediği için tazminat talep etmesi de söz konusu değildir. Esas itibarıyla bu davranışın yerine getirilmesi de satıcının yararına değil, alıcının yararınadır<sup>18</sup>. Bu külfeti yerine getirmeyen alıcı kanunun kendisine ayıba karşı tekeffül sebebiyle tanıdığı hakları kaybeder. Bu noktada külfet olarak adlandırılan yükümlülük, ne yukarıda ifade edildiği gibi gerçek anlamda bir yükümlülük, ne de borçtur. Sadece külfet yükümlüsünün kendi yararı için yapması gereken bir davranıştır<sup>19</sup>. Bundan başka, Borçlar Kanununun 52. maddesine göre, zarar gören zararın ortaya çıkma-

<sup>15</sup> MERZ, s. 52.

<sup>16</sup> EREN, s. 45 – 46; HENNS, s. 95 – 96. Yazar, sonuçta, yükümlülük – külfet ilişkisini – eleştirmekle birlikte – menfaat ölçütüne göre belirlemektedir. Karş. ADAY, s. 120 vd. Ayrıca bkz. ALTINOK ORMANCI, Pınar: Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul, 2016, s. 15 – 16.

<sup>17</sup> MERZ, s. 70.

<sup>18</sup> Karş. ADAY, s. 123.

<sup>19</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 32. Karş. ADAY, s. 123.

sına veya artmasına engel olacak biçimde davranmak zorundadır. Bu şekilde davranmadığı takdirde, zarar gören birlikte kusur sebebiyle ya tazminattan yoksun kalır veya daha az tazminat alır. Esas itibariyle, zarar görenin zararın ortaya çıkmasını veya artmasını engelleme borcu yoktur. Zarar görenin yapması gereken bu davranış da bir külfettir<sup>20</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, iki kavramı ihlalin hukuki sonuçları – cebri icra, ifa davası, tazminat davası – ölçütüne göre ayırmak, her halde geçerli değildir. Bir borç ilişkisinden kaynaklanmayan yükümlülüklerle (örneğin aile hukukuna ilişkin yükümlülükler), herkesin uymak zorunda olduğu genel yükümlülükler (örneğin başkasının mutlak haklarını ihlal etme) bakımından da ifayı talep etme hakkı söz konusu değildir. Keza, çalışmanın devamında inceleyeceğimiz koruma yükümleri de kural olarak ifa davasına konu edilemezler<sup>21</sup>.

Bu noktada, iki kavram arasındaki farklılığı açıklamada davranışın kimin menfaatine olduğu hususu, yani menfaat ölçütü<sup>22</sup> kanaatimizce daha elverişlidir. Külfetin yerine getirilmemesi, külfet yükümlüsünün bir hakkını kaybetmesine veya bir hakkı kazanamamasına sebep olur; ancak külfet yükümlüsünün karşısında yer alan kimse bakımından olumsuz bir sonuç doğurmaz. Buna karşılık, bir yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, yükümlünün karşısındaki kişinin bir hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabileceği gibi, yükümlülük getiren normun niteliğine göre başkaca hukuki sonuçlar da, örneğin aile hukuku bakımından velayetin nez'edilmesi veya ceza hukuku bakımından cezai yaptırım gibi, doğurabilir. Öte yandan, bir külfetin yerine getirilmemesi, külfet yükümlüsü ile karşı taraf arasında bir borç ilişkisi ortaya çıkarmaz, hatta külfet mevcut borç ilişkisinden doğar. Yükümlülüğün ihlali ise, yükümlü ile karşı taraf arasında bir borç ilişkisinin doğmasına sebep olabilir.

<sup>20</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 18; EREN, s. 45 - 46; ALTINOK ORMANCI, s. 17 - 18. Karş. ADAY, s. 184 vd. ve s. 121.

<sup>21</sup> ADAY, s. 119.

<sup>22</sup> Bkz. ADAY, s. 120-123. Belirtmek gerekir ki, külfetin hangi yanın menfaatine olduğu hususu da çok tartışmalıdır. Yollama yapılan yerdeki örneklerden de anlaşılacağı üzere, külfetin ne vakit kimin menfaatine olduğunu tespit etmek, yararlanmanın doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleşebileceği düşünüldüğünde, zordur, dahası menfaatten ne anlaşıldığıyla da çok ilgilidir.



## II. BORÇ İLİŞKİSİNİN İÇERDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER

### A. Genel Olarak

Sözleşmeye dayanan borç ilişkisinden doğan yükümlülükler öncelikle ilk/birincil yükümlülükler (Primärpflichten) ve ikincil (tâli) (Sekundärpflichten) olmak üzere ikiye ayrılır. İlk/birincil yükümlülükler de kendi içinde asli yükümlülükler (Hauptpflichten) ve yan yükümlülükler (Nebenpflichten) olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlunun alacaklı karşısındaki asli yükümlülüğü edim yükümlülüğüdür. Bu sebeple, asli yükümlülükler edim yükümlülükleridir. Asli yükümlülükler ya da edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülükleri (Hauptleistungspflicht) ve yan edim yükümlülükleri (Nebenleistungspflicht) olarak iki bölümde incelenirler. Yan yükümler ise borç ilişkisinden (sözleşmeden) doğan ve edim yükümlülükleri dışında kalan diğer yükümlerdir<sup>23</sup>.

### B. Sözleşmeden Doğan İlk Yükümlülükler ve İkincil (Tâli) Yükümlülükler

İlk/ birincil yükümlülükler, sözleşmeden doğan her türlü yükümlülüğü ifade eder. İlk yükümlülüklerin kapsamına asli, bir başka deyişle edim yükümlülükleri ve yan yükümler girmektedir<sup>24</sup>. İlk yükümlülükler ve tali yükümlülükler, ilk/birincil edim yükümlülükleri ve tali/ ikincil edim yükümlülükleri olarak da ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Bu ayırım, söz konusu yükümlülüğün ifasının sözleşmenin ilk ya da gerçek amacı olup olmadığıyla veya sadece ilk yükümlülüklerin ihlali halinde önem arz etmesiyle ilgilidir. Tali/ikincil yükümlülükler, ihlal edilen ilk/birincil yükümlülüklerin yerini alabilirler (örneğin, edimin ifa edilmemesi se-

<sup>23</sup> EREN, s. 30.

<sup>24</sup> EREN, s. 31-32.

<sup>25</sup> BACHMANN, Gregor: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2019, N. 26 – 27 ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de)) (Erişim tarihi: 10.09.2020); KRAMER, Ernst A.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2007, s. 59, N.14.; MUSIELAK, Hans Joachim: Grundkurs BGB, München, 2007, s. 85-86, N. 178 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ilk/birincil edim yükümlülüğünü asli edim yükümlülüğü olarak tanımlamaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 7-8.

bebiyle ortaya çıkan tazminat yükümlülüğü) veya onların yanında (örneğin ifa talebinin yanında, ifanın gecikmesi sebebiyle ortaya çıkan gecikme tazminatı) ortaya çıkabilirler<sup>26</sup>. Bir başka deyişle, tali yükümler, ilk yükümlerin, yani gerek asli ve yan edim yükümlülüklerinin, gerekse yan yükümlerin, borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde (kusurlu ifa imkânsızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt) ortaya çıkan tazminat yükümlülüğünü ifade eder<sup>27</sup>. Öte yandan, sadece tazminat yükümlülükleri değil, aynı zamanda sürekli bir borç ilişkisinin bitmesinden sonra doğan, örneğin kira veya ödünç sözleşmesinde, sözleşme konusunu geri verme yükümü veya bir sözleşmeden dönüldükten sonra doğan tasfiye yükümleri de tali yükümlülüklerdir<sup>28</sup>.

### C. Edim Yükümlülükleri ve Yan Yükümler

Borç ilişkisinin asıl konusunu oluşturan edim yükümü, borçlunun alacaklı yararına borçlandığı ve gerçekleştirmek zorunda olduğu bir davranıştır. Sözleşmesel borç ilişkileri, borçluya borçlandığı edimi sözleşmenin amacına ve doğruluk kurallarına göre yerine getirmek, böylece alacaklının ifa menfaatini gerçekleştirme ödevi yükler. Borçlar Kanunumuz esas itibarıyla edim ve edimin ifasını, yani edim menfaatini dikkate almıştır<sup>29</sup>. Bununla birlikte, bir borç ilişkisinde, bu bağlamda sözleşmesel borç ilişkisinde de, edim yükümlülükleri dışında başka yükümlerin

<sup>26</sup> BACHMANN, § 241, N. 27; KRAMER, § 241, s.59, N.14. ; KRAMER, Ernst A./ SCHMIDLIN, Bruno: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art. 1-18 OR, Bern 1986, s. 52, N. 89. (KRAMER, Ber.Kom.). Öte yandan yazar, ilk yükümlülükle ikincil yükümlülüğün her zaman birbirinin ardı sıra ortaya çıkmayacağını da ifade etmiştir. KRAMER'e göre; ilk yükümlere dayanan ifa talebi vadesinde yerine getirilebilirken – başkaca bir koşula gerek olmadan -, ifa etmemeye dayanan ikincil nitelikteki tazminat talebi ilave koşullara, her şeyden önce esas itibarıyla borçlunun kusuruna bağlıdır. Keza, ilk olarak Ulrich HUBER'in işaret ettiği gibi, ifa talebi ve ifa etmemeye dayanan tazminat talebi mutlak surette birbirini takip eder şekilde ortaya çıkmak zorunda değildir. Örneğin, ticari satışta, alacaklının ifa etmemeye dayanan tazminat talebi, ifa talebinin önüne geçmiştir. Bkz. İBK m. 190, TBK m. 212. Alman hukuku bakımından da aynı durum söz konusudur. Bkz. HGB (Handelsgesetzbuch) § 376. KRAMER, § 241, s.59, N.14.; KRAMER, Ber.Kom., s. 52, N. 89. Ayrıca bkz. HUBER, Ulrich: Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, s. 847 vd., FS für Ernst von Caemmerer, 1978.

<sup>27</sup> EREN, s. 31.

<sup>28</sup> BACHMANN, § 241, N. 28; KRAMER, § 241, s. 59, N. 14 ;KRAMER, Ber.Kom., s. 52, N. 90.

<sup>29</sup> EREN, s. 30.

de bulunduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Edim yükümü dışında kalan yan yükümler, ya asli edimin tam ve doğru şekilde ifasına hizmet ederler veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunmasına hizmet ederler<sup>31</sup>. Bu bağlamda öncelikle asli ve yan edim yükümlülükleri, daha sonra da yan yükümler incelenecektir.

## 1. Asli Edim Yükümlülükleri ve Yan Edim Yükümlülükleri

### a. Asli Edim Yükümlülükleri

Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümlülükleri asli edim yükümlülükleridir. Bir başka deyişle, sözleşmenin tür ve tipinin özellik ve niteliklerini belirleyen asli edimden borçluya karşı doğan yüküm, asli edim yükümlülüğüdür<sup>32</sup>. Örneğin, satım sözleşmesinde satıcının satım konusu malın mülkiyetini alıcıya devretmesi, alıcının da satım bedelini satıcıya ödemesi veya kira sözleşmesinde kiralayanın kira konusu malın kullanımını kiracıya terk etmesi ve kiracının da kira bedeli ödemesi asli edim yükümlülükleridir. Bir malın mülkiyetinin parasız olarak devredilmiş olması halinde satım değil, bağışlama sözleşmesi, kullanımının parasız olarak terk edilmiş olması halinde de kira değil, ariyet sözleşmesi vardır. Görüldüğü gibi, söz konusu edimler bu sözleşmelerin tipini belirleyen asli edim yükümlülükleridir. Bunun gibi, aile hukukundan doğan anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü de bu hukuki ilişkiyi karakterize eden asli edim yükümlülüğüdür (TMK m.327; İMK m. 276)<sup>33</sup>. Borçlar Kanunu, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde genellikle asli edim yükümlülüğünü düzenlemiştir<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 4 – 5.

<sup>31</sup> EREN, s. 30.

<sup>32</sup> EREN, s. 32.

<sup>33</sup> EREN, s. 32; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 7 – 8; KRAMER, § 241, s. 59-60, N.16; MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2007, s. 134, N. 206; MERZ, s. 63. MEDICUS ve MERZ, asli edim yükümü değil, asli yüküm (Hauptpflicht) ifadesini kullanmaktadır.

<sup>34</sup> EREN, s. 33.

Asli edim yükümlülükleri yan edim yükümlülüklerinden ayrı olarak doğrudan ifası dava edilebilen yükümlülüklerdir. Bunlar iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılık ilişkisi (synallagma) içinde yer alırlar. Bundan dolayı, bu tür bir yükümlülüğü yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklı TBK m. 125 vd. hükümlerine göre hareket edebilir<sup>35</sup>.

## **b. Yan Edim Yükümlülükleri**

Borçlar Kanunu sözleşmesel borç ilişkilerini düzenlerken esas itibariyle asli edim yükümlülüklerini dikkate almış olmakla birlikte, sözleşmelerde asli edim yükümlülüklerinin yanında bazı yan edim yükümlülükleri de mevcut olabilir. Bizatihi yasa bazı sözleşmeler bakımından yan edim yükümlülüğü öngördüğü gibi, taraflar da sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisine dayanarak sözleşme tipinin içeriğine asli edimin yanında bazı yan edimleri dâhil edebilirler<sup>36</sup>.

Yan edimler asli edime göre ikincil ve asli edime tabi bir nitelik taşırlar<sup>37</sup>; ancak asli edimden bağımsız bir amaca ve içeriğe sahip olduklarından ayrıca talep ve dava edilebilirler. Çünkü her halde bunlar ayrı bir edim yükümlüdür ve bunların ifasında alacaklının bağımsız bir ifa menfaati vardır<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> EREN, s. 32.

<sup>36</sup> EREN, s. 33 – 34; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; BACHMANN, § 241, N. 31 – 32; KRAMER, § 241, s. 60, N.17; MERZ, s. 63. MERZ, Hans: Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-10, Bern 1966, (MERZ, Ber.Kom) s. 297 vd., N.260 vd. Hemen belirtelim ki, MERZ, yan yükümler başlığı altında hem yan edim yükümlerini hem de yan yükümlerini incelemektedir. Aynı şekilde DESCHENAU, Henri: Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart, 1967, s. 175-177; GIGER, Hans: Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das OR, Art. 184-215, Bern, 1979, Art. 184, s. 24 vd., N. 48 vd; MÜLLER, Ber.Kom, N. 212 vd.

<sup>37</sup> BACHMANN, § 241, N. 30 – 31; KRAMER, § 241, s.59 – 60, N.16; KRAMER, Ber.Kom., s. 53-54, N. 93 ; LARENZ, s. 9 -12; ESSER, Josef/ SCHMIDT, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1995, s. 107 – 109; KRÖGER, Detlev: Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart, 1935, s. 9 – 10.

<sup>38</sup> EREN, s. 33.

Yan edim yükümlerinin sözleşmedeki ivaz ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı değişim (synallagma) ilişkisi içinde yer alıp almadığı tartışmalıdır<sup>39</sup>. Öğretide bazı yazarlar herhangi bir koşul aramaksızın yan edim yükümlerini karşılıklılık ilişkisi içinde kabul etmektedirler<sup>40</sup>. Buna karşılık, yan edim yükümlerinin karşılıklılık ilişkisi içinde olmadığını ifade edenler de vardır<sup>41</sup>. Bu hususun tarafların iradelerine ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gereklidir. Buna göre, yan edim, asli edim ile birlikte karşı tarafın edimini taahhüt etmesinin sebebini teşkil edecek kadar önemli ise karşılıklılık ilişkisi içinde olduğu kabul edilmelidir<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. SCHMIDT, Jürgen: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243, 1995, s. 114-115, N. 343; MEDICUS, BR, s. 135, N. 207; STÖCKLI, Hubert: Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich, 2008, s. 36-37, N. 55.

<sup>40</sup> EREN, s. 33 – 34. EREN, bu ifade için ESSER/SCHMIDT'e yollama yapmaktadır. Söz konusu yerde, yan edimin ifa edilmemesinin, bütün işlemin yerine getirilmesini – asli edimin ifasını – tehlikeye düşürmesi halinde, kural olarak asli edimler için getirilmiş olan, imkânsızlık, ifa etmeden doğan tazminat gibi normların uygulanacağı belirtilmiştir. Devamında yan edim yükümü niteliğindeki bazı yükümler (maddi edim niteliğinde) sayılmış ve sözleşmenin gereği gibi ifasına hizmet eden bu edimlerin synallagmaya dâhil olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla asli edimin gereği gibi ifasına hizmet eden yan edimleri synallagma içinde kabul etmektedirler. Bkz. ESSER / SCHMIDT, s. 108-109 ve s. 221; KRÖGER, s. 16-17. FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht, Berlin, 2006, s. 38 -39 N. 55 ve s. 26 – 30 N. 37-42. Yazarlar, yan yükümleri synallagmaya dâhil kabul etmekte, yan edim yükümlülüklerini, koruma/diğer davranış yükümlerini de yan yükümler içinde görmektedirler. Bundan başka, synallagmatik yan edime örnek olarak kullanma kılavuzu verme yükümü gösterilmiştir ki, bu da yan edim yükümüdür.

<sup>41</sup> GERNHUBER, s. 19, s. 325. Yazar, yan edim yükümlerinin kural olarak synallagma içinde olmadığını, ancak tarafların aksini kararlaştırılabileceğini, keza bu yükümlerin ifa aşamasında synallagmatik yükümlere sıkı biçimde bağlı olabileceğini ifade etmektedir. MERZ, s. 69; s. 86. Yazar, yan edim yükümünü ilk/birincil yan yüküm, yan yükümü ise tali/ikincil yan yüküm şeklinde ifade etmektedir. Buna göre, yan yükümün getirilmesiyle bağımsız bir amaç güdülyorsa bu birincil yan yükümdür; ancak yan yüküm sadece asli edimin gereği gibi ifasına hizmet ediyorsa bu halde ikincil yan yükümdür. Öte yandan, kural olarak yan yükümlerin (yan edim yükümlülükleri) karşılıklılık ilişkisine dâhil olmadığını belirtmektedir. KRAMER, Ber.Kom., s. 54, N.94. Yazar yan edim yükümlülüklerinin ihlalinin alacaklıya synallagmadan doğan sözleşmeden dönme hakkını vermediğini ifade etmektedir. Karş. KRAMER, § 241, s.59 – 60, N.16; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, 1988, s. 366. Yazar yan yükümlerin synallagmatik olmadığını ve bunların ihlalinin alacaklıya sadece tazminat hakkı verdiğini (İBK 97/TBK 112) ifade etmektedir. KRAMER, her ne kadar BUCHER'e atfıyla yan edim yükümlerinin synallagmatik olmadığını söylese de, yazar yan edim yükümlülüğü değil, yan yüküm demektedir.

<sup>42</sup> HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 20-21; STÖCKLI, s. 36-37, N. 55; GERNHUBER, s. 322-325; Ayrıca bkz. MEDICUS, BR, s. 136, N. 209; KRÖGER, s. 17; GIGER, Ber.Kom., Art. 211, s. 626, N. 36.

Yan ediminin ifasının dava edilebilir olmasıyla, bu edimin karşılıklı ilişki içinde bulunması birbirinden ayırt edilmesi gereken iki konudur. Yan edim karşılıklı ilişki içinde ise, bu yükümün yerine getirilmemesi halinde muhatabın kendi edimini yerine getirmekten kaçınma (ödemezlik def'i) ve ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemeden doğan taleplerini ileri sürme imkânı söz konusu olur<sup>43</sup>. Yan edim yükümlülüğü, karşılıklı ilişki içinde olmasa bile bağımsız olarak ifası talep ve dava edilebilir<sup>44</sup>.

Yan edim yükümlülüğü, asli edime göre tabi ve tali bir nitelik taşıdığı için, sözleşmesel borç ilişkisinde ancak asli edimle birlikte söz konusu olur. Bir başka deyişle, asli edimin olmadığı bir sözleşmede yan edim de olmaz<sup>45</sup>.

Yan edim yükümlülükleri, kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğar.

### **aa ) Kanundan Doğan Yan Edim Yükümlülükleri**

Bazı yan edim yükümlülükleri bizatihi kanun tarafından öngörülmüşlerdir. Örneğin, Borçlar Kanununun 211. maddesine göre, aksine âdet veya sözleşme yoksa ölçmek ve tartmak gibi teslim masrafları satıcıya, senet yapmak ve satılanı teslim almak için yapılan masraflar alıcıya aittir. Kira sözleşmesi bakımından da, Borçlar Kanununun 316. maddesi kiracıya bir yan edim yükümlülüğü yüklemiştir. Buna göre, kiracı kiralanı özenle kullanmak ve kendisiyle aynı binada oturan kişilere saygı

<sup>43</sup> MERZ, s. 69. Synallagmatik yan edimin ifasında temerrüde düşülmesi halinde, yan edimde temerrüd edimler arasındaki mübadele amacını bütünüyle tehlikeye düşürüyorsa, alacaklı asli edimi de kapsayacak şekilde haklarını kullanabilir; ancak böyle bir tehlike söz konusu değilse alacaklı sadece yan edimle ilgili olarak seçimli haklarını kullanabilir, sadece yan edimle ilgili olarak müspet zararının tazmini talebinde bulunabilir. Bkz. HAVUTÇU, s. 140; SCHMIDT, Eike: Das Schuldverhaeltnis (Schuldverhaeltnis), Heidelberg, 2004, s. 18 N. 44; MEDICUS, BR, s. 135, N. 207.

<sup>44</sup> EREN, s. 34; KRAMER, Ber.Kom., s. 53, N. 91; ŞENOCAK, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolaylı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 86. Alacaklı bu halde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüd halinde yasanın tanıdığı hakları kullanamaz. Zira bu hükümler asli edimde ve/veya synallagmatik yan edimde temerrüde düşülmesi halinde uygulanabilir. Bu halde alacaklı TBK m.102 (TBK m. 118 - 119)'ye göre edimin ifasını ve gecikmeden doğan zararlarını talep edebilir. Bkz. HAVUTÇU, s.43-44.

<sup>45</sup> EREN, s. 35.

göstermek zorundadır<sup>46</sup>. Kiracının bu yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, kiralayan yapacağı ihtarla bu davranışa son vermesini bildirir, devam etmesi halinde derhal sözleşmeyi feshedebilir. Öte yandan, Borçlar Kanununun 553. maddesine göre ticari mümessil ve vekillerin rekabet yapma yasağı da kanundan doğan ve yapmama biçiminde ortaya çıkan bir yan edim yükümlülüğüdür. İhlali halinde, işletme sahibi bağımsız nitelikte bir içtinap davası açabilir<sup>47</sup>.

### **bb) Sözleşmeden Doğan Yan Edim Yükümlülükleri**

Sözleşmesel borç ilişkisinin tarafları kendileri için önemli olan hususları yan edim yükümlülüğü biçiminde sözleşmenin içeriğine dâhil edebilirler<sup>48</sup>. Bu sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir sonucudur. Örneğin, satıcının satım konusu makinenin bakımını ve kullanımını öğretmeyi üstlenmesi, keza satılanın başka yerden gönderilmesi halinde gönderme masraflarını üstlenmesi de yan edim borcudur. Satıcı satılanı göndermezse, alıcı gönderme ediminin ifası için dava açabilir<sup>49</sup>. Aynı şekilde, satıcının satım konusu makinenin bakımını ve kullanımını öğretmemesi halinde de alıcı ifa davasıyla bunu talep edebilir. Hatta tarafların iradelerine ve somut olayın özelliklerine göre söz konusu yan edim yükümlülüğü karşılıklılık ilişkisine dâhil ise, ödemezlik defini ileiri sürebileceği gibi, ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemeye dayanan haklarını kullanabilir. Öte yandan, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için öngörülen rekabet yasağı da Borçlar Kanunu m. 444'e göre taraflarca belirlenen yapmama niteliğinde bir yan edim yükümlülüğüdür<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> EREN, s. 35; MERZ, s. 63. Bununla birlikte, kanaatimizce, kiracının anılan yükümlülüğü yan edim yükümü değil, yan yükümdür. Kiracının, kira konusu maldan yararlanma hakkını dürüstlük kuralına göre kullanması gerekir. Aksine davranışı, kiralayana sözleşmeyi fesih ve zarar vuku bulmuş ise tazminat hakkı verir. Bu konuda bkz. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 19, N. 46.

<sup>47</sup> EREN, s. 35. Kanaatimizce, bu yüküm yan edim değil, yan yükümdür. Rekabet yasağının yan edim yükümlülüğü teşkil edebileceği hal TBK m. 444 vd. hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi bakımından söz konusu olabilir.

<sup>48</sup> MERZ, s. 63.

<sup>49</sup> KRAMER, § 241, s. 60, N.17; EREN, s. 36.

<sup>50</sup> EREN, s. 36; KRAMER, § 241, s. 60, N.17. Rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesi kurulmadan önce veya sözleşme sona erdikten sonra yapılamaz. Hizmet sözleşmesinin içinde veya ayrıca yapılabilir. Duruma göre yan edim olabileceği gibi, asli edim de olabilir. Bu sözleşmeye ilişkin geniş bilgi için bkz. SOYER, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Ankara, 1994, s. 19 vd., s. 41 vd.

## cc ) Dürüstlük Kuralından Doğan Yan Edim Yükümlülükleri

Yan edim yükümleri kanun tarafından öngörülmemiş ve taraflarca da kararlaştırılmamış olsa da, dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması yoluyla ortaya çıkabilir<sup>51</sup>. Bir başka ifadeyle, ifayı talep hakkı, taraf menfaatlerinin objektif biçimde değerlendirilmesi sonucunda da tanınabilir<sup>52</sup>. Öğretide dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlerinin ifasının, asli edimden ayrı olarak, dava edilebileceği öne sürülmektedir<sup>53</sup>.

### D. Yan Yükümler

#### 1. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi edim yükümlerinin yanında başka bazı yükümler de içerir. Öğretide bunlar yan yükümler (Nebenpflichten)<sup>54</sup>

<sup>51</sup> ŞENOCAK, s. 85; NEUENSCHWANDER, s. 5; KÖPCKE, Günther: Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart, 1965, s. 128.

<sup>52</sup> KRAMER, § 241, s. 60, N. 17.

<sup>53</sup> EREN, s. 36. EREN, burada MEDICUS ve KRAMER' atf yapmaktadır. Yollama yapılan yerde MEDICUS bir örnek vermektedir ve KRAMER de bu örneği almıştır. Buna göre bir alıcı, 10 ay boyunca her defasında 100 şişe olmak üzere 1000 cam şişe satın alır. İlk gönderilen kısım kötü paketlenmiş bir şekilde, ancak şans eseri herhangi bir zarara uğramadan ulaşır. Bunun üzerine alıcı, malların kendisine zamanında gelmesinin gerekli olduğunu ancak daha iyi paketlenmesi gerektiğine işaret eder, ancak satıcı bu talebi dikkate almaz. MEDICUS, bu noktada alıcının ifa davasıyla malların daha iyi paketlenmesini talep edebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerekçesinde de haksız fiil hukukunda doğması muhtemel zararlar için dava açılabilirliğini, sözleşme hukukunda ise alacaklının zararın gerçekleşmesini bekleyip daha sonra ikincil borç olan tazminat talebi için dava açtığını, ancak bunun daha kolay bir şekilde gerçekleştirilebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2002, (MEDICUS, BR (2002)) s. 149, N.208; KRAMER, § 241, s. 60, N. 17. KRAMER de, yan edim yükümlülüklerinin sözleşmeyle ve kanunla doğabileceği gibi, taraf menfaatlerinin objektif biçimde değerlendirilmesi sonucunda da tanınabileceğini ifade ettikten sonra, örnek olarak MEDICUS' un kurguladığı bu olaya dayanmaktadır. Kanaatimizce burada yan edim değil, fakat talep ve dava edilebilir bir yan yüküm söz konusudur. Nitekim MEDICUS da bu örneği edim ve davranış yükümlerini incelediği bölümde vermekte, koruma yükümlülüklerin, bir edimle bağlantı içinde olduğu ölçüde dava edilebilir olduğunu ifade ettikten sonra anılan örneği vermektedir. Ancak daha sonra değerlendirilecek de olsa, hemen belirtelim ki, bir yan yüküm somutlaştırılıp ifa davasıyla talep edilebilir niteliğe kavuşursa, bu noktada yan yükümün yan edim yükümüne dönüşmesi söz konusu olur. (Bkz. HAVUTÇU, s. 19, dipnot 95.) Bununla birlikte, kanaatimizce dürüstlük kuralının doğrudan kaynaklık ettiği yüküm, bir yan yükümdür. Yan yükümün somutlaşp yan edim yükümüne dönüşebilmesi, bizce dürüstlük kuralından yan edim yükümü doğacağı anlamına gelmez. Bu noktada, dürüstlük kuralı yan yükümden dönüşerek ortaya çıkan yan edim yükümlülüğüne dolaylı olarak kaynaklık eder. Sonuçta, dürüstlük kuralından doğrudan doğruya bir yan edim yükümü doğabileceğini düşünmüyoruz.

<sup>54</sup> MERZ, s. 62 vd; MEDICUS, BR, s. 136, N.208; Ayrıca ESSER/SCHMİDT, s. 87 vd. (Begleitpflichten, refakat eden yükümler, ifadesini kullanmaktadır.); MÜLLER, Ber. Kom., N. 212 vd.



veya bağımlı yan yükümler (unselbständige Nebenpflichten)<sup>55</sup> veya diğer davranış yükümleri (weitere Verhaltenspflichten) olarak adlandırılmaktadırlar<sup>56</sup>.

Yan yükümler, asli edim yükümlerine bağımlı bir nitelik taşırlar. Kural olarak, yan yükümler ihlal edilmeleri halinde (sözleşmenin müspet ihlali veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle) tazminat talep etme hakkı verirken, bir başka deyişle yan yükümlerin doğrudan ifası talep ve dava edilemezken, edim yükümlülüklerinin ifası talep ve dava edilebilir. Dava edilebilirlik, yan yükümlerin edim yükümlülüklerinden ayırt edilmesini sağlayan temel ölçüt olarak görülmektedir<sup>57</sup>. Yan yükümler, muhatabın çıkarlarına saygı göstermeye ve edim yükümüne karşılık gelen borcun gereği gibi yerine getirilmesine yönelmiştir<sup>58</sup>. Bir başka deyişle, yan yükümler ya asli edimin gereği gibi yerine getirilmesine, yani alacaklının ifa menfaatine veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin (bütünlük veya korunma) ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunmasına hizmet ederler. Birinci grup yan yükümler “ifaya yardımcı yan yükümler<sup>59</sup>” diğeri ise koruyucu yan yükümler/ koruma yükümleri olarak adlandırılırlar<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> KRAMER, Ernst A.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası) (KRAMER, 3. Auflage), s. 60, N.18.

<sup>56</sup> LARENZ, s. 9 vd.; EREN, s.37-38. Terminoloji için ayrıca bkz. FIKENTSCHE/HEINEMANN, s. 25 vd., N. 35 vd.

<sup>57</sup> EREN, s. 38; KRAMER, § 241, s. 60, N.18; WIEGAND, Wolfgang; HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2011, Art. 97, s. 605, N. 32; MÜLLER, Ber.Kom., N. 218.

<sup>58</sup> MEDICUS, BR (2002), s. 149, N.208.

<sup>59</sup> “Leistungsbezogene Nebenpflichten”, KRAMER, § 241, s. 60-61, N. 19; KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Bern, 2006, s. 23, N. 82; “Leistungssichernden Nebenpflichten”, ROTH, Günther H.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2007, s. 72-73, N.67; BACHMANN, § 241, N. 56; “Leistungsbegleitende” ve “Leistungsorientierte Nebenpflichten”, WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 605, N. 33; GUHL, Theo/ KOLLER, Alfred/ SCHNYDER, Anton K./ DRUEY, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000, s. 243, N. 15; Ayrıca bkz. BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2008, s. 81, N. 224.

<sup>60</sup> EREN, s. 38. Bu noktada hemen belirtelim ki, koruma yükümleri bütünlük menfaatinin korunması hizmet ettiği gibi, bunun dışında mal varlığının korunmasına da hizmet ederler. Bu konu ileride ele alınacaktır.

## 2. Yan yükümlerin Kaynağı

Yan yükümlerin, genel olarak, dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden doğduğu kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, yan yükümlerin kaynağı, Türk/İsviçre Hukuku bakımından Medeni Kanun m.2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralıdır<sup>61</sup> <sup>62</sup>. Buna göre, herkes borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına göre davranmak zorundadır. Buradaki “borç” ifadesi sadece edim borçlarını veya edim yükümlerini değil, sözleşmeden doğan her yükümü kapsar<sup>63</sup>. Dürüstlük kuralı ise, “orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren – bu nedenle de – herkesçe benimsenen kuralların bütünüdür<sup>64</sup>.”

Öğretide, yan yükümlerin kökenine ilişkin olarak – yan yükümün türüne göre – bir ayırım yapılmamıştır. Bir başka deyişle, hem ifaya yar-

<sup>61</sup> EREN, s. 39; MERZ, s. 63; MERZ, Ber.Kom., s. 298, N.260; MEIER-HAYOZ, Arthur: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau, 1948, s. 162 ; ZELLER, Ernst: Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich, 1981, s. 86-87 ; BAUMANN, Max: Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Einleitung, I. Teilband, Zürich, 1998, Art. 2, s. 545-547, N. 154-156 ; AKYOL, Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasası, İstanbul, 1995, s. 42 vd ; HONSELL, Heinrich: HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas: Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Basel, 2010, Einl., Art. 2, s. 37, N. 16. (Burada yollama yapılan eserler); WIEGAND, Bas.Kom, Einleitung (Einl.) zu Art. 97-109, s. 592, N. 5; WIEGAND, Wolfgang: “Die Verhaltenspflichten Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte”, (Die Verhaltenspflichten) FS für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München, 1991, s. 551.

<sup>62</sup> Bununla birlikte, KRAMER, bağımsız yan yükümlerin – ki ifaya yardımcı yan yükümler de koruyucu yan yükümler de bu kavramın içindedir – (bizim tercih ettiğimiz terminoloji bakımından yan yükümlerin), sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasından (sözleşme hükmünden), sözleşmenin tamamlanmasından veya sadece dürüstlük kuralından doğacağını ifade etmektedir. KRAMER, Ber.Kom., s. 55, N. 96. Terminoloji farklı olmakla birlikte, benzer görüşte MERZ,s. 63; MERZ, Ber.Kom., s. 298, N.260. Bu konuda ayrıca bkz. WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 592, N. 5. Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. MÜLLER, Markus/ HEMPEL, Rolf, “Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjaehrung”, AcP 2005, s. 247, dipnot 3’de yollama yapılan yazarlar. Karş. WALTER, Hans Peter: “Auf dem Weg zum Schuldverhältnis – wo weiter?”, Recht 2005/3, s. 72 vd.; WEBER, Rolf H.: Die Folgen der Nichterfüllung, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Das Obligationenrecht, B. VI, 1. Abt., 5. Teilband, Art. 97-109, Bern, 2000, Art. 97, s. 69 vd, N. 67 vd.

<sup>63</sup> EREN, s. 39.

<sup>64</sup> EDİS, Seyfullah: “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, s. 449. (Doğruluk ve güven kuralları terminolojisi ile). Dürüstlük kuralı ile aynı anlama gelen başka terimler için bkz. EDİS, s. 447, dipnot 1.

dımcı yan yükümlerin hem de koruyucu yan yükümlerin (koruma yükümlerinin) kaynağı, doğuş sebebi olarak MK m. 2/1 görülmektedir<sup>65</sup>. Kanaatimizce, daha sonra değerlendirileceği üzere, ifaya yardımcı bir yan yükümlerin ortaya çıkması, ifa edilmesi gereken bir borcu gerektirdiği için, dürüstlük kuralı söz konusu yükümler için doğrudan bir kaynak oluşturmaz. Yani, sözleşme kurulmadan sadece dürüstlük kuralından bir ifaya yardımcı yan yükümler doğmaz. Bununla birlikte, 2/1'deki hükümde yer alan borç ifadesinin kapsamına edimi ifa borcu da dâhil olduğundan, anılan borcun da bu ilkeye uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir. Sonuç olarak, dürüstlük kuralı, koruma yükümlerinin doğrudan kaynağı olmakla birlikte; ifaya yardımcı yan yükümlerin doğrudan değil ancak dolaylı biçimde – ifa borcunun yerine getirilme tarzının belirlenmesi noktasında – kaynağıdır<sup>66</sup>.

Alman hukuku bakımından ise<sup>67</sup>, dürüstlük kuralını düzenleyen madde Alman Medeni Kanununun § 242. Paragrafıdır. Bu paragrafa göre, “Borçlu, edimini dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralıyla birlikte genel teamülün de gerektirdiği şekle uyarak ifa etmekle yükümlüdür”. Anılan hüküm, borçlunun edimini yerine getirme biçimini/ tarzını belirlemektedir. Uygulama ve öğreti, bu hükümden, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğunu ifade eden genel bir hukuk ilkesi çıkartarak, hükme oldukça geniş bir anlam yüklemiştir<sup>68</sup>. Öte yandan, anılan hükmün asli edimin ifa tarzını belirlemesinden başka, bir de tamamlayıcı işlevi söz konusudur. Dürüstlük kuralına dayanarak kurulan/ ortaya konulan yan

<sup>65</sup> WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 592, N. 5; EREN, s. 39; AKYOL, s. 42 vd.

<sup>66</sup> Benzer yönde HONSELL, Bas.Kom., Einl., Art. 2, s. 37, N. 16; GERNHUBER, s. 23-24. Ayrıca bkz. KRAMER, §241, s. 60, N. 19.

<sup>67</sup> Alman hukuku, çalışmanın ilerleyen sayfalarında da görüleceği gibi, özellikle koruyucu yan yükümler açısından İsviçre/ Türk hukuku için de görece bir kaynak teşkil etmektedir. Alman hukukunun İsviçre hukukuna etkisine ilişkin bkz. SCHWENZER, Ingeborg: “Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht”, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtages von Peter Schlechtriem, 1998, s. 59 vd. ; KRAMER, Ernst A: “Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht”, AcP 2000, s. 366 vd.

<sup>68</sup> SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch Hand Kommentar, Baden-Baden, 2019, § 242, N. 1. ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de)) (Erişim tarihi: 10.09.2020).

yükümler, özellikle edimin/ edim konusunun hazırlanması, yerine getirilmesi, korunmasında; bilgi verme, aydınlatma, iş birliği yapma yükümleriyle, borç ilişkisinin içeriğinin tamamlanmasına gerek olduğu hallerde, bu işlevi de yerine getirmektedir<sup>69</sup>. Kısacası, dürüstlük kuralı bu hukuk bakımından da yan yükümlerin kaynağı olarak görülmektedir<sup>70</sup>.

Bununla birlikte, ifaya yardımcı yan yükümlerin ve koruyucu yan yükümlerin dayanağı konusunda, yukarıda ifade ettiğimiz ayırım, “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile Alman hukuku bakımından belirgin bir hale gelmiştir. “Borç ilişkisinden doğan yükümler” kenar başlıklı § 241/1, c. 1’e göre, alacaklı, borç ilişkisine dayanarak borçludan bir edim talep etmeye yetkilidir. Söz konusu yasa ile bu paragrafta, “borç ilişkisinin içeriğine göre bir taraf diğer tarafın haklarına, kişi varlığı haklarına ve çıkarlarına özen göstermekle/ haklarını, kişi varlığı haklarını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür” hükmü eklenmiştir. Anılan hüküm münhasıran koruyucu yan yükümleri/ koruma yükümlerini düzenlemektedir. Gerçi, Borçlar Kanunu Reformundan önce de, dürüstlük kuralını düzenleyen § 242’ye dayanarak koruma yükümlerinin varlığı kabul edilmekteydi<sup>71 72</sup>; ancak reformdan sonra, koruma yükümlerinin veya koruyucu yan yükümlerin kaynağının § 241/2 olduğunu söylemek mümkündür<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> SCHULZE, § 242, N. 2.

<sup>70</sup> ROTH, Günther H.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası) (ROTH, 3. Auflage), s. 122 vd.

<sup>71</sup> ROTH, 3. Auflage. s. 122 vd. ; N. 109 vd.

<sup>72</sup> Öte yandan, reformdan önce de, § 242’yi koruyucu yan yükümler için kurucu norm kabul etmeyen görüşler mevcuttu. Bu konuda bkz. MEDICUS, Dieter: Probleme um das Schuldverhältnis, Berlin, 1987, s. 16 vd.; TEICHMANN, Artur : “Nebenpflichtungen aus Treu und Glauben, 1. Teil : Vorvertragliche Informationspflichten” ; “2. Teil : Vertragliche und “nachvertragliche” Leistungspflichten, Schutzpflichten” ; Juristische Arbeitsblätter (JA), 1984, s. 545 vd. ; 709 vd.; OLZEN, Dirk: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243, Neubearbeitung 2005, Berlin, s. 226, N. 386.

<sup>73</sup> Bkz. ROTH, § 242, s. 133, N. 62. Yazar, § 242’in hukuki sonuçlarının irdelerken “yükümlülükleri kurma ve somutlaştırma” başlığı altında, anılan paragrafın geçmişte çeşitli içeriklere sahip yan yükümlerin ortaya konulması ve somutlaştırılması için bir dayanak noktası olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, yan yükümler genel kural olan § 242’nin örtüsü altında gelişmiştir ve bundan sonra da genel kuralın § 241/2 üzerinde etkisi devam edecektir. Bkz. ROTH, § 241, s. 65, N. 34; SCHUBERT, Claudia: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 242, München

### 3. İfa Menfaati ve Bütünlük Menfaati Ayrımı

#### a. Sözleşme Öncesi Aşamada

Menfaat, esas itibariyle, zararın belirlenmesinde, bu kavramın dayandığı temeli ifade etmektedir, öyle ki bu bağlantı sebebiyle, anılan kavramların birinin diğerinin yerine kullanılması da söz konusu olmaktadır<sup>74</sup>. Zarar, bir kişinin mal varlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır ve sorumluluğun ve tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır<sup>75</sup>. Zarar, zarar verici olay sonucunda menfaatlerde ortaya çıkan eksikliklerdir, bir başka deyişle zarar, menfaati değil, menfaatlerde ortaya çıkan eksilmenin sonucunu ifade eder ve mal varlığının azalması veya çoğalmasının engellenmesi şeklinde ortaya çıkar<sup>76</sup>. Tazminat yükümü, esas itibariyle, bu neticeyi bertaraf etmeye, bir başka deyişle ihlal edilen menfaatlerin eski haline iadesine yönelmiştir. Bu noktada müspet menfaatlere ilişkin tazminat talebi – tazminat yükümü, doğrudan müspet menfaatlere değil, ihlal edilen müspet menfaatlerin tazminine/ ikamesine ilişkindir<sup>77</sup>.

Sözleşme hukukunda, asıl olarak, müspet menfaatlerden ve menfi menfaatlerden, daha doğru bir ifadeyle bu menfaatlerin ihlalinden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Edimin hiç veya kötü ifa edilmesinden/ gereği gibi ifa edilmemesinden ya da vaktinde ifa edilmemesinden ortaya çıkan zarar, müspet menfaatlerin ihlalinden doğan zararı ifade eder<sup>78</sup>

2019, N. 79 (www.beckonline.de) (Erişim tarihi: 10.09.2020); SCHULZE, § 242, N. 2. Kanaatimizce, Alman hukuku bakımından koruyucu yükümler için kurucu norm § 241/2, edim yükümleri için ise § 241/1'dir. Ancak edim yükümünün yerine getirilme tarzını §242 belirler.

<sup>74</sup> KELLER, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürich, 1948, s. 1-2.; RENGIER, Hans Bernhard: Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertraginteresse und vom Integriationsinteresse, Berlin, 1997, s. 41; LARENZ, s. 482; NICKEL, Carsten: Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo, Berlin, 2001, s. 33 ve dipnot 74.

<sup>75</sup> EREN, s. 587.

<sup>76</sup> KELLER, s. 1-2. Zarar-menfaat ilişkisine dair geniş bilgi için bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 14 vd.

<sup>77</sup> KELLER, s. 2; NICKEL, s. 40, dipnot 131.

<sup>78</sup> Borcun ifasının kusurla imkânsız hale gelmesinde, mütemerrid borçludan gecikmiş ifa dolayısıyla gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı istenmesinde, borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip ifa

ve bu esas itibariyle ifa menfaatine ilişkindir<sup>79</sup>. Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya dair menfaatidir<sup>80</sup>. Müspet menfaat veya ifa menfaati, buna bağlı olarak da müspet zarar, gereği gibi ifadan sonra alacaklının ulaşacağı mal varlığı durumu ile hali hazırdaki mal varlığı durumu arasındaki farka göre belirlenir<sup>81</sup>. Bir başka deyişle, kötü ifadan sonraki durumu ile iyi bir ifa halinde arz edeceği durumu arasındaki farka tekabül eder<sup>82</sup>. Bu tanım çerçevesinde bakıldığında, örneğin eve tamirat yapmaya gelen borçlunun bunu yerine getirmesi, ancak ifa sırasında alacaklının masasını kırmaması halinde, alacaklının mal varlığı masanın değeri kadar eksilmiştir. Keza, verme borcu çerçevesinde, örneğin alacaklının evinin ifa yeri olarak kararlaştırıldığı bir satım sözleşmesinde, borçlunun satım konusu malı teslim ederken, alacaklının başka bir malına zarar vermesi halinde de aynı durum söz konusudur. Bu hallerde, alacaklının mal varlığı edimin gereği gibi ifası sonucunda ulaşması gereken sonuca ulaşamamış, ifa sürecinde eksilmiştir. Tanımdan hareket edildiği halde, bu eksilmeyi de müspet menfaat – müspet zarar içinde değerlendirmek gereklidir. Ancak, örneklerde olduğu gibi, sadece bütünlük menfaatinin ihlalden doğmuş zararların müspet menfaat içinde olup olmadığı konusu tartışmalıdır<sup>83</sup>. Bununla birlikte, hangi menfaate yönelik ihlal söz konusu olursa olsun, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanındadır<sup>84</sup>. Bu nedenle, kanaatimizce, edimin gereği gibi olmayan ifasından doğan bütün zararları geniş anlamda ifa menfaati – ifa zararı olarak nitelendirmek mümkündür.

yerine tazminat istenmesinde ve akdin müspet ihlali halinde müspet zararın tazmini söz konusudur. Bkz. TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 427.

<sup>79</sup> SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern, 2009, s. 90 – 91, N. 14.29 - 14.30; EREN, s. 1184; BUCHER, s. 343; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 607, N. 38; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112 - 113, N. 210-213; ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1985, s. 164.

<sup>80</sup> EREN, s. 1184.

<sup>81</sup> NEUENSCHWANDER, s. 11.

<sup>82</sup> ARAL, s. 164.

<sup>83</sup> Bu konuya ilişkin olarak bkz. ARAL, s. 165.

<sup>84</sup> ARAL, s. 165; SCHWENZER, s. 91 - 92, N. 14.32; NEUENSCHWANDER, s. 43; BUCHER, s. 343; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 603 vd., N. 25 vd.; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112, N. 210; GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R.,/ SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Zürich, 2008, s. 148, N. 2904; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 244, N. 18. GLAETTLI, Elisabeth: Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich, 1998, s. 25-26.

Menfi menfaat veya menfi zarar ise, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından<sup>85</sup> doğan zarar menfi zararı ifade eder. Sözleşmenin kurulması için yapılan giderler ve yapılan sözleşmenin geçerliliğine güvenerek başka bir sözleşme yapmamak suretiyle kaçırılan fırsatlar menfi zarar kalemleridir, keza alacaklı geçersiz sözleşmeye dayanarak alacağı mal veya hizmeti üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt eder ve bunun için cezai şart veya tazminat ödemek zorunda kalırsa bu da menfi zarar kapsamındadır<sup>86</sup>. Hemen belirtelim ki, her ne kadar, menfi zarar kavramı tanımlanırken, sözleşmenin akamete uğramasına hasrediliyorsa da<sup>87</sup>, sözleşmenin geçerliğini koruduğu halde de menfi zararın tazmini söz konusu olabilmektedir. İBK m. 31/TBK m.39 çerçevesinde, aldatma halinde sözleşmenin iptal edilmemiş/icazet verilmiş olmasına rağmen, uğranılan zararın tazmin edilebilmesi mümkündür. Bu zarar da menfi zarardır<sup>88</sup>.

Menfi ve müspet menfaat ayrımının dışında, bugün, özellikle koruma yükümlerinin ve buna bağlı olarak bütünsel borç ilişkisi kavramının benimsenmesi ile üçüncü bir menfaat türü olarak bütünlük menfaati kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Bütünlük menfaati, genel olarak, kişinin sahip olduğu hukuki değerlerinin zarar görmemesine ilişkin menfaati ifade etmektedir<sup>90</sup>. Var olanın korunmasına dair bir menfaat söz konusu olduğu

<sup>85</sup> Menfi zarar, genellikle güvenin boşa çıkmasından doğan zarar olarak nitelendirilse de, menfi zarar ile güven zararı özdeş kavramlar değildir. Bu konuda bkz. ERGÜNE, s. 47-50.

<sup>86</sup> TANDOĞAN, s. 427; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 386 - 387; EREN, s. 1186 ve dipnot 127'de yollama yapılan yazarlar. Geniş bilgi için bkz. ERGÜNE, s. 36 vd.

<sup>87</sup> Bu yönde ERGÜNE, s. 39.

<sup>88</sup> EREN, s. 444; ERGÜNE, s. 176 vd. ; SCHWENZER, Ingeborg; HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Obligationenrecht I, Art. 1- 529, Basel, 2011, Art. 31, s. 274 - 275, N. 23; YILDIRIM, Mustafa Fadil: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, 2002, s. 270; KURŞAT, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003, s. 134-135.

<sup>89</sup> LÜCHINGER, Niklaus: Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg, 1999, s. 119 vd.; SCHWENZER, s. 91 - 92, N. 14.32; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 113, N. 213; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 244, N. 17; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904; GLAETTLI, s. 25-26.

<sup>90</sup> RENGIER, s. 53.



için, bu hususta menfi menfaatle arasında bir benzerlik söz konusudur<sup>91</sup>. Hatta Alman öğretisinde, bazı yazarlar, bu benzerliğe dayanarak, menfi ve müspet menfaat dışında üçüncü bir menfaat türünü kabul etmemekte, menfi menfaatin de bütünlük menfaati olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir<sup>92</sup>. RENGIER'e göre, söz konusu menfaatin ihlali, sözleşme öncesi aşamada culpa in contrahendo sorumluluğa, sözleşme çerçevesinde akdin müspet ihlaline<sup>93</sup>, sözleşme söz konusu değilse haksız fiil sorumluluğuna yol açar<sup>94</sup>.

Sözleşme öncesi aşamada, birbirleriyle arttırılmış/yoğun bir sosyal temas ya da özel bağlantı (Sonderverbindung) içine girmiş kişiler arasında edim yükümleri içermeyen, ancak koruma yükümleri içeren ve dürüstlük kuralından doğan bir hukuki ilişki ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu özel bağlantının ortaya çıkma anı, sözleşme görüşmelerinin başlamasından daha öncedir. Bu bağlantının ortaya çıkmasıyla veya daha somut olarak sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, anılan kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerine etki edebilme imkânı doğmaktadır<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> MEDICUS, Dieter: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse 12. Auflage, 1983, § 249, N. 26; LANGE, Herman/SCHIEMANN, Gottfried: Schadenersatz, Tübingen, 2003, s. 70; KREBS, Peter: Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten, München, 2000, s. 5; NEUENSCHWANDER, s. 11 ve dipnot 49; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904.

<sup>92</sup> JAKOBS, Horst Heinrich: Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn, 1969, s. 33 ve dipnot 53; KEUK, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn, 1972, s. 162. Karş. NICKEL, s. 50. Öte yandan menfi menfaatle bütünlük menfaatinin aynı kavramlara karşılık geldiğini ifade etmemekle birlikte, ROTH, edim ve koruma yükümleri ayrımını anlatırken, koruma yükümlerinin muhatapların hali hazırdaki mal ve kişi varlığı değerlerini – Status quo – yani bütünlük veya menfi menfaatlerini korumaya yönelik olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ROTH, § 241, s. 79, N. 90. Benzer şekilde ACKERMANN da, öğretilerde bu iki kavramın aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığına işaret etmekte ve bu durumu eleştirmektedir. Bkz. ACKERMANN, Thomas: Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen, 2007, s. 12 ve dipnot 38'de yollama yapılan yazarlar.

<sup>93</sup> Akdin müspet ihlali, bizim hukukumuz çerçevesinde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında yer almaktadır.

<sup>94</sup> RENGIER, s. 53.

<sup>95</sup> Esas itibarıyla, kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığını ihlal etme imkânı her zaman vardır, kanaatimizce, özellikle sözleşme görüşmelerinin başlaması bu ihtimali kuvvetlendirmekte veya tarafların birbirlerinin söz konusu değerlerini ihlal edebilmesini kolaylaştırmaktadır.



Bütünlük menfaati çerçevesinde ele alınan temel husus, örneğin mağazaya giren müşterinin muz kabuğuna basıp düşmesi ve yaralanması ve sözleşme görüşmelerinin veya daha geriye çekerek işlemsel temasın başlaması sebebiyle, tipik bir haksız fiil olgusunun bu alandan çıkarılıp sözleşmesel sorumluluk alanına aktarılmasıdır<sup>96</sup>. Bu aktarımın sebebi de, Alman haksız fiil hükümlerinin görece zayıflığıdır<sup>97</sup>. NICKEL, bütünlük menfaatinin, müspet ve menfi menfaatlerden farkını şu şekilde açıklamaktadır. Öncelikle Alman İmparatorluk Mahkemesinin yer muşambası kararını açıklamış – ki anılan kararda tezgâhtarın muşamba topunu müşterinin üstüne düşürüp yaralanmasına sebep olması söz konusuydu – ve mahkeme henüz sözleşme kurulmadığı, dolayısıyla borç doğmadığı halde, mağaza sahibini ifa yardımcısının kusurundan dolayı sorumlu tutmuştu, burada ortaya çıkan zarar ne hiç ya da gereği gibi ifa etmemeden (müspet menfaat) ne de sözleşmenin kurulmuş olduğuna güvenmekten (menfi menfaat) doğmaktadır. Bir başka deyişle, ne menfi menfaat ne de müspet menfaat söz konusudur. İşte bu halde ortaya çıkan zarar bütünlük veya korunma menfaati olarak tanımlanabilir<sup>98</sup>. Gerçekten de, sözleşme görüşmeleri başlamış olsa dahi, uğranılan zararın, görüşülmekte olan sözleşme ile hiçbir ilgisi yoktur<sup>99</sup>. Bütünlük menfaati bu yönüyle, haksız fiil hükümlerinin koruma alanıyla örtüşmektedir.

Sözleşme öncesi aşamada, esas itibariyle ifa ve/veya ifaya olan menfaat – müspet menfaat söz konusu değildir, zira henüz kurulmuş bir sözleşme, bu sözleşmeden doğan ve ifa edilmesi gereken bir edim borcu yoktur. Bu aşamada, yukarıda ifade edildiği gibi, özel bağlantı içine girmiş tarafların birbirlerine haksız fiil ika etmeleri ve bu bağlantı sebebiyle haksız fiil değil sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması

<sup>96</sup> Nitekim İsviçre öğretisinde LÜCHINGER, bütünlük menfaatinin konusunu tanımlarken, Alman Medeni Kanununun (BGB) haksız fiili düzenleyen §823/1'e yollama yaparak, yaşam, mülkiyet, zilyetlik ve kişilik hakları gibi mutlak haklar ifadesini kullanmaktadır. LÜCHINGER, s. 127, N. 369 ve dipnot 462.

<sup>97</sup> Bkz. EMMERICH, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, München, 2005, s. 74, N. 6. Ayrıca bkz. ve karşı. MEDICUS, Dieter: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (AT), München, 2005, s. 47-48, N. 104 (MEDICUS, AT); GERNHUBER, s. 181 ve dipnot 33'de yollama yapılan yazarlar; GONZENBACH, Rainer: Culpä in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1987, s. 42.

<sup>98</sup> NICKEL, s. 49.

<sup>99</sup> ERGÜNE, s. 35. Bu konuda ayrıca bkz. GONZENBACH, s. 86 vd.

söz konusu olmaktadır. Özetle, bütünlük menfaatinden anlaşılan tam da buna karşılık gelmektedir. Gerek Alman, gerekse İsviçre hukukunda bütünlük menfaatinin çerçevesi BGB § 823/1'e göre çizilmektedir. Anılan hükmün kural olarak korumadığı malvarlığı bütünlük menfaati içinde değerlendirilmemektedir<sup>100</sup>.

Öte yandan, özel bağlantının, ya da daha doğru olarak, sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte, görüşmenin muhataplarının yapmayı düşündükleri sözleşmeye ilişkin olarak birbirlerini aydınlatma yükümü de ortaya çıkmaktadır. Bu yüküm de dürüstlük kuralının bir gereğidir. Eğer bu yüküm yerine getirilmezse, aldatma veya yanılma sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesi söz konusu olabilir. Bu halde, yanılma söz konusu olmuşsa, kendi kusuruyla yanılan, kural olarak muhatabın menfi zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür; aldatma söz konusu olmuşsa da, aldatan, keza kural olarak muhatabın menfi zararını tazminle yükümlü olur. Anılan halde, menfi zarar, sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı ifade etmektedir ve mal varlığına ilişkin bir zarardır. Bu noktada değerlendirmemiz gereken husus da, menfi menfaatin bütünlük menfaati ile bağlantısının olup olmadığıdır. Ancak bu hususu, sözleşme aşamasında ifa menfaati – bütünlük menfaati ayırımını ortaya koyduktan sonra değerlendirmeye çalışacağız.

## **b. Sözleşme Aşamasında**

Bütünlük menfaatinin haksız fiilin koruma alanıyla örtüşen yönü, yani kişilerin sahip oldukları kişi ve mal varlığı menfaatleri, kurulmuş bir sözleşmenin ifası sürecinde veya ifa vesilesiyle de ihlal edilebilir. Örneğin, kitaplık monte etmeye gelen borçlunun özensiz davranışı sebebiyle tahta plakaları alacaklının üstüne düşürmesi ve alacaklının yaralanması halinde, vücut bütünlüğünün, alacaklının vazosunun üstüne düşürüp

<sup>100</sup> Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, bütünlük menfaatinin özellikle menfi menfaatten farkı ortaya konulmadan Alman öğretisinde kullanıldığını ACKERMANN ifade etmiştir. Bkz. ACKERMANN, s. 12 ve dipnot 38'de yollama yapılan yazarlar. Esas itibarıyla, § 823/1 gibi bir hükmü ihtiva etmeyen İsviçre hukuku bakımından da durum farklı değildir. Öyle ki, bazı yazarlar bu menfaati açıklarken doğrudan anılan hükme yollama yapmaktadırlar. Bkz. LÜCHINGER, s. 127, N. 369 ve dipnot 462; ROBERTO, Vito: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2002, s. 29.

vazoyu kırması halinde ise mülkiyet hakkının ihlali dolayısıyla gereği gibi olmayan ifa söz konusudur. Edim yerine getirilmiş, kitaplık kusursuz bir şekilde monte edilmiş de olsa, koruma yükümü niteliğinde bir yan yüküm ihlal edilmiştir. Bu örneklerde ihlal edilen değer/ değerler toplamı bütünlük menfaatidir<sup>101</sup> <sup>102</sup>. Kitaplık örneği üzerinden gidersek, aynı borçlunun ifa sırasında alacaklının bütünlük menfaatlerini ihlal etmemesi, fakat edim borcunu gereği gibi ifa etmemesi, örneğin vidaların düzgün şekilde sıkıştırılmaması, eğri biçimde kitaplığın monte edilmesi halinde, bu kez ihlal edilen çıkar ifa menfaatidir.

Türk/ İsviçre hukukunda, sözleşmenin ihlalinin, hiç veya gereği gibi ifa etmeme sonucunu doğurması, sözleşmeye aykırılıktan doğan bu zararın ifa menfaati olarak tanımlanması için yeterlidir<sup>103</sup>. Bu bağlamda, gereği gibi ifa etmeme, hem asli edimin kötü ifasını hem de yan yükümlerin ihlalini içermektedir. Bir başka deyişle, sadece asli edimin kötü ifası değil, aynı zamanda ifa sırasında veya ifa vesilesiyle koruma yükümünün veya bütünlük menfaatinin ihlalinden ortaya çıkan zarar da, gereği gibi ifa etmemeden doğan sorumluluğa sebep olacaktır<sup>104</sup>. Gereği gibi ifa etmeme sonucu ortaya çıkan her zarar da – sorumluluğun diğer kurucu unsurlarının da olması şartıyla – ifa menfaati, daha yerinde olarak geniş anlamda ifa menfaati olarak tanımlanabilecektir.

Bununla birlikte, Alman öğretisinde ifa menfaati dar anlaşılmaktadır. Türk hukukunda anlaşıldığı anlamda, asli edimin kötü ifası, yani borcun ihlali, ifa menfaatinin ihlali olarak görülmektedir. Buna karşılık,

<sup>101</sup> Hemen belirtelim ki, bu hallerde aynı zamanda bir haksız fiil de söz konusudur. Alacaklı – zarar gören, dilerse haksız fiil, dilerse sözleşme sorumluluğu hükümlerine başvurabilir.

<sup>102</sup> ROBERTO, kişi varlığı değerleri (Rechtsgüter) ile bütünlük menfaatlerini aynı anlamda kullanarak bunların yasaca tanımlanmadığını ifade etmiş, ancak Alman Medeni Kanunu § 823/1 çerçevesinde korunan değerlere karşılık gelecek şekilde ifade etmiştir. Bu bağlamda mal varlığı anılan hüküm çerçevesinde korunan bir değer değildir. Bkz. ROBERTO, s. 29.

<sup>103</sup> Müspet menfaat – ifa menfaati adlandırmasına ilişkin olarak bkz. WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 607 N. 38, s. 613 vd., N. 46. vd.; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112, N. 210.

<sup>104</sup> ARAL, s. 165; SCHWENZER, s. 91 - 92, N. 14.32; NEUENSCHWANDER, s. 43; BUCHER, s. 343; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 603 vd., N. 25 vd.; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 112, N. 210; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904; GUHL/KOLLER/ SCHNYDER/ DRUEY, s. 244, N. 18; GLAETTL, s. 25-26.

edim sonucuna etki etmeyen davranış yükümlerinin, yani yan yükümlerin ihlali ise bütünlük menfaati ihlali kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

Türk/ İsviçre hukuku bakımından gereği gibi ifa etmemeye bağlı sonuçların ortaya çıkması için, yukarıda da ifade edildiği gibi, ihlalin türü (asli edim yükümü ve/veya yan yüküm) önemli olmamakla birlikte, gerek Türk hukukunda<sup>106</sup> gerekse İsviçre hukukunda<sup>107</sup> ifa menfaati – bütünlük menfaati ayrımı benimsenmiştir<sup>108</sup>. Bütünlük menfaati – sözleşmenin kurulmasından sonra – alacaklının edimin ifası ile ulaşacağı menfaati değil, bunun dışında kalan, hali hazırda sahip olduğu mal ve kişi varlığı değerlerini ifade etmektedir. Kitaplık örneklerinde olduğu gibi, borçlunun asli edim yükümünü gereği gibi ifa etmesiyle – örnek bakımından kitaplığın kusursuz olarak monte edilmesiyle – alacaklının ulaşacağı durumun değil, ifa sürecinde, hali hazırda sahip olduğu kişi ve mal varlığı değerlerinin – örnek bakımından vücut bütünlüğünün ve mülkiyet hakkının – korunmasına ilişkin menfaattir.

Kanaatimizce, alacaklının edimin gereği gibi ifasına olan menfaati, geniş anlamda ifa menfaati (veya doğrudan müspet menfaat) olarak adlandırılabilir. Bu çerçevede, geniş anlamda ifa menfaati (veya müspet menfaat), hem dar anlamda ifa menfaatini, yani sadece edimin gereği gibi ifasına dair menfaati – yukarıdaki örnek bakımından kitaplığın vi-

<sup>105</sup> NEUENSCHWANDER, s. 12. Yazar, bu duruma sebep olarak, BGB'nin imkânsızlık ve temerrüd dışında bir sözleşme ihlaline yer vermemiş olmasını göstermektedir. Gerçekten de, bu durum reformdan önceki BGB için böyledir. Akdin müspet ihlali olgusunun Alman hukukunda ortaya çıkması da, bu boşluktan ileri gelmiştir. Bu konuda bkz. EREN, s. 1170 vd.; TANDOĞAN, s. 400 vd. ; KÖPCKE, s. 30 vd. Mevcut durum için bkz. EMMERICH, s. 1 vd. Ayrıca akdin müspet ihlali kurumunun tarihsel gelişimi için bkz. GLÖCKNER, Hans Peter: Positive Vertragsverletzung Die Geburt eines Rechtsinstituts, Frankfurt am Main, 2006, s. 32 vd.

<sup>106</sup> EREN, s. 40; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 12, N. 15; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 13 - 14, s. 37 vd.; ARAL, s. 165; SEROZAN, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014, s. 246, N. 1 vd. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve OĞUZMAN/ÖZ açıkça bütünlük menfaati terminolojisini kullanmamaktadırlar).

<sup>107</sup> LÜCHINGER, s. 119 vd.; SCHWENZER, s. 91 - 92, N. 14.32; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 113, N. 213; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 605, N. 34; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 244, N. 17; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, s. 148, N. 2904; GLAETTLI, s. 25-26.

<sup>108</sup> Bu ayrımın benimsenmiş olmasının sebebi, muhtemelen, yan yüküm ve edim yükümü – koruma yükümü ayrımının Alman hukukunda ortaya çıkmış olmasıdır.

dalarının sıkıştırılmış, düzgün biçimde monte edilmiş olmasını – hem de alacaklının ifa sırasında veya ifa vesilesiyle diğer menfaatlerinin (bütünlük menfaatlerinin) ihlal edilmemesine dair menfaati – yukarıdaki örnek bakımından borçlunun özensiz davranarak tahta plakaları alacaklının veya vazosunun üstüne düşürmemesini, vücut bütünlüğünü veya mülkiyet hakkını ihlal etmemesini – kapsamaktadır.

Öte yandan, aynı örnek üzerinden gidilerek, edimin kötü ifa edilmesi sebebiyle, yani vidaların sıkıştırılmaması ve bu yüzden bir süre sonra kitaplığın devrilip alacaklının yaralanmasına sebep olması halinde, hem ifa menfaati hem de bütünlük menfaatinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bir başka örnek üzerinden konuyu ele alırsak, satın alınan buharlı temizleme makinesinin kullanımına ilişkin gerekli bilgileri vermeyen satıcı, bu davranışıyla hem makinenin verimli çalışmasına engel olup yanlış ya da verimsiz kullanıma, hem de bu nedenle kullanıcının veya çocuğunun yaralanmasına (örneğin yanığa) veya kullanıcının evindeki diğer eşyaların zarar görmesine sebep olabilir. Bu noktada, alıcının hem ifa menfaatinin hem de bütünlük menfaatinin ihlali söz konusu olacaktır. Özetle, kesin bir şekilde hangi davranışın hangi menfaati ihlal edeceğini belirlemek ve buna göre ifa menfaati bütünlük menfaati ayrımını ortaya koyabilmek mümkün değildir<sup>109</sup>. Ancak yükümlülük kavramının irdelenmesi, ister istemez, sınırları çok da belirgin olmayan bu kavrama dayanmayı gerektirmektedir.

İfaya yardımcı yan yüküm ve koruyucu yan yüküm (koruma yükümü) ayrımı da esas itibarıyla, sınırları kesin bir şekilde ortaya konulamayan, ifa menfaati ve bütünlük menfaati ayrımından ileri gelmektedir. Özetle, ifaya yardımcı yan yükümler, doğrudan sözleşmeden doğan edimin gereği gibi yerine getirilmesine, alacaklının tatmin edilmesine, koruyucu yan yükümler ise<sup>110</sup>, alacaklının ifa sırasında veya ifa dolayısıyla, ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına yö-

<sup>109</sup> Bkz. NEUENSCHWANDER, s. 12; WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 605, N. 32; CANARIS, Claus Wilhelm: Schuldrechtsmodernisierung 2002 – Schuldrechtsreform 2002 (Schuldrechtsreform), München, 2002, s. 653. (§ 241/2'ye ilişkin yasa gerekçesi). (CANARIS, Schuldrechtsreform)

<sup>110</sup> Sadece bütünlük menfaatine yönelik koruma yükümleri, mal varlığını korumaya yönelik koruyucu yükümlerden ayırmak için, saf koruma yükümleri olarak tanımlanabilir.

neliktir<sup>111</sup>. Esas itibariyle, ifa menfaati – bütünlük menfaati ayırımına dayanmamız, bir sözleşmenin kurulmuş olması, dolayısıyla ifası gereken bir edimin var olması haliyle sınırlıdır. Bu noktada, sözleşme öncesi aşamada, daha önce de ifade edildiği gibi, zaten ifa menfaati değil, bütünlük menfaatleri söz konusudur.

### **c. Bütünlük Menfaati – Menfi ve Müspet (İfa) Menfaat İlişkisi**

Sözleşme hukukunda, menfi ve müspet menfaatlerin esas olduğunu, ancak bunun dışında bütünlük menfaati kavramının sözleşme hukukunda yerleştiğini, Alman hukukundan farklı bir ifa ihlalleri hukukuna sahip olan Türk/İsviçre hukuku bakımından da bu ayırımın kabul gördüğünü yukarıda ifade etmiştir.

Gerek sözleşme öncesi aşamada, gerekse ifa aşamasında, özel bağlantı – sözleşme ilişkisine giren tarafların kişi ve mal varlığı değerlerinin korunması ilişkin menfaatin bütünlük menfaati olduğu konusunda fikir birliği olduğu söylenebilir. Alman hukukunda – var olanın korunmasına hizmet etmesi – noktasında bu menfaatle menfi menfaat arasında benzerlik olduğu da ifade edilmektedir. Hatta öğretilerde menfi menfaatle bütünlük menfaatini aynı anlamda kullanan yazarlar olduğu gibi, bütünlük menfaati kavramını bütünüyle reddedenler de mevcuttur.

Bizim bu başlık altında irdelemek istediğimiz husus, bu menfaatlerin, özellikle de, menfi menfaatle bütünlük menfaatinin, en azından zarar kalemleri bazında, çakışıp çakışmadığıdır. Müspet menfaat açısından bakarsak, söz konusu menfaat alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatidir. Yukarıda ifade edildiği gibi, hukukumuz açısından gereği gibi olmayan ifa – gerek kötü ifa gerekse yan yükümlerin ihlali – aynı hükümlere tabidir. Bir başka deyişle, ifa sırasında veya ifa vesilesiyle alacaklının uğradığı edim sonucunu etkilemeyen – yani yan yükümün ihlalden doğan zararlar – bütünlük menfaatine ilişkindir, ancak hukukumuz bakımından geniş anlamda ifa menfaati kapsamında olduğun-

<sup>111</sup> Bu ayırımın eleştirisi için bkz. KUHLMANN, Kai: Leistungspflichten und Schutzpflichten, Berlin, 2001, s.109 vd.

dan sözleşme sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilir. Bu çerçevede ifa menfaatine, bütünlük menfaatinin çakışması söz konusu olmaktadır.

Menfi menfaate gelince, sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların yapmayı düşündükleri sözleşmeye ilişkin olarak birbirlerini yanlış veya eksik bilgilendirmeleri halinde, yanlışlık veya aldatma sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınması ve buna bağlı olarak zarar görenin menfi tazminat talep edebilmesi söz konusudur<sup>112</sup>. Menfi zarar da mal varlığına ilişkin bir zarardır. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, tazmini gereken menfi zararın veya menfi zarar kalemlerinin bütünlük menfaatine girip girmediğidir. Bütünlük menfaatinin koruma alanı haksız fiile ilişkin BGB § 823/1 paragrafla örtüşmektedir ve mal varlığı bu çerçevede korunan bir değer değildir<sup>113 114</sup>. İncelememiz gereken, haksız fiil hükümlerinin kural olarak korumadığı mal varlığının, çıkış noktasını haksız fiil hükümlerinden alan bütünlük menfaatine dâhil olup olmadığı veya onun ikinci yönünü oluşturup oluşturmadığıdır.

Alman hukuku çerçevesinde, bütünlük menfaati ile menfi menfaati aynı anlamda kullanan, bütünlük menfaatini bütünüyle reddeden veya benzerlikleri olduğunu ifade eden yazarlar olmakla birlikte, sonuç olarak bu hukuk bakımından bütünlük menfaati haksız fiil hükümlerinin

<sup>112</sup> Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmenin geçerliğini koruduğu halde de menfi zararın tazmini söz konusu olabilmektedir. İBK m. 31/ TBK m. 39

<sup>113</sup> Hemen belirtelim ki, §241/2 gereği borç ilişkisinin tarafları muhataplarının haklarını, hukuki değerlerini ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür. Bu bağlamda artık mal varlığı da korunmaktadır, ancak ifade edildiği gibi, bütünlük menfaatinin anlaşılan §823/1 çerçevesinde korunan değerlerdir. Bu konuda bkz. OLZEN, § 241, s. 169, N. 153. (Bütünlük menfaatlerinin içine 241/2 çerçevesinde korunan bütün değerleri dâhil etmiştir) ve § 241, s. 235, N. 415. Burada da reformla birlikte, artık § 823/1 çerçevesinde korunmayan mal varlığının korunduğunu ifade etmiştir. Yine belirtmek gerekir ki, bütünlük menfaati içinde kabul edilmemiş bulunan mal varlığını CANARIS, bu konuyu ele aldığı ilk çalışmadan bu yana hep bütünlük menfaati içinde görmüştür. Bir anlamda reformla birlikte onun görüşleri yasallaşmıştır. Bkz. CANARIS, Claus Wilhelm: "Ansprüche wegen "positives Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen", JZ 1965, s. 477 (CANARIS, JZ 1965); CANARIS, Claus Wilhelm: "Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten" (Schutzpflichten), FS für KARL LARENZ Zum 80. Geburtstag, München, 1983, s. 90. (CANARIS, Schutzpflichten) Karş. GERNHUBER, s. 23.

<sup>114</sup> Hemen belirtelim ki, borçlunun temerrüde düşmesi halinde de, alacaklının sözleşmeden dönüp menfi tazminat talep etme hakkı mevcuttur (TBK m. 125/2). Bir başka deyişle, menfi tazminat sözleşmenin kurulmasından sonra da söz konusu olabilmektedir, ancak bu halde alacaklı sözleşmeden dönmekte, esas itibarıyla ifadan vazgeçmektedir.



koruma alanıyla örtüşmektedir. Türk/ İsviçre hukuku bakımından da, kural olarak aynı durum söz konusudur. Dolayısıyla, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlar, sözleşme öncesi aşamada, haksız fiil veya culpa in contrahendo çerçevesinde, sözleşme kurulduktan sonra ise kural olarak ifa menfaati – sözleşme sorumluluğu çerçevesinde, bir başka deyişle bu hükümler kapsamında tazmin edilecektir.

Bununla birlikte, İsviçre hukukunda SCHWENZER, bütünlük menfaatlerinin hem menfi hem de müspet menfaatler içinde yer alabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, bütünlük menfaatleri ifa aşamasında veya sözleşme görüşmeleri aşamasında zarar görebilir<sup>115</sup>. Gerçekten de, anılan menfaatler her iki aşamada da ihlal edilebilir, ancak ifa aşamasında ifa menfaati – yazara göre müspet menfaat – içinde yer almakla birlikte – ki kendisi de bunu akdin müspet ihlali olarak nitelendirmektedir – görüşme aşamasında menfi menfaat kapsamında yer almaz. Bu halde, haksız fiil veya culpa in contrahendo sorumluluk söz konusu olur. Öte yandan, LÜCHINGER de, bütünlük menfaatinin menfi ve müspet menfaatlerden ayrı ele almakta, bütünlük menfaatinin esas olarak haksız fiil hükümlerinin koruma alanına giren değerleri anlamakta, hatta BGB § 823/1' e yollama yapmaktadır<sup>116</sup>. Bundan başka, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğabilecek zarar kalemlerini de tek tek değerlendirmektedir. Yazara göre, anılan menfaatlerin ihlalinden doğabilecek olan zararlar, kişiye ilişkin zararlar, şeye ilişkin zararlar ve saf mal varlığı zararları<sup>117</sup>dır. Kişiyeye ve şeye ilişkin zararlar, haksız fiil sonucu doğan zarar kalemleriyle örtüşmektedir. Zaten sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası aşamada bütünlük menfaatinin ihlali – sorumluluğun diğer kurucu koşulları da var olmak şartıyla – haksız fiil teşkil eder. Saf mal varlığı

<sup>115</sup> SCHWENZER, s. 91 - 92, N. 14.32.

<sup>116</sup> LÜCHINGER, s. 127, N. 369 ve dipnot 462.

<sup>117</sup> Saf mal varlığı zararı ve bunların tazminine ilişkin olarak geniş bilgi için bkz. KIRCA, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara, 2004, s. 9 vd.; GÜRPINAR, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir, 2006, s. 78 vd. Bu konuda ayrıca bkz. "Salt ekonomik nitelikli kayıplar" terminolojisi ile BÜYÜKSAGIŞ, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007, s. 101, N. 159 vd.; ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, 2016, s. 10 vd.



zararına<sup>118</sup> gelince, sorumluluk menfaati (Haftungsinteresse) olarak da adlandırılan menfi ve/veya müspet zarar kalemini bu çerçevede değerlendirmiştir. Yazar, sözleşmenin geçersiz hale gelmesi veya borçlunun temerrüdü neticesinde alacaklının üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan edimlerini yerine getirememekten dolayı ödemek zorunda kaldığı cezai şartı bütünlük menfaati kapsamında kabul etmektedir. Ona göre, alacaklının cezai şart borcu altına girdiği üçüncü kişi ile arasındaki borç ilişkisinin, mütemerrid borçlu ile olan ilişkisiyle herhangi bir bağlantısı yoktur, alacaklının bu ilişkiden bağımsız olarak mal varlığının pasifi artmaktadır<sup>119</sup>. Ne var ki, bu görüş kabul edilse bile, anılan zarar Türk/İsviçre hukuku bakımından somut duruma göre menfi menfaat veya ifa menfaati çerçevesinde – sözleşme sorumluluğu hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, bütünlük menfaati, özel bağlantı, sözleşme görüşmeleri veya sözleşme ilişkisine girmiş olan kişilerin birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerinin (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer bir hak) ihlal edilmemesine ilişkin menfaatini ifade etmektedir. Somut olaya göre haksız fiil, culpa in contrahendo veya gereği gibi ifa etmeme çerçevesinde ortaya çıkar ve anılan hükümlere göre tazmin edilir. Bu noktada mal varlığı bütünlük menfaati kapsamında korunan bir değer değildir. Bundan başka, ileride yer verileceği üzere, güven sorumluluğunun dar anlamda güven sorumluluğu türüne dâhildir<sup>120</sup>. Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere, koruma yükümünün somut olay çerçevesinde hem ifa hem bütünlük menfaatine hizmet etmesi de söz konusu olabilir.

<sup>118</sup> Saf mal varlığı zararı, kişiye veya şeye verilen zararların dışında kalan ve diğer zararlar olarak da adlandırılan zararı ifade etmektedir. Bkz. KIRCA, s. 9. Esas itibarıyla, haksız fiil bağlamında söz konusu olur ve objektif teori çerçevesinde kural olarak korunmaz. Sözleşme hukukunda saf mal varlığı zararı kavramı gereksizdir/kullanılmaz. Bkz. DELCO, Fabio: Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Zürich, 2000, s. 31. Bununla birlikte, kavramsal olarak değilse de, içerik olarak menfi zararlar örtüşebilir. Zira menfi zararda da, kişiye ve şeye verilen zararların dışında, mal varlığının korunması söz konusudur. Menfi zarar kalemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, s. 287 vd. Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, s.36 vd.

<sup>119</sup> LÜCHINGER, s. 133 – 139, N. 387-404, s. 138, N. 402. Ayrıca bkz. ERGÜNE, s. 34, dipnot 104.

<sup>120</sup> Bkz. KIRCA, s. 136 ve dipnot 713.

#### 4. İfaya yardımcı yan yükümler

İfaya yardımcı yan yükümler, doğrudan doğruya sözleşme gereği ifa edilmesi gereken edimle (örneğin, montajda gösterilmesi gereken özen) ilgilidirler, ama aynı zamanda edimin sağlanmasına/ temin edilmesine ve yerine getirilen edimden gereği gibi faydalanılmasına (örneğin teslim edilen şeyin doğru kullanımı için uyarma), bir başka deyişle sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler<sup>121</sup>. Buna göre, borçlu edim sonucunun gerçekleştirilmesi ve sözleşmenin amacının sağlanmasını tehlikeye sokmamak için gerekli her şeyi yapmak zorundadır<sup>122</sup>. Somut olayda hangi yükümlülüğün söz konusu olacağı, münferit borç ilişkisine göre belirlenir. Uzman bir satıcı, alıcıya satım konusu şeyin doğru kullanımı ve kullanımdan doğabilecek zararları engellemek için gerekli olan bilgileri anlatmakla yükümlüdür<sup>123</sup>.

Edim menfaatlerini koruyan ve temin eden ifaya yardımcı yan yükümler, edim mübadelesi ilişkisinden ayrı olarak, işlemsel temasın ortaya çıkardığı tehlikelere karşı muhatabın bütünlük menfaatlerini korumaya yarayan koruyucu yükümlerden bu yönüyle ayrılırlar<sup>124</sup>. Öte yandan, ifaya yardımcı yan yükümler hukuki temelini sözleşmeyle ortaya çıkan edim borcunda bulurlar<sup>125</sup>. Koruyucu yükümlerin ortaya çıkması ya da varlığı bir sözleşmeyi gerektirmez.

<sup>121</sup> “Leistungsbezogene Nebenpflichten”, KRAMER, § 241, s. 60-61, N. 19; KOLLER, s. 23, N. 82; “Leistungssichernden Nebenpflichten”, ROTH, § 241, s. 72-73, N.67; BACHMANN, § 241, N. 60; “Leistungsbegleitende” ve “Leistungsorientierte Nebenpflichten”, WIEGAND, Bas.Kom., Art. 97, s. 605, N. 33; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/ DRUEY, s. 243, N. 15; BERGER, s. 81, N. 224.

<sup>122</sup> ROTH, § 241, s. 72-73, N. 67; NEUENSCHWANDER, s. 8.

<sup>123</sup> MUSIELAK, s. 253, N. 488. Satım konusu malın kullanıma ilişkin bilgi verme yükümlülüğü hem edimden gereği gibi yararlanılmasına, hem de kullanımın tehlike arz ettiği mallar bakımından alıcının bütünlük menfaatlerinin korunmasına hizmet eder. Bir başka deyişle verilen örnekteki yükümlülük, hem ifaya yardımcı yan yüküm hem de koruyucu yan yüküm olarak nitelendirilebilir. Hatta kanun bilgi verme yükümlülüğünü kullanım kılavuzu verme biçiminde somutlaştırmışsa yan edim yükümü olarak kabul edilir.

<sup>124</sup> Kanaatimizce, bütünlük menfaatini koruyan koruma yükümlerine saf veya dar anlamda koruma yükümleri demek mümkündür. Zira koruma yükümleri, bütünlük menfaatinden başka mal varlığının da korunmasına hizmet ederler.

<sup>125</sup> ROTH, § 241, s. 72-73, N. 67.

İfaya yardımcı yan yükümlerin bir kısmı doğrudan doğruya asli edim yükümüyle ilgilidir. Bunlar ters açıdan bakıldığında asli edim yükümünün sahip olduğu muhtevaya sahiptirler. Bu bağlamda, borçlu, edimin yerine getirilmesini tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmakla, örneğin, satıcı satılan şeyin mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmemek ve/veya bu şeye herhangi bir şekilde zarar vermemekle yükümlüdür<sup>126</sup>. Borçlu, sözleşmenin yapılmasından edimin ifası aşamasına kadar borç konusunu koruma (Obhutspflicht) ve ona özen göstermekle (Fürsorgepflicht) yükümlüdür<sup>127</sup>. Edim sonucunun gerçekleşmesini engelleyecek her şeyden kaçınmak ve bu sonucun yerine getirilebilmesi için gerekli her şeyi de yapmak zorundadır. Bu çerçevede, edim konusuna göre, örneğin, hayvanları yemlemek, veteriner temin etmek, makinelerin bakımını yapmak gibi davranışlarda bulunmak<sup>128</sup>, öte yandan, örneğin satılan şeyi güvenli bir yerde muhafaza etmek, bir zarar tehlikesine karşı gerekli koruma önlemlerini almak, tehlikenin gerçekleşmesi halinde edimin kurtarılmasına ilişkin gerekleri yerine getirmek zorundadır<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> ŞENOCAK, s. 88; NEUENSCHWANDER, s. 7-8. (Yazar, bu tür yan yükümler için “asli edimi tamamlayıcı” yan yükümler ifadesini kullanmaktadır). Borçlu satılanın mülkiyetini alacaklıya değil de bir başkasına devrederse edimini gereği gibi değil fakat hiç yerine getirmemiş, dolayısıyla yan yükümü değil, doğrudan asli edim yükümünü yerine getirmemiş olacaktır. Bu yönde bkz. GERNHUBER, s. 23-24. Bununla birlikte, EMMERICH, bu yöndeki bir davranışı “ileriye etkili sadakat yükümleri”nin (Nachwirkende Treuepflichten) ihlali için örnek olarak göstermiştir. Bkz. EMMERICH, s. 348, N. 46.

<sup>127</sup> Koruma ve özen gösterme (Obhut- und Fürsorgepflichten) yükümlerine ilişkin olarak bkz. ve karşı OLZEN, § 241, s. 259 vd., N. 153 vd.

<sup>128</sup> ROTH, § 241, s. 73, N.68. Borçlu bu yükümleri ihlal ettiği ve bundan bir zarar doğduğu, örneğin hayvanı yemlemeyip hasta olmasına sebep olduğu veya makinenin bakımını yapmayıp verimini düşürdüğü halde, edimini gereği gibi ifa etmemiş olacaktır. Türk/ İsviçre Hukukunda; gereği gibi ifa etmeme – yukarıda da ifade edildiği üzere – kötü ifayı ve yan yükümlerin ihlalini kapsar. Bu bağlamda yan yükümlerin ihlali de hem ifaya yardımcı yan yükümlerin ihlalini hem de koruyucu yan yükümlerin ihlalini içerir. Koruyucu yan yükümün ihlalinde, ihlalin gereği gibi ifa etmemenin ikinci türüne (yan yükümlerin ihlali) girdiğini tespit etmek kolaydır, ancak ifaya yardımcı bir yan yükümün ihlalinin sonuçta kötü ifa mı yoksa yan yükümlerin ihlali mi olduğunu tespit etmek daha zordur. Örneğin satıcının satım konusu hayvana bakmaması sonucu hastalanmasına sebep olması halinde, nihayetinde gereği gibi olmayan bir ifa söz konusudur, ne var ki bunu hem kötü ifa, asli edimin kötü ifası, (hastalıklı bir hayvanın teslim edilmesi) hem de ifaya yardımcı yan yükümün ( satım konusu mali koruma ve özen gösterme – Obhut und Fürsorge für den Schuldgegenstand – ) ihlali olarak kabul edebiliriz. Bu ayrım – Türk Hukuku bakımından – teorik olmakla birlikte, bir başka deyişle ortaya çıkan vaka “edimin gereği gibi ifa edilmemesi” olsa bile, yükümleri sınıflandırmanın zorluğunu ortaya koymaktadır. Gereği gibi ifa etmeme konusunda bkz. EREN, s. 1170 vd. ; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 472 vd. ; TANDOĞAN, s. 427; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 975. Karş. SEROZAN, s. 246 vd. N. 1 vd.; DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara, 2009, s. 150 vd.

<sup>129</sup> ŞENOCAK, s. 88.

Diğer bir kısım ifaya yardımcı yükümler, içerik olarak asli edimden farklı olmakla birlikte, dolaylı olarak onun güvence altına alınmasına yardım ederler<sup>130</sup>. Hazırlama ve sağlama yükümleri bu gruba dâhildir. Bu tür yükümler, alacaklının edimden tam olarak faydalanmasını temin etmek için borçlunun bazı ilave tedbirler almasını gerektirirler<sup>131</sup>. Bunlar, öncelikle temlik sözleşmeleri (temlik amacı güden sözleşmeler) bakımından söz konusu olur. Bu bağlamda müktesibin iktisap ettiği şeyin zilyetliğini ve yararlanmasının tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan belgelerin, ekspertizlerin ve kullanma kılavuzunun verilmesi bu yükümlerdendir<sup>132</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, örneğin iktisap edilen şeyin kullanımına ilişkin bilgi verme yükümü, alıcının ifa menfaatinin gerçekleşmesine hizmet ettiği gibi, yanlış kullanımdan doğabilecek zararların engellenmesine, yani alacaklının bütünlük menfaatinin korunmasına da hizmet edebilir. Önceki bölümde verdiğimiz örnekte olduğu gibi, satın alınan buharlı temizleme makinesinin kullanımına ilişkin gerekli bilgileri vermeyen satıcı, bu davranışıyla hem makinenin verimli çalışmasına engel olup yanlış ya da verimsiz kullanıma hem de bu nedenle kullanıcının veya çocuğunun yaralanmasına (örneğin yanığa) veya kullanıcının evindeki diğer eşyaların zarar görmesine sebep olabilir. Bu noktada alıcının hem ifa menfaatinin hem de bütünlük menfaatinin ihlali söz konusu olur. Dolayısıyla bu yüküm hem ifaya yardımcı bir yan yüküm hem de koruyucu yan yüküm (sözleşmesel koruma yükümü) olabilir, hatta bilgi verme – kullanım kılavuzu verme biçiminde – somutlaşmışsa, yan edim yükümü haline de gelebilir.

<sup>130</sup> ŞENOCAK, s. 89.

<sup>131</sup> ŞENOCAK, s. 89.

<sup>132</sup> MERZ, s. 67-68. MERZ, uluslararası ticareti düzenleyen kuralların kapsamında çeşitli sağlama yükümleri olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, verilen örneklerden, örneğin kullanım kılavuzu verme yan edim yükümü olarak kabul edilebilir. Aynı yönde bkz. NEUENSCHWANDER, s. 8. (NEUENSCHWANDER, bu yükümler için yardımcı yan yükümler/ yardımcı yükümler olarak yan yükümler terminolojisini kullanmaktadır) Öte yandan, EREN, satım sözleşmesinde satılan malın temin edilip hazır bulundurulmasını, hazırlama ve sağlama yükümlerine örnek olarak vermektedir. Ancak bu yüküm yerine getirilmezse zaten asli edim yükümü, gereği gibi değil fakat hiç yerine getirilmemiş olacaktır. Bu yüzden anılan yükümü hazırlama ve sağlama yükümü olarak kabul etmekten çok, doğrudan doğruya asli edime bağlı, asli edimle aynı muhtevaya sahip bir yan yüküm olarak kabul etmek kanaatimizce daha yerindedir. Bkz. EREN, s. 38 - 39; ROTH, § 241, s. 73-74, N. 71; GERNHUBER, s. 23.

## 5. Koruyucu Yan Yükümler

Edim yükümleri ile koruma yükümleri arasındaki temel ayırım ilk kez KRESS tarafından ortaya konulmuştur<sup>133</sup>. STOLL ise, borç ve borç ilişkisi arasındaki ayırımı ortaya koyan, bu bağlamda borç ilişkisinin sadece borçların ifasından ibaret olmadığını, aksine geniş kapsamlı haklar ve yükümler ilişkisi olduğunu belirten SIBER'e dayanarak, edim yükümü – koruma yükümü ayırımını geliştirmiştir<sup>134</sup>.

Koruma yükümleri, esas itibariyle, dürüstlük kuralına dayanan özen gösterme, koruma, açıklama, aydınlatma olarak ortaya çıkan çeşitli yükümlerin *tamamına* verilen addır<sup>135</sup>. Bütünlük menfaatinin korunmasına yönelik olan (*saf*) *koruma yükümleri*, *bu kavrama dâhil olduğu gibi*,

<sup>133</sup> POHLMANN, Andre: Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, Berlin, 2002, s. 22.

<sup>134</sup> BERGER, Bernhard: Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Bern, 2000, s. 20; KRAMER, Ernst A.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241 - §432, München 2007, Einleitung (Einl.), s. 37, N. 80; EREN, s. 39 - 40; KREBS, s. 2-3. Her ne kadar koruma yükümleri ile edim yükümleri arasındaki ayırımı ilk işaret eden yazar KRESS de olsa, koruma yükümleri terminolojisini kullanan yazar STOLL'dur. Bkz. KREBS, s. 3. KRESS, Hugo: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München, 1929, s. 1 vd.; STOLL, Heinrich: Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Tübingen, 1936, s. 26 vd. Bu gelişime ilişkin olarak ayrıca bkz. WIEGAND, Die Verhaltenspflichten, s. 555 vd.; SCHUR, Wolfgang: Leistung und Sorgfalt, Tübingen, 2001, s. 7 vd. Bundan başka, STOLL'un öğretisini hukuk tarihi disiplini içinde inceleyen bir çalışma için bkz. SESSLER, Anke: Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, Berlin, 1994, s. 23 vd.

<sup>135</sup> KIRCA, s. 156; Bu yükümlerin türlerine ilişkin olarak bkz. SIBER, Heinrich: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1914, § 275, s. 190 vd.; CANARIS, JZ 1965, s. 475 vd.; CANARIS, Schutzpflichten, s. 85 vd.; THIELE, Wolfgang: Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, s. 653 ve dipnot 37.; LARENZ, s. 105 vd. Bu noktada belirtmemiz gereken bir husus söz konudur. Koruma yükümlerine ilişkin yapılan açıklamalar – müteakiben atf yapılan eserlerde görüleceği gibi – *koruma yükümü – edim yükümü* ayırımının STOLL'e dayandığı ifade edildikten sonra, genellikle saf koruma yükümlerine ilişkin olmaktadır. Esas itibariyle STOLL'un koruma yükümleriyle ifade ettiği de – en azından yollama yapılan çalışma bazında – budur. Bkz. STOLL, s. 10-11 ve 27-30. Karş. BURGHARDT, Wolfgang G: Aufklaerungspflichten des Bürgschaftsglaeubigers, Frankfurt am Main, 1985, s. 4 ve dipnot 5. Bununla birlikte, diğer eserlerinde koruma yükümü çerçevesinde, anılan yükümlerin doğrudan bütünlük menfaatine hizmet etmeyen yönüne – açıkça mal varlığı ifadesine de yer vererek – de işaret etmektedir. Bkz. STOLL, Heinrich: "Haftung für das Verhalten waehrend der Vertragsverhandlungen", LZ 1923, s. 543-548; STOLL, Heinrich: "Abschied von der Lehre vor der positiven Vertragsverletzung", AcP 1932, 136. Band, s. 263-264, 289, 298-301.

mal varlığının korunmasına hizmet eden görüşülen sözleşmeye ilişkin **açıklama yapma, aydınlatma yükümü de dâhildir**<sup>136 137</sup>.

Edim yükümleri, yan edim yükümleri ve ifaya yardımcı yan yükümler, sözleşmeyle amaçlanan durumu sağlamaya, bir başka deyişle tarafların sözleşmenin yerine getirilmesiyle ulaşmak istedikleri sonuca yani ifa menfaatine yönelik iken, (saf) koruma yükümlülükleri münhasıran bütünlük menfaatlerini korumaya yönelmiştir. Bütünlük menfaatlerinin (Erhaltungsinteresse veya Integritätsinteresse) ihlal edilmesi halinde, edim sonucu değil fakat sadece muhatabın (alacaklının) diğer menfaatlerinin zarar görmesi söz konusu olur<sup>138</sup>. Koruma yükümleri alacaklının sözleşmenin ifasıyla ulaşacağı durumun (status ad quem) değil, hali hazırda var olan durumunun (status quo) korunmasını sağlarlar<sup>139</sup>.

Koruma yükümleri, sadece sözleşme taraflarının veya arttırılmış/yoğun bir sosyal temas ya da özel bağlantı (Sonderverbindung)<sup>140</sup> içi-

<sup>136</sup> LARENZ, – bizim tercih ettiğimiz terminoloji ile koruma yükümlerinin karşılığı olarak – diğer davranış yükümleri (weitere Verhaltenspflichten) terminolojisini kullanmaktadır. Bu çerçevede bütünlük menfaati ihlallerini engellemeye yönelik yükümleri koruma yükümleri (Schutzpflichten), mal varlığı zararlarını engellemeye yönelik yükümleri ise sadakat/doğruluk yükümleri (Loyalitätspflichten) olarak adlandırmaktadır. Sadakat yükümü ihlaline ilişkin verdiği örnek – bir evin satımına ilişkin olarak görüşmelerde bulunulmuş, alıcı kararlaştırılan günde evi görmek için seyahat etmek zorunda kalmış, ancak söz konusu gündün önce evin sahibi evi bir başkasına satmış, böylece alıcının seyahat masraflarını boşa gitmiştir – muhatabın sözleşme görüşmelerine başlamasaydı uğramayacak olduğu zarara ilişkindir. Olayda uğranılan zarar mal varlığına ilişkindir ve kural olarak haksız fiil hükümlerinin koruma alanına dâhil değildir. LARENZ, s. 105 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ve karşı. KREBS, s. 4-6 ve s. 443 vd.

<sup>137</sup> WIEGAND ve WEBER de bu yükümlere karşılık olarak davranış yükümleri (Verhaltenspflichten) terminolojisi kullanmaktadır. Yazarlara göre, anılan yükümler, hem muhatabın menfaatlerini korumayı hem de doğru davranmayı (loyalem Verhalten) gerektirmektedir. Bir başka deyişle, davranış yükümleri muhatabın haklarının ve mal varlığının korunmasına/ bütünlüğüne hizmet etmektedir. Bu çerçevede haksız fiil hükümlerine göre korunmayan mal varlığı – objektif teorinin kabulü neticesinde İsviçre/Türk hukukuna göre de kural olarak korunmamaktadır – , akdin müspet ihlali – sözleşmenin kurulmasından sonra – çerçevesinde korunmaktadır. Özetle, yazarlar da, LARENZ gibi koruma yükümlerini bütünlük menfaatini ve mal varlığını koruyan yükümler olarak iki grupta ele almaktadır. Bkz. WIEGAND, Art. 97, s. 605, N. 34; WEBER, Ber.Kom., Art. 97, s. 70-71, N. 76.

<sup>138</sup> STOLL, s. 27; KRAMER, Einl., s. 37, N. 80.

<sup>139</sup> KRAMER, Einl., s. 37, N. 80; s. 79, N. 90 (Yazar, *bütünlük menfaatleri veya menfi menfaatler* ifadesini kullanmaktadır); GRIGOLEIT, Hans Christopf: "Leistungspflichten und Schutzpflichten", FS für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag, München, 2007, s. 276-278; ŞENOCAK, s. 89. Esas itibarıyla burada söz konusu edilen koruma yükümü sözleşme öncesi koruma yükümüdür.

<sup>140</sup> "Sonderverbindung" (özel bağlantı) kavramıyla eş anlamda olmak üzere "Sonderbeziehung" (özel ilişki) terimi de kullanılmaktadır. Bkz. KREBS, s. 4. Bu kavram, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi başlığı altında değerlendirilecektir.

ne girmiş muhatapların hukuk alanlarını, yani bedensel bütünlüklerini, kişi ve mal varlığı değerlerini tecavüzlerden koruma işlevine sahiptir<sup>141</sup><sup>142</sup>. Bu bağlamda, koruma yükümlerinin bütünlük menfaatini koruyan alanı için söz konusu olan, esas itibarıyla haksız fiil hükümlerinin koruma alanına giren ve ihlali aynı zamanda haksız fiil teşkil eden değerlerin (§823/1), artırılmış sosyal temas veya özel bağlantı veya sözleşme görüşmeleri (veya *sözleşmenin ifası*)<sup>143</sup> sürecinde ihlal edilmesi, haksız fiil hükümlerinin görece zayıflığı sebebiyle, özel bağlantıya dayanarak, haksız fiil hükümlerinin uygulama alanından çıkarılıp sözleşmesel sorumluluğun uygulama alanına dâhil edilmesidir<sup>144</sup>. Ki bu husus, yukarıda bütünlük menfaati incelenirken de açıklanmıştır.

Koruma yükümlerinin, bütünlük menfaati dışındaki koruma alanı, mal varlığının korunmasına yöneliktir. Görüşülen sözleşmeye ilişkin açıklama yapma, bilgi verme, aydınlatma öncelikle ve özellikle mal var-

<sup>141</sup> KRAMER, Einl., s. 37, N. 80. Alman hukukunda, borç ilişkisini düzenleyen § 241. paragrafa “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile eklenen fıkra, koruma yükümlerinin bu işlevini belirgin biçimde ifade etmektedir. Buna göre, “borç ilişkisinin içeriğine göre bir taraf diğer tarafın haklarına, kişi varlığı haklarına ve çıkarlarına özen göstermekle/ haklarını, kişi varlığı haklarını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür”. Bu fıkra münhasıran koruma yükümleri düzenlenmiştir. Hatta – İsviçre/ Türk hukukundan farklı olarak – § 241/2. paragrafta düzenlenen yükümlerden birinin ihlali halinde, § 282. paragrafa; ifaya yardımcı yan yükümlerin ihlali halinde § 281/1. paragrafa başvurulacaktır. Bkz. KRAMER, § 241, s. 60 – 61, N. 18 – 19. Ayrıca bkz. GRIGOLEIT, s. 278 vd.; EMMERICH, s. 337, N. 18; MADDAUS, Stephan: “Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht”, JURA 2004, s. 289-292. (Ancak hemen belirtmek gerekir ki, anılan paragrafa söz konusu fıkra eklenmeden önce de dürüstlük kuralını düzenleyen § 242. Paragrafa dayanarak koruma yükümlerinin varlığı kabul edilmekteydi. Bkz. ROTH, 3. Auflage, s. 106 vd. Buna karşılık bizim hukukumuzda gerek kötü ifa gerekse yan yükümlerin (ifaya yardımcı yan yükümler ve koruma ya da koruyucu yan yükümlerin ihlali) “gereği gibi ifa etmeme” başlığı altında Borçlar Kanununun 112. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmesel sorumlulukta her halde başvurulacak olan kural (münferit sözleşmelere ilişkin özel hükümler saklı kalmak kaydıyla - örneğin satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri gibi -) 112. maddedir.

<sup>142</sup> Bkz. NICKEL, s. 49.

<sup>143</sup> Bu noktada akdin müspet ihlali – yan yükümlerin ihlalden doğan gereği gibi olmayan ifa söz konusudur ve artık sözleşmesel sorumluluk alanına dâhildir.

<sup>144</sup> Bkz. EMMERICH, Volker: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2019, § 311, N. 39 – 40, N. 60. ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de)) (Erişim tarihi: 10.09.2020); EMMERICH, Volker: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2007, § 311, s. 1454-1455, N. 59-60 (EMMERICH, 2007); MEDICUS, AT, s. 47, N. 104; OLZEN, § 241, s. 223 – 225, N. 379 ve burada yollama yapılan yazarlar. Ayrıca bkz. CANARIS, Schuldrechtsreform, s. 653. (§ 241/2’ye ilişkin yasa gerekçesi)



lığının korunmasına hizmet etmektedir<sup>145</sup>. Bu yönüyle de, kural olarak, haksız fiil hükümlerinin koruma alanı dışında kalmaktadır.

Koruma yükümlerinin varlığının kabulü, buradan güven sorumluluğa kadar giden bir süreci de başlatmıştır. Özel bağlantı – koruma yükümü – edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve bu düzlemde gelişmiş olan güven sorumluluğu çerçevesinde, hem haksız fiil hükümlerinin – zarar gören açısından görece elverişsiz hükümlerle – koruduğu bütünlük menfaatleri, hem de kural olarak korumadığı mal varlığı menfaatleri tazmin edilebilmektedir<sup>146</sup>. Hatta Alman hukukunda borçlar kanunu reformundan önce dürüstlük kuralına dayanarak kabul edilen bu kurum, artık yasal düzenlemeye de kavuşmuştur<sup>147</sup>.

Koruma yükümleri ile bütünlük menfaati ve bütünlük menfaati ile BGB § 823/1 arasındaki ilişki, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun Türk/İsviçre hukukunda da objektif teoriye göre belirlenmesi sebebiyle, açıklamayı gerektirmektedir. Şöyle ki; haksız fiil Borçlar Kanunumuzun 49. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”. Kısacası, her kim bir başkasına hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla zarar verirse, o zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Hukuka aykırılık haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından biridir ve haksız fiilin var olup olmadığını tespit etmek için hangi davranışın hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir. Bizim hukukumuzda, Alman Medeni Kanununun aksine, hangi davranış kuralı ihlalinin hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda, anılan hükümdeki hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği

<sup>145</sup> Bu yön, LARENZ, WEBER VE WIEGAND'IN terminolojisi ile sadakat/doğruluk/doğru davranma yükümüne karşılık gelmektedir.

<sup>146</sup> Bkz. KIRCA, s. 135 vd.; GÜRPINAR, s. 218 vd.

<sup>147</sup> Mal varlığının sözleşme görüşmeleri çerçevesinde korunduğu hususu açık olmakla birlikte, güven sorumluluğunun ne kapsamda düzenlemeye kavuşturulduğu tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin olarak bkz. KIRCA, s. 173 -175; GÜRPINAR, s. 210 vd. ; KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 138 vd.; OLZEN, § 241, s. 226 vd., N. 384 vd.



konusunda iki farklı teori geliştirilmiştir. Objektif teori ve Subjektif teori. Objektif teori, Türk ve İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında kesin bir hâkimiyete sahiptir. Bu teori, Alman Medeni Kanununun haksız fiili düzenleyen § 823. Paragrafıyla örtüşmektedir<sup>148</sup>.

§ 823/1'e göre : "Her kim kasden veya ihmalle bir başkasının hayatını, bedenini, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya başka bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal ederse, bundan doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür". Anılan hüküm çerçevesinde korunan hukuki değerler, kişisel ve malvarlıksal değerler olmak üzere iki başlık halinde de incelenmektedir<sup>149</sup>. Ancak mutlak haklar ve diğer haklar/ diğer bir hak şeklinde incelemenin daha anlaşılır olduğu kanaatindeyiz. Bu madde çerçevesinde korunan kişi varlığı değerleri (Rechtsgüter)<sup>150</sup>; *yaşam, vücut bütünlü-*

<sup>148</sup> GÜRPINAR, s. 82 vd.; EREN, s. 658 vd.; MERZ, Hans: Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem (Widerrechtlichkeit), *Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht*, Bern, 1977, (MERZ, *Widerrechtlichkeit*), s. 362 vd.; TANDOĞAN, s. 18; KANETİ, Selim: *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul, 2007, s. 82 vd.; ATAMER, Yeşim M.: *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, İstanbul, 1996, s. 26 vd.; KURTULAN, Gökçe: "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.23, S.1, s. 466 vd.

<sup>149</sup> Bkz. SCHWAP, Dieter / LÖHNIG, Martin: *Einführung in das Zivilrecht*, Heidelberg, 2007, s. 128, N. 276 vd. Buna göre § 823/1 çerçevesinde korunan kişisel değerler; yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük ve diğer bir hak bağlamında kişilik hakkı; malvarlıksal değerler ise mülkiyet, aynı haklar, zilyetlik, yaratıcı eylemlerle ortaya konulan ekonomik değerler üzerindeki haklar; - ki bunlar fikri mülkiyet hakları, faydalı model ve patent üzerindeki hakları ifade eder - , isim üzerindeki haklar (firma) marka ve tartışmalı olmakla birlikte girişimcinin işletmesi üzerindeki hakkıdır.

<sup>150</sup> Rechtsgut (çoğulu Rechtsgüter) kavramı, doğrudan doğruya hakla ilgilidir. Şöyle ki hakkı açıklayan çeşitli teorilerden birisi de Jhering'in ortaya attığı menfaat teorisi. Buna göre hak, hukuk düzeninin koruduğu menfaattir ve bu menfaatin konusu "hukuki varlıklar" "hukuki değerlerdir". Hukuk düzeninin koruduğu bu menfaat veya hukuki varlık, bir şahıs varlığı (kişilik değeri)olabileceği gibi, bir mal varlığı (mameleki değer)da olabilir. Bkz. EREN, s. 47 vd. Rechtsgut (Hukuki değer veya kişi varlığı değeri) ise, hukukça tanınan kişisel çıkarlar veya sahip olduğu özel anlam sebebiyle hukukun korumasına mazhar olmuş genel çıkarlar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. KÖBLER, Gerhard: *Juristisches Wörterbuch*, München, 2003, s. 380. Öte yandan, Rechtsgut kavramına ilişkin olarak; SCHIEMANN, haksız fiil hukuku tarafından korunan ve § 823/1 de sayılan değerlerden biri olan mülkiyetin aksine kişinin insan olması sebebiyle sahip olduğu haklar (yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlük) olduğunu söylemektedir. Bkz. SCHIEMANN, Gottfried: *Deutsches Rechts-Lexikon*, Band 3, 3. Auflage, München 2001, s. 3474. Esas itibariyle, bu ayrım kişilik hakkının § 823/1 çerçevesinde korunan bir değer olarak kabul edilmesinden önceki döneme ilişkindir. Şöyle ki; anılan dönemdeki uygulama, yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlük ile mülkiyet ve diğer bir hak arasında bir ayrım yapmaktaydı. İlk dört değer kendisinin bir hak olmadığı, ancak kişinin söz konusu değerler üzerinde bir hakkı olduğunu kabul etmekteydi. Bkz. BGHZ 8, s. 243, 247. Geniş bilgi için bkz. HAGER, Johannes: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825*, Berlin, 1999, s. 50-51, N. A14. Bu çerçevede, yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğün kişi varlığı

ğü, sağlık ve özgürlüktür. Anılan haklar aynı zamanda mutlak haklardır. Özgürlük, bedensel hareket serbestisini (körperliche Bewegungsfreiheit) ifade etmektedir. Bu bağlamda, resmi makamlar tarafından yanlış bir ihbara dayanarak kişinin belli bir yerde tutulması veya bir kişinin diğer bir kişinin bulunduğu yerden ayrılmasına engel olması özgürlüğün ihlalidir<sup>151</sup>. Bu ifadeyle korunan örneğin düşünce özgürlüğü değildir<sup>152</sup>. Bu maddenin koruma kapsamındaki diğer mutlak hak ise *mülkiyet*tir.

“Diğer bir hak” şeklinde ifade edilen değer yorumlanırken, anılan maddenin açıkça tanıdığı, - yani yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük ve mülkiyet - , değerler yol gösterici olmalıdır. Bu bağlamda, diğer bir hak, maddenin açıkça düzenlediği haklar gibi, herkese karşı geçerli/etkili ve herkes tarafından saygı gösterilmesi gereken, kısacası mutlak haklardan olmalıdır. Bu çerçevede, aynı haklar, muntazar haklar, zilyetlik, işgal ve ihraz hakkı<sup>153</sup>, yaratıcı eylemlerle ortaya konulan ekonomik değerler üzerindeki haklar ; - ki bunlar fikri mülkiyet hakları, faydalı model ve patent üzerindeki hakları ifade eder - , isim üzerindeki haklar (firma)<sup>154</sup>, marka ve tartışmalı olmakla birlikte girişimcinin işletme-

---

değeri olduğu sonucuna varabiliriz. Ancak, söz konusu değerlerin veya mülkiyetin veya diğer bir hakkın ihlali neticesinde ortaya çıkacak olan sonuç – sorumluluğun diğer kurucu unsurları da olmak kaydıyla – haksız fiildir ve nihayetinde bütün bu değerler § 823/1 in koruması içindedir. Öte yandan, İsviçre öğretisinden, ROBERTO, bu kavramın yasaca tanımlanmadığını belirtmekte, ancak Alman Medeni Kanununun § 823/1 'de sayılan ve zamanla öğreti ve uygulamayla tamamlanan (örneğin kişilik hakkı) değerleriyle örtüştürmektedir. Bununla birlikte, yazar, mülkiyeti de anılan kavramın içeriğine dâhil etmiştir. Mülkiyet anılan madde çerçevesinde korunan bir değerdir; ancak önceki uygulama açısından bakılırsa bir haktır. Bkz. ROBERTO, s. 29.

<sup>151</sup> FIKENTSCHE/HEIMANN, s. 762, N. 1563; MUSIELAK, s. 415, N. 762. Karş. WAGNER, Gerhard: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, München 2004, § 823, s. 1555, N. 94. WAGNER, Gerhard: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, 2017, § 823, N. 212 (WAGNER, 2017) ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de)) (Erişim tarihi: 10.05.2020)

<sup>152</sup> SCHWAP/LÖHNIG, s. 128, N. 281. Yazarlar, kişinin iradesine uygun olarak karar verebilmesini (Willensentschliessung) ve fiziksel cebir veya tehdit karşısında hareket etme özgürlüğünde de bu kavramın içinde görmekteyizdir. Tehdit veya cebir karşısında kişinin iradesine uygun olarak hareket edemeyeceği ve karar veremeyeceği açıktır. Bu davranışlarla da özgürlük değerinin ihlal edildiğini kabul etmektedirler. Ancak bu azlık görüşüdür. Diğer görüşteki yazarlar için bkz. HAGER, s. 90 vd., N. B53 vd; WAGNER, s. 1555, N. 92; WAGNER, 2017, § 823, N. 210; SCHIEMANN, Gottfried: Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, 3. Auflage, München 2001, s. 1706-1707.

<sup>153</sup> MUSIELAK, s. 416, N. 764; FIKENTSCHE/HEIMANN, s. 764, N. 1568.

<sup>154</sup> SCHWAP /LÖHNIG, s. 128 vd.

si üzerindeki hakkıdır<sup>155</sup>. Bundan başka genel kişilik hakkı da “diğer bir hak” olarak kabul edilmektedir<sup>156</sup>.

Anılan değerlerin ihlal edilmiş olması halinde, hukuka aykırılığın ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Bu noktada neticenin haksızlığını söz konusu olmaktadır<sup>157</sup>. Mal varlığı ise, § 823/1 gereği götürü olarak korunan değerlerden değildir. Mal varlığının eksilmesinden doğan zarar, mutlak olarak korunan değerlerinin ihlali sonucu ortaya çıkmamışsa, özel bir koruma normunu ihlal edip etmediği araştırılacaktır. Ancak özel bir koruma normunun kapsamına girmesi halinde mal varlığı zararları tazmin edilebilecektir (§ 823/2). BGB 823 bağlamında yapılan açıklamalar, bu çerçevede bir hüküm içermemesine rağmen, bizim hukukumuz açısından da geçerlidir. Zira objektif teori neredeyse ittifakla kabul edilmektedir<sup>158</sup>.

Haksız fiil hükümlerinin koruduğu değerlerin, artırılmış sosyal temas veya özel bağlantı veya sözleşme görüşmeleri veya sözleşmenin ifası sürecinde ve ifa dolayısıyla zarar görmesi halinde, kural olarak kişinin ifa menfaati değil, fakat korunma veya bütünlük menfaatinin ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, korunma veya bütünlük menfaati olarak ifade edilen değerler esas itibarıyla, - en azından başlangıçta - sadece haksız fiil alanına dâhil iken, uzun süreden beri borç doğurucu niteliğe sahip olduğu ( sözleşmesel sorumluluk doğurduğu) kabul edil-

<sup>155</sup> SCHWAP/ LÖHNIG, s. 137 vd. Hemen belirtelim ki, mal varlığı tek başına haksız fiil hükümlerine göre korunmaz. Bkz. SCHWAP/ LÖHNIG, s. 137-138, N. 298-300.

<sup>156</sup> Bkz. MUSIELAK, s. 419, N. 768-769; SCHWAP/LÖHNIG, s. 130, N. 284. Geniş bilgi için bkz. FIKENTSCHER/ HEIMANN, s. 775 vd. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KASTL, Katrin: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Der Prozess seiner Anerkennug als “sonstiges Recht” im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, Ebelsbach, 2004, s. 115 vd.

<sup>157</sup> GÜRPINAR, s. 86-87.

<sup>158</sup> EREN, s. 658; TANDOĞAN, s. 18; KANETİ, s. 82 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476 ; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2017, s. 14 ; MERZ, Widerrechtlichkeit, s. 362 vd. ; BREHM, Roland: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR, Bern, 2006, (BREHM, Ber. Kom.), s. 28 vd., N. 33; SCHNYDER, Anton K./ ZELLWEGER, Corinne: HONSELL, Heinrich/ VOGT, Peter Nedim/ WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2011, Art. 41, s. 349 vd. , N. 30 vd. Karş. GÜRPINAR, s. 103 vd.

## mektedir<sup>159</sup> 160 . Bütünlük menfaati, koruma yükümleri ve/veya kısaca

159 SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 12, N. 28. Alman Medeni Kanununun borç ilişkisinin düzenleyen § 241 paragrafına “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile eklenen ikinci fıkrası, yukarıda da ifade edildiği gibi, “borç ilişkisinin içeriğine göre bir taraf diğer tarafın haklarına (Rechts), kişi varlığı haklarına (Rechtsgüter) ve çıkarlarına (Interesse) özen göstermekle/ haklarını, kişi varlığı haklarını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür” şeklindedir. Haklar ve kişi varlığı hakları (Rechts und Rechtsgüter) ile ifade edilen, § 823 çerçevesinde korunan ve yukarıda kişisel ve malvarlıksal değerler olarak ifade ettiğimiz haklara karşılık gelmektedir. Nitekim SCHMIDT de, SCHWAP/LÖHNİĞ’e atıf yapmıştır. Yazar, anılan maddeye çıkarlar (Interesse) ifadesinin de eklenmesiyle, artık, *kural olarak* haksız fiil hükümlerine göre korunmayan mal varlığının da, en azından, borç ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan, borçluların birbirlerinin haklarına etki etme ve buna bağlı olarak da artan ölçüde zarar verme ihtimallerinin gözetilerek, birbirlerinden bunu (mal varlığının korunmasını) talep edebileceklerinin, dikkate alınması gerektiğini söylemektedir. Bu durum özellikle, taraflardan birinin diğerine mal varlığı ilişkilerini, örneğin işletme sırlarını, açıkladığı veya yapılması planlanan bir tasarrufun öncesinde muhatabının önerisine güvendiği hallerde geçerli olur. Bu ve bununla karşılaştırılabilir durumlarda, *bestandserhaltende Vermögenssorge* (Varolan mal varlığı durumunun/ mal varlığı mevcudiyetinin korunması için özen gösterme) söz konusudur, elbette ki, öncelikle herkes kendi ekonomik çıkarları konusunda söz sahibidir, ancak ayırım gözetmeksizin her muhatabından da bu hususa özen göstermesini bekleyebilir. Bkz. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 12, N. 29. Bundan başka, yasanın gerekçesinde (§ 241/2), “hakların (Rechten) yanında, mutlak biçimde kişi varlığı değerlerinin (Rechtsgüter) de zikredilmesiyle, bu noktada § 823/1’le sınırlı koruma alanı da aşılarak götürü olarak mal varlığının da korunabileceği belirlen hale getirilmiştir.” ifadesi yer almaktadır. Koruma yükümlerinin koruma alanı ile haksız fiil hükümlerinin koruma alanı birbiriyle örtüşmemektedir. Yani, koruma yükümleri haksız fiil hükümlerinden daha fazlasını korumaktadır. Öte yandan gerekçede, sadece Borçlar Kanunu Komisyonu tarafından önerilen haklar ve kişi varlığı değerleri değil, mal varlığı çıkarlarının yanında diğer çıkarlarının da örneğin karar verme özgürlüğünün de korunabileceğini açıkça ifade etmek için “çıklarlar” (Interesse) kavramına da yer verildiği belirtilmiştir. Bkz. CANARIS, Schuldrechtsreform, s. 653-654. Ayrıca bkz. ROTH, § 241, s. 64-65, N. 31 vd.

160 Bu noktada şu bağlantıya da işaret etmek gereklidir. İsviçre - Türk hukukunda, kötü ifa ve yan yükümlerin (ifaya yardımcı yan yükümler ve koruma ya da koruyucu yan yükümlerin ihlali) “gereği gibi ifa etmeme” başlığı altında Borçlar Kanununun 112. (İBK m. 97) maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, Alman hukukunda, “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa”dan önce sözleşmenin ihlali türleri imkânsızlık ve temerrüd şeklinde iki grup halinde düzenlenmişti. Zamanla sözleşmenin ihlali türlerinin bunlardan ibaret olmadığı anlaşılmış ve ilk defa STAUB “sözleşmenin müspet ihlali” “positive Vertragsverletzung” kavramını ortaya atmış, bu kavram öğreti tarafından geliştirilmiştir. Bkz. EREN, s. 1171 vd. Sonuç olarak, bizim hukukumuzdaki “gereği gibi ifa etmeme” kavramı (kötü ifa ve yan yükümlerin ihlali), Alman hukukunda sözleşmenin müspet ihlaline karşılık gelmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada ortaya çıkan yan yüküm ihlalleri – esas itibarıyla haksız fiil nitelikli olan; ancak sözleşmenin ifası sırasında ve ifa dolayısıyla gerçekleştiği için sözleşmesel sorumluluk doğuran haller – dolayısıyla haksız fiil alanından çıkıp sözleşmesel sorumluluk alanına dâhil olmaktadır. Alman hukukunda reformdan önceki durumu ilişkin olarak bkz. LARENZ, s. 366 vd. ; EMMERICH, Volker: Das Recht der Leistungsstörungen, München, 1997, 4. Auflage, s. 222 vd. Son olarak belirtelim ki, bizim hukukumuz bakımından, kanaatimizce “sözleşmenin müspet ihlali” kurumuna gerek yoktur, zira “gereği gibi ifa etmeme” hem kötü ifayı hem de yan yükümlerin ihlalinin ifade edebilecek bir terimdir. Bkz. EREN, s. 1172 dipnot 80’de yollama yapılan yazarlar. Karş. DEMİRCİOĞLU, s. 150 vd. “Sözleşmenin müspet ihlali”, “yan yüküm”, “yan yükümlerin ihlali”, “culpa in contrahendo” kavramları esas itibarıyla aynı kaynaktan (dürüstlük kuralı) doğan ve gelişen kurumlardır. Bu bağlantıya ilişkin olarak ayrıca bkz. CANARIS, JZ 1965, s. 475 vd. ; SEROZAN, Rona: “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, s. 108 vd.

bütünsel kanuni borç ilişkisi – güven ilişkisi kavramı sayesinde, bir yandan sözleşme öncesi aşamada gerçekleşen haksız fiil olguları sözleşmesel sorumluluk alanına aktarılmakta, öte yandan haksız fiil hükümlerinin – kural olarak – korumadığı mal varlığı zararları, haksız fiil hükümlerinin sınırlamalarına tabii olmaksızın karşılanmaktadır<sup>161</sup>.

Koruma yükümleri, özel ilişki sayesinde muhatabın hukuk alanına etki etme olanağının ortaya çıkması ve buna bağlı olarak meydana gelen muhatabın güvenine veya taraflar arasında ortaya çıkan güven ilişkisine dayanır<sup>162</sup>. Koruma yükümlerinin ortaya çıkması bir sözleşmenin kurulmasından bağımsızdır, bir başka deyişle bunların ortaya çıkması bir sözleşmenin kurulmuş olmasını gerektirmez. Buna uygun olarak da koruma yükümleri, doğuş anları bakımından, sözleşme öncesi (vorvertragliche Schutzpflichten), sözleşmesel (vertragliche Schutzpflichten) ve sözleşme sonrası (nachvertragliche Schutzpflichten) koruma yükümleri olmak üzere üçe ayrılır<sup>163</sup>. Bu bağlamda, ifade ettiğimiz üzere sözleşme kurulmamış olması, koruma yükümlerinin ortaya çıkmasına engel olmadığı gibi; tarafların yapmış oldukları sözleşmeden doğan dar an-

<sup>161</sup> Güven sorumluluğunun bütünlük menfaatine dönük yönü, dar anlamda güven sorumluluğuna karşılık gelmektedir. Bu konuda bkz. KIRCA, s. 136 ve dipnot 713.

<sup>162</sup> KRAMER, Einl., s. 37, N. 80.

<sup>163</sup> EREN, s. 42. Koruma yükümlerinin ortaya çıkmasının, edim yükümü içeren borç ilişkisinin doğmasından bağımsız olması ve – Alman hukuku bakımından – § 241/2'nin uygulama alanı bulmasının edim yükümü içeren bir borç ilişkisinin doğmasına bağlı olmaması sebebiyle, SCHMIDT “yan yüküm” terminolojisini kullanmaktan kaçınmak gerektiğini ifade etmektedir. Koruma yükümünün doğması hiçbir surette edim ilişkisini veya edim yükümü içeren bir borç ilişkisinin doğmasını gerektirmemektedir. Zira Alman hukukunda yapılan culpa in contrahendoya dair düzenlemeler (§ 311/2) bu yöndedir. “§ 311: Hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri borç ilişkileri (1) : Yasa başka bir şart öngörmedikçe, hukuki işlem yoluyla bir borç ilişkisinin kurulması, ayrıca bir borç ilişkisinin içeriğinin değiştirilmesi taraflar arasında sözleşme kurulmasını gerektirir. (2) : 241/2'den doğan yükümleri içeren bir borç ilişkisi, 1. Sözleşme görüşmelerinin başlaması/kurulmasıyla, 2. Taraflardan birine muhtemel hukuki işlemsel ilişkiye dayanarak diğer tarafın haklarına, kişi varlığı değerlerine ve çıkarlarına etki etme inkâmı veren veya bunları ona emanet etmesine yol açan bir sözleşme hazırlığının başlamasıyla veya 3. Benzer işlemsel temaslarla da ortaya çıkar.” hükmünün içermektedir. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 19, N. 45. Hatta bu sebeple, SCHMIDT, §242/2'nin uygulanması çerçevesinde alacaklı ve borçlu yerine, “Schutzberechtigten” “Koruma talep eden/ korunma talep etmeye yetkili olan” ve “Schutzpflichtigen” “Koruma yükümlüsü” kavramlarını kullanmayı tercih etmektedir. SCHMIDT, Schuldverhaeltnis, s. 11, N. 26. Öte yandan, anılan fıkraaya ait gerekçede de, alacaklı ve borçlu yerine, “jeder teil” “her bir taraf” ve “der andere teil” “diğer taraf” ifadelerinin kullanılmasına sebep olarak, edim yükümlerinde geçerli olan alacaklı ve borçlu sıfatlarının, koruma yükümleri bakımından söz konusu olmadığı, edim yükümü alacaklısının da pekâlâ bir koruma yükümünün borçlusu olabileceği gösterilmiştir. Bkz. CANARIS, Schuldrechtsreform, s. 654.

lamdaki borçlarının sona ermiş olması da, koruma yükümlerini ortadan kaldırmaz. “Sözleşme sonrası sadakat yükümleri” böyledir<sup>164</sup>. Örneğin; küçük bir yerdeki tek ortopedi uzmanı olan (A)’nın, muayenehanesini (B)’ye devrettikten bir ay sonra aynı yerde yeniden muayenehane açması bu yükümlülüğün ihlalidir. Esas itibariyle (A), asli edim yükümünü ifa etmiş, böylelikle dar anlamda borcu sona ermiştir, buna karşılık (B) için de ifa menfaati gerçekleşmiştir; ancak sonrasında (A)’nın (B) ile rekabete girmesi, kaynağını dürüstlük kuralında bulan, sözleşme sonrası koruma yükümünün ihlalidir. Ayrıca tarafların yaptıkları sözleşmede rekabet yasağını açıkça kararlaştırmış olmalarına da gerek yoktur<sup>165</sup>. Zira ifade edildiği gibi, bu yükümün kökeni dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, taraflara sözleşmenin amacının gerçekleşebilmesi ve sonradan da buna halel gelmemesini sağlayacak biçimde davranmaları ödevini yükler<sup>166</sup>. Muhatabın ifayla ulaşılmış olduğu durumun, bizatihi ifayı gerçekleştirmiş olan tarafından kötüleştirilmesi söz konusudur. Şöyle ki, kural olarak muayenehane açan kişi, (A) değil de, (C) olsa idi, her hangi bir yükümün ihlalinden bahsetmek mümkün değildi, zira dürüstlük kuralı (C)’nin hukuka uygun bir şekilde ekonomik faaliyette bulunmasını engellemektedir, ancak aynı kural (A)’nın rekabet teşkil edecek şekilde ekonomik faaliyette bulunmasına izin vermemekte, bir başka deyişle ona rekabet etmeme – yapmama ödevi yüklemektedir.

Sözleşme kurulmuş olması halinde ise, taraflar arasında bu sözleşme ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkan birbirlerinin hukuk alanlarını etkileme imkânı, sözleşmesel koruma yükümlerinin kaynağını teşkil eder. Kullanımı tehlike yaratabilecek bir makinenin satılması halinde, bu tehlikeye ve bu tehlikeyi bertaraf edecek önlemlere ilişkin bilgi verme/aydınlatma yükümü sözleşmesel bir koruma yükümüdür. Sözleşme görüşmeleri safhasında, aydınlatma yükümü yerine getirildikten ve sözleşme kurulduktan sonra, artık bir hususa dair karar verme/ sözleşme yapma,

<sup>164</sup> EREN, s. 42.

<sup>165</sup> Bu noktada hemen belirtelim ki, dürüstlük kuralının rekabet etmemeyi gerektirdiği haller dışında, “rekabet etmeme” borcunun doğması için tarafların bunu kararlaştırmış olması gereklidir. Bu halde de, söz konusu *yapmama biçimindeki* borcun ihlali, bir yan yüküm ihlali değil fakat doğrudan asli edim yükümünün ihlali anlamına gelir.

<sup>166</sup> MUSIELAK, s. 93, N. 199; EMMERICH, s. 348, N. 45.

kararına ilişkin önemli olan bir vakıya/ sözleşme şartlarına vâkıf olma-  
ma söz konusu değildir.

Sözleşme öncesi, sözleşmesel ve sözleşme sonrası koruma yüküm-  
leri ayrımı, tabiatıyla edim yükümleri bakımından söz konusu olamaya-  
cağı gibi, ifaya yardımcı yan yükümler bakımından da söz konusu olmaz.  
Edim yükümü, yükümü doğuran bir borç ilişkisini, inceleme konumuz  
çerçevesinde bir sözleşmeyi; ifaya yardımcı yan yüküm ise bir edim yü-  
kümünü gerektirir.

### **E. Edim Yükümlülüğü – İfaya Yardımcı Yan Yüküm Ve Kuru- ma Yükümü Ayrımı**

Yan yükümler ve edim yükümleri arasındaki ayırmda temel ölçü-  
tün dava edilebilirlik olduğu yukarıda ifade edilmişti. Gerçekten de yan  
yükümler, kendilerine aykırı hareket edildiği zaman tazminat borcu do-  
ğuran yükümlerdir. Bununla birlikte, yan yükümlerin niteliği elverdiği  
halde, ifasının talep ve dava edilebileceği kabul edilmektedir<sup>167</sup>.

Koruma yükümlerinin, kural olarak, bağımsız ifa davasıyla, ifasının  
talep edilmesinin söz konusu olmayacağı, ancak ihlali halinde ortaya çı-  
kan zararın tazmininin talep edilebileceği kabul edilmektedir<sup>168</sup>. Ancak,  
öğretide bu hususta farklı görüşler de mevcuttur<sup>169</sup>. “Alacaklı zararın  
engellenmesi için borçludan koruma vb. yan yükümlerin ifasını talep  
edebilir mi ve gerektiğinde dava edebilir mi?” sorusunu ilk kez ele alan  
STÜRNER olmuştur. STÜRNER ve daha sonra da KREBS bu konuyu

<sup>167</sup> MEDICUS, AT, s. 157-158, N.424-425. KRAMER de münhasıran koruma menfaatlerine hizmet eden koruma yükümlerinin ifasının talep edilebilmesi sayesinde, ifası talep ve dava edilebilir yan edim yükümleri olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. KRAMER, 3. Auflage, s. 83, N.16 –17.

<sup>168</sup> EREN, s. 41; KRAMER, Einl., s. 37, N. 80.

<sup>169</sup> STÜRNER, Rolf: “Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfalts-pflichten”, JZ 31, 1976, s. 385 vd.; LARENZ, s. 11; MEDICUS, AT, s. 157-158, N. 423-424; MEDICUS, BR (2002), s. 149, N. 208; KREBS, s. 547 vd.; KRAMER, § 241, S. 60, N. 17; NEUMANN, Irmgard: Leistungsbezogene Verhaltenspflichten zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten, Heidelberg, 1989, s. 136, 148; ANDERS, Holm: Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, Berlin, 2000, s. 174-176.



derinlemesine incelemişlerdir<sup>170</sup>. KREBS, koruma yükümlerinin dava edilebilirliği reddetmektedir<sup>171</sup>. STÜRNER ise, koruma yükümleri, yan yükümler ve özen yükümleri (Sorgfaltspflicht) arasında bir ayırım yapmakta, bunlardan ilk ikisinin, yani koruma yükümleri ve yan yükümlerinin, içeriklerinin yeterince somutlaştırılabilmesi şartıyla, dava edilebilir ifayı talep hakkı verebileceğini ifade etmekte; ancak özen yükümlerinde böyle bir talep hakkı tanımayı kabul etmemektedir<sup>172</sup>. Bu konuya ilişkin olarak MEDICUS, şöyle bir örnek vermektedir. Bir alıcı, 10 ay boyunca her defasında 100 şişe olmak üzere 1000 cam şişe satın alır. İlk gönderilen kısım kötü paketlenmiş bir şekilde, ancak şans eseri herhangi bir zarara uğramadan ulaşır. Bunun üzerine alıcı, malların kendisine zamanında gelmesinin gerekli olduğunu; ancak daha iyi paketlenmesi gerektiğine işaret eder, ancak satıcı bu talebi dikkate almaz. MEDICUS, bu noktada alıcının ifa davasıyla malların daha iyi paketlenmesini talep edebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gereğesinde de haksız fiil hukukunda doğması muhtemel zararlar için dava açılabilirdiğini, sözleşme hukukunda ise alacaklının zararın gerçekleşmesini bekleyip daha sonra ikincil borç olan tazminat talebi için dava açtığını, ancak bunun daha kolay bir şekilde gerçekleştirebilmesi gerektiğini söylemektedir<sup>173</sup>. Anılan örnek, koruma yükümlerinin, edimle ilişkili olduğu ölçüde dava edilebilir olduğu, görüşünden sonra, bu görüşü desteklemek için kurgulanmıştır. Kanımızca, bu örnekteki yükümlerin hizmet ettiği çıkar, bütünlük

<sup>170</sup> MEDICUS, AT, s. 157, N. 423.

<sup>171</sup> KREBS, s. 547 vd.

<sup>172</sup> Çünkü yasa borçlunun özen yükümlerini ihlal ederek asıl borcunu tehlikeye düşürmesini sadece ihtiyati tedbir yoluyla güvence altına almak istemiştir. Bkz. STÜRNER, s. 385-391; MEDICUS, AT, s. 157-158, N. 423. Ayrıca bkz. LARENZ, s. 12. LARENZ, sadece koruma yükümlerinin belli bir önlemi gerektirmesi ve yükümlünün bu önlemi almamakta direnmesi halinde, gerçekleşmesi muhtemel zararları engellemek için, istisnai olarak dava yoluyla yerine getirilmesine izin verilmek zorunda olduğunu söylemektedir. Bu noktada da STÜRNER'e atıf yapmakta, STÜRNER'in koruma yükümlerinde dava edilebilir ifayı talep belli sınırlamalarla kabul ettiğini, ancak kural olarak saf koruma yükümlerinde bunu reddettiğini belirtmektedir. LARENZ, s. 11, dipnot 8. Ayrıca bkz. ve karşı. LARENZ, s. 105. NEUMANN ise, STÜRNER'e benzer biçimde, ifaya yardımcı yan yükümlerinin (Leistungsbezogene Verhaltenspflichten) edimle ilgili belirli bir davranış olarak somutlaştırılması halinde, bu davranışa uyulmasına yönelik bir talep hakkının söz konusu olduğunu, bu talebin de eda davasıyla gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. NEUMANN, s. 136, 148. HAVUTÇU ise, bu halde artık yan yükümlerden değil, fakat yan edim yükümlerinden söz edilebileceğini, zira somutlaştırma ile yan yükümlerin yan edim yükümlerine çıkarıldığını ifade etmektedir.

<sup>173</sup> MEDICUS, BR (2002), s. 149, N. 208.



ya da korunma menfaati değil, fakat ifa menfaatidir. Dolayısıyla da, koruyucu değil – bizce de talep ve dava edilebilir – ifaya yardımcı bir yan yüküm; hatta daha doğru bir ifadeyle, somutlaştırmayla yan yükümün, yan edim yükümü haline dönüşmesi/ yan edim yükümü seviyesine çıkarılması söz konusudur<sup>174</sup>.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla koruma yükümünün ifa davasıyla talep edilebilirliği konusunda esas itibarıyla ele alınan ifaya yardımcı yan yükümlerdir. İfaya yardımcı yan yükümler, az önce de ifade edildiği gibi, somutlaştırılabildiği ölçüde yan edim yükümü haline gelir. Öte yandan, kanaatimizce somutlaştırılabildiği takdirde, koruma yükümlerinin de ifası talep ve dava edilebilir. Bu noktada gerek koruma yükümü – edim yükümü, gerekse ifaya yardımcı yan yüküm – koruyucu yan yüküm (koruma yükümü) ayırımında, kriter olarak, yükümün korumayı amaçladığı veya hizmet ettiği menfaate bakmanın daha yerinde olduğu kanısındayız. Ne var ki, bazı yükümlerde bu kriteri uygulamak da doğru bir sonuç vermeyebilir. Şöyle ki; örneğin satın alınan buharlı temizleme makinesinin kullanımına ilişkin gerekli bilgileri vermeyen satıcı, bu davranışıyla hem makinenin verimli çalışmasına engel olup yanlış ya da verimsiz kullanıma hem de bu nedenle kullanıcının veya çocuğunun yaralanmasına (örneğin yanığa) veya kullanıcının evindeki diğer eşyaların zarar görmesine sebep olabilir. Satıcının ihlal ettiği yüküm, sözleşmesel aydınlatma yükümüdür. Örnekten de görülebileceği gibi, hem ifaya yardımcı bir yan yüküm hem de koruyucu bir yan yüküm olarak nitelendirilebilir. Zira hem ifa menfaatine hem de bütünlük/ korunma menfaatine hizmet etmektedir. Aynı örnek üzerinden giderek, bu yükümün alıcıya ifa davasıyla talep edilebilir bir hak tanıyıp tanımadığına da değerlendirebiliriz. Yasal ve/veya sözleşmesel olarak kullanım kılavuzu verme yükümü getirilmiş ve aydınlatma yükümü bizatihi taraflarca ve/veya yasaca somutlaştırılmışsa, yan edim yükümü vardır ve bağımsız olarak ifası talep ve dava edilebilir.

<sup>174</sup> Bkz. HAVUTÇU, s. 19, dipnot 95.

### III. CULPA IN CONTRAHENDO, EDİM YÜKÜMÜNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİSİ, BÜTÜNSEL BORÇ İLİŞKİSİ VE GÜVEN SORUMLULUĞU

#### A. Alman Hukukunda Kavramların Ortaya Çıkması

Koruma yükümleri sadece sözleşme taraflarının veya arttırılmış/yoğun bir sosyal temas ya da özel bağlantı (Sonderverbindung) içine girmiş muhatapların hukuk alanlarını, yani bedensel bütünlüklerini ve maddi değere sahip kişi varlığı haklarını, tecavüzlerden koruma işlevine sahiptir. Esas itibarıyla (genel bir davranış yükümü olarak) herkes başkalarının bedensel bütünlüklerini ve maddi değere sahip kişi varlığı değerlerine saygı göstermek, bir başka deyişle bu değerlerini ihlal etmemekle yükümlüdür<sup>175</sup>. Bu yükümün ihlali halinde, kişiler arasında sözleşme görüşmeleri başlamış veya özel bağlantı/ işlemsel temas gerçekleşmiş olsun veya olmasın haksız fiil söz konusu olur ve fail muhatabının bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin etmekle – haksız fiil hükümlerine göre – yükümlü olur. Bununla birlikte taraflar arasında sözleşme görüşmeleri başlamakla, tarafların birbirlerinin bütünlük menfaati olarak ifade ettiğimiz değerlerini ihlal etme olasılığı artar. İşte öğreti ve uygulama bu süreç içinde mağdur olan kişilerin bütünlük menfaatlerini daha etkin biçimde koruyabilmek için, bu süreci farklı biçimde ele almış ve sözleşme sorumluluğu ilkelerinin sözleşme görüşmelerine başlayan kişiler arasında da uygulanmasını kabul etmiştir. Hemen belirtelim ki, anılan sürecin sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tabi kılınmasının sebebi Alman Medeni Kanununun haksız fiile ilişkin hükümlerinin mağdur bakımından görece elverişsizliğidir<sup>176</sup>. Ancak yer vereceğimiz

<sup>175</sup> "Neminem laedere" kimseye zarar vermeme ilkesi söz konusudur.

<sup>176</sup> Sözleşme görüşmeleri sırasında, muhtemel sözleşme taraflarının/ âkidlerin hakların ve hukuki değerlerin korunmasına yönelik bir davranış yükümünü (die Verletzung von Verkehrspflichten zum Schutz der Rechte und Rechtsgüter) ihlal etmesi, esas itibarıyla haksız fiil olmakla birlikte, Alman hukuku bakımından haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin eksikliği/elverişsizliği bu ihlali culpa in contrahendo alanına yönlendirmeye, dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin uygulanmasından kaçınmaya yönelmekteydi. Nitekim Borçlar Kanununda reform yapılması ile bu görüş (§ 311/2 ve § 241/2) yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Esas itibarıyla sözleşme görüşmeleri aşamasında genel davranış yükümlerinin ihlalden doğan sorumlulukla haksız fiilden doğan sorumluluk arasındaki – sorumluluğun yapısından kaynaklanan - yakın ilişki hiçbir şekilde değişmemiştir; ancak anılan düzenlemelerden sonra sözleşme görüşmeleri sürecinde ortaya çıkan haksız fiilleri de, haksız fiil

üzere, Alman hukuku bakımından artık sözleşme görüşmeleri kavramı da büyük ölçüde aşılmıştır.

Koruma yükümü, güven sorumluluğu, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisi kavramlarının çıkış noktasını Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in 1861 yılında yazdığı "Geçersiz Veya Kurulamamış Sözleşmelerde Sözleşme Görüşmeleri Esnasında Kusur/ Culpa in Contrahendo" makalesinde bulmaktadır. Jhering anılan makalesinde, kendi kusuruyla yanılan tarafın muhatabının – başkasının kusuruyla uğramış olduğu zararlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı – hususunu değerlendirmiş<sup>177</sup>, kusuruyla esaslı hataya düşen tarafın, muhatabın sözleşmenin geçerliliğine inanarak yaptığı masraflardan dolayı sorumlu olmamasının haksızlık teşkil ettiğini belirtmiş ve bu gibi durumlarda zarara uğrayan kişinin korunması için "culpa in contrahendo" diye adlandırdığı bir sorumluluk sebebinin kabul etmek gereğine işaret etmiştir<sup>178</sup>. Jhering teorisini, romu hukuku kaynaklarında ve Tabi hukuk dönemine ilişkin kodifikasyonlarda, özellikle Prusya Ge-

hükümlerinin uygulama alanından çıkarıp sözleşme veya başka bir sorumluluk alanına kaydırmaya gerek kalmamıştır. (olanak da kalmamıştır) Bkz. EMMERICH, 2007, § 311, s. 1454-1455, N. 59 vd.; EMMERICH, § 311, N. 39 – 40.

<sup>177</sup> JHERING, v. Rudolf: Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering, 1861, s. 2. Jhering, yollama yapılan yerde şöyle bir örnek vermektedir. Bir üründen 100 Pf (Pfund : 1/2 kilograma karşılık gelen ağırlık ölçüsü birimi) ısmarlanmış, ancak ısmarlayan Pf (Pfund) sembolü yerine cent sembolünü kullanmış, dolayısıyla üründen 100 Pfund isteyeceği yerde, 100 cente karşılık gelecek kadar istemiş, durum anlaşılınca da ürünü almamıştır. Burada ticarethanenin vekilinin bizatihi kendisinin yanlış yazması (Pfund yerine cent) söz konusudur ve bu yanılmanın önemli olduğunun kanıtlanması kaydıyla, şüphesiz sözleşme geçersizdir. Bununla birlikte boşa giden paketleme ve gönderme masraflarını kim üstlenecektir? Kendi kusuruyla yanılan tarafın muhatabı – kusursuz olduğu halde – bu zararları karşılamak zorunda mı kalacaktır? Sözleşme geçersiz olduğu için sözleşmesel kusura ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olamayacak, bu olay bakımından haksız fiil hükümleri de aynı derecede elverişsiz sonuç verecektir. Böyle bir sonucun haksızlığı, adaletsizliği son derece açıktır. Kusurlu taraf kurtulmakta, kusursuz taraf başkasının kusurunun kurbanı olmaktadır. (Haksız fiile ilişkin hükümlerinin elverişsiz olmasının sebebi, yanılanın muhatabın mutlak bir hakkını ihlal etmediği gibi, yanılıya da kasten sebep olmamasıdır, zira esas itibarıyla geçersiz bir sözleşme yapmak hukuka aykırı değildir. Bkz. BUCHER, s. 278, dipnot 2.)

<sup>178</sup> GÜRPINAR, s. 140 vd.; KIRCA, s. 159 vd. Esas itibarıyla culpa in contrahendo sorununa JHERING'ten önce SAVIGNY, RICHELMANN ve diğer yazarlar da değinmiş, ancak konuyu derinlemesine inceleyen JHERING olmuştur. Bkz. JHERING, s. 2-3. Ayrıca bkz. SUNGURBEY, Ayfer Kutlu: Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul, 1988, s. 99 vd.; NICKEL, s. 52-53.

nel Kanununda var olan çok sayıda örnekle desteklemiştir<sup>179</sup>. Bununla birlikte, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin geniş kapsamlı bir öğreti modern hukukla birlikte ortaya çıkmıştır<sup>180</sup>. Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin genel bir norm getirilmemişse de, Jhering'in düşünceleri Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarının kodifikasyonlarında dikkate alınmış ve bu kapsamda sayılacak bazı vakıalar münferiden hükme bağlanmıştır<sup>181</sup>.

Jhering'ten sonra bu konuyu ele alan hukukçu LEONHARD olmuştur. LEONHARD, sözleşmenin yapılmasında kusurdan doğan sorumluluğu sadece geçerli biçimde kurulmuş sözleşmeler için kabul etmiştir<sup>182</sup>.

Culpa in contrahendo sorumluluğun uygulama bakımından tanınması, Alman İmparatorluk Mahkemesinin kararlarıyla olmuştur. Mahkeme, ilk olarak 22.01.1906 tarihli kararda, sözleşme görüşmelerindeki kusuru culpa in contrahendo olarak tanımlamış, ancak temyiz aşamasında davalının pasif dava ehliyetinin eksikliği sebebiyle davayı reddetmiştir, bu yüzden kararda culpa in contrahendo'nun sonuçlarına ilişkin hiçbir açıklama da yoktur<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> GONZENBACH, s. 5.

<sup>180</sup> GONZENBACH, s. 5.

<sup>181</sup> Bkz. GONZENBACH, s. 5, dipnot 18. Bu noktada hemen belirtelim ki, Türk/İsviçre Medeni Kanun ve Borçlar Kanunlarında culpa in contrahendoya ilişkin genel bir norm yoksa da, Alman Medeni Kanununda "Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa" ile § 311 ve § 241 paragraflarda yapılan eklemeler sonucu culpa in contrahendo'nun genel bir düzenlemeye kavuştuğunu söylemek mümkündür. Bkz. GÜRPINAR, s. 142, dipnot 415. Bununla birlikte, daha sonra değerlendirileceği üzere, yapılan düzenlemenin culpa in contrahendo kavramını büyük ölçüde genişlettiği, hatta bütünüyle anlamını değiştirdiğini söylemek kanımızca mümkündür. Alman Medeni Kanunun kabulüne ilişkin süreçte JHERING'in ve culpa in contrahendo sorumluluğun etkilerine ilişkin geniş bilgi için bkz. NICKEL, s. 54 – 60.

<sup>182</sup> LEONHARD, Franz: Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin, 1910, s. 58. Nitekim "Culpa in Contrahendo" terimi yerine "Verschulden bei Vertragsschluss" "Sözleşmenin kurulmasında kusur" ifadesini de, anılan sorumluluğu sadece geçerli sözleşmeler için kabul ettiğinden, culpa in contrahendonun karşıt kavramı olarak bilinçli bir şekilde kullanmıştır. Bkz. GONZENBACH, s. 6-7 ve dipnot 23; NICKEL, s. 61. LEONHARD'dan sonra bu konuyu ele alan hukukçular OERTMANN ve SIBER'dir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NICKEL, s. 61 vd.; BOHRER, Michael: Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach, 1980, s. 118 vd.

<sup>183</sup> RGZ 62, 315 – 319. Bu karara ilişkin olarak ayrıca bkz. NICKEL, s. 62; BOHRER, s. 104-105.

Mahkeme 1911 yılında verdiği ünlü yer muşambası kararında, sözleşme görüşmeleri sırasında vücut bütünlüğüne verilen zararlardan ötürü, sözleşme sorumluluğunu kabul etmiştir. Mahkeme olayda, taraflar arasında yalnızca hatır için yapılan eylemlerde olduğu gibi fiili bir süreç/ ilişki değil, satımı hazırlayan/ satıma yönelik *sözleşme benzeri nitelik taşıyan* ve bu bakımdan satıcının ve satın alma niyetinde olan kişinin malların gösterilmesinde ve sunulmasında, diğer tarafın sağlığı ve mülkiyet hakları için gerekli özeni gösterme yükümü doğuran bir hukuki ilişki içinde olduklarını kabul etmiştir. Anılan olayda, satıcı ile müstakbel alıcı arasında satım sözleşmesi kurulmamış, ancak sözleşme görüşmeleri başlamıştır. Öte yandan mahkeme, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığı değerlerini gözetme borcunun doğması için, olayda olduğu üzere, sözleşme görüşmelerinin başlamasını gerekli görmemektedir. *Satın alma niyetinde olan veya böyle bir niyeti olmaksızın sırf ziyaret için gelen kişiyle, mağaza sahibi arasında, söz konusu kişinin mağazaya girmesi ile yukarıda ifade edildiği gibi, konusu yoğun koruma yükümleri olan bir hukuki ilişkinin doğduğunu kabul etmektedir*<sup>184</sup>.

Anılan karar gerek Alman öğretisinde, gerekse İsviçre öğretisinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Bu noktada, kusurun sözleşmenin kurulmasıyla ilgili değil, sözleşmenin içeriğiyle de ilgisi olamayan şeylere ilişkin olduğu, zarar görenin sözleşmenin tarafı sıfatıyla zarar görmediği ifade edilmiştir<sup>185</sup>. Ne var ki, İmparatorluk Mahkemesinden sonra Federal Mahkeme de aynı yönde kararlar vermeye devam etmiştir. Federal mahkeme 1961 yılında verdiği kararda muz kabuğuna basıp düşen müşteriye mağaza sahibine karşı culpa in contrahendodan doğan bir talep hakkı tanımıştır. Daha sonra 1966 yılındaki sebze yaprağı (Gemüseblatt) kararında, alışveriş yapan annesinin yanında iken sebze yaprağına basıp düşen kız çocuğu için aynı hakkı tanımıştır. Bir başka deyişle, koruma

<sup>184</sup> RG v. 7.12.1911, RGZ 78, 239 – 240 (Linoleumrollenfall). Bu karar için ayrıca bkz. SUNGURBEY, s. 103-105.

<sup>185</sup> TITZE, Heinrich: Verschulden beim Vertragschluss, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd VI, Berlin/Leipzig, 1929, s. 517. Diğer yazarlar için bkz. SUNGURBEY, s. 105 vd.; GONZENBACH, s. 41 vd.; ACKERMANN, s. 41-42. Esas itibarıyla burada tipik bir haksız fiil söz konusudur.

yükümünü sadece sözleşmenin tarafı olan kişi (anne) lehine değil, ayrıca onun koruma alanındaki kişiler (kızının) lehine de genişletmiştir<sup>186</sup>.

Federal Mahkeme sebze yaprağı kararında LARENZ'in "geschäftlicher Kontakte" "işlemsel temas" görüşüne yollama yapmıştır. LARENZ, 1954 yılında yazdığı makalede, öncelikle Federal Mahkemenin "Sözleşmenin yapılmasında kusurdan doğan sorumluluk, sözleşme görüşmelerinin kabul edilmesinden doğan ve görüşmecinin muhatabına karşı olan davranışlarında mutad özeni göstermekle yükümlü kılan, yazılı hukukun tamamlanmasıyla yaratılan/ ortaya konan yasal borç ilişkisinden doğar"<sup>187</sup> ifadesine yer vermiş<sup>188</sup>, devamında imparatorluk mahkemesi kararlarına da atıfta bulunarak – özellikle yer muşambası kararına – söz konusu olaylarda yoğun/ arttırılmış koruma yükümlerinin, sözleşme görüşmelerinin başlamasından itibaren değil, mekâna girilmek suretiyle işlemsel temasın başlamasıyla birlikte ortaya çıktığını ifade etmiştir. Öte yandan mekâna giren kişinin alışveriş niyeti taşıyıp taşımadığı da önemli değildir, sadece ürünleri incelemek veya fiyatlarını öğrenmek için de girmiş olsa işlemsel temas başlamıştır<sup>189</sup>. Bununla birlikte LARENZ, kişinin örneğin, tanıdığı görmek veya ısınmak ya da yağmurdan korunmak için mekâna girmiş olması halinde haksız fiile dair hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>190</sup>. Nihayetinde

<sup>186</sup> GONZEHBACH, s. 41. BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961. BGHZ 66, 51 (Gemüseblatt) Bu olayda, anne alışverişini bitirmiş, kızıyla birlikte aldıklarını paketlemek üzere vestiyere giderken, kızı sebze yaprağına basıp düşmüş ve sağ dizinde bedensel acıya sebep olan ve daha sonra uzun süreli bir tedavi süreci gerektiren bir eklem kanaması (Gelenkluterguss) söz konusu olmuştur. BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961.

<sup>187</sup> BGHZ 6, 333.

<sup>188</sup> LARENZ, Karl: "Culpa in Contrahendo, Vkehrssicheringspflicht und "Sozialer Kontakt" (Sozialer Kontakt), MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) 9/1954, s. 515-516.

<sup>189</sup> LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 518. LARENZ, anılan makalesinde, söz konusu sorumluluğun başlangıcını, işlemsel temas değil, daha da geniş bir başka kavramla – sosyal temasla – açıklayan ERMAN ve DÖLLE'nin görüşlerini eleştirmiştir. Başkan görüş, LARENZ'in görüşüne katılmış ve sorumluluk için işlemsel temasın varlığı şartını aramıştır. Bkz. KIRCA, s. 171 ve dipnot 929. Bkz. ERMAN, Walter: "Beitrag zur Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen", AcP 139, 1934, s. 273 vd.; DÖLLE, Hans: "Aussergesetzliche Schuldpflichten", ZStW 103, 1943, s. 67 vd. Anılan görüşleri de değerlendiren bir çalışma için bkz. ULUSAN, İhsan: "Culpa in Contrahendo Üstüne", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, I, İstanbul, 1982, s. 275 vd.

<sup>190</sup> Kişinin böyle bir amaçla girdiğini mağaza sahibinin ispatlaması gerekecektir. LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 518. Bununla birlikte, EMMERICH, sonradan, kişinin alışveriş amacıyla mı, yoksa sadece ısınmak için mi mağazaya girdiğini tespit etmenin zorluğuna değinmiş ve anılan hükmün kişinin somut bir

“sözleşme görüşmelerinden veya diğer işlemsel temastan doğan yasal borç ilişkisi”<sup>191</sup> kavramına ulaşmış ve bu kavram/ilişki gerek Federal Mahkemece gerekse öğretilerdeki yazarların büyük çoğunluğu tarafından kabul görmüştür<sup>192</sup>. Anılan ilişki için genelde tercih edilen terminoloji “Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi” terimidir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisiyle sözleşme görüşmelerinden bir adım öteye gidilmiştir, artık sözleşmesel sorumluluğa dair ilkeler, sözleşme görüşmelerinin başlamasından da önce uygulama alanı bulmaktadır<sup>193</sup>.

Culpa in contrahendo çok çeşitli olguyu kapsayan bir kavramdır<sup>194</sup>. Sözleşme görüşmeleri sürecinde görüşenlerin birbirlerinin beden bütünlüklerine ve mülkiyet haklarına zarar vermeme yükümü culpa in contrahendo sorumluluğunun bir yönünü oluşturmaktadır. Anılan yön, *münhasıran* görüşenlerin bütünlük menfaatine hizmet etmektedir<sup>195</sup>. Bundan başka, görüşme sürecinde tarafların müstakbel sözleşme ile ilgili olarak birbirlerine gerekli açıklamaları yapma, aydınlatma yükümleri de vardır, keza bu yükümlerin de kaynağı dürüstlük kuralıdır. Ancak ihlalleri farklı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Şöyle ki, sözleşme görüşmeleri sürecinde beden bütünlüğünün ve mülkiyetin ihlali aynı zamanda haksız fiil teşkil eder, oysaki taraflar birbirlerine yanlış veya eksik bilgi vermişse, aldatma veya yanıltma sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesi söz konusu olabilir veya bu yükümün ihlaline rağmen sözleşme iptal edilmemiş olabilir ya da sözleşme kurulmasa da yanlış veya eksik bilgi muhatabın mal varlığı zararına uğramasına neden olabilir. Bu noktada,

alim niyeti olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Öte yandan, müstakbel müşterilerin beraberlerindeki çocukları da bu korumadan yararlanacaklardır. Sadece suç işlemek için mekâna giren kişiler bu korumadan faydalanamazlar. Bkz. EMMERICH, § 311, N. 60; EMMERICH, 2007, § 311, s. 1458, N. 72. Buna karşılık SCHULZE, kişinin ısınmak veya hırsızlık yapmak için mağazaya girmesi halinde bu hükmün uygulanmayacağı düşüncesindedir. Nitekim kendisi de konunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir. SCHULZE, § 311, N. 16.

<sup>191</sup> LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 518.

<sup>192</sup> BGHZ 66, 51 (Gemüseblatt); KIRCA, s. 171 dipnot 929’da yollama yapılan yazarlar.

<sup>193</sup> Bkz. LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 11. LARENZ, s. 14 ve 104 vd. Bu görüş Alman Medeni Kanununda “Borçlar Kanununun Modernizasyonuna İlişkin Yasa” ile § 311 ve § 241 paragraflarda yapılan eklemeler sonucu artık yasal düzenlemeye de kavuşmuştur.

<sup>194</sup> MEDICUS, AT, s. 46 – 47 N. 103; NICKEL, s. 69.

<sup>195</sup> Bu konuda bkz. NICKEL, s. 69 – 70. Ayrıca bkz. BOHRER, s. 104.



hangi hükümlere başvurulacağı somut vakiya göre belirlenmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, yanılma ve aldatma söz konusu olduğunda kural olarak menfi zarar tazmin edilecektir.

Culpa in contrahendo sorumluluğun ikinci yönü, yani müstakbel sözleşmeye ilişkin tarafların birbirlerine açıklama yapma yükümünü, imparatorluk mahkemesi ilk kez Luisinlichtfall kararında ortaya koymuştur<sup>196</sup>. Bu olayda, davacı, davalıya işletmesini pek çok fabrika malıyla birlikte – bu arada Lusinlicht’le – on yıl için devretmiştir. Bundan başka davalı, satış bürosunun döşenmesini de yükümlenmiştir. Tarafların iradelerine göre, işletmenin asıl ürünü (satacağı madde) Lusinlichttir. Sözleşme yapıldığı sırada davalı, davacı ile anılan maddenin patent sahipleri arasındaki uyuşmazlıktan haberdar değildir. Patent sahipleri (Lusinlicht’in) sözleşmenin yapılmasından önce, davacıyı birçok kez, davalıyı da sözleşmenin yapılmasından çok kısa bir süre önce, Luisinlicht’in satışını bırakmak istedikleri konusunda uyarılmışlardır. Ancak davalı, bu durumu anlamamış, satış bürosu döşedikten – dolayısıyla edimini yerine getirdikten sonra – patent sahipleri bu uyuşmazlığı ileri sürerek, Luisinlicht’in davalı tarafından satışını durdurmuşlardır. Bundan dolayı da davalı zarara uğramıştır<sup>197</sup>. İmparatorluk Mahkemesi, sözleşmenin kurulmasında çekişmeli/ tartışmalı hususlara ilişkin bilgi verme yükümünün, aynı şekilde sözleşmenin kurulmasından sonra da var olduğunu, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması bir bütün teşkil ettiği için, sözleşme görüşmelerindeki yükümlerin, sözleşmesel yüküm olarak kabulünün gerektiğini ifade etmiştir<sup>198</sup>.

Öte yandan, mahkeme, söz konusu olayda, sözleşmenin kurulmasında kusurun söz konusu olmadığını, geçersiz bir sözleşmeye dayanılmadığını, culpa in contrahendodan doğan sorumluluk hallerinin BGB’de düzenlendiğini ve bu hallerde zarar görenin menfi zararının tazmin edildiğini belirtmiştir<sup>199</sup>. Buna karşılık olayda müspet zararın taz-

<sup>196</sup> NICKEL, s. 63; BOHRER, s. 107. RG JW 1912, s. 743.

<sup>197</sup> RG JW 1912, s. 743; NICKEL, s. 63.

<sup>198</sup> RG JW 1912, 743 –744.

<sup>199</sup> RG JW 1912, s. 743.



minine hükmedilmiştir. Mahkemeye göre, bu hususta BGB herhangi bir hüküm içermemektedir, ama bu sorumluluğu red de etmemektedir<sup>200</sup>. Bu noktada, imparatorluk mahkemesi, ilk defa, taraflar arasındaki güven ilişkisini (sözleşmenin kurulmasında kusur – culpa in contrahendoyu değil) sorumluluğun kaynağı olarak kabul etmiştir<sup>201</sup>. Müteakiben İmparatorluk Mahkemesi, bir başka kararında konuyu yeniden değerlendirmiş, bu kez, culpa in contrahendonun karşısında, sözleşme öncesi güven ilişkisinden doğan bağımsız bir sorumluluğun varlığını kabul etmiştir<sup>202</sup>. Takip eden kararlarında da sözleşme öncesi güven ilişkisinden doğan sorumluluğu culpa in contrahendodan bağımsız olarak değerlendirmiştir. Nihayetinde imparatorluk mahkemesi 1936 yılında verdiği bir kararla, sözleşmenin ön etkisi olayları ve sözleşme benzeri hukukî ilişkileri, sözleşme görüşmelerinden doğan bütünsel sözleşme benzeri güven ilişkisine dönüştürmüştür<sup>203</sup>.

Bu aşamaya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, culpa in contrahendo kavramı, ilk çıkış noktasından çoktan uzaklaşmış, hatta kendinden doğan kavramların bir alt türü haline gelmiştir. Alman hukukunda bugün büyük ölçüde kabul gören güven ilişkisi – güven sorumluluğu, culpa in contrahendo kavramından hareketle doğmuş, ancak onu da içine alacak kadar genişlemiştir. Yer muşambası kararında, gerçekten de sözleşme görüşmeleri içinde, ifa yardımcısının müşterinin vücut bütünlüğünü ihlal etmesi söz konusu olmuştur. Ancak İmparatorluk Mahkemesinden sonra, Federal Mahkeme, müteakip kararlarında sözleşme görüşmeleri kavramını geriye çekip veya daha doğru bir ifadeyle ondan vazgeçip bu kez işlemsel temas kavramını kabul etmiş, başlangıçta sözleşme görüşmeleri için kabul edilen sorumluluğu bir ölçüde genelleştirmiştir<sup>204</sup>. Esas itibarıyla, artık burada culpa in contrahendo söz konusu

<sup>200</sup> RG JW 1912, s. 743-744.

<sup>201</sup> BOHRER, s. 107.

<sup>202</sup> BOHRER, s. 107; KIRCA, s. 164. RGZ 88, 103.

<sup>203</sup> RGZ 151, 357. KIRCA, s. 165; BOHRER, s. 118. Ayrıca bu karara kadar gelen süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOHRER, s. 109 – 118.

<sup>204</sup> Hemen belirtelim ki, sözleşme görüşmeleri sürecindeki haksız fiil olguları bakımından – görüşülen sözleşme ile bir ilgisi olmadığı için – JHERING'in ifade ettiği anlamda bir culpa in contrahendo olduğunu düşünmüyoruz. Dolayısıyla “sözleşme görüşmeleri için kabul edilmesi gereken” ifadesi sadece haksız fiil olgularının gerçekleştiği zaman kastedilerek kullanılmıştır.

değildir. Nitekim mahkeme de artık culpa in contrahendoya değil, doğrudan güven ilişkisine dayanmıştır.

## B. Özel Bağlantı ve Bütünsel Yasal Borç İlişkisi

Culpa in contrahendo ve edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramlarıyla aynı düzlemde gelişen, hatta edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin başladığı noktayı ifade eden, yukarıda koruma yükümleri işlenirken yollama yaptığımız, bir başka kavram da “özel ilişki” veya “özel bağlantı”dır. Esas itibarıyla bu kavram otuzlu yıllardan beri Alman hukukunda kullanılmaktadır<sup>205</sup>. Ancak, özel bağlantı kavramını, sadakat yükümlerinden doğan bütün hukuki ilişkileri kapsayacak biçimde kabul eden bu görüş, ilk defa 1953’de LARENZ tarafından kendi ders kitabında etkin/esaslı biçimde savunulmuştur<sup>206</sup>.

Özel bağlantı kavramı, haksız fiil hukukunda zararın doğmasından önce zarar verenle zarar gören arasında herhangi bir ilişkinin olmamasına karşılık, koruma yükümü ihlalinden doğan sorumluluğa dayanılan hallerde zarar görenle zarar verenin birbirleri karşısındaki durumunun, haksız fiilden farklı olduğu, gözlemine dayanmaktadır<sup>207</sup>. Özel bağlantıda, haksız fiildeki taraflar arasında olmayan (veya özel bağlantıda olduğu kadar yoğun olmayan) ilişkiden farklı, daha yoğun bir ilişki söz konusudur. Örneğin tipik bir haksız fiil durumu olan, trafik kazasında zarar görenle zarar veren arasında, zararın doğmasından önce hiçbir ilişki yoktur. Buna karşılık, yer muşambası kararında olduğu gibi, özel bağlantıda, zarar verenle zarar gören arasında, en azından trafik kazasında olduğundan daha yoğun bir ilişki mevcuttur<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> KREBS, s. 4.

<sup>206</sup> LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953, s. 79. LARENZ’e göre, hukuki ilişkilerin ve özellikle de her hukuki özel bağlantının temelini, doğruluğun sağlanması ve güvenin korunması oluşturur. Bu sebeple anılan ilke (dürüstlük kuralı) sadece borç ilişkileri ile sınırlandırılmaz, aksine hukuki bir özel bağlantının olduğu her yerde, örneğin eşya hukukunda, usul hukukunda ve kamu hukukunda bu ilke geçerlidir. KREBS, s. 4.

<sup>207</sup> KREBS, s. 6.

<sup>208</sup> Bu konuda bkz. LARENZ, Sozialer Kontakt, s. 517. Bu anlamda özel bağlantı kavramının eleştirisi için bkz. GONZENBACH, s. 35 vd.

Esasen, sözleşme görüşmelerinin başlaması da, bilgi verme yükümlerinin başlangıç noktası olarak bir özel bağlantı oluşturmaktadır<sup>209</sup>. Ancak yukarıda da yer verildiği üzere, Alman hukuku uygulaması, özel bağlantıyı sözleşme görüşmelerinden daha önceki bir zamana çekmiştir<sup>210</sup>.

Sonuç olarak, muhataplara birbirlerinin hukuk alanlarını etkileme imkânı veren özel bağlantının oluşmasıyla, anılan taraflar arasında, edim yükümleri içermeyen, ancak koruma yükümleri içeren ve dürüstlük kuralından doğan bir hukuki ilişki ortaya çıkar. Edim yükümünden bağımsız olan bu borç ilişkisi, sözleşmeye değil, karşılıklı güvene dayandığı için yasal bir borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir<sup>211</sup>.

İşlemsel temas veya daha genel ifadesiyle özel bağlantının gerçekleşmesiyle başlayan sürecin devamında sözleşme kurulsa, özel bağlantıyla doğan hukuki ilişkinin akıbeti ne olacaktır? Sözleşmenin kurulmasıyla doğan akdi ilişkinin yanında, önceden doğmuş bulunan yasal borç ilişkisinin varlığı devam edecek midir veya ortadan kalkıp akdi ilişkiye mi dâhil olacaktır? Öğretide bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır:

LARENZ, sözleşmenin kurulması halinde, önceki ilişkinin sözleşme ilişkisi içinde devam edeceğini, akdi ilişkiye dâhil olacağını ifade etmektedir<sup>212</sup>. Esas itibarıyla, sözleşmesel borç ilişkisi de koruma yükümlerini içermektedir. Buna karşılık, öğretideki diğer görüş, yasal borç ilişkisinin sözleşme ilişkisinin yanında varlığını devam ettireceği yönündedir. İlk olarak CANARIS tarafından ifade edilen bu görüşe göre, sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte tarafların yükümlerinin kaynağı müstakbel sözleşme değil, ortaya çıkan güven ilişkisidir, onun da hukuki daya-

<sup>209</sup> GONZENBACH, s. 38-39; REY, Heinz: Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, FS für Max KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989, s. 233; KELLER, Max: "Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?", Recht 1987, s. 136-137.

<sup>210</sup> Bu konudaki tipik örnek Federal Mahkemenin mağazanın tekstil bölümünde yere atılmış muz kabuğuna basan müşteriye sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre korumasıdır. BGH, LM, Nr. 13 zu § 276 (Fa) BGB. (Bananenschale) 26.09.1961.

<sup>211</sup> KRAMER, Einl., s. 37-38, N. 81. Ayrıca bkz. KIRCA, s. 158 ve dipnot 858'de yollama yapılan yazarlar.

<sup>212</sup> LARENZ, s. 15 ve 117 vd. Bu görüş "Umschlagstheorie" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. KRAMER, Einl., s. 38-39, N. 83 dipnot 367.

nağı dürüstlük kuralıdır<sup>213</sup>. Söz konusu ilişki tarafların iradelerine bağlı olmadığı için akdi değil, yasal borç ilişkisi söz konusudur, öte yandan koruma yükümlerinin ortaya çıkması edim yükümlerinden bağımsız olduğu gibi, söz konusu yükümler daha sonra sözleşmenin kurulmasından ve geçersiz hale gelmesinden etkilenmez<sup>214</sup>.

CANARIS, geçersiz sözleşmelerde koruma yükümlerini irdeleyen bu makalesinde “bütünsel yasal borç ilişkisi” kavramına ulaşmıştır. Anılan ilişki, işlemsel temasın başlamasıyla doğar, sonraki aşamalarda da – sözleşme görüşmelerinin başlaması, sözleşmenin yapılması ve ifa aşamasına geçilmesiyle – yoğunluğu artarak devam eder<sup>215</sup>. Öte yandan, sözleşmeden doğan edim borçlarının sona ermiş olması da anılan ilişkiyi etkilemez, muhataplar arasındaki son hukuki bağ/ilişki ortadan kalkıncaya dek<sup>216</sup> koruma yükümleri ilişkisi devam eder. CANARIS, gerçi sözleşme sonrası koruma yükümlerini veya ileriye etkili sadakat yükümlerini irdelememiştir, ancak bütünsel borç ilişkisi kavramına iptal edilen – geçersiz sözleşmeleri inceleyerek ulaşmıştır<sup>217</sup>.

Bütünsel borç ilişkisi görüşüne göre, varlığını sözleşmeye, dolayısıyla tarafların iradelerine borçlu olmayan bir ilişki, sözleşmenin kurulmasıyla birdenbire sözleşmesel bir karaktere bürünmez. Koruma yükümleri ilişkisinin sözleşmenin kurulmasıyla sözleşmeye dâhil olduğu kabul edildiği takdirde, iptal edilen hukuki işlemler için şöyle bir sonuç doğacaktır: Hukuki işlemlerin iptalinde “iptal teorisini” kabul ettiğimiz halde<sup>218</sup>, iptal hakkı kullanılmakla, geçerli bir işlemin daha sonra, başlangıçtan/ yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmesi söz konusu olur.

<sup>213</sup> CANARIS, JZ 1965, s. 476. Bu görüşe katılan yazarlar için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 144, dipnot 362’de yollama yapılan yazarlar.

<sup>214</sup> CANARIS, JZ 1965, s. 476.

<sup>215</sup> CANARIS, JZ 1965, s. 479. Esas itibarıyla koruma yükümleri, bir sözleşmenin kurulmuş olması halinde, sözleşmeden doğan edim borçları sona erdikten sonra da devam eder.

<sup>216</sup> FROST, Marina: Vorvertragliche und Vertragliche Schutzpflichten, Berlin, 1981, s. 221.

<sup>217</sup> Hemen belirtelim ki, CANARIS de anılan yükümlerin varlığını kabul etmektedir. Bkz. CANARIS, JZ 1965, s. 478, IV. 1.

<sup>218</sup> Baskın görüş iptal teorisini kabul etmektedir. Bkz. EREN, s. 460 ve dipnot 124’de yollama yapılan yazarlar.

Bu noktada, sözleşmenin kurulmasıyla sözleşmesel niteliğe bürünen koruma yükümleri ilişkisinin iptalle birlikte ortadan kalktığını veya akdi ilişki ortadan kalkmakla birlikte, koruma yükümlerinin yeniden doğduğu sonucuna varmak gerekecektir. Öte yandan, koruma yükümlerinin sözleşmeden doğan edim borçları sona erdikten sonra da devam ettiği kabul edilmektedir. Şayet koruma yükümleri akdi ilişki içine dâhil olursa, sözleşmeden doğan edim yükümleri sona erdikten sonra, benzer şekilde, anılan yükümlerinin yeniden canlanması veya doğması gibi bir sonuca varmak gerekecektir<sup>219</sup>.

Esas itibariyle, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin işlevi, haksız fiil vakıalarını sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tahvil etmenin dışında, sözleşme öncesi aşamayı dürüstlük kuralına dayanarak düzenlemektir. Dürüstlük kuralı, kişilerin bütün hukuki ilişkilerini, hukuki sonuç doğurmaya elverişli davranışlarını, tabi bu bağlamda sözleşme görüşmelerini de, doğruluk ve güven kurallarına göre şekillendirmelerini emreder. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ifadesi kullanılmıyorsa veya öğretici böyle bir kavrama ulaşmasaydı ya da bu şekilde adlandırmasaydı bile, sözleşme öncesi aşama ve bu süreçte dürüstlük kuralının amir olması söz konusu olurdu. Nitekim aldatmaya ve ayıbın ve zapt tehlikesinin aldatmayla gizlenmesine müeyyide getiren hükümler de, kanaatimizce, yasa koyucunun bu süreci dürüstlük kuralından vareste tutmadığının bir delilidir. Buna karşılık, yasa koyucu sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı, sözleşme öncesi aşamanın aksine, ayrıntılı olarak düzenlemiş, hatta belli sözleşme tiplerine münhasır hükümler de sevk etmiştir. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, sadece sözleşme öncesi aşamayı tanımlamak ve somutlaştırmakla zaten deyim yerindeyse görevini ifa etmektedir. Müteakip aşama, zaten yasa koyucunun düzenlendiği bir aşamadır, bu aşama için dürüstlük kuralına dayanarak ayrıca bir ilişki tanımlamaya gerek yoktur. Şüphesiz, taraflar edim borçlarını da dürüstlük kuralına göre yerine getirmek, bu süreçte muhataplarının edim/ifa menfaati dışındaki menfaatlerini de gözetmekle yükümlüdürler. Yani koruma yükümleri bu süreçte de mevcuttur. Ancak zaten bütün bu hususlar yasal düzenlemenin kapsamındadır.

<sup>219</sup> Bkz. KIRCA, s. 101. Bkz. GONZENBACH, s. 50 vd.

Bütünsel borç ilişkisi, yukarıda da belirtildiği gibi, ilk bakışta, teorik olarak tutarlı görünmektedir. Bununla birlikte, sözleşme iptal sebebiyle geçersiz hale gelse bile, kurulmasından iptale kadar geçen süre içinde – esasen sözleşmenin geçerli sanıldığı süre – taraflar koruma yükümlerinden kurtulmuş değildir. Örneğin kiracı, sözleşme geçersiz de olsa, kendisine teslim edilen kiralananı özenle kullanmakla yükümlüdür. Kira konusunun zarar görmesinden sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre sorumludur<sup>220</sup>. Bütünsel borç ilişkisinin kabulü, yasa koyucunun, adıyla ve içeriğiyle doğrudan düzenlediği bir alana, öğretinin dürüstlük kuralına dayanarak bir boşluğu doldurmak için ulaştığı bir ilişkiyi ithal etme sonucu doğurmaktadır. Bunun neticesi de, sözleşme sonrası aşamada, sözleşmesel borç ilişkisinin (tek ve bütün bir borç ilişkisinin) farklı esaslara dayanan iki farklı ilişkiye bölünmesidir<sup>221 222</sup>. Dürüstlük kuralı her zaman geçerlidir, kurulan sözleşmenin sonradan iptal edilmesi veya geçersiz olması, dürüstlük kuralının, sözleşmenin kurulmasından geçersizliğe kadar geçen sürede, cari olmadığı anlamına gelmez. Dürüstlük kuralından doğan bir ilişki geçersiz hale de gelmez. Sadece uygulanacak olan hükümler değişir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte bunlar sözleşmesel sorumluluk hükümleridir. Sözleşme akamete uğrarsa, irade sakatlığı veya başkaca bir sebeple geçersiz hale gelirse, buna ilişkin özel düzenlemeler söz konusu olacağı gibi, yasal düzenlemeye kavuşmamış haller için de culpa in contrahendo sorumluluk zaten ittifakla kabul edilmektedir. Ancak, kanaatimizce culpa in solvendo varsa, culpa in contrahendo uygulanmaz<sup>223</sup>.

### C. Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumluluğu

Güven sorumluluğu, culpa in contrahendo öğretisiyle başlayan sürecin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Esas itibarıyla, culpa in contrahendo, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, keza bütünsel

<sup>220</sup> LARENZ, s. 119.

<sup>221</sup> LARENZ, s. 120.

<sup>222</sup> Bu bağlamda, CANARIS'in, yanlış anlaşıldığı, aslında iki ayrı borç ilişkisini kabul etmediği görüşüne ilişkin olarak bkz. ARAL, s. 117-118; FROST, s. 218-219.

<sup>223</sup> SUNGURBEY, s. 112 vd.

borç ilişkisi birbirlerine paralel gelişmiş kavramlardır. Bugün için culpa in contrahendo sorumluluğun güven sorumluluğunun bir türü olduğunu söylemek mümkündür<sup>224</sup>. Güven sorumluluğu, bütünsel kanuni borç ilişkisine dayandığı için, sadece sözleşme öncesini değil, koruma yükümlerinin var olduğu her safhayı kapsamaktadır. Culpa in contrahendo ise, sadece sözleşme öncesi aşamada söz konudur.

Culpa in contrahendo kavramının ortaya çıkışını değerlendirmiştik. Bu aşamada, öncelikle, culpa in contrahendonun hukuki niteliğine ilişkin görüşleri değerlendireceğiz.

Culpa in contrahendo ve güven sorumluluğunun başlangıç noktası özel bağlantıdır, dolayısıyla da sözleşme öncesi aşamada gerçekleşmektedir. Yukarıdaki değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, özel bağlantı, sözleşme görüşmelerinden de önce gerçekleşebilmektedir. Bununla birlikte, sözleşme görüşmeleri tipik bir özel bağlantı olarak görülmektedir<sup>225</sup>.

Culpa in contrahendo, güven sorumluluğuna ulaşan yolun başlangıç noktasıdır. Esasen sözleşme görüşmeleri sürecinde yapılan kusurlu davranış ifade etmektedir. Bununla birlikte, bu kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun adı da culpa in contrahendodur. Bu sorumluluk da esas itibarıyla bir tazminat sorumluluğudur. Ancak görüşme sürecindeki kusurlu davranışın yegâne sonucu tazminat borcu değildir. Kusurlu davranışın muhatabının sözleşmeyi iptal etmesi de esasen culpa in contrahendonun sonucudur. Bundan başka, culpa in contrahendo sorumluluğun doğması sözleşmenin kurulup kurulmamasından ve/veya iptal edilip edilmemesinden bağımsızdır. Bir başka deyişle, bu sorumluluğun söz konusu olması için sözleşmenin geçerli biçimde yapılmasına gerek olmadığı gibi, illa ki akamete uğraması da gerekmez.

<sup>224</sup> KIRCA, s. 137; GÜRPINAR, s. 211; FEHLMANN, Regula: Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, St. Gallen, 2002, s. 122; WALTER, Hans Peter: "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", ZSR 2001, s. 80; DEMİRCİOĞLU, s. 163.

<sup>225</sup> KIRCA, s. 119 ve dipnot 631.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere culpa in contrahendonun iki yönü mevcuttur. Birinci yönü, esas itibariyle JHERING'in ortaya koyduğu, muhatapların menfi menfaatlerini korumaya dönük kısmıdır. Görüşülen sözleşmeye ilişkin bilgi verme, aydınlatma bu alana dâhildir. İkinci yönü ise, kanaatimizce JHERING'in *incelediği anlamda culpa in contrahendo olmayan* bütünlük menfaati ihlalleridir<sup>226</sup>. Culpa in contrahendonun değerlendirilmesi noktasında bu ayrımı yapan ve sözleşme görüşmeleri sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini ayrı tutup bunları haksız fiil olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur<sup>227</sup>.

Hemen belirtelim ki, biz sözleşme görüşmeleri sürecinde gerçekleşen bütünlük menfaati ihlallerinin culpa in contrahendo olmadığını, söz konusu haksız fiil olgularına da, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Haksız fiil hükümlerinin yetersiz kaldığı noktalar varsa, kanun değişikliği yoluna gidilebilir. Kanaatimizce, bu kavramları iç içe geçirmekten, aralarındaki ayırt edici özellikleri ortadan kaldırmaktan daha yerindedir<sup>228</sup>. Bu nedenle culpa in contrahendo'dan anladığımız sözleşme görüşmeleri sürecinde muhatapların birbirlerinin kural olarak<sup>229</sup> malvarlığı menfaatlerini korumaya dönük yönüdür<sup>230</sup>.

Sorumluluk hukukunda temelde ikili bir ayrım söz konusudur. Bunlar sözleşme ve haksız fiildir. Culpa in contrahendo, genel bir so-

<sup>226</sup> Bu konuda bkz. ACKERMANN, s. 41.

<sup>227</sup> GONZENBACH, s. 38; KRAMER, Ber.Kom., s. 77, N. 149; SCHWENZER, s. 342, N. 47.10; KOLLER, s. 438, N. 42 vd.; HONSELL, Heinrich/ ISENRING, Bernhard/ KESSLER, Martin A: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2013, s. 62-63, N. 22. ([www.swislex.ch](http://www.swislex.ch)) (Erişim tarihi: 08.09.2020)

<sup>228</sup> Nitekim PICKER, haksız fiil teşkil eden vakıaların, haksız fiil alanından çıkarıp culpa in contrahendo kabul edilmesi sebebiyle, culpa in contrahendonun etiket dolandırıcılığıyla suçlandığını belirtmektedir. Bkz. PICKER, Eduard: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zum Problematik der Haftungen zwischen “Vertrag und Delikt”, AcP, 1983, s. 376. HONSELL/ ISENRING/ KESSLER de, kabaca ifade edersek, götürü olarak sosyal temasa sorumluluk kurucu özellik tanyanın, pandoranın kutusunu açtığını – sayısız sorumluluk doğuran olayla birlikte – ifade etmektedir. Bkz. HONSELL/ ISENRING/ KESSLER, s. 62 – 63, N. 22. GONZENBACH, culpa in contrahendonun “Maedchen für alles” *elinden her iş gelen kız* olarak kötüye kullanıldığı düşüncesindedir. GONZENBACH, s. 33. Ayrıca s. 84 vd.

<sup>229</sup> Kural olarak dememizin sebebi, önceden belirtildiği gibi, görüşme sürecindeki yükümlerin, bazı hallerde, hem mal varlığının hem bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet etmesidir.

<sup>230</sup> Bu görüşte bkz. KOLLER, s. 428, N. 4 ve s. 438, N. 42 vd.



rumluluk normu olarak düzenlenmediğinden, esas itibarıyla, bu iki sorumluluk türünden birine dâhil edilmek istenmiştir<sup>231</sup>. Zamanla, culpa in contrahendoyu, sözleşme ve haksız fiilin dışında, çeşitli kavramlara göre nitelendiren görüşler ortaya çıkmıştır<sup>232</sup>. Bu görüşlere yer vermeden önce, bizim de katıldığımız, görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini culpa in contrahendo saymayan görüşü açıklamak isteriz. Bu görüşü savunan yazarlar, culpa in contrahendonun niteliğini değerlendirmeden önce görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini, culpa in contrahendonun dışında tutmaktadırlar. Esasen, culpa in contrahendonun çıkış noktası yani JHERING'in incelediği culpa in contrahendo bütünlük menfaatiyle değil menfi menfaatle ilgili olmakla birlikte, uygulamanın culpa in contrahendoyu ilk olarak tanıdığı kararlar bütünlük menfaati ihlalleri bağlamında gerçekleşmiştir<sup>233</sup>.

Görüşme süreci içinde tarafların birbirlerinin bütünlük menfaatlerini ve mal varlığı menfaatlerini ihlal etmesi söz konusu olabilir. Ancak, bütünlük menfaati ihlalinden doğan zararların görüşülen sözleşme ile fonksiyonel bağlantısı eksiktir<sup>234</sup>. Esasen, Alman hukukunda da ifade edildiği gibi, amaç elverişsiz haksız fiil hükümlerinden kaçmaktır<sup>235</sup>. Görüşme sürecinde, hatta görüşmeler de başlamadan önce, ortaya çıkan haksız fiiller, başka bir adla tanımlanıp o alandan çıkarıldığında, yani artık haksız fiil olarak görülmediğinde, deyim yerindeyse ortaya çıkan boşluktan istifade edip bunun sözleşme sorumluluğu hükümleri ile doldurulması söz konusu olmaktadır. İşte İsviçre hukukunda, KOLLER'in ifadesiyle bu Alman anlayışının reddedilmesi gerektiğini düşünen yazar-

<sup>231</sup> GÜRPINAR, s. 145.

<sup>232</sup> Bu kuramlar hakkında geniş bilgi için DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd., s. 111 vd; GEZDER, Ümit: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu (Culpa in Contrahendo), İstanbul, 2009, s. 61 vd.

<sup>233</sup> Esasen, bu kararlar Alman hukukunda da eleştirilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. III, A.

<sup>234</sup> GONZENBACH, s. 85.

<sup>235</sup> Bu konuda bkz. LARENZ, Karl: "Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo", FS für Kurt BALLERSTEDT zum 70. Geburtstag, Berlin, 1975, s. 401 vd.; PICKER, s. 376; MEDICUS, Dieter: Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981, s. 479 vd.

lar vardır<sup>236</sup>. Biz de, görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerinde, görüşme sürecinde bir kusurlu davranış olmakla birlikte, bunun görüşülen sözleşme ile ilgisi olmadığını düşünüyoruz. Kanaatimizce, culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğun sebebi, görüşme sürecindeki kişilerin kural olarak ve/veya öncelikle mal varlığı menfaatlerini veya bütünlük menfaati dışında kalan diğer menfaatleri korumaya dönük yükümlerinin ihlalidir.

Culpa in contrahendonun hukuki niteliği hususunda ifade edilen görüşler, temelde haksız fiil, sözleşme veya sui generis sorumluluk olduğu yönündedir. Öte yandan, sorumluluğun niteliği ile bu sorumluluğa uygulanacak olan/ uygulanması gereken hükümler veya modaliteler farklı hususlardır. Bir başka deyişle, sorumluluğun niteliğinin haksız fiil olduğunun kabul edilmesiyle, örneğin yardımcı şahsın sorumluluğuna TBK m. 116 hükmünün uygulanmasının benimsenmesi birbirinden farklı konuları ifade etmektedir. İlki sorumluluğun nitelendirilmesi, ikinci ise şartları gerçekleşmiş sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanacağıdır.

Haksız fiil teorisine göre, görüşme sürecindeki özen ve aydınlatma yükümlerinin ihlali TBK m. 49 anlamında bir haksız fiil teşkil eder. Bu görüşü kabul edenlerin en önemli tutamak noktası, görüşme aşamasında henüz bir sözleşmenin kurulmamış olmasıdır<sup>237</sup>. Keza sözleşmenin yapılmasından önce tarafların henüz bir sözleşmeyle bağlanma isteği de söz konusu değildir<sup>238</sup>. Öte yandan, culpa in contrahendo çerçevesinde ortaya çıkan zarar genellikle saf malvarlığı zararı olmaktadır. Haksız fiil hukukunda geçerli olan objektif hukuka aykırılık teorisi, kural olarak bunların tazminine imkân vermemektedir. Bununla birlikte, esasen, bunun nedeni Borçlar Kanununun düzenlemesi değil, yorumudur<sup>239</sup>. Esa-

<sup>236</sup> KOLLER, s. 438-439, N. 44; BÜHLER-REIMANN, Theodor: "Zum Problem der "culpa in contrahendo", SJZ 1979, s. 360; FRICK, s. 63 – 64; GONZENBACH, s. 38; KRAMER, Ber.Kom., s. 77, N. 149; SCHWENZER, s. 342, N. 47.10; HONSELL/ ISENRING/ KESSLER, s. 62 - 63, N. 22.

<sup>237</sup> GÜRPINAR, s. 147.

<sup>238</sup> GONZENBACH, s. 70.

<sup>239</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. GÜRPINAR, s. 85 vd., s. 147.

sen haksız fiil görüşü, özellikle objektif teorinin kabulü karşısında, culpa in contrahendo vakıaları için uygun değildir. Özellikle de haksız fiilin modaliteleri, bunların içinde de yardımcı şahsın sorumluluğuna ilişkin düzenleme, culpa in contrahendo vakıaları için adaletsiz sonuçlar doğurur<sup>240</sup>. Nitekim haksız fiil görüşünü savunanlar<sup>241</sup> bile, yardımcı şahsın sorumluluğunda TBK m. 116/ İBK m. 101 hükmünün uygulanmasını kabul etmektedirler<sup>242</sup>.

Sözleşme teorisi ise, görüşme sürecindeki yükümlülüklerin, genel davranış yükümlerinden ayrıldığını, zira bunların belli bir sözleşme ilişkisine girmeyi amaçlayan kişiler arasında söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Culpa in contrahendo, culpa in solvendo gibi, genel değil, özel nitelikli bir koruma sağlama amacına hizmet etmektedir. Yani, amaç, bir kişinin özensiz davranışının sonuçlarından herkesi değil, sadece o kişinin muhatabı görüşmeciyi korumaktır<sup>243</sup>. Sözleşme görüşü, esas itibarıyla tek bir teoriden ibaret değildir. Sözleşme görüşü bağlamında, amaç sözleşme, bağımsız sözleşme gibi teoriler ortaya çıkmıştır. Sözleşme görüşünün kabulü, zarar görenin korunması için elverişlidir belki ama sonuçta görüşme sürecinde bir sözleşme ve bundan mütevellit borçlar olmadığı, sadece yükümler olduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>244</sup>.

Karma görüşe gelince, bu çerçevede temelde iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerin özelliği esas itibarıyla, culpa in contrahendonun hukuki

<sup>240</sup> GONZENBACH'ın ifadesiyle "haksız fiil teorisinde her şey basittir" demek de cüretli bir yaklaşımdır. Bkz. GONZENBACH, s. 20. Bu konuda geniş bilgi için bkz. GEZER, Culpa in Contrahendo, s. 74 vd.; DEMİRCİOĞLU, s. 98 vd.

<sup>241</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 43; MERZ, Hans: Vertrag und Vertragsschluss (Vertrag), Freiburg, 1992 (MERZ, Vertrag), s. 86, N. 149; DELCO, s. 200; OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Das Obligationenrecht, Erster Halbband:1-183, Zürich, 1929, Art. 26, s. 185, N. 11, s. 186, N. 15.

<sup>242</sup> KELLER/SCHÖBI, s. 44.

<sup>243</sup> GÜRPINAR, s. 148; WIEGAND, Bas.Kom., Einl. zu 97-109, s. 593 - 594, N. 10. Sözleşme görüşünü savunan diğer yazarlar için bkz. EREN, s. 1268, dipnot 451'de yollama yapılan yazarlar ve GEZDER, s. 64, dipnot 41'de yollama yapılan yazarlar.

<sup>244</sup> Sözleşme kuramlarına ilişkin geniş bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 77 vd.; GEZDER, s. 64 vd.; YALMAN, Süleyman: Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s. 73 vd.

niteliğinin ne olduğuyula çok fazla ilgilenmemeleridir<sup>245</sup>. JAEGGI'nin savunduğu görüşe göre, hukuki nitelikten ziyade, mevcut sorumluluğun hangi esaslara bağlanacağı, yani modaliteleri önemlidir<sup>246</sup>. Daha sonra BÜHLER-REIMANN, esasen onun görüşlerinden yola çıkmış olmakla birlikte, somut olayda gerçekleşen vakıya göre, buna uygun olan sorumluluğun kabul edilmesini gerektiğini savunmaktadır. Yani olaya göre, sözleşme veya haksız fiil olarak kabul edilebilir<sup>247</sup>.

Son olarak kendine özgü sorumluluk görüşü, culpa in contrahendo, ne haksız fiil ne de sözleşme sorumluluğuna dâhil etmektedir, bu görüşe göre culpa in contrahendo kendine özgü bir sorumluluk kategorisidir<sup>248</sup>. Haksız fiil hükümleri de, sözleşme sorumluluğu hükümleri de esas itibarıyla bu sürece tam anlamıyla uygun düşmemektedir. Culpa in contrahendo – bugün artık güven sorumluluğuna evrilmiş ve bu sorumluluğun çıkış noktası iken bir alt türü haline gelmiştir – üçüncü bir sorumluluk kategorisidir. Yasa koyucu, sözleşme öncesi aşamayı gereği gibi düzenlememiştir. Gerçi bu, bu aşamada gerçekleşebilecek yükümlülük ihlallerine hiç vakıf olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira kendi kusuruyla yanılanın muhatabın iptalden mütevellit zararlarını tazmin yükümlülüğünü getirmiş olması, bu süreçte kusurlu davranışlarla muhatapların mal varlığı zararına uğrayabileceğini öngördüğünü de gösterir. Ancak bu, bütün culpa in contrahendo hallerine de vakıf olduğu anlamına gelmez, kaldı ki culpa in contrahendo üçüncü bir sorumluluk sebebi olsa da, yani kanun bu sorumluluğu tanımış olsa da, bu sorumluluğun modaliteleri düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla bir boşluk söz konusudur<sup>249</sup>.

<sup>245</sup> Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 111 vd.

<sup>246</sup> JAEGGI, Peter: "Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung", FG für Wilhelm Schönenberger, Freiburg, 1968, s. 181 vd., s. 193 vd.

<sup>247</sup> BÜHLER-REIMANN, s. 363 – 364. Geniş bilgi için bkz. GÜRPINAR, s. 148-149; DEMİRCİOĞLU, s. 114 vd.

<sup>248</sup> BUCHER, s. 286; GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 2008, s. 207, N. 978; KOLLER, s. 432-433, N. 23.

<sup>249</sup> HARTMANN, Stephan: Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg, 2001, s. 108, N. 255.

Kanunda ortaya çıkan boşluk, temelde iki şekilde söz konusu olabilir. Kanun koyucu, yanılmada olduğu gibi, culpa in contrahendo halini düzenlemiştir. Ancak eksiklikler mevcuttur, dolayısıyla boşluk mevcuttur. Keza, culpa in contrahendo teşkil eden vakianın hiç düzenlenmemiş olması da ihtimal dâhilindedir<sup>250</sup>. Her halde, boşluk, hâkim kendi kanun koyucu olsa idi nasıl bir kural getirecek idiyse (MK m. 1), ona göre bir hüküm yaratması suretiyle doldurulacaktır<sup>251</sup>. Hâkim, ortaya çıkan boşluk çerçevesinde, uygun gördüğü hükümleri kıyasen uygulayabilir<sup>252</sup>. Herhangi bir inceleme yapmaksızın, deyim yerindeyse, götürü olarak haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmemelidir. Daha ziyade, her bir modalite için, hangi hükümlerin culpa in contrahendo için uygun olduğunun irdelenmesi gereklidir<sup>253</sup>.

Kanaatimizce, culpa in contrahendo, haksız fiil ve sözleşme dışında, türü kendine özgü bir sorumluluk kategorisidir. Bu sorumluluk tanınmış olmakla birlikte, gereği gibi düzenlenmediği için, ortaya çıkan boşlukların belirtildiği biçimde doldurulması gereklidir. Bu bağlamda, değerlendirilmesi gereken bir husus daha mevcuttur. Culpa in contrahendo dediğimiz, klasik sorumluluk kaynaklarından bağımsız ve kanun koyucunun tanıdığı, münferiden düzenlediği<sup>254</sup> bir sorumluluk türünün olduğu açıktır, ancak bu sorumluluğun niye var olduğunun veya neye dayandığının da belirlenmesi gereklidir. Öğreti ve uygulamanın, bu soruya verdiği cevap, esas itibarıyla dürüstlük kuralıdır. Sözleşme görüşmesine girişen kişilerin birbirlerinin menfaatlerini gözetme yükümünün kaynağı budur. Bu yükümü içeren, dürüstlük kuralından mütevellit ilişki edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi olarak tanımlanmıştır. Bu ilişkinin üzerinden bütünsel borç ilişkisine, oradan da güven sorumluluğuna kadar gelen bir süreç söz konusudur. Bu bağlamda, kişilerin birbirlerini

<sup>250</sup> Nitekim kanunda düzenlenmemiş pek çok culpa in contrahendo hali söz konusudur. Örnekler için bkz. GEZDER, s. 155 vd.

<sup>251</sup> KOLLER, s. 436, N. 34; HARTMANN, s. 108, N. 255. Ayrıca bkz. ve karşı. MERZ, Vertrag, s. 87-88, N. 154. İki görüşün karşılaştırılması için bkz. GEZDER, s. 79 vd.

<sup>252</sup> KOLLER, s. 436, N. 34.

<sup>253</sup> HARTMANN, s. 108, N. 255.

<sup>254</sup> Kanunda düzenlenmiş culpa in contrahendo hallerine ilişkin olarak bkz. GEZDER, s.143 vd.

etkileyebilme olanaklarının arttığı, olağanı aşan yakınlıkta bir bağlantı/ özel bağlantı kavramına da ulaşılmıştır. Esasen anılan hususlar o kadar iç içe geçmiştir ki, muhtemelen buna bağlı olarak çok geniş kapsamlı/ çok yönlü bir sorumluluk kavramına – güven sorumluluğuna gelinmiştir.

Güven sorumluluğunu, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu dışında ayrı bir sorumluluk türü olarak ele alan, bütünsel yasal borç ilişkisi kavramının da kurucusu olan CANARIS'dir. Koruma yükümlerinden hareketle oluşturduğu bütünsel yasal borç ilişkisi kavramından nihayetinde güven sorumluluğuna ulaşmıştır<sup>255</sup>.

Biz güven sorumluluğunu, yan yükümler – özellikle koruma yükümleri – bağlamında çalışmamızın bütünlüğünü sağlamayabilmek için ana hatlarıyla açıklamaya çalışacağız. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ne Alman ne de İsviçre/Türk hukukunda güven sorumluluğu böyle bir adlandırmayla üçüncü bir sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Ancak bu güvenin sorumluluk kurucu özelliğini bertaraf etmez ki culpa in contrahendo bunun tipik bir örneğidir, kökeni dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı da, orta zekâlı, makul kişilerin karşılıklı güvene dayalı ilişkileri sonucunda oluşmuş ve herkesçe benimsenmiş kurallar bütünüdür.

Güven sorumluluğu, bir başkasının haklı olarak güvendiği bir durumu yaratan kişinin, bundan sorumlu olmasını, bu davranışının arkasında durması gereğini ifade eder<sup>256</sup>. CANARIS, güven sorumluluğunu dört bölümde değerlendirmiştir<sup>257</sup>. Bunlar hukuki görünüş sorumluluğu; hukuk etiğinin zorunluluklarından doğan sorumluluk, açıklamadan doğan sorumluluk ve dar anlamda güven sorumluluğu/ emanet sorumluluğudur.

<sup>255</sup> CANARIS, Claus Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (Vertrauenshaftung), München, 1971.

<sup>256</sup> GÜRPINAR, s. 215-218; KIRCA, s. 136; ANTALYA, s. 178 vd.; DURAK, Yasemin: "Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 2017, s.245 vd.

<sup>257</sup> CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 526 vd.

Öte yandan, güven sorumluluğu hukuki sonuçları bakımından, hukuki görünüşe güven ve fiili görünüşe güven olmak üzere ikiye ayrılır. Güven, ya güvenen kişinin güvendiği olgunun, hukuken kendisinin güvendiği hale getirilmesiyle korunur ki bu güvenin pozitif korunması olarak ifade edilmektedir veya güvendiği duruma güvenmeseydi içinde bulunacağı duruma uygun hale getirilmesiyle, yani boşa çıkan güveni sebebiyle uğradığı zararın tazmini yoluyla (negatif güvenin korunması) korunur<sup>258</sup>.

Dar anlamda güven sorumluluğu/ emanet sorumluluğu<sup>259</sup> (Anvert-rauenshaftung), özel bağlantının gerçekleşmesinden sonraki süreçte, kişinin bütünlük menfaatlerinin ihlali sonucunda söz konusu olan sorumluluktur. Bu bağlamda, sözleşme görüşmeleri sırasında uğranılan zararlardan doğan sorumluluk da buna dâhildir. Nitekim CANARIS, örnek olarak muz kabuğu kararına yollama yapmaktadır. Yazara göre, zarar gören hukuki işlem sürecinde kendi hukuki değerlerini muhatabının onlara etki etme imkânına açmıştır ve bu anlamda muhatabına güvenmiştir<sup>260</sup>.

Dar anlamda güven sorumluluğunun kapsamındaki vakılarda söz konusu olan negatif güvenin korunması, uğranılan zararın tazmin edilmesidir. Zararın hangi hükümlere göre tazmin edileceği meselesi, aslında culpa in contrahendoya hangi sorumluluk normlarının uygulanacağı sorunsalı ile örtüşmektedir. Alman hukuku bakımından artık sözleşme sorumluluğunun uygulanması söz konusudur (BGB § 311/II ve § 241/2).

<sup>258</sup> KIRCA, s. 135-137; DEMİRCİOĞLU, s. 165-166; AKYOL, s. 54; WALTER, ZSR, s. 82-83. CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 526 vd. Karş. LOSER-KROGH, Peter: "Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, Recht und Internationalisierung", Zürich, 2000, s. 128; LOSER, Peter: Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern, 2006, s. 8, N. 4.

<sup>259</sup> KIRCA, s. 136; GÜRPINAR, s. 219. LOSER-KROGH, bu türü gelişim menfaatlerinden (Abwicklung-sinteresse) doğan güven sorumluluğu olarak adlandırmaktadır. Bkz. LOSER-KROGH, s. 131; LOSER, s. 539, N. 875 vd.

<sup>260</sup> CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 539-540.

Koruma yükümleri özellikle sözleşme öncesi koruma yükümleri, güven sorumluluğunun açıklamadan doğan sorumluluğuna dâhildir. Kişinin, yanlış bilgi vermesinden veya vermesi gereken bilgiyi vermesinden doğan sonuçlardan sorumlu olması anlamına gelmektedir<sup>261</sup>. İsviçre öğretisinde LOSER-KROGH, açıklamadan doğan sorumluluğu bağlantı menfaatlerinden (Bindungsinteresse) doğan sorumluluk ve karar menfaatlerinden (Entscheidungsinteresse) doğan sorumluluk olarak incelemektedir. Bağlantı menfaatlerinden doğan güven sorumluluğu, irade beyanının sakatlığı veya hukuki işlemin geçersizliği, imkânsızlık, hukuka aykırılık veya şekil eksikliği sebebiyle culpa in contrahendo, şekil eksikliğine rağmen bağlayıcı etki, geç gelen kabulden doğan sorumluluk vb. halleri kapsamaktadır. Karar menfaatlerinden doğan güven sorumluluğu ise, sözleşmenin konusuna ilişkin olarak yanlış bilgi verilmesi veya verilmesi gereken bilginin verilmemesi sonucunda muhatabın güveninin boşa çıkarılmasında söz konusu olmaktadır<sup>262</sup>. Bu hallerde, pozitif güvenin mi korunacağı, yoksa sadece tazminatın mı söz konusu olacağı (negatif güvenin korunması), somut olaya göre değişecektir. Ancak genellikle, güvenin korunmasında ortaya çıkan durum, negatif güvenin korunmasıdır, pozitif güvenin korunması ancak belli koşullar altında gerçekleştirilebilmektedir<sup>263</sup>.

Culpa in contrahendo bugün için güven sorumluluğun bir türü haline gelmiştir. Esasen, güven sorumluluğu, öğretinin tamamınca benimsenmiş bir kavram da değildir. Hatta BUCHER, kanuna aykırı yaratıldığı kanaatindedir<sup>264</sup>. Culpa in contrahendo, niteliği tartışmalı da olsa kabul edilen bir kavram iken, aynı durum güven sorumluluğu için geçerli değildir.

<sup>261</sup> CANARIS, Vertrauenshaftung, s. 532 – 533 ve dipnot 42. Bkz. ve karşı. HILDEBRANDT, Heinz: Erklärungs haftung, Berlin und Leipzig 1931, s. 132.

<sup>262</sup> Bu hallere ilişkin geniş bilgi ve bu çerçevede başka örnekler için bkz. LOSER-KROGH, s. 130-131; LOSER, s. 169 vd, N. 266 vd. ; 403 vd., N. 658 vd.

<sup>263</sup> LOSER-KROGH, s. 130-131; LOSER, s. 173 vd., N. 274 vd., s. 443 vd., N. 716 vd.

<sup>264</sup> Bkz. BUCHER, Eugen: "Vertrauenshaftung : Was? Woher? Wohin?", FS für Hans Peter Walter, Bern, 2005, s. 231 vd.; WALTER, ZSR 2001, s. 80 vd., s. 91.



## D. İsviçre – Türk Hukukunda Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, Bütünsel Yasal Borç İlişkisi, Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumluluğu

Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ve bütünsel borç ilişkisi kavramı<sup>265</sup> gerek Türk hukukunda<sup>266</sup>, gerekse İsviçre hukukunda<sup>267</sup> çoğunlukla kabul edilmektedir. Güven sorumluluğunun, İsviçre hukuku bakımından tanınması, özellikle Swissair kararı ile söz konusu olmuştur. Anılan kararda, Federal Mahkeme, muhatapta güven uyandırmanın bir sorumluluk sebebi olabileceğini ifade etmiş, bu sonucun culpa in contrahendo ilkelerinin genelleştirilmesinden doğacağını belirtmiş<sup>268</sup> ve bununla bütünsel borç ilişkisi kavramını kabul etmiştir<sup>269</sup>.

Culpa in contrahendonun ifade ettiğimiz üzere iki yönü mevcuttur. Birinci yönü, JHERING'in ortaya koyduğu, muhatapların menfi

<sup>265</sup> CANARIS, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kavramından bütünsel borç ilişkisi kavramına ulaşmıştır. Esas itibarıyla farklılık, özel bağlantının gerçekleşmesinden sonra sözleşmenin kurulması halinde önceki ilişkinin akbeti noktasındadır. LARENZ, sözleşme kurulduktan sonra bu ilişkinin akdi ilişkiye dâhil olacağını kabul etmektedir. Türk hukukunda EREN ve KOCAYUSUFPAŞAOĞLU bu görüşe katılmaktadır. Bkz. LARENZ, s. 15 ve 117 vd.; CANARIS, JZ 1965, s. 476; EREN, s. 45; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 14, N. 17. Karş. KARABAĞ BULUT, Nil: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul, 2009, s. 88. Ayrıca bkz. AYDINLI, İbrahim: İşveren Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004, s. 24 vd.; GÜVENÇ, Özgür: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 382 vd. ÖZYAKIŞIR Özkan/GANBARI Muhammed K.: "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar", SÜHFD, C. 28, S. 2, 2020, s. 750 vd.

<sup>266</sup> EREN, s. 42 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 8-9, N. 8; SEROZAN, MHAD 1968, s. 108 vd.; SEROZAN, s. 252 vd., N. 1 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 39 vd.; AKYOL, s. 42 vd.; KIRCA, s. 101 vd.; AYDINLI, s. 84; DEMİRCİOĞLU, s. 126 vd., s. 145-146; KARABAĞ BULUT, s. 94 vd. Yargıtay, bir kararında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kabul etmiş, bunun hukuki temelini de MK. m. 2'ye dayanarak kabul edilen bütünsel borç ilişkisinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. YHGK, 1992/13-213 E., 1992/315 K., 6.5.1992 T., YKD 1992, C. 18, S. 8, s. 1176 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ATAMER, Yeşim: "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini", YD 1996, S. 1-2, s. 99 vd.; ŞENOCAK, 277 vd.

<sup>267</sup> İsviçre hukukunda bütünsel borç ilişkisi terminolojisi ile kabul edilmektedir. Bkz. KRAMER, Ber.Kom., s. 74, N. 143; WEBER, Ber.Kom., Vorbemerkungen zu Art. 97-109 (Vorb), s. 17-18, N. 48; WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 593 - 594, N. 10; BERGER, s. 689-690, N. 1979-1980.

<sup>268</sup> Karar için bkz. BGE 120 II 331 vd., s. 335.

<sup>269</sup> WIEGAND, Bas.Kom. Einl. zu Art. 97-109, s. 593 - 594, N. 10. Anılan karara ve mahkemenin güven sorumluluğunu kabul eden başkaca kararlarına ve bu kararların değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. KIRCA, s. 148 vd.; GÜRPINAR, s. 210 vd.

menfaatlerini korumaya dönük kısmıdır. Görüşülen sözleşmeye ilişkin bilgi verme, aydınlatma bu alana dâhildir. İkinci yönü ise, kanaatimizce *JHERING'in incelediği anlamda culpa in contrahendo olmayan* bütünlük menfaati ihlalleridir<sup>270</sup>. Bu sorumluluk İsviçre ve Türk hukukunda münferit vakıalara ilişkin olarak düzenlendiği<sup>271</sup>, bir başka deyişle, bu sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm söz konusu olmadığı için, anılan sürece hangi sorumluluk normlarının uygulanacağı tartışmalıdır. Yine ifade ettiğimiz üzere, sözleşme görüşmeleri sürecindeki bütünlük menfaati ihlallerini ayrı gören ve bunları haksız fiil olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur<sup>272</sup>. Ancak Türk hukukunda culpa in contrahendo konusunda çoğunlukla bu ayırım yapılmadan görüş açıklanmaktadır<sup>273</sup>. Biz sözleşme görüşmeleri sürecinde gerçekleşen bütünlük menfaati ihlallerinin culpa in contrahendo olmadığını, söz konusu haksız fiil olgularına da, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak hemen belirtelim ki, Yargıtay görüşme sürecindeki bütünlük menfaati ihlalini culpa in contrahendo kabul etmekte ve bu sürece sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>274</sup>.

<sup>270</sup> Bu konuda bkz. ACKERMANN, s. 41.

<sup>271</sup> Culpa in contrahendo teşkil eden durumların bazıları kanunla düzenlenmiştir; yanılan tarafın sözleşmeyi iptal etmesinden dolayı muhatabının uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü (OR m. 26/ TBK m. 35), temsil belgesinin geri alınmaması dolayısıyla üçüncü kişilerin uğradığı zarardan doğan sorumluluk (OR m. 39/ TBK m. 47) bunlardan bazılarıdır. Öte yandan, kanunda düzenlenmemiş, ancak öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmiş başka haller de söz konudur. Bkz. GONZENBACH, s. 8 vd.; YALMAN, s. 38 vd.

<sup>272</sup> GONZENBACH, s. 38; KRAMER, Ber.Kom., s. 77, N. 149; SCHWENZER, s. 342, N. 47.10; KOLLER, s. 438, N. 42 vd.; HONSELL/ ISENRING/ KESSLER, s. 62 -63, N. 22.

<sup>273</sup> EREN, s. 1264 vd., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 9, N. 8 ve s. 10, N. 11; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 979-980; SEROZAN, MHAD, s. 108 vd. Karş. YALMAN, s. 65. YALMAN, bütünlük menfaati ihlallerini ayrı tutan görüşe katıldığını ifade etmiş, ancak daha sonra kendi görüşünü açıklarken bütünlük menfaatini korunmasıyla ilgili örnek vermiştir. Bkz. YALMAN, s. 64 – 65, s. 82 vd. Karş. DEMİRCİOĞLU, s. 239 vd. Ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: “Müşterinin Uğradığı Bütünlük Menfaati ihlallerinden Mağazaların Sorumluluğu”, ABD, Y. 67, S. 1, s. 115 vd.

<sup>274</sup> 13. HD, 2005/15280 E., 2005/8367 K., 17.10.2005 T.; YHGK 2010/13-593 E., 2010/623 K., 1.12.2010 T. “... O halde, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluğun; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Davacının alışveriş yapmak için mağazaya gelmesi ile taraflar arasında satımı hazırlayan sözleşme benzeri karakterde bir hukuksal ilişki doğmuştur. Bu ilişkide, satıcının ve satım alma isteklisine malın gösterilmesi ve incelenmesinde sağlığı ve mali için gereken özeni göstermekle yükümlü olması bakımından hukuksal işleme ilişkin yükümlülükler getirmiştir. Bu nedenle uyumsuzluğun sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir...” Bkz. YHGK 2012/13-1220 E., 2013/239 K., 13.2.2013 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim tarihi: 09.09.2020)

Yargıtay, 2010 yılından bu yana güven sorumluluğunu kabul eden kararlar da vermektedir<sup>275</sup>. Öte yandan, daha öncesinde de, kanaatimizce gerçek anlamda culpa in contrahendo teşkil eden, sözleşme görüşmeleri sürecinde tarafların birbirlerinin mal varlığı menfaatlerini korumaya dönük yükümlülüklerini ihlal etmeleri hallerine ilişkin olarak bu sorumluluğu tanıyan kararları da mevcuttur<sup>276</sup>.

## SONUÇ

Borç ilişkisinden doğan yan yükümler, dürüstlük kuralı temeli üzerinde yükselen pek çok hukuki kurumdan birini oluşturmaktadır. Edim yükümleri kaynağını doğrudan borç ilişkisinde bulurken aynı husus yan yükümler için söz konusu değildir. Öte yandan yan yükümlerin doğuşu sözleşmesel borç ilişkisinin doğumundan da bağımsızdır.

Yan yükümlerin birinci türü olan ifaya yardımcı yan yükümler, sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesine, böylelikle de alacaklının ifa menfaatinin gerçekleştirilmesine hizmet ederler. İfaya yardımcı yan yükümlerin söz konusu olabilmesi için ifa edilmesi gereken bir edim borcunun doğmuş olması gerekir. İkinci

<sup>275</sup> "... Güven sorumluluğunun Türk Pozitif Hukuku 'nda özel bir kanuni düzenlemesi bulunmamakla birlikte; Türk Hukuk öğretisinde dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleştirilmesi için şu şartlar aranmaktadır: Olayda bir "güven" unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyi niyeti bulunmalıdır ( Oğuztürk, Burcu ( Kalkan ), a.g.e., s. 268 ). Haksız fiil zararının söz konusu olduğu haller ile diğer sorumluluk ilkelerinin devreye girdiği hallerde söz konusu olmayan güven sorumluluğu ancak, Türk-İsviçre Hukuku'nda MK. m. 2 ve MK. m. 3 ışığında Canaris'in "Negativer Vertrauensschutz-güvenin negatif-menfi-olumsuz korunması" olarak nitelendiği hallerde söz konusu olabilir. Güven sorumluluğu olabilmesi için, BK. 36/2. maddesinde olduğu gibi, bir "hukuki görünüme haklı güven olgusu-Rechtscheinhaftung" söz konusu olmalıdır ( Oğuztürk, Burcu ( Kalkan ), a.g.e., s. 271 )..." Bkz. YHGK 2010/9-39 E., 2010/71 K., 10.2.2010 T. Ayrıca bkz. YHGK 2012/19-184 E., 2012/385 K., 13.6.2012 T.; YHGK 2012/19-670 E., 2013/171 K., 16.1.2013 T.; YHGK 2015/9-1588 E., 2017/784 K., 19.4.2017 T.; YHGK 2018/13-923 E., 2019/570 K., 16.5.2019 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim tarihi: 09.09.2020)

<sup>276</sup> 13. HD, 1995/9375 E., 1995/4860 K., 13.11.1995 T.; 13. HD, 2016/20054 E., 2019/2404 K., 21.2.2019 T.; 19. HD, 2005/2865 E., 2005/11959 K., 01.12.2005 T.; 19. HD, 2004/4912 E., 2004/11803 K., 30.11.2004 T.; 22. HD, 2017/20291 E., 2018/28025 K., 24.12.2018 T.; YHGK 1996/13-850 E., 1997/186 K., 12.03.1997 T.; YHGK 1996/13-850 E., 1997/186 K., 12.3.1997 T. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim tarihi: 09.09.2020)

tür yan yükümler yani koruyucu yan yükümler ise, deyim yerindeyse, daha katmanlıdır. Koruyucu yan yükümlerin ortaya çıkması bir sözleşme ilişkisini gerektirmez. Bunlar sözleşme öncesi, sözleşmesel ve sözleşme sonrası koruyucu yükümler diye sınıflandırılırlar. Bundan başka, sözleşmesel yan yükümler kural olarak alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin (bütünlük veya korunma) ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunmasına hizmet ederler. İfa menfaatinin söz konusu olabilmesi ifa edilmesi gereken bir edimi gerektirir.

Sözleşme öncesi aşamada da kişilerin birbirilerine karşı yükümlülükleri olduğunun kabulü esasen culpa in contrahendo diye ifade edilen sorumluluğun ortaya konmasıyla söz konusu olmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, Jhering'in ifade ettiği culpa in contrahendo sorumluluk, sözleşme görüşmelerine başlayan kişilerin birbirlerinin malvarlığı menfaatlerini gözetme bu çerçevede birbirlerine bilgi verme yükümlülüğünü doğuran yönüdür. Culpa in contrahendonun böyle bir cephesi olduğu bugün de kabul edilmektedir, hatta artık çok daha geniş kapsamlı olan güven sorumluluğuna gelinmiştir. Bununla beraber, culpa in contrahendonun esasen haksız fiil hukukunun koruma alanında olan bütünlük menfaati ihlallerine de uygulandığı, hatta culpa in contrahendo denildiğinde ilk akla gelenin müşterinin üzerine düşen muşamba topu olduğu da açıktır. Bu alan haksız fiil hukukunun konusu olduğu halde, Alman hukukunun haksız fiil hükümlerinin yetersiz bulunmasından dolayı, öncelikle sözleşme görüşmeleri sırasındaki haksız fiillere sözleşme hukukuna ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olmuş, daha sonra bu uygulama sözleşme görüşmelerinin başlamasından da önceki bir zaman dilimine kadar çekilmiştir. Öte yandan, Alman hukukunda Borçlar Kanunu reformuyla birlikte bu durum artık yasal düzenlemeye de kavuşmuştur.

Alman hukukundan farklı bir haksız fiil hukukuna sahip olan İsviçre ve Türk hukuku bakımından da, culpa in contrahendo bu yönüyle de kabul görmüştür. Aksi yönde görüşler olsa da, uygulamanın da bu yönde olduğunu söylemek mümkündür. Çalışmamızda da yer verdiği-

miz üzere, Yargıtay görüşme sürecindeki – hatta sözleşme görüşmesinin başladığının bile kanaatimizce tartışmalı olduğu – bütünlük menfaati ihlallerine sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını kabul etmektedir.

Bundan başka, yine ifade ettiğimiz üzere, sözleşme görüşmelerine başlayan veya daha genel olarak aralarında güven ilişkisi kurulmuş kişilerin bu güven ilişkisine uygun biçimde davranması gereği üzerinden gelişen başlangıcını culpa in contrahendo'nun oluşturduğu ancak bugün onu da kapsayan ve çok daha geniş bir kapsamda kabul edilen güven sorumluluğu bizim uygulamamızda kabul edilmektedir. Yargıtay culpa in contrahendoyu ifade ettiğimiz her iki yönüyle de kabul eden kararlar vermekte iken, 2010 yılından bu yana verdiği kararlarla güven sorumluluğunu da kabul etmektedir.

## BİBLİYOGRAFYA

**ACKERMANN, Thomas:** Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen, 2007.

**ADAY, Nejat:** Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 2000.

**AKYOL, Şener:** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasası, İstanbul, 1995.

**ALTINOK ORMANCI, Pınar:** Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul, 2016.

**ANDERS, Holm:** Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, Berlin, 2000.

**ANTALYA, Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, İstanbul, 2015.

**ARAL, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1985.

**ATAMER, Yeşim M.:** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996.

**ATAMER, Yeşim:** Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD 1996, S. 1-2, s. 99 – 132.

**AYDINLI, İbrahim:** İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004.

**BACHMANN, Gregor:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2019. ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de))

**BAUMANN, Max:** Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar – Zürh.Kom.), Einleitung, I. Teilband, Zürich, 1998.

**BERGER, Bernhard:** Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2008.

**BERGER, Bernhard:** Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Bern, 2000, s. 20.

**BOHRER, Michael:** Die Haftung des Dispositionsgaranten, Ebelsbach, 1980.

**BREHM, Roland:** Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR, Bern, 2006, (**BREHM**, Ber.Kom.).

**BUCHER, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, 1988.

**BUCHER, Eugen:** Vertrauenshaftung : Was? Woher? Wohin?, FS für Hans Peter Walter, Bern, 2005, s. 231 – 261.

**BURGHARDT, Wolfgang G:** Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers, Frankfurt am Main, 1985.

**BÜHLER-REIMANN, Theodor:** Zum Problem der “culpa in contrahendo”, SJZ 1979, s. 357 – 366.

**BÜYÜKSAGIŞ, Erdem:** Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007.

**CANARIS, Claus Wilhelm:** “Ansprüche wegen “positives Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, JZ 1965, s. 475 – 482. (**CANARIS**, JZ 1965)



**CANARIS, Claus Wilhelm:** “Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten” (Schutzpflichten), FS für KARL LARENZ Zum 80. Geburtstag, München, 1983, s. 27 – 110. (CANARIS, Schutzpflichten)

**CANARIS, Claus Wilhelm:** Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (Vertrauenshaftung), München, 1971. (CANARIS, Vertrauenshaftung)

**CANARIS, Claus Wilhelm:** Schuldrechtsmodernisierung 2002 – Schuldrechtsreform 2002 (Schuldrechtsreform), München, 2002. (CANARIS, Schuldrechtsreform)

**ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar:** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, 2016.

**DELCO, Fabio:** Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und glauben beim Ersatz reiner Vermögensschaeden, Zürich, 2000.

**DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan:** Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara, 2009.

**DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan:** Müşterinin Uğradığı Bütünlük Menfaati ihlallerinden Mağazaların Sorumluluğu, ABD, Y. 67, S. 1, s. 115 – 120.

**DESCHENAUX, Henri:** Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Basel und Stuttgart, 1967.

**DÖLLE, Hans:** Aussergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103, 1943, s. 67 – 102.

**DURAK, Yasemin:** Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, 2017, s.239-288.

**EDİS, Seyfullah:** Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Nite-  
liği, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'ya 70 inci Yaş Armağamı, Ankara,  
1975, s. 447 – 460.

**EMMERICH, Volker:** Das Recht der Leistungsstörungen, Mün-  
chen, 1997, 4. Auflage.

**EMMERICH, Volker:** Das Recht der Leistungsstörungen, Mün-  
chen, 2005.

**EMMERICH, Volker:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2019,§  
311, N. 39 – 40, N. 60. ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de))

**EMMERICH, Volker:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2007,§  
311, s. 1454-1455, N. 59-60 (**EMMERICH**, 2007).

**EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.

**ERGÜNE, Mehmet Serkan:** Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.

**ERMAN, Walter:** Beitrage zur Haftung für Verhalten bei Vert-  
ragsverhandlungen, AcP 139, 1934, s. 273 – 336.

**ESSER, Josef/ SCHMIDT, Eike:** Schuldrecht, Band I, Allgemei-  
ner Teil, Heidelberg 1995.

**FEHLMANN, Regula:** Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleini-  
ge Haftungsgrundlage, St. Gallen, 2002.

**FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas:** Schuld-  
recht, Berlin, 2006.

**FROST, Marina:** Vorvertragliche und Vertragliche Schutzpflich-  
ten, Berlin, 1981.

**GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EM-MENEGGER, Susan:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Zürich, 2008.

**GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EM-MENEGGER, Susan:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 2008.

**GERNHUBER, Joachim:** Das Schuldverhältnis, Tübingen, 1989.

**GEZDER, Ümit:** Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul, 2009.

**GIGER, Hans:** Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das OR, Art. 184-215, Bern, 1979.

**GLAETTLI, Elisabeth:** Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich, 1998.

**GLÖCKNER, Hans Peter:** Positive Vertragsverletzung Die Geburt eines Rechtsinstituts, Frankfurt am Main, 2006.

**GONZENBACH, Rainer:** Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1987.

**GRIGOLEIT, Hans Christopf:** Leistungspflichten und Schutzpflichten, FS für CLAUS-WILHELM CANARIS zum 70. Geburtstag, München, 2007, s. 275 – 306.

**GUHL, Theo/ KOLLER, Alfred/ SCHNYDER, Anton K./ DRUEY, Jean Nicolas:** Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000.

**GÜRPINAR, Damla:** Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk, İzmir, 2006.

**GÜVENÇ, Özgür:** Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 363 – 405.

**HAGER, Johannes:** Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825, Berlin, 1999.

**HARTMANN, Stephan:** Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg, 2001.

**HAVUTÇU, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995.

**HENSS, Olaf:** Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main, 1988.

**HILDEBRANDT, Heinz:** Erklärungs haftung, Berlin und Leipzig 1931.

**HONSELL, Heinrich/ ISENRING, Bernhard/ KESSLER, Martin A:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2013. ([www.swislex.ch](http://www.swislex.ch))

**HONSELL, Heinrich: HONSELL, Heinrich/ VOGT, Neditim Peter/ GEISER, Thomas:** Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Basel, 2010.

**HUBER, Ulrich:** Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, FS für Ernst von Caemmerer, 1978, s. 837 - 872.

**JAEGGI, Peter:** Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, FG für Wilhelm Schönenberger, Freiburg, 1968, s. 181 – 197.

**JAKOBS, Horst Heinrich:** Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn, 1969.

**JHERING, v. Rudolf:** Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering, 1861.

**KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu:** Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2008.

**KANETİ, Selim:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007.

**KARABAĞ BULUT, Nil:** Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul, 2009.

**KASTL, Katrin:** Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Der Prozess seiner Anerkennug als “sonstiges Recht” im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, Ebelsbach, 2004.

**KELLER, Max/ SCHÖBI, Christian:** Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, 1988.

**KELLER, Max:** Das negative Interesse im Verhaeltnis zum positiven Interesse, Zürich, 1948.

**KELLER, Max:** Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?, Recht 1987, s. 136 – 137.

**KEUK, Brigitte:** Vermögensschaden und Interesse, Bonn, 1972.

**KILIÇOĞLU, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.

**KIRCA, Çiğdem:** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara, 2004.

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014.

**KOLLER, Alfred:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Bern, 2006.

**KÖBLER, Gerhard:** Juristisches Wörterbuch, München, 2003.

**KÖPCKE, Günther:** Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart, 1965.

**KRAMER, Ernst A./ SCHMIDLIN, Bruno:** Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art. 1-18 OR, Bern 1986. (**KRAMER**, Ber.Kom.).

**KRAMER, Ernst A.:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München 2007.

**KRAMER, Ernst A.:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası) (**KRAMER**, 3. Auflage).

**KRAMER, Ernst A.:** Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 2000, s. 365 – 400.

**KREBS, Peter:** Sonderverbindung und ausserdeliktische Schutzpflichten, München, 2000.

**KRESS, Hugo:** Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München, 1929.

**KRÖGER, Detlev:** Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart, 1935.

**KUHLMANN, Kai:** Leistungspflichten und Schutzpflichten, Berlin, 2001.

**KURŞAT, Zekeriya:** Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003.

**KURTULAN, Gökçe:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.1, s. 465 – 503.

**LANGHE, Herman/SCHIEMANN, Gottfried:** Schadenersatz, Tübingen, 2003.

**LARENZ, Karl:** Bemerkungen zur Haftung für “culpa in contrahendo”, FS für Kurt BALLERSTEDT zum 70. Geburtstag, Berlin, 1975, s. 397 - 419.

**LARENZ, Karl:** Culpa in Contrahendo, Vehkehrssicheringspflicht und “Sozialer Kontakt” (Sozialer Kontakt), MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) 9/1954, s. 515 – 518. (LARENZ, Sozialer Kontakt)

**LARENZ, Karl:** Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953.

**LARENZ, Karl:** Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, München, 1987.

**LEONHARD, Franz:** Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin, 1910.



**LOSER, Peter:** Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern, 2006.

**LOSER-KROGH, Peter:** Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, Recht und Internationalisierung, Zürich, 2000, s. 113 – 135.

**LÜCHINGER, Niklaus:** Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg, 1999.

**MADAUS, Stephan:** Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, JURA 2004, s. 289 – 292.

**MEDICUS, Dieter:** Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2002, (**MEDICUS**, BR (2002)).

**MEDICUS, Dieter:** Bürgerliches Recht (BR), Köln, 2007.

**MEDICUS, Dieter:** Probleme um das Schuldverhältnis, Berlin, 1987.

**MEDICUS, Dieter:** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (AT), München, 2005. (**MEDICUS**, AT)

**MEDICUS, Dieter:** Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse 12. Auflage, 1983.

**MEDICUS, Dieter:** Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln, 1981.

**MEIER-HAYOZ, Arthur:** Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Aarau, 1948.

**MERZ, Hans:** Berner Kommentar (Ber.Kom.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-10, Bern 1966. (**MERZ**, Ber.Kom).

**MERZ, Hans:** Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem (Widerrechtlichkeit), Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern, 1977. (**MERZ**, Widerrechtlichkeit)

**MERZ, Hans:** Schweizerisches Privatrecht, OR Allgemeiner Teil, Basel und Frankfurt am Main, 1984.

**MERZ, Hans:** Vertrag und Vertragsschluss (Vertrag), Freiburg, 1992. (**MERZ**, Vertrag)

**MUSIELAK, Hans Joachim:** Grundkurs BGB, München, 2007.

**MÜLLER, Christoph:** Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar (Ber.Kom.), 2018. ([www.swislex.ch](http://www.swislex.ch))

**MÜLLER, Markus/ HEMPEL, Rolf:** Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, AcP 2005, s. 246 – 274.

**NEUENSCHWANDER, Markus:** Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1971.

**NEUMANN, Irmgard:** Leistungsbezogene Verhaltenspflichten zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten, Heidelberg, 1989.

**NICKEL, Carsten:** Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo, Berlin, 2001.

**OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hü-  
kümler, C. 1, İstanbul, 2018.

**OLZEN, Dirk:** Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Ge-  
setzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§  
241-243, Neubearbeitung 2005, Berlin.

**OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm:** Das Obligatio-  
nenrecht, Erster Halbband:1-183, Zürich, 1929.

**ÖZYAKIŞIR Özkan/GANBARİ Muhammed K.:** “Sözleşme Ön-  
cesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo So-  
rumluluğu ve Olumsuz Zarar”, SÜHFD., C. 28, S. 2, 2020, s. 745-775.

**PICKER, Eduard:** Positive Forderungsverletzung und culpa in  
contrahendo – Zum Problematik der Haftungen zwischen “Vertrag und  
Delikt”, AcP, 1983, s. 369 - 520.

**POHLMANN, Andre:** Die Haftung wegen Verletzung von  
Aufklärungspflichten, Berlin, 2002.

**RENGIER, Hans Bernhard:** Die Abgrenzung des positiven In-  
teresses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integrietsinteresse,  
Berlin, 1997.

**REY, Heinz:** Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbil-  
dung, FS für Max KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich, 1989, s. 231  
– 243.

**ROBERTO, Vito:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich,  
2002.

**ROTH, Günther H.:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 241, München  
2007.

**ROTH, Günther H.:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 1994, 3. Auflage (Borçlar Kanunu reformundan önceki son bası) (**ROTH**, 3. Auflage).

**SCHIEMANN, Gottfried:** Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, 3. Auflage, München 2001.

**SCHIEMANN, Gottfried:** Deutsches Rechts-Lexikon, Band 3, 3. Auflage, München 2001.

**SCHMIDT, Eike:** Das Schuldverhaeltnis (Schuldverhaeltnis), Heidelberg, 2004.

**SCHMIDT, Jürgen:** Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse Einl. Zu §§ 241 ff; §§ 241-243, 1995.

**SCHNYDER, Anton K. / ZELLWEGER, Corinne: HONSELL, Heinrich/ VOGT, Peter Nedim/ WIEGAND, Wolfgang:** Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2011.

**SCHUBERT, Claudia:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 242, München 2019. ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de))

**SCHULZE, Reiner:** Bürgerliches Gesetzbuch Hand Kommentar, Baden-Baden, 2019. ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de))

**SCHUR, Wolfgang:** Leistung und Sorgfalt, Tübingen, 2001.

**SCHWAP, Dieter / LÖHNIG, Martin:** Einführung in das Zivilrecht, Heidelberg, 2007.

**SCHWENZER, Ingeborg; HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang:** Basler Kommentar (Bas.Kom.) zum Obligationenrecht I, Art. 1- 529, Basel, 2011.

**SCHWENZER, Ingeborg:** Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem, 1998, s. 59 – 81.

**SEROZAN, Rona:** “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, s.108 – 129.

**SEROZAN, Rona:** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014.

**SESSLER, Anke:** Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, Berlin, 1994.

**SIBER, Heinrich:** Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts/2, Schuldrecht, Leipzig, 1931.

**SIBER, Heinrich:** Planck’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, 1914.

**SOYER, Polat:** Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Ankara, 1994.

**STOLL, Heinrich:** Abschied von der Lehre vor der positiven Vertragsverletzung, AcP 1932, 136. Band, s. 257 – 320.

**STOLL, Heinrich:** Die Lehre vor der Leistungsstörungen, Tübingen, 1936.

**STOLL, Heinrich:** Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, s. 532 – 548.

**STÖCKLI, Hubert:** Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich, 2008.

**STÜRNER, Rolf:** Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfalts-pflichten, JZ 31, 1976, s. 384 - 392.

**SUNGURBEY, Ayfer Kutlu:** Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul, 1988.

**ŞENOCAK, Zarife:** Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995.

**TANDOĞAN, Haluk:** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961.

**TEICHMANN, Artur:** Nebenpflichtungen aus Treu und Glauben, 1. Teil: Vorvertragliche Informaitonspflichten; 2. Teil: Vertragliche und "nachvertragliche" Leistungspflichten, Schutzpflichten, Juristische Arbeitsblätter (JA), 1984, s. 545 - 548; 709 – 714.

**TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla:** TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

**THIELE, Wolfgang:** Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, s. 649 – 657.

**TITZE, Heinrich:** Verschulden beim Vertragschluss, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd VI, s. 516 – 523, Berlin/Leipzig, 1929.

**ULUSAN, İhsan:** Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, I, İstanbul, 1982, s. 275 – 319.

**WAGNER, Gerhard:** Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, 2017, (WAGNER, 2017). ([www.beckonline.de](http://www.beckonline.de))

**WALTER, Hans Peter:** Auf dem Weg zum Schuldverhaeltnis – wo weiter?, Recht 2005/3, s. 71 – 75.

**WALTER, Hans Peter:** Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001, s. 79 – 100.

**WEBER, Rolf H.:** Die Folgen der Nichterfüllung, Berner Kommentar (Ber.Kom.), Das Obligationenrecht, B. VI, 1. Abt., 5. Teilband, Art. 97-109, Bern, 2000. (WEBER, Ber.Kom.)

**WIEGAND, Wolfgang:** Die Verhaltenspflichten Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, (Die Verhaltenspflichten) FS für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München, 1991, s. 545 – 563. (WIEGAND, Die Verhaltenspflichten)

**WIEGAND, Wolfgang; HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang:** Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel, 2011.

**YILDIRIM, Mustafa Fadıl:** Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, 2002.

**ZELLER, Ernst:** Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich, 1981.



## **KISALTMALAR**

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>AcP</b>	: Archiv für civilistische Praxis
<b>Art.</b>	: Artikel (madde)
<b>AT</b>	: Allgemeiner Teil
<b>b.</b>	: Bend
<b>Bas.Kom.</b>	: Basler Kommentar
<b>Bd.</b>	: Band
<b>Ber.Kom.</b>	: Berner Kommentar
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
<b>BGE</b>	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
<b>BGHZ</b>	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsac hen (Hukuk Davalarına İlişkin Alman Federal Mah kemesi Kararları )
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BR</b>	: Bürgerliches Recht
<b>C.</b>	: Cilt
<b>E.</b>	: Esas
<b>Einl.</b>	: Einleitung
<b>FS</b>	: Festschrift (Armağan)
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGB</b>	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
<b>İBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>JURA</b>	: Juristische Ausbildung
<b>JW</b>	: Juristische Wochenschrift

<b>JZ</b>	: Juristen Zeitung
<b>K.</b>	: Karar
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>LZ</b>	: Leipziger Zeitschrift
<b>m.</b>	: Madde
<b>MDR</b>	: Monatsschrift für Deutsches Recht
<b>MHAD</b>	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>N.</b>	: Numara
<b>OR</b>	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>Recht</b>	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
<b>RGZ</b>	: Entscheidungen des deutschen Reichgerichts in Zivilsachen (Hukuk Davalarına İlişkin Alman İmparatorluk Mahkemesinin Kararları)
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SÜHFD</b>	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>Vorb.</b>	: Vorbemerkungen
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>Yuk.</b>	: Yukarıda
<b>ZGB</b>	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
<b>ZSR</b>	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
<b>ZStW</b>	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
<b>Zürh.Kom.</b>	: Zürcher Kommentar